



جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة بابل / كلية القانون  
فرع القانون الخاص / الدراسات العليا

# المَسْئُولِيَّةُ الْمَدَنِيَّةُ النَّاشِئَةُ عَنْ إِصْدَارِ أَوَامِرِ التَّغْيِيرِ فِي عَقْدِ الْبِنَاءِ وَالْإِنشَاءَاتِ (فِيدِيك) - دراسة مقارنة -

رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون / جامعة بابل  
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون/القانون الخاص

من الطالبة

سمارة عودة متعب

بإشراف

أ.م.د محمد جعفر هادي الخفاجي

استاذ القانون المدني

٢٠٢٢م

١٤٤٤هـ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَيْمَةٌ  
الْأَنْعَمُ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ  
إِنَّ اللَّهَ يُحْكُمُ مَا يُرِيدُ﴾

صدق الله العظيم

(سورة المائدة: الآية ١)

## الاهداء

الى الذي منحني كل ما يملك ولم يأخذ جهداً في تقديم الدعم لي مادياً  
ومعنوياً ونفسياً حتى كنت نباتاً استوى على سوقه بإذن الله وكنت الزرع

الذي يعجب الزراع نباته

الى سر نجاحي ونور دربي والدي العزيز

الى مصدر المحبة والحنان والوفاء وأغلى ما أملك

الى من يعجز لساني عن ذكر أوصافها والدتي الحبيبة

الى من أشتاق الى رؤيتها أختي الحبيبة (طيب الله ثراها)

الى من هم سندي وعزوتي في الحياة أختوتي

الى كل من ساهم في انجاز هذا العمل

أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع

## الشكر والامتنان

الحمد لله العلي القدير على فضله ونعمه التي لا تعد ولا تحصى، وعلى عونہ تعالى وتوفيقه لي في اعداد هذه الرسالة، والصلاة والسلام على سيد المرسلين وخاتم النبيين محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آل بيته الطيبين الطاهرين.

لا يسعني وقد شارفت رسالتي على الانتهاء، إلا أن اتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان الى من كان مثلاً علمياً يحتذى به وعون لي طيلة مدة بحثي، الذي زادني اعتزازاً أن تكون رسالتي تحت اشرافه، أستاذي الدكتور محمد جعفر هادي.

ويقتضي الوفاء منا أيضاً أن نقدم خالص الشكر والتقدير لرئيس واساتذة الفرع الخاص في كلية القانون/ جامعة بابل الافاضل الذين رافقونا طيلة مدة الدراسة في السنة التحضيرية، عرفانا لما بذلوه من اجلي في حصولي على شهادة الماجستير، وأخصهم بالذكر (أ.د فراس كريم شيعان، أ.د عباس حسين الفياض، أ.د سماح حسين الركابي، أ.د خير الدين، أ.د محمد جعفر، أ.د ايمان طارق)، وواجب الاعتراف بالفضل يحتم أن أشكر جميع اساتذتي في الدراسة الاولى في كلية القانون بجامعة بابل والذين لولاهم لم أعرف حقيقة القانون فكل ما عندي لكم الفضل فيه اساتذتي الكرام، والشكر موصول للسادة الموقرين في لجنة المناقشة رئاسة وأعضاء لتفضلهم علي بقبول مناقشة هذه الرسالة، فهم أهل لسد خللها وتقويم معوجها والإبانة عن مواطن القصور فيها، سائلاً الله الكريم أن يثيبهم عني خيراً .

وعرفاناً بجميل زملائي الذين لم يبخلوا بشيء في سبيل نجاحي فلا أملك سوى أن أخصهم بالشكر والتقدير.

كما يطيب لنا أن أتقدم بالشكر الجزيل الى موظفي مكتبة كلية القانون/ جامعة بابل جميعهم وذلك لمساعدتهم لنا في استعارة المصادر المطلوبة.

## الملخص

إن مشاريع التشييد لا تخلو من حدوث صعوبات أو مشاكل أو خلافات، لا سيما إذا استمرت مدة طويلة لذا فمن النادر أن ينجز أي مشروع من دون تغييرات أو زيادة في الاعمال الدائمة للعقد الأصلي، وإن من أهم أسباب المنازعات والمطالبات في عقد الفيديك هي تلك الناشئة عن أوامر التغيير التي هي عبارة عن أمر يصدر من المهندس الاستشاري بشكل كتابي الى المقاول، وذلك بناء على طلب رب العمل او اقتراح المقاول او بمبادرة من المهندس نفسه، وذلك بهدف حذف او اضافة او تعديل الاعمال محل عقد الإنشاءات الهندسية من حيث الوقت أو السعر أو الأبعاد والقياسات أو من حيث كمية المواد المرصودة له، أو مواصفاتها الفنية وجودتها، وهذا أثناء تنفيذ العقد وقبل صدور شهادة تسلم الاعمال، شرط الا تؤدي هذه التغييرات الى الإخلال بجوهر العقد وأركانه الأساسية، وتوازنه المالي. حيث تعد أوامر التغيير جزء لا يتجزأ من العقد، وقد نص عقد الفيديك على مجموعة من الشروط والالتزامات التي يجب مراعاتها عند اصدار وتنفيذ أوامر التغيير، والقيام بكل ما هو ضروري لإتمام العمل على الوجه الاكمل الذي قصده الاطراف عند التعاقد، فاذا قصر احد الاطراف لسبب او لآخر في اتباع تلك الشروط والالتزامات على الوجه المطلوب بصورة ينتج عنها ضرر للطرف الاخر، ادى ذلك الى نشوء المنازعات بين اطراف العقد، وتتنوع هذه المنازعات فمنها ما يتعلق بسبب الاخطاء الناشئة عن التصميم والمخططات المعدة لهذه الاوامر، ومنها ما يتعلق بالتأخير في انجاز هذه الاوامر، ومنها ما يتعلق بسداد المستحقات المالية المنصوص عليها في العقد المقابلة لتلك الاوامر ومنها ما يتعلق بالتعسف في إصدار أوامر التغيير.

ونظراً لصدور طبعة جديدة من عقد الفيديك (الكتاب الاحمر) في عام ٢٠١٧، يهدف هذا البحث الى بيان التحديثات الواردة في الطبعة الجديدة وكيف ساهمت هذه التعديلات في معالجة العديد من الاشكاليات التي شهدتها الواقع العملي لمستخدمي هذه العقود خاصة فيما يتعلق بأوامر التغيير وقواعد حل المنازعات.

وعلى الرغم من أهمية عقد الفيديك، إلا أنه توجد قلة في المؤلفات القانونية التي تتناول عقود الفيديك وتنظم أوامر التغيير لاسيما على المستوى العراقي والعربي، وعدم وجود الدراسات القانونية التي تعنى بتحديد المسؤولية المدنية عن أوامر التغيير، وان وجدت فهي تبحث في

الاصدارات القديمة لعقد الفيديك، ورغم توفر مصادر المسؤولية المدنية بكثرة إلا أنها لا تبحث في المصطلحات والمفاهيم التي جاء بها عقد الفيديك والتي تعد حديثة نسبياً، فضلاً عن عدم إلمام بعض أصحاب الأعمال والمهندسين والمقاولين وكذلك القانونيين بأحكامها. لذلك فقد أثرنا البحث في (المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير في عقد البناء والإنشاءات فيديك)، على أن يكون قصد هذه الدراسة هو إتباع المنهج (التحليلي - المقارن)، بين موقف عقد الفيديك وما يوفره من شروط ومفاهيم مرتبطة بالدراسة أولاً، ومدى توافق هذه الشروط والمفاهيم مع احكام القوانين المدنية العراقي والمصري والفرنسي ثانياً، فضلاً عن التشريعات والقوانين المحلية المتعلقة بعقود التشييد، دراسة معززة بالأحكام التي أقرها القضاء في هذه البلدان.

وقد توصلت هذه الدراسة الى مجموعة من النتائج والتوصيات التي نأمل ان تكون عوناً واسهاماً في حث المشرع في القوانين المدنية محل المقارنة لتنظيم قواعد التغيير والتعديل الخاصة بعقود المقاولات وتقنينها ضمن القواعد العامة في القانون المدني، مما يساهم في الحد من الخلافات الناشئة عن الصعوبات والمخاطر المصاحبة للتنفيذ.

## المحتويات

| ت   | الموضوع                                                | الصفحة |
|-----|--------------------------------------------------------|--------|
|     | الآية                                                  | أ      |
|     | الإهداء                                                | ب      |
|     | الشكر والامتنان                                        | ج      |
|     | الملخص                                                 | د-هـ   |
|     | المحتويات                                              | و-ز    |
|     | المقدمة                                                | ١-٩    |
| ١.  | الفصل الاول ماهية أوامر التغيير                        | ١٠-١٠٥ |
| ٢.  | المبحث الاول مفهوم أوامر التغيير                       | ١١     |
| ٣.  | المطلب الاول التعريف بأوامر التغيير                    | ١٢     |
| ٤.  | الفرع الاول تعريف أوامر التغيير وانواعها               | ١٢     |
| ٥.  | الفرع الثاني تحديد الطبيعة القانونية للأمر التغييرى    | ٢٠     |
| ٦.  | الفرع الثالث أسباب إصدار أوامر التغيير                 | ٢٤     |
| ٧.  | المطلب الثاني مستلزمات إصدار أوامر التغيير             | ٢٦     |
| ٨.  | الفرع الاول شروط إصدار أوامر التغيير                   | ٢٧     |
| ٩.  | الفرع الثاني إجراءات إصدار أوامر التغيير               | ٤٢     |
| ١٠. | الفرع الثالث نطاق إصدار أوامر التغيير                  | ٤٥     |
| ١١. | المبحث الثاني سلطة إصدار أوامر التغيير                 | ٥٤     |
| ١٢. | المطلب الاول إصدار أوامر التغيير من قبل المهندس        | ٥٥     |
| ١٣. | الفرع الأول سلطة المهندس في إصدار أوامر التغيير        | ٥٦     |
| ١٤. | الفرع الثاني حدود سلطة المهندس في إصدار أوامر التغيير  | ٦٤     |
| ١٥. | المطلب الثاني إصدار أوامر التغيير من قبل رب العمل      | ٧٣     |
| ١٦. | الفرع الاول سلطة رب العمل في إصدار أوامر التغيير       | ٧٣     |
| ١٧. | الفرع الثاني حدود سلطة رب العمل في إصدار أوامر التغيير | ٧٩     |
| ١٨. | المطلب الثالث اقتراح أوامر التغيير من قبل المقاول      | ٨٧     |

|              |                                                                          |                  |     |
|--------------|--------------------------------------------------------------------------|------------------|-----|
| ٨٨           | ثبوت الحق للمقاول في اقتراح أوامر التغيير                                | الفرع الاول      | ١٩. |
| ٩٧           | حدود المقاول في اقتراح أوامر التغيير                                     | الفرع الثاني     | ٢٠. |
| ١٠٦-<br>٢٢٢- | أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن إصدار أوامر التغيير                   | الفصل الثاني     | ٢١. |
| ١٠٦          | أساس المسؤولية المدنية الناشئة عن إصدار أوامر التغيير                    | المبحث الاول     | ٢٢. |
| ١٠٧          | تطبيقات عن موارد الخطأ المولد للمسؤولية العقدية في إصدار أوامر التغيير   | المطلب الاول     | ٢٣. |
| ١٠٧          | مظاهر الخطأ العقدي للمهندس عن إصدار أوامر التغيير                        | الفرع الاول      | ٢٤. |
| ١١٥          | مظاهر الخطأ العقدي للمقاول عن إصدار أوامر التغيير                        | الفرع الثاني     | ٢٥. |
| ١٢٢          | مظاهر الخطأ العقدي لرب العمل عن إصدار أوامر التغيير                      | الفرع الثالث     | ٢٦. |
| ١٢٥          | تطبيقات عن موارد الخطأ المنشأ للمسؤولية التقصيرية في إصدار أوامر التغيير | المطلب الثاني    | ٢٧. |
| ١٢٦          | الأخطاء ذات الصلة بالتعسف في إصدار أوامر التغيير                         | الفرع الاول      | ٢٨. |
| ١٢٨          | الأخطاء الناشئة عن الفعل الشخصي للمهندس                                  | الفرع الثاني     | ٢٩. |
| ١٣٢          | الأخطاء المبنية على علاقة التبعية                                        | الفرع الثالث     | ٣٠. |
| ١٣٤          | آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن إصدار أوامر التغيير                    | المبحث الثاني    | ٣١. |
| ١٣٤          | وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن إصدار أوامر التغيير                     | المطلب الاول     | ٣٢. |
| ١٣٥          | وسائل تسوية المنازعات في عقد الفيديك                                     | الفرع الاول      | ٣٣. |
| ١٦٥          | وسائل المطالبة القضائية على وفق القواعد العامة                           | الفرع الثاني     | ٣٤. |
| ١٨٧          | دفع دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن إصدار أوامر التغيير                | الفرع الثالث     | ٣٥. |
| ٢٠٢          | حكم تحقق المسؤولية المدنية                                               | المطلب الثاني    | ٣٦. |
| ٢٠٣          | صور التعويض                                                              | الفرع الاول      | ٣٧. |
| ٢١١          | مقدار التعويض                                                            | الفرع الثاني     | ٣٨. |
| ٢١٥          | إنهاء العقد                                                              | الفرع الثالث     | ٣٩. |
| ٢٢٣          |                                                                          | الخاتمة          | ٤٠. |
| ٢٣١          |                                                                          | المصادر والمراجع | ٤١. |

## المقدمة

### أولاً: التعريف بموضوع الدراسة

من البنود التي تستوجب دراستها دراسة دقيقة خلال سير عقود الانشاءات ذلك البند الذي يتيح للأطراف تعديل حقوق والتزامات كل طرف منهم، إذ إنه بمرور الوقت يضطر اطراف المشروع الى تغيير شروطهم، وبطبيعة الحال هذا يؤدي الى التأثير على التزامات أطراف الرابطة العقدية، فمن المناسب جدا ان يتم تنفيذ عقد المقاولة طبقا لمخططات وتصميمات العقد، إلا أنه غالباً ما تظهر هناك حاجة لإجراء تعديلات على تصميمات المشروع ، حيث إنه من النادر أن يتم تنفيذ أي مشروع إنشائي وفقاً لما خطط له دون حدوث تغييرات فيه، فالتغيرات مصاحبة للمشاريع، وقد يكون ذلك لوجود اسباب فنية تستوجب التغيير مثل تعديل التصميم، أو وجود أخطاء في تصميم المشروع يترتب عليها تغييرات بالمخططات والكميات، وذلك لكون هذه الوثائق يتم إعدادها من قبل العديد من المهندسين من ذوي التخصصات المتنوعة، الأمر الذي يجعل وجود أخطاء في تلك الوثائق أمراً محتملاً أو تعارضها في بعض الاحيان، أو بسبب ظهور متطلبات واحتياجات للجهة المستفيدة أثناء التنفيذ أو ظهور معدات وأجهزة أفضل وأحدث تقنية، أو يكون من الأفضل إجراء تغييرات على مواصفات المشروع للحصول على أفضل التقنيات، أو تعديل موقع المشروع مما يترتب عليه تغيير في تصميمه، الأمر الذي يستدعي إجراء تغيير في عنصر من عناصر المشروع وذلك لتدارك الخلل الناتج عن الخطأ في الوثائق السابق ذكرها، أو تلافي النقص الورد فيها. وهذا يؤدي الى خلق تحديات أمام أطراف المشروع. في الحقيقة، إذا كان من المؤكد بأن لأوامر التغيير من آثار إيجابية، فانه لا ينكر أيضاً أن يكون لها بعض الآثار السلبية، إذ إن اصدار هذه الأوامر قد يترتب عليها أضرار تؤدي الى خلل في نوعية وجودة العمل الذي يتم تسليمه مما يتسبب في بروز الكثير من المشاكل العملية

والقانونية بين الأطراف المسؤولة عن تنفيذ المشروع التي تستحق المعالجة، لذا لا بدّ من تحديد الاضرار الناشئة عن إصدار أوامر التغيير ومن ثم حصر المسؤول مدنياً عن اصدارها، ونشير في هذا الشأن إن القانون المدني جاء بمواد لتنظيم عقد المقاولة غير قادرة على استشراف المستقبل، ولا تفي بالحد الأدنى من الأحكام الضرورية للمقاولات الحديثة التي أصبحت بمرور الوقت كثيرة التشابك والتعقيد، وتحتوي على تفاصيل لم تدر في خلد المشرع الذي بنى مواد القانون المدني في عقد المقاولة على تصور لعقد بناء بسيط. وعلى العكس من ذلك حيث أن عقود الفيديك تحتوي على بنود تنظم أي تغييرات تنشأ بمناسبة تنفيذ المشروع. تجعلها صالحة للتطبيق على المستوى المحلي بعد إدخال التعديلات اللازمة عليها، لذلك سعت أغلب الدول في مختلف الأنظمة القانونية اللاتينية أو الأنكلوسكسونية الى تطبيق هذا النظام من اجل أن يعالج المشاكل القانونية المطبقة في تلك الدول، وعليه اضحى عقد الفيديك يوفر أرضية مشتركة بين كل المشتغلين في مجال الانشاءات على الصعيدين المحلي والدولي.

### ثانياً: أهمية الدراسة /

إن أهمية الدراسة تتجلى في كون عقد الفيديك في تطور مستمر وهو الأكثر استعمالاً عند صياغة عقود البناء والتشييد في المنطقة العربية وخاصة في المشروعات الضخمة والمعقدة، مما يستوجب الإلمام بأهمية الدور الذي تلعبه أوامر التغيير في هذا العقد التي يجب ان تنفذ وفقاً لمقتضيات حسن النية، مع مراعاة الدقة والعناية اللازمتين، فضلاً عن بيان مدى ضرورة اللجوء اليها، والحالات التي تؤدي الى حدوث نزاعات بين الاطراف المعنية، وطرق تسويتها، اضافة الى ذلك قلة المؤلفات الفقهية التي تتناول عقود الفيديك وتنظم اوامر التغيير لاسيما على المستوى العراقي والعربي، وعدم وجود الدراسات القانونية التي تعنى بتحديد المسؤولية المدنية عن اوامر التغيير، وان وجدت فهي تبحث في الاصدارات القديمة لعقد الفيديك، ورغم توفر مصادر

المسؤولية المدنية بكثرة إلا أنها لا تبحث في المصطلحات والمفاهيم التي جاء بها عقد الفيديك والتي تعد حديثة نسبياً، فضلاً عن عدم المام بعض اصحاب الاعمال والمهندسين والمقاولين وكذلك القانونيين بأحكامها. كما ان مواد القانون المدني في القوانين محل المقارنة الخاصة بعقد المقاولة لم تمتد اليها يد التعديل او التغيير رغم المتغيرات والتطورات الحديثة في مجال البناء والتشييد، الأمر الذي قد يتطلب البحث في إمكانية تعديل بعض أحكامها عند استخدام عقد الفيديك على المستوى المحلي.

### ثالثاً: إشكالية الدراسة/

نحاول من خلال هذه الدراسة التعرض للإشكالية التي تثيرها مسألة اصدار أوامر التغيير في ضوء العقد النموذجي (فيديك)، حيث ان ضخامة مشروعات البناء قد يولد الفرصة لنشوء بعض الاخطاء في الاعمال أو النواقص في التصاميم بما يتطلب تدارك ذلك سريعاً لإنجاز المشروع من خلال ما يعرف بأوامر التغيير، من هنا تبرز أهمية التعرف على ماهية هذه الأوامر وكيفية اصدارها ومن هي الجهة المسؤولة عن اصدارها وحدود مسؤولية الجهة المصدرة لها.

في الحقيقة ان تنفيذ المشروعات الإنشائية يحتاج في الغالب الى مرونة عالية في التعامل مع المخاطر والصعوبات المحتملة وغير المتوقعة، فالأصل أن يتم اصدار هذه الأوامر بما يحقق مصلحة المشروع وأن تكون الدوافع التي أدت الى اتخاذها نابعة من حسن النية والرغبة في إنجاز المشروع على أكمل وجه. مع ذلك، قد تصدر هذه الأوامر نتيجة لعدم الدراية الكاملة حول المشروع، حيث من المتصور أن تقع بعض الأخطاء من الجهات المسؤولة عن اصدارها، والتي من أهمها: (عدم الاجتهاد في تقديم تصميم دقيق وشامل، الاهمال في الاشراف على المشروع، التعسف في اصدار أوامر التغيير والانحراف عن النطاق الأساسي للعقد وطبيعة العمل، عدم الدقة في تحديد الأغراض المقصودة من المشروع، عدم الامتثال للتعليمات والاورام،

عدم الالامام الكامل بالصعوبات المادية التي من المحتمل أن تطرأ اثناء التنفيذ بما يضاعف الاضرار الناشئة عن زيادة الكلفة او طول المدة اللازمة لتنفيذ المشروع)، كل هذه الأخطاء وغيرها يمكن أن تولد مسؤولية الشخص المخول بإصدار او تنفيذ اوامر التغيير، بما يولد الحاجة لمعرفة اساس وحجم المسؤولية التي يمكن ان يخضع لها مصدر تلك الاوامر، هذا ما يتعلق بالشق الاول من الاشكالية.

أما الشق الثاني فيتعلق بفحص مقدار الانسجام الذي يمكن ان يتحقق بين ما تتضمنه تلك العقود من التزامات وحقوق لأطراف العلاقة العقدية وبين ما يوفره القانون العراقي في هذا المجال من أحكام تتعلق بالمسؤولية المترتبة على اصدار أوامر التغيير، وبالتالي يتوجب معرفة مدى ملائمة نصوص القانون العراقي مع ما توفره عقود الفيديك من مبادئ وأحكام تتعلق بأوامر التغيير التي يصدرها أصحاب العلاقة إكمالاً للنواقص التي تظهر أثناء تنفيذ المشروع محل عقد المقالة. لذا كان لابد من دراسة هذا الموضوع للوقوف على جوانبه كافة من أجل تحديد النظام القانوني الأمثل له.

وبالتالي فان الدراسة سوف تحاول الاجابة عن التساؤلات الآتية:

- ماهية أوامر التغيير في عقد الفيديك وما هي طبيعتها القانونية؟ وإذا كان العقد يسمح بإصدار هذه الأوامر فما هي الاسباب التي تدعو الى اصدارها ومن هو صاحب الحق في اصدارها وهل يخضع هذا الاخير الى شروط او قيود معينة؟ وهل أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني لاسيما (عقد المقالة) كافية لتحديد النظام القانوني الحاكمة لإصدار مثل هكذا أوامر وما هي

أبرز التحديثات التي جاء بها عقد الفيديك الاصدار الثاني ٢٠١٧؟

- مناقشة الاشكاليات التي تترتب على تنفيذ الأمر التغييري في عقد الفيديك ومنها فكرة تعديل العقد فهل حقيقة إن الأمر التغييري تعديل على محل العقد؟ اذ يقتضي اجراء المقارنة بين فكرة تعديل العقد ومدى انطباقها على الأمر التغييري؟

- ما هو المركز القانوني للمهندس الذي يعطيه الحق في اصدار أوامر التغيير؟ فهل هو وكيل أم مقاول أم غير ذلك؟

- هل ان القواعد العامة في القانون المدني ذات الصلة بالمقاولات تتلاءم مع الطبيعة المركبة والتطورات الحديثة لعقود الانشاءات الدولية وهل بالإمكان تطبيقها على الطيف الواسع من مشاريع الاعمار؟

- ما هو الاساس القانوني للمسؤولية المدنية عن اصدار اوامر التغيير، فهل هي المسؤولية العقدية او المسؤولية عن الفعل الضار؟ ام يمكن ان تنشأ عن كليهما؟ واذا أمكن نشوء المسؤولية العقدية عن اصدار أوامر التغيير، فأى من الالتزامات التي تنشأ عن الاخلال بها المسؤولية المدنية عن اصدار أوامر التغيير؟ واذا كانت المسؤولية عن الفعل الضار هي الاساس في المسؤولية عن اصدار أوامر التغيير، فعلى أي صورة تظهر هل بالخطأ الثابت ام المفترض؟

- ماهي الاليات المتبعة لحل المنازعات الناشئة عن أوامر التغيير في عقد الفيديك؟ وما هي التحديثات الواردة عليها في اصدار ٢٠١٧؟

- ما هي الاسباب التي يمكن للمدعى عليه ان يتمسك بها لدفع المسؤولية المدنية بسبب أوامر التغيير؟ وهل نظمها عقد الفيديك؟

- ماهو الجزاء المترتب على ثبوت المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير في ضوء العقد النموذجي الفيديك؟

## رابعاً: نطاق الدراسة/

يتناول نطاق هذه الدراسة بيان ماهية أوامر التغيير والمسؤولية المدنية الناجمة عنها وتحديد الجزاء الملائم لجبر اضرار أوامر التغيير، بموجب أحدث وأهم اصدار من العقود النموذجية التي يصدرها الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (Fidic)، الصادر عام ٢٠١٧ الطبعة الثانية، والمسمى عقد التشييد(فيديك) للمباني والأعمال المصممة بمعرفة صاحب العمل، ويرمز له بالكتاب الاحمر الجديد New red book (نسبة الى غلافه)، او يسمى عقد الفيديك نسبة الى اسم المنظمة التي أصدرته Fédération internationale des ingénieurs conseils، وذلك بعد عدة طبعات من عقد اعمال الهندسة المدنية الذي مر بعدد من الاصدارات كان اخرها الاصدار ١٩٩٩، والتي اعتمدها البنك المركزي الدولي في مشاريعه التمويلية منذ عام ٢٠٠٥ واصبحت نظاما عاما له يشترط فيه ابرام العقد على وفق النموذج، ثم ظهر النموذج الجديد لعام ٢٠١٧ الذي يختلف عن كافة الاصدارات السابقة، والذي ما زال الى الان حديث العهد كون أن تطبيقاته في الحياة العملية لم يمضِ عليها وقت طويل، إذ يقوم رب العمل أو مهندس بتقديم التصميم على ان يقوم المقاول بتنفيذه بغض النظر هم نوعية الاعمال التي يشملها العقد ، فهو قد يشمل اعمال الهندسة الميكانيكية أو الكهربائية، أو غيرها الى جانب أعمال الهندسة المدنية، على الرغم من ان الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين يصدر نماذج اخرى للعقود المستخدمة في مجال الهندسة او صناعة البناء والتشييد، تغطي مختلف جوانب هذا المجال، كما تحاول هذه الدراسة النظر في مدى امكانية تطوير القواعد العامة لتطبيقها على المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير لكل ما لا يمكن تطبيق الشروط العامة في عقد الفيديك بشأنه، وإعداد دراسة تكون مساعدة للمشروع العراقي عند تنظيمه لهذه المسؤولية عن طريق إعادة النظر في القواعد العامة الخاصة بهذا الشأن وتعديلها.

### خامساً: منهجية الدراسة/

إن البحث في المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير في ضوء العقد النموذجي للبناء والانشاءات الفيديك يجعل المنهج الأقرب لطبيعة هذا البحث هو منهج التحليل المقارن من أجل الوقوف على النظام القانوني الحاكم لإصدار أوامر التغيير والمسؤولية الناشئة عن إصدارها من جهة، وبيان مدى قدرة التشريعات المعتمدة للمقارنة (العراقي والمصري والفرنسي) على الانسجام مع طبيعة الأحكام التي يتضمنها العقد النموذجي فيديك لا سيما ما يتعلق بموضوع أوامر التغيير تحديداً.

### سادساً: الدراسات السابقة/

على الرغم من أهمية الدراسة ومالها من مكانة علمية، إلا أننا نجد ندرة في الدراسات السابقة وخاصة الرسائل الجامعية التي تطرقت للمسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير في عقد البناء والانشاءات فيديك، والواقع أن ندرة هذه الدراسات لا يعني انعدامها فقد كشفت الدراسة عن عدد من الدراسات التي وإن اختلفت مع هذه الدراسة في موضوعها، إلا أنها تمس جانباً كبيراً من الدراسة التي نحن بصدددها، ورغم وجود بعض التشابه في جوانب البحث بين هذه الدراسة والدراسات السابقة إلا أنه لم يتيسر للباحثة الحصول على دراسة ناقشت هذا الموضوع وفق إصدار ٢٠١٧، ومن هذه الدراسات:

- ١-دراسة الدكتور ممدوح محمد ممدوح الرشيدات الموسومة ب(الاورام التغييرية في عقد المقاوله، اطروحة دكتوراه، القاهرة، ٢٠٠٤)، إذ كانت هذه الدراسة تهتم بالأوامر التغييرية في اطار عقد الفيديك الاصدار ١٩٩٩، كما أنها لم تكن مختصة في ميدان المنازعات الناشئة عن أوامر التغيير وآلية تسوية هذه المنازعات في عقود الفيديك.

حيث إن هذه الدراسة سنتناول بعض الجوانب التي لم تتطرق لها اطروحة الدكتور ممدوح الرشيدات، فهي تهدف الى بيان المسؤولية المدنية المترتبة عن الاضرار التي تنشأ عن اصدار او تنفيذ اوامر التغيير بالمقارنة مع القانون العراقي والمصري والفرنسي، مع الاستئناس ببعض الاحكام القضائية في تلك القوانين، إضافة الى معالجة آلية تسوية المنازعات الناشئة عنها في عقد الفيديك والتي لم تتطرق اليها اطروحة الدكتور ممدوح محمد ممدوح الرشيدات.

٢- دراسة الدكتورة شمس الدين محمد قاسم الخزاعلة الموسومة ب(اشكاليات تنفيذ الأوامر التغييرية في عقود الفيديك وآلية تسويتها)، اطروحة دكتوراه، جامعة العلوم الاسلامية العالمية، ٢٠١٣، تناولت الباحثة في دراستها اشكالية اثر تنفيذ الامر التغييري على اعادة التوازن المالي للعقد، كما أنها تطرقت الى طرق تسوية المنازعات في عقود الفيديك، الا انها لم تكن مختصة بموجب الاصدار الحديث من عقد الفيديك لعام ٢٠١٧، كما أنها خلت وبشكل تفصيلي من التطرق لموضوع النظام الاجرائي لصدور أوامر التغيير في عقد الفيديك، كما انها لم تتطرق بشكل مفصل لأصحاب الحق والاختصاص في إصدار اوامر التغيير، وماهي حدود المسؤوليات والصلاحيات والواجبات لكل طرف من الاطراف المشاركة في العملية الانشائية، إضافة الى انها لم تتطرق الى آلية تسوية المنازعات كما جاء برسالتي.

٣- بحث الدكتورة نسرین محاسنة الموسوم ب (اصدار اوامر التغيير من قبل المهندس في عقد المقالة)دراسة في عقد الفيديك النموذجي الكتاب الاحمر)، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، العدد السادس عشر، كانون الثاني، ٢٠١٦. هذا البحث يهتم بجانب معين وهو اصدار الاوامر التغييرية من حيث اساس صلاحية المهندس الاستشاري في إصدار الاوامر دون البحث بصلاحية رب العمل وكذلك المقال بإصدار اوامر التغيير، وتوصلت دراسة الدكتورة إلى أن صلاحية المهندس في تعديل العقد هو شرط في العقد الأصلي. وكذلك لم يبحث الامر

التغييرى بشمولية من حيث اجراءاته والمنازعات الناشئة عنه والمسؤولية المترتبة عنها، كما أن هذه الدراسة لم تتطرق أيضاً الى آلية تسوية المنازعات كما جاء برسالتى.

٤-دراسة الدكتور محمد فؤاد الحريرى الموسومة ب(تعديل عقود الانشاءات العامة وفقاً لنظام أوامر التغيير -دراسة مقارنة بين القانون المصرى وعقود الفيدىك النموذجية- دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١). تناولت الدراسة مفهوم أوامر التغيير والمقصود بالتغييرات فى عقود الانشاءات. كما أن دراسة الباحث كانت مقارنة بين مصر والاردن وعمان، وركزت هذه الدراسة على الاوامر التغييرية فى عقد الاشغال العامة والعقد الادارى ومقارنتها بعقد الفيدىك. على حين ان رسالتى تبحث بالمقارنة بين عقد الفيدىك وموقف كل من القانون المدنى العراقى والمصرى والفرنسى فيما يتعلق بالأحكام المتعلقة بأوامر التغيير من حيث(ماهية اوامر التغيير وصاحب السلطة فى اصدارها وحدود الصلاحيات والواجبات والمسؤوليات المترتبة عليها لكل طرف من أطراف العملية الانشائية).

### سابعاً: خطة الدراسة/

تقتضى ضرورة دراسة هذا البحث أن يتم تقسيمه الى فصلين تسبقها مقدمة يتناول الفصل الأول ماهية أوامر التغيير فى عقد الفيدىك فى مبحثين: يتناول الاول مفهوم أوامر التغيير فى حين يتناول الثانى متطلبات اصدار أوامر التغيير فى عقد الفيدىك. ننتقل بعدها الى الفصل الثانى الذى يبين أحكام المسؤولية المدنية الناشئة عن أوامر التغيير وذلك على مبحثين: يتناول الأول اساس المسؤولية المدنية الناشئة عن أوامر التغيير، ويتناول الثانى اثار المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير، ثم نختم موضوع هذا البحث بخاتمة موجزة موضحة فيها أهم النتائج والتوصيات.

## الفصل الاول

### ماهية أوامر التغيير

تنظم عقود الفيديك أوامر التغيير لأعمال البناء والتشييد بموجب أحكام الفصل الثالث عشر منها<sup>(١)</sup>، وينبغي على أطراف العقد الاهتمام بصورة خاصة بصياغة الشروط اللازمة في العقد بشأن أوامر التغيير في نطاق العمل من حيث شروطها، إجراءاتها، نطاقها، سلطة إصدارها، والمسؤولية عنها، وذلك لتفادي أي نزاع ممكن أن ينشأ بين أطراف المشروع بسببه وبناء على ما تم تقديمه فإن دراسة ماهية أوامر التغيير تتطلب منا أن نقسم هذا الفصل إلى بحثين نخصص الأول منها لبيان مفهوم أوامر التغيير بتعريفه وبيان أنواعه أولاً، وتحديد تكييفه القانوني وبيان أسباب إصداره ثانياً، ونكرس المبحث الثاني لتحديد متطلبات إصدار أوامر التغيير من خلال بيان شروطها ونطاقها والإجراءات المتعلقة بها.

١ - جاءت كلمة الفيديك (FIDIC) مصطلحاً مختصراً يضم الأحرف الأولى من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، وهو الإطار المؤسس الذي يصدر ويطور مجموعة من أهم العقود النموذجية في مجال أعمال المقاولات بمختلف أنواعها، تأسس عام ١٩١٣ بمساهمة ثلاث جمعيات أوروبية للمهندسين الاستشاريين البلجيكية (CICB)، والجمعية الفرنسية للمهندسين الاستشاريين (CICF)، والجمعية السويسرية للمهندسين الاستشاريين (ASIC)، ونظراً لتأثر النظامين البلجيكي والسويسري بالفكر الفرنسي وكون أن جميع هذه الدول ناطقة باللغة الفرنسية كلياً أو جزئياً، جاءت التسمية باللغة الفرنسية، في أيلول عام 1999 أصدر الفيديك طبعة جديدة ومطورة من نماذج العقدية تضمنت أربعة كراسات للشروط العقدية النموذجية، عرفت هذه المجموعة باسم قوس قزح (The fidic rainbow) نسبة إلى تعدد ألوان أغلفة كراسات هذه النماذج، وقد صدرت على نمط واحد من حيث الفلسفة القانونية واللغة والصياغة والإخراج الفني إذ أن موضوعها هو تحديد الطرف الذي تقع عليه مسؤولية تصميم الأعمال بدلاً من الاستناد إلى طبيعة هذه الأعمال أو نوعيتها وأن هذه المجموعة تتضمن: الكتاب الأصفر نموذج عقدي لأعمال المشروعات الصناعية ومشروعات الهندسة الميكانيكية والإلكترونية المصممة بمعرفة المقاول، والكتاب الأحمر نموذج عقدي لأعمال التشييد والهندسة المصممة بمعرفة صاحب العمل، والكتاب الفضي نموذج عقدي يتعلق بالمقاولات التي تتم بطريق تسليم المفتاح المصممة من قبل المقاول، والكتاب الأخضر نموذج عقدي لأعمال المشروعات الصغيرة المصممة من قبل المالك والمقاول معاً. للمزيد من التفصيل يراجع د. محمد محمد بدران، عقود الانشاءات في القانون المصري، دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٠ وما بعدها.

## المبحث الاول

### مفهوم أوامر التغيير

لقد اضحى الأمر التغييرى سمة اساسية في المشاريع الانشائية؛ وذلك لأن عقود التشييد من عقود المدة المتراخية التي تحتاج الى فترات زمنية طويلة نسبيا لتنفيذها مما يؤدي الى تغير الظروف التي تحيط بالعقد من وقت ابرامه الى فترة التنفيذ، فإنه من المتوقع أن تستجد بعض الاسباب التي تدعو الى تنفيذ أعمال لم تذكر ضمن مستندات التعاقد أو تعديل الاعمال المنصوص عليها بالعقد بالزيادة أو النقصان، مما يؤثر سلباً في التكلفة الكلية للعقد أو التغيير في المدة الزمنية اللازمة لتنفيذ العقد أو كلاهما معاً بالزيادة أو النقصان أي زيادة برنامج العمل<sup>(١)</sup>.

ويمكن أن تكون أوامر التغيير على مجموعة من الصور فأما أن تكون عبارة عن اضافات additions، أو تعديلات alteration، أو بدائل substitution، أو محذوفات omissions من حيث كمية ونوعية وحجم الاعمال، فأوامر التغيير تسمح للعقد الاصلي بأن يستمر أي يبقى نافذاً دون حاجة الى ابرام عقد اخر عند الحاجة الى ادخال تغييرات على المشروع اثناء التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

لذا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول التعريف بأوامر التغيير، وفي المطلب الثاني سنخصصه لتحديد متطلبات اصداره.

١- د. مهندس هشام محمد قنديل والمهندس الاستشاري محمد ماجد خلوصي، المطالبات في العقود الهندسية وعقود الفيديك والوسائل البديلة لفض المنازعات، بدون دار نشر، ٢٠١٨، ص ٢٧.

٢- محمد فؤاد الحريري، تعديل عقود الاشغال العامة وفقاً لنظام اوامر التغيير، دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيديك، دار النهضة، القاهرة، ٢٠١١، ص ٦٧.

## المطلب الاول

### التعريف بأوامر التغيير

حتى نتمكن من تحديد المعنى الدقيق لأوامر التغيير لابد لنا من الوقوف أولاً على تعريفها لغةً واصطلاحاً، ثم المرور على تعريف تلك الاوامر في عقد الفيديك فضلاً عن معرفة مدى الاشارة اليه في عقد المقاوله النمطي في القوانين محل المقارنة، ثم بيان أنواعه ثانياً وهذا ما سنتناوله في الفرع الاول من هذا المطلب، في حين سنتناول في الفرع الثاني التكيف القانوني للأمر التغييرى واخيرا نخصص الفرع الثالث لبيان اسباب اصدار أوامر التغيير وكما يلي:

### الفرع الاول

#### تعريف أوامر التغيير وأنواعها

إن معنى الاوامر التغييرية ليس معروفا بشكل كبير لغير المقاولين او العاملين في قطاع المقاولات لذلك لابد من التعريف به وبيان انواعه في هذا الفرع على النحو الآتي:

#### اولا - تعريف أوامر التغيير:

لقد ورد مصطلح "أمر التغيير"<sup>(١)</sup> في القاموس اللغوي الخاص بالمصطلحات الفنية المستخدمة في مجال التشييد والبناء بأنه "عبارة عن أمر كتابي من صاحب المبنى، ويمثله المهندس الاستشاري يسمح بزيادة العمل بأكثر من الكمية المبينة في العقد"<sup>(٢)</sup>، والسبب في استخدام لفظ(امر) يرجع الى تأثر عقد الفيديك بالقانون الانكلوسكسوني حين شاع هذا اللفظ في عقود الادارة، وكذلك في نظام القضاء المزدوج الفرنسي والمصري(القضاء العادي والقضاء

١ - يستخدم القانون الانكليزي اصطلاح "Variation orders"، ويرمز اليه بالمختصر (VOS)، بينما يستخدم القانون الامريكي اصطلاح "Change order"، اما في القوانين المدنية محل المقارنة فيستخدم اصطلاح "تعديل العقد". انظر ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، الاوامر التغييرية في عقد المقاوله، دراسة مقارنة في كل من القانون الاردني والمصري وشروط عقد المقاوله فيديك، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، القاهرة، معهد البحوث والدراسات العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، ٢٠٠٤، ص ٢٠٤. وانظر فخر الدين الحسيني، عقد المقاوله في القانون المدني العراقي، ط١، بغداد، مكتبة دار النهضة، ص٣٠. وانظر فرانسواز لابات وسيريل نوبلوت، المطول في العقود باشراف جاك غستان، عقد المقاوله، ترجمة د. عبد الامير ابراهيم شمس الدين، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط١، ٢٠١٨، ص ٣٥٢.

٢ - نقلا عن محمد فؤاد الحريري، مصدر سابق، ص ٦٨.

الاداري) حيث إن عقود الاشغال العامة<sup>(١)</sup> والتي هي عقود انشاءات كانت تستخدم اصطلاح أمر، فضلاً عن أن المفاوض الذي يصدر اليه الأمر لا يستطيع ان يرفض تنفيذه؛ لأنه ملزم بتنفيذه بموجب العقد وإلا كان مخالفاً بالتزاماته العقدية مما يستوجب مسؤوليته<sup>(٢)</sup>.

حيث هناك العديد من التعريفات الفقهية التي اعطيت لهذا المصطلح فضلاً عن التعريف الذي وضعه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك) فقد عرفها البعض بأنها (تعديل للعقد من جانب واحد، ويكون كتابة، ولا يؤثر على حقوق الاطراف العامة)<sup>(٣)</sup>.

و ذهب رأي آخر الى تعريفها بأنها "سلطة يمارسها المهندس في عقود المقاولات، بموجبها يطلب من المفاوض اجراء تعديلات أو اضافات على العمل، ولا تكون هذه التغييرات منصوفا عليها في العقد الاصلي، ويعد بمثابة اتفاق ملحق بالعقد الاصلي، ويهدف لتحقيق مصلحة المشروع"<sup>(٤)</sup>.

وعرفت أيضاً بأنها "تغيير، وتعديل في التصميم، أو نوعية المواد المستعملة في عملية الانشاء أو كميته"<sup>(٥)</sup>.

ونشير في هذا الشأن ان لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي -اونسترال- قد ذهبت الى القول بأن مصطلح التغيير يعني "اي تغيير في اي جانب من جوانب تشييد المنشأة عما تم الاتفاق عليه بموجب وثائق العقد، فربما تستجد اثناء تنفيذ عقد الانشاء امور تجعل من الضروري تعديل بعض جوانب التشييد ومن الافضل ان تتضمن وثائق العقد الاحكام التي يكون

١- عقد الاشغال العامة هو عقد بمقتضاه تعهد الادارة الى شخص من اشخاص القانون الخاص بالقيام بعمل متصل بعقار مقابل اجر، تحقيقاً للمنفعة العامة ، اما المقولة فهو عقد من عقود القانون الخاص، وانها في نطاق هذا القانون قد تكون عقدا مدنيا وقد تكون عقدا تجاريا، وانها قد تكون عقدا مختلطا، وفي جميع الحالات لا يجب الخلط بين المقولة وعقد الاشغال العامة وهو عقد اداري من عقود القانون العام. انظر د. سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة البيع - الايجار- المقولة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨، ص ٤٠٣ وما بعدها. وكذلك انظر د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، مكتبة السنهوري، العراق، ٢٠١٥، ص ٤٠ وما بعدها.

٢- د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

٣- د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٢٠٠.

٤- نسرين محاسنة، اصدار اوامر التغيير من قبل المهندس في عقد المقولة دراسة في عقد الفيديك النموذجي (الكتاب الاحمر)، مجلة المنارة للبحوث والدراسات، جامعة آل البيت، العدد السادس عشر، كانون الثاني، ٢٠١٦، ص ٢١٩.

٥- د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٢٠١.

بموجبها المقاول ملتزماً بأجراء تغيير معين، على انه يلزم على المتعاقدين عند صياغة البند المتعلق بالتغييرات على اقامة نوع من التوازن في المصالح<sup>(١)</sup>.

أما الفقرة ٨٦/١/١ من الفصل الاول للشروط العامة في عقد الفيديك (الكتاب الاحمر)، الصادرة في ٢٠١٧ فقد عرفت الامر التغييري variation "يعني أي تغيير في الاعمال، ويطلب كتغيير تحت بند ١٣ (تغييرات وتعديلات)"<sup>(٢)</sup>، ويؤخذ على هذا التعريف في انه جاء عاما وغير منضبط، حيث لم يحدد ماهية الامر التغييري، كما لم يحدد السلطة المختصة بإصداره، واحال للفصل الثالث عشر بشأن تحديد الضوابط الحاكمة له، إلا إنه وبالرجوع الى احكام الفصل الثالث عشر الذي تمت الاحالة عليه نجد إنه وضع احكاما مفصلة تغنيانا عن التعريف السابق. حيث يمكن أن نستنتج من مجموع تلك الاحكام التعريف الاتي (كل امر يصدر من المهندس الاستشاري بشكل مكتوب الى المقاول، وذلك بناء على طلب رب العمل أو اقتراح المقاول أو بمبادرة من المهندس نفسه، يهدف الى اضافة أو حذف أو تعديل الاعمال محل العقد، وذلك أثناء تنفيذ العقد وقبل صدور شهادة تسلم الاعمال، شرط ألا تؤدي هذه التغييرات الى الاخلال بجوهر العقد واركانه الاساسية، مع عدم الاخلال بالتوازن المالي للعقد)، وستوضح مفردات هذا التعريف على امتداد هذه الدراسة.

أما بالنسبة للفقهاء القانوني في عقد المقاولة النمطي، فإنه لا توجد في القوانين المدنية محل المقارنة نصوص خاصة تنظم أو تحدد احكام أوامر التغيير، وإنما اكتفت بتناول مقتضب لموضوع الاضافة أو التعديل الذي يحدث في تنفيذ اعمال المقاولة عند بيان التزام رب العمل بدفع الاجرة للمقاول حيث فصلت تبعات التغير في الكميات<sup>(٣)</sup>. ومع ذلك فإن للأطراف الاستناد

١- د. مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨، ص ٢١٤.

٢- الترجمة العربية لعقد الفيديك (الكتاب الاحمر) الاصدار الثاني، ٢٠١٧، ص ٣٨.

٣- نصت المادة ٨٧٧ من القانون المدني العراقي على انه(إذا أبرم العقد بأجر جزافا على اساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول ان يطالب بأي زيادة في الاجرة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل او اضافة، الا ان يكون ذلك راجعا الى خطأ رب العمل او ان يكون مأذونا له منه وقد اتفق مع المقاول على اجرته ويجب ان يحصل هذا الاتفاق كتابة الا اذا كان العقد الاصلي قد اتفق عليه مشافهة) ونصت المادة ٦٥٨ من القانون المدني المصري على انه (إذا أبرم العقد بأجر اجمالي على اساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول ان يطلب بأية زيادة في الاجر ولو حدث في هذا التصميم تعديل او اضافة الا ان يكون راجعا الى خطأ من رب العمل او يكون مأذونا به منه واتفق مع المقاول على اجره٢- ويجب ان يحصل هذا الاتفاق كتابة، الا اذا كان العقد الاصلي قد اتفق عليه مشافهة) كما نصت المادة ١٧٩٣ من القانون المدني الفرنسي على انه (عندما يتعهد مهندس معماري او مقاول بتشبيد بناء لقاء مبلغ مقطوع وفق تصميم مقرر ومتفق عليه مع مالك الارض، لا يجوز له ان يطالب بأية زيادة في الثمن سواء بحجة زيادة اليد العاملة او المواد ام بحجة التغييرات أو =

للمادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي المقابلة للمواد ١٤٧ مدني مصري و ١٩٣ مدني فرنسي في تنظيم مسألة اصدار أوامر التغيير لأحد الطرفين أو كليهما، طالما إن تلك الاتفاقات لا تتعارض مع القانون<sup>(١)</sup>.

أما شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة ١٩٨٧ فلم يرد فيها تعريف مباشر لأوامر التغيير<sup>(٢)</sup>، ونذكر إن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤ فأنها لم تتطرق الى موضوع اوامر تغير الاعمال والاعمال الاضافية بصورة صريحة وواضحة<sup>(٣)</sup>، وكان الاجدر بها أن تفعل ذلك على اعتبار انها صدرت لتدارك النواقص التي كانت موجودة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة (٢٠٠٨) الملغاة حتى وإن كانت وزارة التخطيط قد

=الزيادات التي اجريت على التصميم ان لم تكن هذه التغييرات والزيادات قد اجيزت خطيا ووافق الثمن مع المالك). وجاء نصها الفرنسي بالاتي:

Article 1793 (Lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'oeuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire).

اما المادة ٨٧٩ مدني عراقي فقد نصت على انه (١- اذا ابرم العقد على اساس مقايضة بسعر الوحدة، وتبين اثناء العمل انه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول ان يخبر في الحال رب العمل مبينا مقدار ما يتوقعه من المصروفات فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به المقايضة من نفقات. ٢- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل ان يتحلل من العقد فإذا اراد التحلل وجب ان يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما انفق من المصروفات وما انجزه من الاعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل) ونصت المادة ٦٥٧ من القانون المدني المصري على انه (اذا ابرم عقد بمقتضى مقايضة على اساس الوحدة وتبين في اثناء العمل ان من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول ان يخطر في الحال رب العمل بذلك مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة في الثمن فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به قيمة المقايضة من نفقات. ٢- فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة جاز لرب العمل ان يتحلل من العقد ويقف التنفيذ على ان يكون ذلك دون ابطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما انفق من المصروفات وما انجزه من الاعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل) وليس لهذه النصوص مقابل في القانون المدني الفرنسي. اما المادة ٨٨٠ من القانون المدني العراقي فقد نصت على انه (اذا لم تحدد الاجرة سلفا او حددت على وجه تقريبي، وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول) تقابلها المادة ٦٥٩ مدني مصري وليس لها مقابل في القانون المدني الفرنسي.

١- نصت المادة ١/١٤٦ على انه (اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لأحد العاقدین الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي). يقابلها نص المادة ١/١٤٧ من القانون المدني المصري فقد نصت على انه (العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه او تعديله الا باتفاق الطرفين او للأسباب التي يقرها القانون)، وايضا المادة ١٩٣ من القانون المدني الفرنسي (لا يجوز تعديل العقود او نقضها الا بالرضا المتبادل لأطرافها، او للأسباب التي يقرها القانون).

٢- نصت المادة ٥٢ من شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية على انه: للمهندس اجراء اي تغيير في شكل ونوعية وكمية (الاعمال) اذا رأى ذلك ان ذلك ضروريا او مرغوبا فيه وله من اجل ذلك الحق في ان يأمر المقاول القيام بأي من الاعمال التالية....).

٣- نصت المادة الثانية اولا من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية (ه- تكون الشروط والمواصفات وجدول الكميات والخرائط وغيرها دقيقة لتجنب اجراء التغييرات او الاضافات اثناء التنفيذ).

اصدرت ضوابط سابقة خاصة بإصدار أوامر الغيار<sup>(١)</sup>، على اعتبار هذه التعليمات يجب أن تغطي كل ما يتعلق بإبرامها فقط. إلا أن الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال العامة، والتي حلت محل شروط المقاولات العامة الصادرة عام ١٩٨٧ الواردة ضمن وثائق العطاء القياسية قد عرفت الأمر التغييرى بأنه (يعني اي تغيير في الاشغال يتم اصدار أمر تغيير به أو الموافقة عليه كتغيير بموجب احكام (المادة الثالثة عشر) حيث تم اعداد هذه الشروط بالاسترشاد بعقد الفيديك ١٩٩٩ بعد ترجمته ونشره على موقع وزارة التخطيط<sup>(٢)</sup>).

وكذلك الحال بالنسبة لعقد اعمال المقاولات - مصر - نموذج استرشادي رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٩٤ حيث لم يرد فيها اشارة لتعريف لأوامر التغيير على أنه يمكن اشتقاق تعريف لها "بأنها اخطار كتابي لإجراء تغييرات في الاعمال، موقع من قبل المهندس والمقاول"<sup>(٣)</sup>، كما لم يرد هنالك تعريف لأوامر التغيير ضمن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصرية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ حيث نجد أن المادة ٩٦ من اللائحة اشارت الى احقية الادارة بتعديل عقودها من حيث كمية وحجم الاعمال بالإضافة أو الحذف دون الاشارة الى تعريف للأمر التغييرى<sup>(٤)</sup>.

- ١- لقد عرفت الفقرة (٩) من ضوابط اوامر الغيار امر التغيير بأنه: امر صادر عن جهة التعاقد رب العمل، لإجراء تغيير بشكل او نوعية او كمية الاعمال او اي جزء فيها لمعالجة امور غير متوقعة او في حالة التقييم الهندسي واجراء اي زيادة او نقص في الكميات او حذف او اضافة جزئية الى الاعمال اذا كانت هناك حاجة ملحة للتغيير، ولرب العمل من اجل ذلك الحق ان يصدر امر تحريري بموجبه يأمر المقاول القيام بالعمل موضوع امر التغيير وعلى المقاول ان يقوم بتنفيذه ولا يعتبر معطلا لنفاذ المقولة او مبطلا لها.
- ٢- يعد البنك الدولي هو أول من أدخل عقود الفيديك الى العراق، إذ إشتراط في تمويله للمشاريع استخدام هذا النموذج الصادر عام ١٩٩٩، ومن الجدير بالذكر ان الفيديك أصدر نسخ معدلة من الكتاب الاحمر الجديد ضمنها شروط تتناسب مع المشاريع الممولة من الجهات المانحة (كالبنك الدولي والبنك الآسيوي للتنمية) سميت بالطبعة المنسقة وكان أول تلك الإصدارات المعدلة عام ٢٠٠٥، وآخرها صدر في حزيران من عام ٢٠١٠. وحديثاً اصدرت وزارة التخطيط متمثلة بدائرة العقود الحكومية فيها وثائق العطاء القياسية لعقود تنفيذ الاشغال الحكومية في اذار من عام ٢٠١٤، تتكون من ثمانية اجزاء، انفرد القسم السابع والثامن بعقود الاشغال والخدمات وهي النسخة العراقية من عقد الفيديك ١٩٩٩ بعد ترجمته ونشره على موقع الوزارة، ومن الجدير بالإشارة ان هذه الوثائق قد باشر باستخدامها اولا بشكل اختياري في بعض الدوائر والشركات في العراق، فلرب العمل مطلق الحرية في اعتماد النموذج العقدي الذي يراه مناسباً سواء كانت الشروط العامة او تلك الوثائق، الا انه اصبح استخدام هذه الوثائق اجبارياً استناداً الى الاعمام الذي اصدرته وزارة التخطيط ذي العدد ٧٥٠٥ بتاريخ ٢٠١٧/٤/٩، وبالتالي تم الغاء الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية والكهربائية والميكانيكية، لمزيد من التفاصيل انظر وثائق العطاء القياسية للمناقصات التنافسية لعقود الاشغال العامة، منشور على الموقع الالكتروني لوزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية العامة [www.mop.gov.iq](http://www.mop.gov.iq).
- ٣- د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٢٠١. يراجع في ذلك المادة ٥٧ من شروط المقولة لأعمال المقاولات -مصر- نموذج استرشادي رقم ٢٢٢ لسنة ١٩٩٤.
- ٤- لقد حل هذا القانون محل القانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات المصرية.

وأيضاً إن كراسة الشروط الادارية العامة الفرنسية (c.c.c.a g) لم تعرف الأمر التغيير إلا انها تشير الى إن سلطات المهندس المالية غالباً ما ترد في نصوص العقد أو الاصدارات المتعاقبة لكراسات الشروط <sup>(١)</sup>، وذلك من خلال ما يصدره من أوامر عمل أو ما يطلق عليه بالأمر المصلحي <sup>(٢)</sup>، كممثل الادارة فيما يتعلق بتغيير الأعمال المنصوص عليها بالإضافة أو التعديل، ووفقاً لما يرى من مستلزمات انجاح العمل مع تعويض المتعاقد عن تلك الاعمال متى اقتضى الحال <sup>(٣)</sup>.

لذا نلاحظ أن عقد الفيديك يتميز بشمولية نصوصه وإمكانية تعديله وتطويره بما ينسجم مع التطورات والمتغيرات المتسارعة في مجال مشاريع الانشاءات، وإن التشريعات المدنية لا زالت تقتصر الى تنظيم تشريعي موحد طبقاً لمعايير عقود الفيديك، ولعل السبب في ذلك انها قد استوحت احكامها بالاستناد الى القانون المدني الفرنسي المتطور نسبياً، والذي يختلف من حيث المبدأ والافكار عن تلك التي ارتكز عليها عقد الفيديك الذي استوحى أحكامه من النظام الانكلوسكسوني، كما أن فكرة العقود النموذجية هي مألوفة على القوانين المدنية إذ نظمت بعض تلك العقود واعترفت بصحتها وسريان أحكامها عند الاتفاق على الإحالة عليها.

١- تميزت كراسات الشروط في بادئ الامر بتعلقها بعقود كل وزارة او مصلحة حكومية على حدة، مع جواز اعتماد الادارة المختصة لكراسة ادارة اخرى، وفيها للمهندس ان يصدر اوامر مصلحية من شأنها اجراء التغيير او التعديل كممثل عن الادارة في الاعمال بالإضافة او الحذف او التعديل، ومثال ذلك المواد (١٠،٢٦،٢٩،٣٠،،٣١،٣٢،٣٤) من دفتر اشتراطات الطرق والجسور، وبسبب الازدحام الذي أحدثته كثرة الكراسات سعى المشرع الفرنسي الى توحيدها في مرسوم ١٩٤٢/٤/٦، ثم اعقبه بالمرسوم ١٩٤٧/١/١٦، يراجع في ذلك د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ٢٠١١ ص ٣٦٠، وكذلك د. علي الفحام، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٨، ص ٤٤٠ وما بعدها.

٢- نصت المادة ٢٨ من المرسوم الفرنسي الصادر ١٩٥٣/١/١١ على انه (إذا حدث اثناء التنفيذ ان حجم الاشغال او التوريد قد عدل بأمر مصلحي وبصورة تتعدى الحدود المذكورة في العقد...)، مذكور لدى د. عثمان سلمان غيلا العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، الطبعة الاولى، مطبعة السيماء، بغداد، سنة ٢٠١٥، ص ٧٢٥.

١- اشارت نصوص كراسة الشروط الادارية (c.c.a.g) التي سبق الإشارة إليها، لسلطة المهندس المالية صراحة من خلال اصداره للأوامر التغييرية، إذ نصت المادة ٥/١٢ (كما يخضع للتغييرات المفروضة عليه خلال العمل، الا ان ذلك يتم فقط عندما يأمر بتلك التغييرات مهندس الدائرة او المهندس المعماري على مسؤوليته، ولا تعتبر تلك التغييرات الا اذا اثبت حصولها بموجب الامر الصادر من المهندس...) وكذلك ما اشارت اليه المادة ٣٠ من الشروط ذاتها (في حالة اجراء الاضافة على جملة الاشغال فلا يجوز للمقاول رفع اي مطالبة، ما دامت الاضافة المقررة بحسب الاسعار الابتدائية لا تتجاوز العشرين بالمائة من مبلغ المقاوله واذا تجاوزت الاضافة هذه النسبة، حق له فسخ صفقته فوراً دون تعويض، شريطة اخبار المهندس الرئيس بطلب كتابي...) وينظر في هذا الشأن نصوص المواد (٣٠، ٣٣، ٣٢) من الشروط ذاتها.

## ثانياً - أنواع أوامر التغيير:

تتنوع المعايير التي يتم على أساسها تحديد أنواع الأوامر التغييرية، فيمكن تقسيم الأوامر التغييرية من حيث معيار النفع أو الضرر أو من حيث كونها داخلة في مضمون العقد أو خارجه على النحو الآتي:

### ١ - الأمر التغيري النافع:

وهو الأمر الصادر بهدف تحسين نوعية العمل وتقليل التكلفة، أو اختصار للوقت المقرر لإنجاز العمل، أو التقليل من مصاعب أداءه، فيلعب الأمر التغيري في هذه الحالة دوراً أساسياً في استبعاد كل التكاليف غير الضرورية وبالتالي يحقق مصلحة رب العمل<sup>(١)</sup>.

### ٢ - الأمر التغيري الضار:

فهو الأمر الذي يؤثر بشكل سلبي على قيمة العمل أو الأداء فعلى سبيل المثال قد يصدر أمراً تغييرياً مفاده تغيير المواد المستخدمة في المشروع نتيجة لظروف استجدت لدى رب العمل أدت إلى تدهور حالته المادية أو تغيير هدفه من المشروع ويريد استخدام مواد أقل سعراً وإن كانت أقل جودة مما ينعكس على جودة العمل<sup>(٢)</sup>.

### ٣ - الأوامر التغييرية التي في حدود مضمون العقد:

وهي التي يكون منصوصاً عليها في العقد ومتعارف عليها بوضوح، ومتعلقة بأعمال لها نفس النوعية أو الصفة، وتكون ضرورية لإتمام المشروع على أكمل وجه، ويجب أن تكون هذه التغييرات معقولة من حيث الحجم والقيمة والنوع وفي حدود ١٠% من قيمة البند بشرط أن ينص العقد صراحة على ذلك، وإن هذا النوع من التغيير يعتبر مكملاً للعقد الأصلي بحيث تصبح بنوده ملزمة لكل الأطراف من حيث تنفيذها كما هو الحال في بنود ومواد العقد الأصلي. أي أن

١ - شمس الدين محمد قاسم الخزايلة، إشكالية تنفيذ الأوامر التغييرية في عقود الفيديك والية تسويتها، اطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الإسلامية، ٢٠١٣، ص ٣٠.

٢ - د. نسرین محاسنة، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

هذا النوع من التغيير لا يحتاج الى الدخول في تعاقد جديد، وللمقاول الحق في رفض ما زاد عن هذه النسبة<sup>(١)</sup>.

#### ٤-الأوامر التغييرية التي تكون خارج مضمون العقد:

فهي الأوامر التي تفتقد الى الشروط التي ادرجناها في الفقرة رقم (٣) اعلاه، وهي تؤدي الى تغيير في بنود العقد الاصلي فينحرف المشروع عن الهدف المخطط له والمتفق عليه عندما يكون حجم التغييرات كبيرة لدرجة تغيير طبيعة المشروع، وعليه يصبح العقد الاصلي لا يصلح لتغطية هذه الاعمال، وبالتالي سوف تكون خارجة عن مفهوم اوامر التغيير. وتكون مختلفة في الحجم والنوعية وكذلك الغرض الرئيسي منه وتكون خارج عما هو متفق عليه بين الطرفين من بداية التعاقد، وغير متوقع بحدوثه بحيث يحتاج الى تجهيزات جديدة لم تكن في حسابان المقاول عند الدراسة. كما يحق للمقاول الامتناع عن القيام بهذا النوع من التغييرات الخارجة عن مضمون العقد وفي حالة اجباره على القيام بها يعتبر نقضا للعقد<sup>(٢)</sup>.

١- بو حالة الطيب، عقود الانشاءات الهندسية الدولية المبرمة وفقا لشروط عقد الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك) واليات تسوية المنازعات الناشئة عنها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، ص ١٧٥.

٢- د. مصطفى الحبشي، مصدر سابق، ص ١٦٧.

## الفرع الثاني

### تحديد الطبيعة القانونية للأمر التغييري في عقد الفيديك

إن لتحديد الطبيعة القانونية لأوامر التغير أهمية بالغة، فبمعرفة طبيعة الامر التغييري سوف يتضح النظام القانوني الذي تخضع له تلك الاوامر وتتضح بالتالي حقوق والتزامات الاطراف، فكما هو معلوم أن عقد المقاولة كغيره من العقود يخضع للقواعد العامة ويحتاج تعديله ايجاباً وقبولاً جديدين من اطرافه. ولا يجوز لأحد المتعاقدين أن ينفرد بنقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، فالعقد وليد الاتفاق، والقاعدة إن العقد الذي أبرمته الإرادة المشتركة لا يجوز أن تنتهي أو تعدله إرادة أحد أطراف العقد<sup>(١)</sup>.

ولا جدال أن سلطة التغير تتعارض مع مبدأ القوة الملزمة للعقد، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المقررة بموجب القواعد العامة في القانون المدني. حيث أنه وفقاً للشروط العامة لعقد الفيديك، تصدر أوامر التغير بموجب تصرف إرادي من أحد أطراف العقد فقط، إذ تخول البنود الخاصة بالتغييرات رب العمل أو ممثله المهندس سلطة في أن يفرض بإرادته المنفردة تعديلاً في نطاق العمل محل العقد. ولا بد من الإشارة بأن أمر التغير "هو تغيير ضمن العقد وليس تغييراً بالعقد" وذلك لأن التغير الذي يتعلق بالعقد يتطلب فسخ العقد الأصلي واستبداله، أما التغير ضمن حدود العقد إنما ينصب على التغير بالعمل أو الوسائل المستخدمة فيه وعليه لا يجوز هدم أساس العقد، حيث ينصب التغير والتعديل على التفاصيل، وإلا كنا بحاجة إلى التعاقد من جديد<sup>(٢)</sup>.

فأوامر التغير تنصب على الأساس الذي تم الاتفاق عليه عند توقيع العقد، بالرغم من أنها غير واردة في العقد الأصلي بين طرفي العقد، فهي تعديلات تطرأ على نطاق العقد، وليست

١- نصوص المواد ١/٤٦ مدني عراقي، يقابلها المادة ١/٤٧ مدني مصري، والمادة ١١٩٣ مدني فرنسي. ويقصد بتعديل العقد: إعادة النظر في البنود التي تضمنها، والقيام بالانقاص منها أو الزيادة إليها، أو تعديل كم الالتزام أو كيفية تنفيذه أو إلغاء أحد بنود العقد أو شروطه<sup>(١)</sup>. د. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني اليمني والمصري والفقه الإسلامي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، ١٩٩٢، ص ١٢، نقلاً عن د. سمير جمال، القواعد المستحدثة في عقود الفيديك، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية، العدد الثاني والخمسون، السنة السادسة والعشرون، تشرين الاول، ٢٠١٢، ص ٤٨.

٢- نسرين محاسنة، مصدر سابق، ٣٠٣ وما بعدها.

تغييرات في العقد نفسه، وتتضمن تغييرات بالأعمال والبنود محل العقد والمتفق عليها، إضافة الى التغييرات المتعلقة بشروط الاعمال نفسها. ويفهم ذلك من فلسفة صياغة بند التغييرات ضمن الشروط العامة لعقد الفيديك التي تقوم على اساس واضح يجعل التغيير ضمن نطاق العقد وليس تغييرا في العقد ذاته.

وعليه فان تعديل عقد الفيديك نابع من وجود بند ضمن بنود العقد ذاته يسمح لرب العمل أو للمهندس باعتباره ممثلاً عنه، بان يأمر المقاول بإدخال تغييرات او تعديلات بالزيادة او النقصان على الاعمال وبحدود معينة، لذا ففي حالة عدم وجود مثل ذلك الاتفاق البند فان رب العمل لن يستطيع ان يأمر بتغيير الاعمال إلا برضاء المقاول، بل يحق للأخير أن يستمر في تنفيذ الاعمال المتفق عليها دون احداث أي تغيير عليها أو على الرسومات المقدمة من رب العمل اليه. لذا فان وجود مثل ذلك البند الذي ينظم مسألة التغييرات يجعل العقد قادراً على تطوير ذاته لمواجهة أي مستجدات أو متغيرات قد تحدث اثناء التنفيذ دون الحاجة الى ابرام عقد جديد<sup>(١)</sup>.

ويتضح مما سبق أنه يجوز (لرب العمل أو ممثله المهندس) تعديل العقد اثناء تنفيذه، وذلك بما يتواءم مع ما تقتضيه اعمال البناء ومصلحة المتعاقدين لهذا التعديل، وحدوث تغييرات في ظروف العقد وملابساته وطرق تنفيذه، تبعا لمقتضيات سير اعمال البناء، وتستند فكرة تعديل العقد بسبب تغير الظروف التي احاطت بتنفيذه الى فكرة التوازن المالي للعقد، وتجنب حدوث خلل اقتصادي بمصلحة أحد اطرافه، تدفعه الى طلب انهاء العقد.

ويشير الفقه اشكالية حول السند القانوني لسلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير وفقاً لنص البند الفرعي (١/١٣) من الشروط العامة لعقد الفيديك. إذ يتبين أن السند القانوني لسلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير يحتمل أكثر من فرضية، وعليه فقد ظهرت عدة آراء فقهية قامت كل منها بتبني فرضية معينة، فيذهب الرأي الاول الى أن المهندس في اصداره أوامر التغيير يعتبر عاملاً لدى رب العمل<sup>(٢)</sup>، إذ أن رب العمل يعتبر هو المانح لهذه السلطة للمهندس، وبالتالي فأن المهندس يعتبر تابعاً له، وأن اجراء التغيير يتطلب صراحة أن يتم

١- د. محمد فؤاد الحريري، مصدر سابق، ص ١٧٣.

٢- د. مصطفى عبد الله هلال و د. زياد جميل موسى النجار، دراسة مقارنة بين شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية وشروط الفيديك (الكتاب الاحمر)، مجلة الهندسة، العدد ٤، المجلد ١٨، جامعة بغداد، ٢٠١٢، ص ٥٢.

بواسطة رب العمل من خلال المهندس، وإن رب العمل لا يقوم عادة بتوجيه أوامر التغيير مباشرة للمقاول، بل يبلغ المهندس بإصدار تعليماته الى المقاول بناء على توجيه رب العمل، وبالتالي لا يتمتع المهندس بأي استقلال فيما يتعلق بإجراء التغييرات.

أما الرأي الثاني فيذهب اصحابه الى أن المهندس اثناء ممارسته عمله بوضع التصاميم والاشراف على التنفيذ يكتسب صفة المقاول المنصوص عليها في القواعد العامة المتعلقة بعقد المقولة<sup>(١)</sup>، حيث إن التعريف ينطبق من الناحية العملية والقانونية على الدور الذي يقوم به المهندس، فأداء العمل الوارد في تعريف عقد المقولة تتضمن العمل الذهني كوضع التصاميم، كما يتضمن العمل المادي المتمثل في الاشراف على التنفيذ وكل ذلك مقابل بدل، وعليه عندما تكون للمهندس صفة المقاول فإنه يتمتع بأعلى مستويات الاستقلال عن رب العمل<sup>(٢)</sup>، وبالتالي يستطيع اصدار اوامر التغيير وفق تقديره الخاص للظروف التي اوجبت اصدارها بدون الرجوع الى رب العمل لأخذ موافقة مسبقة على اصدارها او التشاور معه<sup>(٣)</sup>.

أما الرأي الثالث فيذهب اصحابه الى أن صدور أوامر التغيير من المهندس قد تجد سندها القانوني في فكرة الشرط البند او الشرط المتضمن في العقد<sup>(٤)</sup>، وذلك بإدراج شرط في العقد وبموافقة طرفي العقد (رب العمل والمقاول)، إذ يجوز لهما وضع شرط صريح في العقد ليكون جزءاً لا يتجزأ من العقد بموجبه يحق للمهندس اصدار أوامر التغيير على اساس هذا الشرط بهدف تحقيق مصلحة ل احد المتعاقدين أو لضرورة تنفيذ العقد. ويؤكد اصحاب هذا الرأي إن تأسيس سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير على اساس البند او الشرط المتضمن في

<sup>١</sup> - احمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الانشاءات، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٢٠ وما بعدها. وايضا انظر ما نصت عليه المادة ٨٦٤ مدني عراقي التي عرفت عقد المقولة على انه "عقد يتعهد به احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملاً لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر" تقابلها المادة ٦٤٦ مدني مصري والمواد ١٧١٠ و ١٧٨٧ مدني فرنسي.

<sup>٢</sup> - محمد سعد خليفة، عقد الاستشارة الهندسية في مجال التشييد والبناء (دراسة في ضوء عقد الفيديك)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٦.

<sup>٣</sup> - سمير عبد السميع الاودن، المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري والتنفيذي ومقاول البناء، دار المعارف للنشر والتوزيع، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٠٥.

<sup>٤</sup> - نسرين محاسنة، مصدر سابق، ص ٣١٨. ولا بد من الاشارة ان أي شرط يتم تضمينه في العقد لابد ان تتوافر فيه مجموعة من الشروط تحددها القواعد العامة في القانون المدني لكي يعد صحيحاً وناظراً، اذ تحدد المادة ١٣١ مدني عراقي هذه الشروط على انه "١- يجوز ان يقتزن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جارياً به العرف والعادة. ٢- كما يجوز ان يقتزن بشرط فيه نفع ل احد العاقدين او للغير اذا لم يكن ممنوعاً قانوناً او مخالفاً للنظام العام او للأداب، والا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع الى التعاقد فيبطل العقد ايضاً". ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني المصري او الفرنسي.

العقد يغني عن البحث في صفة المهندس الاستشاري عند اصداره أوامر التغيير من حيث كونه عاملاً لرب العمل أو وكيلاً أو مقاولاً. لأنه يكون مجرد طرف ثالث فوضه طرفاً العقد الاصلي بموجب ذلك الشرط بتعديل عقدهم و اصداره أوامر التغيير.

أما الرأي الرابع فيذهب اصحابه الى أن المهندس يمارس سلطته في اصدار أوامر التغيير بصفته وكيلاً عن رب العمل وبناء على توجيهاته<sup>(١)</sup>. ويرى اصحاب هذا الرأي أن دور المهندس الوكيل يتقاطع مع النظام القانوني للوكالة من ناحيتين، الاولى أن المهندس كالوكيل مستقل، والثانية أن شخصية المهندس محل اعتبار في العقد<sup>(٢)</sup>.

أما الرأي الخامس فيذهب اصحابه الى أن المهندس يتمتع بصفة مزدوجة فيما يتعلق بممارسة دوره في عقد الفيديك، هذه الصفة عبارة عن مزيج بين صفة المهندس الفني فيما يتعلق بدوره في وضع التصميمات والرسوم الهندسية (اعمال مادية)، وصفة المهندس الوكيل عندما يكلف بالإشراف على تنفيذ اعمال العقد (اعمال قانونية)<sup>(٣)</sup>.

أما بالنسبة لموقف عقد الفيديك، فإنه من المقرر في الشروط العامة أن المهندس متى باشر سلطاته المبينة في العقد صراحة او ضمناً فيعتبر أنه قد تصرف لحساب رب العمل ونيابة عنه مالم يتفق على غير ذلك صراحة<sup>(٤)</sup>.

ومن قراءة متأنية وتحليل نص البند ٢/٣ من عقد الفيديك من الشروط العامة للكتاب الاحمر الجديد نجد أن عقد الفيديك قد اراد منح المهندس عند مباشرته لسلطاته وصلاحياته العقدية ومن ضمنها سلطة اصدار اوامر التغيير صفة الوكيل، إلا أن هذه الوكالة قد يحدها بعض القيود ضمن الشروط الخاصة للعقد (وكالة مقيدة)، كاشتراط رب العمل على المهندس قبل اصداره أوامر التغيير الرجوع اليه واخذ موافقته المسبقة عليها<sup>(٥)</sup>.

<sup>١</sup> - د. محمد محسن ابراهيم النجار، عقود الانشاءات الدولية (Fidic)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ٢٠١٥.

<sup>٢</sup> - نسرين محاسنة، مصدر سابق، ص ٣٠٨.

<sup>٣</sup> - د. محمد محسن ابراهيم النجار، مصدر سابق، ص ٥٦.

<sup>٤</sup> - ينص البند ٢/٣ من عقد الفيديك على انه " مالم ينص على خلاف ذلك في العقد في هذه الشروط، عند القيام (أي المهندس) بالواجبات وممارسة الصلاحيات كما هو محدد او ضمنى في العقد، ويجب ان يتصرف كمحترف ماهر، ويعتبر انه يقوم بدور رب العمل...".

<sup>٥</sup> - راجع البند ٢/٣ من عقد الفيديك، ص ٥٠.

إلا أن المبدأ الوارد بالبند الفرعي ٢/٣ انف الذكر يمثل تعديلاً جوهرياً في دور المهندس، لأنه جعله يتصرف كوكيل عن رب العمل في كل الاوقات، إذ إن وظائف المهندس في عقد الفيديك ومن ضمنها سلطة اصدار اوامر التغيير تعد في ظل النظام الانكلوسكسوني هي ذات طبيعة ادارية غير قانونية، وان هذا العقد لم تتم صياغته في الاصل بما يناسب تطبيقه في القوانين اللاتينية، إذ إنه في ظل قواعد القانون المدني فان واجب المهندس يكون تقديم النصيحة والاشراف دون ان يكون وكيلاً عن رب العمل<sup>(١)</sup>، يضاف الى ذلك أن موافقة رب العمل على اعمال المهندس قد تكون مطلوبة بمقتضى العقد بينهما، أي إن عمل المهندس لا ينفذ في حق رب العمل إلا بموافقته، هذا في حين أن القاعدة المقررة في القواعد العامة للوكالة إن الوكيل حين يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل يعبر عن ارادته هو لا إرادة الموكل، وإن اثر هذا العمل يضاف الى الموكل دون الحاجة لأخذ موافقته مادام الوكيل قد التزم حدود وكرالته<sup>(٢)</sup>.

وأخيراً نحن نرى أن صفة المهندس عند ممارسته لسلطاته العقدية بإصدار أوامر التغيير تتغير بتغير الظروف والشروط الخاصة التي تمنح المهندس صلاحياته الدقيقة، إذ تقوم فلسفة منظمة الفيديك على منح المهندس ادواراً كثيرة ومتنوعة في إطار عقودها، والمعيار في ذلك هو مدى الاستقلال الذي يتمتع به المهندس في إصدار أوامر التغيير، فإذا تمتع باستقلال تام كان مقاولاً، وإذا قيد هذا الاستقلال كان وكيلاً وإذا انعدم الاستقلال كان عاملاً.

### الفرع الثالث

#### اسباب اصدار أوامر التغيير

لا شك أن إصدار أوامر التغيير لا يكون عبثاً، وإنما لابد من توافر اسباب مقنعة تسوغ اصدارها، وذلك عند تغير واقع المشروع عند تنفيذه عما هو مخططاً له، خاصة وإن البيئة الانشائية تحتاج الى جهد، وزمن، وتكاليف، فقد تطرأ العديد من الاسباب التي تؤدي الى اصدار

<sup>١</sup> - علي داوود علي، المركز القانوني للمهندس الاستشاري في عقد الفيديك، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ٢٠١٦، ص ١٠٨ وما بعدها.

<sup>٢</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، العقود الواردة على العمل والمقاوله والوكالة، الجزء السابع، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٩، ص ٥٨٤.

هذه الأوامر وقد اشار عقد الفيديك في بعض بنوده وكذلك المواد الخاصة بعقد المقاولة في القوانين محل المقارنة، الى بعض هذه الاسباب:

#### اولا- اصدار أوامر التغيير بسبب اخطاء التصميم:

يتم اعداد التصميم (design) غالبا من المهندس بناء على اسس فنية لحساب رب العمل أو المقاول، وقد يترك للمقاول تصميم بعض الاجزاء أو التفاصيل<sup>(١)</sup>، ويمكن أن يوجد خطأ أو نقص في التصميم، مما يتطلب اجراء تغييرات ليتواءم مع ظروف الموقع والعمل.

#### ثانيا- اصدار أوامر التغيير بسبب رب العمل:

قد تصدر أوامر التغيير لتلافي المشكلات الناجمة عن عدم خبرة رب العمل، واصداره تعليمات متناقضة، أو لرغبته في اجراء بعض التعديلات التي تتناسب مع حاجاته وهدفه من المشروع، أو تغير متطلباته الفنية أو المالية أو الاجتماعية، أو لأسباب تتعلق بمغريات السوق، أو رغبته في سرعة انجاز العمل<sup>(٢)</sup>، ومثال على ذلك أن يصبح في وضع مالي مترد، وغير نوعية المواد الى اقل جودة<sup>(٣)</sup>.

#### ثالثا- اصدار أوامر التغيير بسبب الحدث الاستثنائي والصعوبات المادية الغير متوقعة:

تعتبر مشروعات البناء والتشييد متقلبة جدا، وتتعرض لكثير من المخاطر وذلك بسبب إن تنفيذها يحتاج الى وقت مما يسمح بظهور عقبات تنشأ عن الطبيعة المستمرة أو الدولية لتلك العقود. مثل الاحداث الاستثنائية(كالفيضانات او قيام حرب)<sup>(٤)</sup>، والصعوبات المادية الغير المتوقعة، والتي قد تتعلق بظروف الموقع، وغالبا ما تظهر هذه الصعوبات في صورة ظواهر طبيعية كما لو صادف حفر نفق كتل صخرية بالغة الصلابة لم يكن في وسع القائمين على

١- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٥٤.

٢- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٥٤.

٣- نادر خير حسن بني فضل، اثار اعتماد عقد مقاولات اعمال التشييد fidic كمصدر للتنظيم القانوني لعلاقة الاطراف في فلسطين، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٥، ص ٢٤٠.

٤- ينص البند ٣٧/١/١ الحدث الاستثنائي يعني (أي حدث او ظرف كما هو معرف في البند الفرعي ١/١٨ [احداث استثنائية].

المشروع توقعها على الرغم مما اتخذوه من حيلة ودراسات للمشروع<sup>(١)</sup>، وهنا لا تكتمل اعمال البناء بطريقة صحيحة إلا باللجوء لهذه الاوامر، حيث يمكن بموجبها مواءمة التغييرات والاحداث التي لا يمكن التنبؤ بها اثناء تنفيذ العقد، مما يشكل مرونة ايجابية لتنفيذ اعمال البناء بجودة عالية<sup>(٢)</sup>.

#### رابعاً- اصدار أوامر التغيير بسبب اعمال الهندسة المدنية:

من الممكن ان يتم اللجوء الى اصدار أوامر التغيير وذلك بسبب رغبة رب العمل في دمج احدث التقنيات الهندسية في المشروع<sup>(٣)</sup>، وتقليل المخاطر، أو اضافة اعمال مستجدة تحقق مصلحة البناء، وتكفل صلاحيته لأكثر الاغراض التي يهدف اليها رب العمل، مع تطلب صيانة اقل، وتكلفة معقولة ومقبولة.

### المطلب الثاني

#### مستلزمات اصدار أوامر التغيير

وضعت عقود الفيديك العديد من القيود والشروط التي ترد على اصدار الأمر التغيير، بحيث لا يكون الأمر التغييرى منتجا لأثاره إلا من خلال الالتزام بها، اصف الى ذلك اهمية تحديد نطاق الأمر التغييرى. وسوف ندرس في هذا المطلب شروط اصدار أوامر التغيير في الفرع الاول من هذا المطلب، في حين ندرس في الفرع الثاني اجراءات اصدار أوامر التغيير، ونخصص الثالث لدراسة نطاق أوامر التغيير وكما مبين فيما يلي:

١- ينص البند ١٢/٤ الصعوبات المادية غير المتوقعة تعني(الظروف المادية الطبيعية والعوائق المادية الطبيعية وتلك التي من صنع الانسان والملوثات، والتي قد يواجهها المقاول في الموقع اثناء تنفيذ الاعمال، بما في ذلك الظروف تحت سطح الارض والهيدرولوجية، ويستثنى منها الظروف المناخية في الموقع واثار تلك الظروف المناخية).

٢- بو حالة الطيب، مصدر سابق، ص ١٨٣.

٣- الفقرة خامسا من البند ١/١٣، ص ١١٠.

## الفرع الاول

### شروط اصدار أوامر التغيير

لإصدار أوامر التغيير لابد من مراعاة مجموعة من الشروط بعضها شكلي والآخر

موضوعي، نبينها تباعا وكما يلي:

**أولاً- الشروط الشكلية:** تتلخص هذه الشروط في مسألتين: الأولى هي أن تصدر أوامر التغيير مكتوبة أما الثانية فهي وجوب اخطار المقاول بها حتى تكون سارية بحقه، وهو ما سوف نتعرض له فيما يأتي:

#### ١- يجب ان تصدر أوامر التغيير مكتوبة:

الاصل أن يكون اصدار اوامر التغيير من قبل المهندس أو مساعده المفوض بصورة خطية كتابية<sup>(١)</sup>، وبالرجوع الى البند (٣/١) من الشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧ المعروف اصطلاحا باسم الكتاب الاحمر، نجد انها اوجبت ان يكون الاخطار كتابيا، حيث نصت " حيثما تنص هذه الشروط على اعطاء اخطار بما في ذلك اخطار بعدم قبول، اعتراف، النصح، شهادة ، مطالبة،...، أو أي نوع من انواع التواصل، يجب أن يكون الاخطار أو تواصل اخر مكاتبه"<sup>(٢)</sup>، وتأسيسا على ذلك تشترط عقود الفيديك ان يصدر الامر التغيير من المهندس الى المقاول كتابة بغض النظر عما اذا كان مكتوباً باليد او بالآلة الطابعة او محرراً الكترونياً<sup>(٣)</sup>. ولم يشترط أن يصدر امر التغيير في شكل محدد، بل يكفي على سبيل المثال توقيع المهندس على ورقة معدلة او محضر اجتماع. اضافة الى ذلك فإن عقد الفيديك يساوي في الاثبات بين حجية

١- يعرف البند ٥٦/١/١ الاخطار يعني مخاطبة مكتوبة ويصدر وفقا للبند الفرعي ٣/١ (اخطارات والاتصالات الاخرى).

٢- عبد العزيز بن محمد اللحيدان، احكام الاخطار في عقود الفيديك الانشائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، ٢٠١٢، ص ٦٩ .

٣- شمس الدين محمد قاسم، مصدر سابق، ص ٧٣.

المحررات التقليدية والمحررات الالكترونية طالما تتصف بالدوام أو الثبات<sup>(١)</sup>، وهذا ما اكدته الفقرتين (ث) من البند (٢/١) و(أ) من البند (٣/١)<sup>(٢)</sup>.

ونرى أنه كان من الاجدر أن ينص عقد الفيديك في شروطه أن يصدر أمر التغيير بشكل محدد وواضح لأهمية ائصال العلم الكامل للمقاول لأثر ذلك في التغييرات الحاسمة التي قد تطال المشروع وتعيد ترتيب الالتزامات المتقابلة. ففرض شكل محدد على صدور اوامر التغيير لمنع الافراط في التغييرات والتعديلات واستسهال اصدارها مما يترتب عليها كثرة المنازعات وضياع الحقوق وتعطيل سير الاعمال محل العقد، وهذا يحتم ان يكون الامر الكتابي واضحاً وصريحاً، وليس مجرد اشارات وتعليمات عابرة غير مؤكدة.

على سبيل المثال في ورقة التبليغ الرسمية في المحاكم المدنية هي تتم على شكل واحد ، ولكن التبليغ بقرارات الحكم الغيابية تكون بطباعة بارزة ولها شكل خاص للتدليل على خطورة الموضوع الذي تتضمنه ورقة التبليغ الخاصة بالأحكام الغيابية.

وفي حال تخلف اي مما سبق (امر التغيير المكتوب) فإنه لا يعتد بأمر التغيير ولا يكون من حق المقاول المطالبة بأي مبالغ مالية جديدة لتغطية النفقات في حال اذا صدر الامر التغييري شفاهاً. وبناء عليه قضي في بريطانيا ان قيام المدعي باستخدام نوع من الحجر في كسوة الحائط تكلفته اعلى من النوع المتفق عليه في العقد وذلك بناء على أمر شفهي من المهندس لا يعتبر امراً تغييرياً، حيث ان العلاقة يحكمها عقد الفيديك والذي يشترط أن يصدر الأمر التغييري مكتوباً<sup>(٣)</sup>.

واذا كان هذا هو الأصل فهناك بعض القرارات القضائية ذهبت الى القول بأن هناك حالات استثنائية يتم التعويل فيها على الأمر الشفوي الذي لم يتم تثبيته كتابياً، ويظل من حق المقاول المطالبة بكافة المصاريف الجديدة التي ترتبت على تنفيذ الأمر التغييري.

١- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٥٦.

٢- نصت الفقرة (ث) على ان لفظة مكتوب او كتابة تعني مكتوباً يدوياً او مطبوعاً او منتجاً الكترونياً، وينتج عنها سجل دائم، كما نصت الفقرة (أ) (i) على يجب ان تكون ورقة الاصل موقعة من ممثل المقاول او المهندس او الممثل المكلف من رب العمل (كما تكون الحال) (ii) الاصل الالكتروني الناتج من اي نظام تواصل الكتروني منصوص عليه في بيانات العقد (واذا لم يحدد نظاماً معيناً فيكون النظام الذي يوافق عليه المهندس)، حيث يكون الاصل الالكتروني مرسلًا من قبل عنوان الكتروني معين الى كل من هؤلاء الممثلين المكلفين، او كل منهم، كما هو منصوص عليه في هذه الشروط.

٣- د. نسرين محاسنة، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

وترتبط هذه الحالات الاستثنائية بفكرة أن هناك قدر من الثقة بين الطرفين وحسن النية ومبادرة المفاوض دائماً الى تنفيذ كافة التعليمات الصادرة من المهندس فإن هذه الثقة وحسن تعاون المفاوض يدعو المهندس الى اصدار أوامر تغيير شفافها وفي الامور البسيطة والاعمال اليومية غير الهامة كما يمكن ارجاعها الى التنازل عن شرط الكتابة يعود اما بحكم العادة والتعامل فيما بينهما، أو من خلال سلوكهما المبني على الامر الشفوي<sup>(١)</sup>، ومثال ذلك ان المفاوض والمهندس قد التقيا كثيراً وناقشا التغييرات، وكان المهندس يعطي موافقته اول بأول على الاجراءات المتخذة من المفاوض<sup>(٢)</sup>.

وحسناً فعل عقد الفيديك الكتاب الاحمر الاصدار ٢٠١٧ وعلى العكس من الطبعات السابقة حيث تجنب النص على اجازة الامر الشفوي، فالكتابة في الامر التغيير لا يعد ركناً فيه ولكن مستلزم ودليل للإثبات، والاثبات هنا صعب في جميع الانظمة القانونية. فالأوامر المكتوبة تؤدي دوراً بالغاً في الاهمية في الاثبات، لكونها وسيلة اثبات مهمة يستعين بها مصدر تلك الاوامر في مواجهة متلقيها عند امتناعه عن تنفيذها، او قام بتنفيذها على غير الوجه المطلوب.

فمن المستقر عليه أن الدليل الكتابي يعتبر من أهم طرق الاثبات بل إنه من أكثر الأدلة رتبة مرموقة بسبب الثقة العالية بحجته، فالكتابة تتصف بالثبات وتحفظ بما تتضمنه من معلومات رغم مرور الزمن، وتخلو من العيوب التي تعترى طرق الاثبات الاخرى.

وبالرجوع الى احكام عقد المفاوضة في القانون المدني العراقي والمصري وبالذات فيما يتعلق بالأوامر التغييرية هل تشترط فيها الكتابة ام لا، نجد ان القانون المدني العراقي قد انفرّد بمعالجة ذلك في المادة (٨٧٧) في حالة كون السعر اجمالي (...). ويجب ان يحصل هذا الاتفاق كتابة. الا اذا كان العقد الاصلي قد اتفق عليه شفاهاً) ويقابله نص المادة (٢/٦٥٨) من القانون

١- د. عصام احمد البهجي، عقود الفيديك واثرها على التزامات المفاوض والمهندس ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠٠٨، ص ٢٠٥.

٢- ففي قضية تدعى (flooring system inc.v. staat construction co.2003)، باستحقاق المفاوض لجميع تكلفة العمل الاضافي الذي طلب من المفاوض بعد انعقاد العقد، بالرغم من عدم استيفاء شرط الكتابة. انظر في ذلك د. نسرين محاسنة، مصدر سابق، ص ٢٢٤. وكذلك وفي قضية اخرى تدعى (w.e garrison grading co.piraccconstruction co.) قام المفاوض الفرعي بأعمال التسوية والحفر في موقع البناء ، زيادة عن الكميات الموجودة في العقد، بسبب التغيير الذي اجراه المالك على المخططات. حيث اكدت محكمة الاستئناف الامريكية بأن العقد هو من النوع الذي بطبيعته وظروفه يقود الطرف الاخر الى الاعتقاد بأن هذه البنود في العقد قد عدلت او تم التنازل عنها ونفذت المحكمة التعديل ضد المالك. انظر في ذلك د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٣٩٧.

المصري حيث نجد ان المشرع اشترط ان يكون الاتفاق مكتوباً طالما كان عقد المفاوضة الاصيلي مكتوباً. والمستفاد من ذلك يجب أن يحصل الاتفاق على الاوامر التغييرية كتابة بما فيها سعر الامر التغييري بسبب التعديل أو الاضافة اذا كان العقد الاصيلي قد ابرم كتابة أيضاً، أما إذا كان عقد المفاوضة قد ابرم شفاهاً فلا موجب لصدور الأمر التغييري بشكل كتابي. وهذا الاشتراط بصدور الأمر التغييري -الاذن- كتابة يعتبر خروجاً على القواعد العامة في القانون المدني وبالذات بالنسبة للأجر، حيث أن القاعدة العامة هي الاتفاق على التعديل في ذاته، ويتكفل القانون بعد ذلك بتحديد الاجر.

ويذهب الرأي الراجح في الفقه أن الكتابة هنا ليست لازمة إلا للأثبات، ومن ثم يغني عنها مبدأ الثبوت بالكتابة اذا عزز بالبينة أو بالقرائن<sup>(١)</sup>، وكذلك تغني عنها البينة والقرائن اذا وجد مانع ادبي أو مادي يحول دون الحصول على الكتابة أو فقد المفاوض سند المکتوب لسبب لا يد له فيه<sup>(٢)</sup>، وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق "... كان على المحكمة ملاحظة الدفع الذي تقدم به المميز حول فقدته المستند والتثبت منه وان ثبت صحة زعم المميز من ان مستنده الكتابي فقد منه لسبب لا يد له فيه وهو السرقة فيجوز اثبات مضامينه بالشهادة"<sup>(٣)</sup>.

وما دام اشتراط الكتابة في اثبات الزيادة اذا كان عقد المفاوضة الاصيلي مكتوباً ليس الا تطبيقاً للقواعد العامة، فإن الكتابة تشترط لا في اثبات الاتفاق على مقدار الزيادة في الاجر فحسب، بل تشترط أيضاً في اثبات الاتفاق على التعديل ذاته، وإن كان ظاهر نص المادة (٨٧٧) من القانون المدني العراقي والمادة (٢/٦٥٨) من القانون المدني المصري يوهم أن اشتراط الكتابة مقصور على مقدار الزيادة في الاجر دون الاتفاق على التعديل في ذاته<sup>(٤)</sup>.

<sup>١</sup> - مبدأ الثبوت بالكتابة: هو كل كتابة تصدر من الخصم من شأنها ان تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال. انظر المادة ٧٨ من قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

<sup>٢</sup> - المادة ٢/١٨ من قانون الاثبات العراقي النافذ والتي تنص على انه "يجوز ان يثبت بجميع طرق الاثبات ما يجب اثباته بالكتابة في حالتين: ١- اذا فقد السند الكتابي بسبب لا دخل لإرادة صاحبة فيه ٢- اذا وجد مانع مادي او ادبي حال دون الحصول على دليل كتابي"، تقابله المادة ٦٣ من قانون الاثبات المصري.

<sup>٣</sup> - ينظر قرار محكمة التمييز المرقم ٢٧٤٣/حقوقية/٥٩ في ٦/٣/٦٠. نقلاً عن القاضي صالح عباس صالح، مسؤولية المفاوض عن الانهدام الكلي والجزئي للبناء بعد انجاز العمل وتسليمه، دراسة مقارنة، المعهد القضائي، بدون دار نشر، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٢٠.

<sup>٤</sup> - قديري عبد الفتاح، عقد المفاوضة في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٢١٣.

أما عن موقف القضاء العراقي من مسألة اشتراط الكتابة في اصدار أوامر التغيير، فنجد أن اغلب قرارات محكمة التمييز تؤكد على ضرورة أن لا يباشر بتنفيذ اي اعمال اضافية او تغيير إلا بموجب أمر تحريري (أمر تغيير) تصدره الجهة المخولة في التعاقد. حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها بمناسبة عقد مقولة في اطار القانون الخاص جاء فيه(على المحكمة تكليف المقاول بأن يثبت ببينة تحريرية طلب رب العمل منه احداث اضافات على تصميم البناء المتفق عليه بموجب عقد المقولة ليستحق عنه الاجرة التي يطالب بها)<sup>(١)</sup>، وفي قرار اخر بمناسبة عقد اشغال عامة في اطار القانون العام جاء فيه(... لا يجوز القيام باي عمل اضافي الا بأمر تحريري من المهندس ولعدم حصول المميز على الامر المذكور وقيامه بالمطالبة بقيمتها بعد استلام العمل نهائيا مما تكون دعواه بلا سند قانوني)<sup>(٢)</sup>.

وكذلك فعلت الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية في المادة (٢/٥٢)<sup>(٣)</sup>، إلا أن وثائق العطاء القياسية الجديدة قد سمحت بالأمر الشفوي وذلك في حالة واحدة وقد جاء فيها" وكلما كان ذلك ان تصدر تعليمات المهندس كتابة إلا أنه من الممكن أن تصدر شفاهاً ويعامل معاملة الأمر المكتوب في حالة اذا ارسل المقاول تثبيتا خطيا الى المهندس حول الأمر الصادر اليه، وفي موعد اقصاه يومي عمل من تاريخ صدور الأمر الشفوي ولم يعترض المهندس على التأكيد أو يصدر تعليمات بشأنه خلال يومي عمل من تاريخ تسلمه تثبيت المقاول ففي هذه الحالة يعتبر الأمر الشفوي بمثابة أمر خطي صادر عن المهندس أو مساعده المفوض حسب واقع الحال"<sup>(٤)</sup>.

والمستفاد من النص اعلاه أنه اذا كان الامر التغييري شفهيًا فإنه يعامل معاملة أمر التغيير المكتوب في حالة ارسال المقاول تأكيداً خطياً للمهندس الاستشاري بشأن أمر التغيير الصادر اليه وذلك خلال يومي عمل من تاريخ اصداره، مع عدم اعتراض المهندس عليه أو اصداره تعليمات بشأنه وذلك خلال يومي عمل من تاريخ تسلمه تثبيت المقاول للأمر الشفوي وبذلك يعد أمر تغيير كتابي صادر من المهندس، أي إن الأمر الشفوي يجب تأكيده خطياً.

١- للتفصيل ينظر القرار المرقم ٥٤٥/م/٢/١٢/١٩٧٣، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ص ١٥١.  
٢- حكم محكمة التمييز الاتحادية ذي العدد ٨١٠ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٤/ت/ ٨٩٦ بتاريخ ٢٣/٤/٢٠١٤، غير منشور.  
٣- انظر المادة (٢/٥٢) من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية.  
٤- انظر البند ٣/٣ من الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال العامة العراقية، ص ١١٧.

ولعل السبب في اجازة الأمر الشفوي في وثائق العطاء القياسية العراقية كونها اعدت بالاسترشاد في عقد الفيديك الاصدار ١٩٩٩ والذي كان يجيز اصدار الأمر الشفوي في الحالة المذكورة اعلاه<sup>(١)</sup>.

أما القضاء الفرنسي فقد ذهب مدعوماً بالفقه الى أن المادة ١٧٩٣ تشترط الكتابة (الاجازة الخطية) لصحة الاذن في التعديل وليس لمجرد اثباته. لا يغني عن الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة ولو تحقق ذلك في البيئة أو بالقرائن<sup>(٢)</sup>، ويفهم أن اشتراط الكتابة امراً لا مناص منه حتى وإن ابرم عقد المساولة شفاهاً، وهذا ما اكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه (لا يمكن ان تعتمد الموافقة الشفوية لرب العمل على التعديلات التي اجريت على التصميم للحكم عليه بان يدفع للمقابل مبلغا يفوق المبلغ المتفق عليه)<sup>(٣)</sup>.

ونرى ان العلة في اشتراط الكتابة في الاخطار والمراسلات بصفة عامة في عقد الفيديك الاصدار الثاني ٢٠١٧، تعود الى سهولة اثبات ارسال الاخطار المكتوب في حالة نشوب نزاع، او انكار المرسل اليه الاخطار. ذلك أن عقد الانشاءات والهندسة المدنية يتعلق بمشروعات يستمر تنفيذها لفترة غالباً ما تكون طويلة، وهو ما يلقي على اطراف العقد التزامات واعباء ثقيلة طيلة فترة التنفيذ، فكان من الطبيعي أن تكون وسيلة الاخطار كتابية حتى يمكن اثباتها في اي وقت.

ونرى انه كان من الاجدر على المشرع العراقي ان يشترط الكتابة في اتفاق التعديل حتى وإن كان عقد المساولة قد ابرم شفاهاً وذلك من اجل تفادي المنازعات التي من الممكن أن تحدث، ويكون وجه التعديل بحذف العبارة الاخيرة من المادة ٨٧٧ والتي تنص (الا اذا كان العقد الاصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة) والابقاء على صدر المادة المذكورة.

١ - انظر البند ٣/٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك الاصدار ١٩٩٩.  
٢ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل والمساولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، دار النهضة، القاهرة، ١٩٨٩، هامش رقم ١، ص ١٨٠.  
3- Cass.civ.1 ch,17 Octobre,1966,P29.cass.Civ. 1 ch,17 Octobre, 1966,d1967, P29.Et Voir : Cass, Civ,3 ch,24 JANVIER, 1990, D1990,p257.cass.Civ. 1 ch,27 septembre,2006,D 2006,2416.

## ٢- يجب اخطار المفاوض بأوامر التغيير:

كي يلزم المفاوض بتنفيذ الامر التغييري اشترطت عقود الفيديك ضرورة اخطار المهندس المفاوض بالامر التغييري المزمع تنفيذه، وذلك حتى لا يتحفظ المفاوض على عدم التنفيذ نتيجة لعدم اعلامه بذلك، ووجب عقود الفيديك ان يتم اخطار المفاوض كتابة ولا يجوز أن يكون شفاهاً، وأن يتم تسليمه باليد للمفاوض أو ممثله حيث يكون له صلاحية تسلم الاخطار والتعليمات<sup>(١)</sup>، استناداً للبند (٤-٣) من عقد الفيديك الصادر ٢٠١٧<sup>(٢)</sup>، أو ارسالها بالبريد أو عبر الوسائل الالكترونية المتفق عليها في وثائق العقد وفق الفقرة(ت) من البند ٣/١ من عقد الفيديك<sup>(٣)</sup>، ومن الجدير بالإشارة ان عقد الفيديك قد وضع مدداً محددة للإشعارات بموجب البند ١/٢٠ والخاص في المطالبات.

أما عقد المفاوضة النمطي الذي نظمت احكامه في القانون المدني نلاحظ أن المشرع العراقي في المادة (١/٨٧٩) لم يتطلب شكلاً خاصاً لهذا الاخطار ولا ميعاداً يجب أن يتم فيه، وبالتالي يجب أن تكون هذه المدة معقولة ويترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع، حسب ظروف كل حالة على حدة<sup>(٤)</sup>، إلا انه يجب ان تحدد الطرق القانونية الرسمية الالكترونية او العادية لإيصال العلم للمفاوض لأهمية الامر المتقدم، حيث ان عدم تحقق هذا القيد الشكلي -اخطار المفاوض بالتغييرات- يترتب عليه عدم التزام المفاوض بتنفيذها، ونرى أن تضاف كلمة (كتابة) الى نص الفقرة (١) من المادة ٨٧٩ من القانون المدني لتكون بالشكل الاتي (....وجب على المفاوض ان يخبر رب العمل كتابة بواسطة كاتب العدل او بوسيلة مسجلة...). وذهب القانون المدني المصري الى موقف مشابه للقانون العراقي في المادة (٦٥٧). أما في القانون المدني الفرنسي فلا يوجد في القانون المدني الفرنسي نص مقابل للمادتين اعلاه.

١- شمس الدين محمد قاسم، مصدر سابق، ص ٨٠.

٢- تنص الفقرة ٣/٤ (يجب على المفاوض تعيين ممثل له، وان يعطيه كامل الصلاحية للتصرف نيابة عنه بموجب العقد، باستثناء استبدال ممثل المفاوض،.....يعطى طوال الوقت لممثل المفاوض توجيهها بأداء التزامات المفاوض في العقد ويجب ان يعمل ممثل المفاوض نيابة عن المفاوض في جميع الاوقات في اثناء اداء العقد، بما في ذلك اصدار جميع الاخطارات والاتصالات الاخرى واستلامها بموجب البند الفرعي ١/٣ (الاخطارات واتصالات اخرى)....).

٣- تنص الفقرة (ت) يتم تسليمها باليد (مقابل ايصال)، او مرسلة بالبريد او بواسطة شخص ما او منقولة بواسطة اي من النظم الالكترونية المتفق عليها في الفقرة الفرعية (أ) (ii).

٤- قدري عبد الفتاح، مصدر سابق ص ٣٠.

في حين جاء في المادة ٨٧٧ من القانون المدني العراقي، اذا كان العقد جزافاً فيجب أن يكون الاتفاق على السعر كتابة وبالتالي يكون الاشعار كتابياً. وذهب القانون المدني المصري الى موقف مشابه للقانون العراقي في المادة (٦٥٨)، وهذا هو الموقف أيضاً بالنسبة للقانون المدني الفرنسي في المادة (١٧٩٣). ويقع كذلك عبء اثبات الاشعار على المفاوض في حالة حصول الخلاف، في حين أن عبء اثبات حصول الاشعار بالأمر التغييري في عقد الفيديك يقع على عاتق رب العمل والمهندس<sup>(١)</sup>.

### ثانياً - الشروط الموضوعية لإصدار الأمر التغييري:

يشترط لإصدار أوامر التغير ان تصدر من قبل الشخص المختص بإصدارها، وأن تكون ضرورية، وتتضمن اعمالاً اضافية، وأن تصدر اثناء تنفيذ العقد، وهو ما سوف نتعرض له في النقاط الآتية:

#### ١- صدور الأمر التغييري من قبل الشخص المختص:

يجب أن توجه اوامر التغير الى المفاوض من قبل الشخص الذي يملك صلاحية التعديل، وهذا الشخص أو السلطة المختصة بإجراء التغير تختلف حسب العقود النموذجية وكذلك حسب احكام عقد المفاوضة، كما أن العقد نفسه قد يحدد هذا الشخص، ففي عقد الفيديك الاصدار ٢٠١٧ يكون للمهندس الصلاحية الاوسع في اجراء التغيرات، يضاف الى ذلك فان للمفاوض الحق بتقديم اقتراح الى المهندس لإجراء تغيير فإذا وافق المهندس على الاقتراح يصدره بصورة أمر تغييري، فأوامر التغير تصدر عن المهندس وحسب الصلاحيات المخولة له في العقد، حيث يجوز لرب العمل أن يحدد هذه الصلاحيات وما هي الصلاحيات التي يجب على المهندس أن يحصل على موافقة رب العمل قبل ممارسة هذه الصلاحيات، وهذه تكون مبينة في الشروط الخاصة<sup>(٢)</sup>. وسوف نتحدث عن ذلك تباعاً عند التطرق لسلطة اصدار اوامر التغير في المبحث الثاني من هذا الفصل.

١- د. سمير حامد جمال، مصدر سابق، ص ٥٦.

٢- الشروط العامة: تعني الشروط المعدلة بالشروط الخاصة، اما الشروط الخاصة فهي تعني المستندات المسماة بـ "الشروط الخاصة" بالعقد، وتكون متضمنة في العقد، وتتكون من الجزء (أ) بيانات العقد، (ب) الاحكام الخاصة. انظر البند ٩/١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٢٩ و البند ٥٩/١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٣٥.

أما في القوانين المدنية محل المقارنة العراقي والمصري نجد أن الشخص صاحب الصلاحية في تعديل العقد في حالة إذا كان العقد بسعر اجمالي وفقا للمادة (٨٧٧ مدني عراقي والمادة ٦٥٨ مدني مصري)، هو رب العمل، حيث ان هذا الاخير يستطيع ان يعدل سواء في التصميم أو أن يضيف الى أعمال العقد. أي أن يصدر أوامر تغييرية الى المقاول لكن ذلك مقرون بموافقة المقاول، والمقاول غير ملزم بتنفيذها إلا إذا اتفق مع رب العمل عليها<sup>(١)</sup>، وتكون الاضافة أو التعديل بموجب اتفاق لاحق أو تكميلي، ومعنى ذلك ان رب العمل حسب هذه النصوص لا يستطيع ان يعدل في اعمال العقد إلا بالاتفاق مع المقاول فإذا لم يكن هناك اتفاق على أي تعديل فان المقاول يستطيع ان يرفض أي تعديل استناداً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين. وهذا مقتضى القواعد العامة يجب المحافظة على معيارية الاتفاق وحاكميته في المسألة هذا الاصل. فلا يمكن قبول فكرة اعطاء رب العمل القوة في التعديل كيفما شاء، اذا لم يكن الاتفاق المسبق في العقد يحددها.

في حين نجد ان عقد الفيديك يسمح لرب العمل او ممثله المهندس بتعديل الاعمال محل العقد بالإرادة المنفردة ودون التوقف على رضا المقاول، وبالتالي فان هذه النصوص تضع رب العمل تحت نفوذ المقاول فيما لو حاول او رغب بإجراء اي تعديل سواء في المواصفات او المواد أو اساليب العمل او رغب بزيادة كميات العمل او انقاصها، اذا لم يكن الاتفاق المسبق في العقد يحددها. خصوصاً اذا كان المقاول سيء النية فعندما يطلب رب العمل ادخال تعديلات معينة على المشروع، فيرفضها او يعمد لتحقيق مكاسب مالية غير مشروعة من خلال دفع رب العمل للدخول في عطاء جديد معه لتنفيذ التغييرات المطلوبة.

اما القانون المدني الفرنسي وتحديداً المادة ١٧٩٣ فنلاحظ أن هذه المادة لا تميز بين ان تكون هذه التعديلات مطلوبة من رب العمل أو نتيجة لتغير الظروف. فهي تسمح للمهندس والمقاول بإجراء تغييرات أو تعديلات على الاعمال محل العقد ولكن بشرط ان تكون هذه التغييرات او التعديلات متفق عليها ومجازة خطياً من قبل رب العمل<sup>(٢)</sup>.

١ - د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٣٨٠.

٢ - انظر نص المادة ١٧٩٣ من القانون المدني الفرنسي.

أما عن التغييرات التي يقوم بها المقاول من تلقاء نفسه لصالح رب العمل ولو ترتب عليها تحسين المنشأة فإنه لا يستحق عنها أجراً أما التعديلات التي تمت برضاء رب العمل وبطلب من المهندس المكلف بالإشراف فإنها تخضع للقواعد العامة.

ومن التطبيقات القضائية الواردة في هذا الشأن ما قضت به محكمة التمييز العراقية الاتحادية بأن ( ليس للمقاول المطالبة بقيمة عمل ثبت قيامه به خلافاً لشروط العقد)<sup>(١)</sup> و كذلك ما قضت به محكمة الاستئناف المصرية بأن (...فاذا قام المقاول بعمل زائد بدون اذن من صاحب العمل، فإن المقاول يعتبر قابلاً لاجراء العمل الزائد من غير ان يحتسب له ثمناً خاصاً)<sup>(٢)</sup>

وما ذهبت اليه محكمة النقض الفرنسية بأن ( استبدال سلم تقليدي بسلم مزين بدون موافقة خطية من صاحب العمل لا يفسح مجالاً لدفع اضافي)<sup>(٣)</sup>.

كما يحق للمقاول اقتراح تعديل قيمة العقد وفقاً للمادة (٨٧٩ مدني عراقي والمادة ٦٥٧ مدني مصري)، ويقدمه الى رب العمل، وعليه ان يبين في هذا الاقتراح قيمة الزيادة، من حيث كونها زيادة جسيمة في النفقات، ام زيادة محسوسة ولكنها غير جسيمة. ورب العمل هو الذي يقرر اما الاستمرار او ان يفسخ العقد.

مما تقدم نرى ان الاوامر التغييرية يجب ان تصدر عن الشخص المسؤول او المفوض بإجراء الاوامر التغييرية. ولا يجوز أن تصدر عن أي شخص آخر غير مفوض وإلا اعتبر الأمر التغييري غير صحيح ولا يبرر دفع ثمن هذه الاعمال.

لكن يستثنى من ذلك حالتين يمكن من خلالها الاعتراف بالأوامر التغييرية الصادرة عن شخص غير مسؤول اذا كانت الأعمال ضرورية لتنفيذ العمل، أو وجدت حالة استعجال لا تسمح باتباع الاجراءات التي رسمها العقد.

<sup>١</sup> - قرار محكمة التمييز رقم ٧٨٧/١م/١٩٦٧ في ٢٩/٤/١٩٧٦ (مجموعة الاحكام الدولية، العدد الثاني، السنة السابعة، ص ٩٦) نقلاً عن د. فخر الدين الحسيني، مصدر سابق، ص ٣٣.

<sup>٢</sup> - حكم محكمة الاستئناف مصر في ١٠/٦/١٩٣٦ (مجلة المحاماة، ١٧، رقم ١٩٧، ص ٤١٢) نقلاً عن د. قري عبد الفتاح، مصدر سابق، ص ٢١٢.

3- Cass, 3e civ, mai 1975, Bull, civ, III, no 154.

اشار الية فرانسواز لابات وسيريل نوبلوت، مصدر سابق، ص ٢٨٧

## ٢- يجب ان تكون أوامر التغيير ضرورية:

تفقد الشروط الخاصة في عقود الفيديك في بعض الحالات سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير، حيث تشترط ان يكون أمر التغيير مرغوبا وضروريا لإنجاز الاعمال ومصلحتها.

أما الشروط العامة في عقد الفيديك فلم تضع هذه القيود واكتفت بالنص على أن للمهندس الاستشاري الصلاحيات المنصوص عليها في العقد سواء كان النص عليها صراحة او ضمنا، وإذا كان مطلوب من المهندس الحصول على موافقة رب العمل قبل ممارسته سلطة معينة (اصدار أوامر التغيير)، فيجب ان ينص على هذا المتطلب في الشروط الخاصة (بموجب الفقرة ٢/٣) من عقد الفيديك. فالشروط الخاصة تعتبر متممة للشروط العامة في عقد الفيديك مع الاخذ بعين الاعتبار أن ما يرد في الشروط الخاصة من اضافة أو الغاء أو تعديل على فقرات الشروط العامة يؤخذ بالقدر الذي يفسر أو يعدل أو يضيف أو ينقص أو يلغي تلك الشروط. ويتمتع المهندس بسلطة تقديرية في تحديد اهمية وضرورة أوامر التغيير ومدى تحقيقها لمصلحة المشروع، وليس للمصلحة الشخصية لرب العمل، فالمهندس ليس ملزما بإصدار أوامر التغيير لإلغاء بعض الاعمال المهمة في البناء أو استخدام مواد رديئة بناء على طلب رب العمل لأنه يجب على المهندس عدم تنفيذ الأوامر والطلبات الخاطئة لرب العمل.

لذا فإن أمر التغيير يجب ان يكون ضروريا ومعقولا وأن يقتصر على موضوع العقد، وأن لا يتجاوز امكانيات المقاول المالية والفنية<sup>(١)</sup>. هذا ويلزم المقاول بتنفيذ التعديلات والتغييرات المطلوبة طالما أقر المهندس الاستشاري بأنها ضرورية ولازمة لمصلحة العمل.

إلا أن الاشكالية التي يمكن التوقف عندها هي عدم تحديد عقد الفيديك لمفهوم الضرورة من جهة، ولحدود صلاحية رب العمل في تقديرها من جهة ثانية؟ وهل إن مسألة التقدير لحالة الضرورة تعود للمهندس ام المقاول ام رب العمل؟ وما هو معيار ذلك؟

من الناحية العملية يمكن القول أن اقدر شخص على تحديد اهمية وضرورة أمر التغيير وانعكاسه ايجابا ام سلبا على المشروع هو المهندس باعتباره هو من اعد التصميم، واقدر على تقييم الوضع باتخاذ القرار في الأمر التغيير، لاسيما وإن بنود عقد الفيديك (٧/٣) توجب عليه

١ - علي داوود حسين، مصدر سابق، ص ١١٤.

ان يكون محايداً. إلا أنه استناداً لمبدأ سلطان الارادة الذي يحكم العقود، لا يوجد ما يمنع من ان يحدد في الشروط الخاصة من هو الشخص المخول بتقدير ضرورة اتخاذ القرار بالأمر التغييرى.

أما موقف القوانين المقارنة العراقي والمصري في حالة اذا كان العقد اجمالى حسب نص المادة (٨٧٧ مدني عراقي و ٦٥٨ مدني مصري)، فلم تنص صراحة ان يكون التعديل ضروريا وانما ذكرت حالتين لتعديل العقد: الاولى، في حال اذا كان التعديل او الاضافة بسبب خطأ رب العمل، في حين تكون الحالة الثانية اذا كان التعديل او الاضافة بناء على اتفاق المفاوض ورب العمل.

و في المجال العملي تكون الحالة الثانية محدودة جدا في حين تكون الحالة الاولى هي الغالبة، اي توظيف القانون لمعالجة الخطأ الواقع من قبل رب العمل بسبب عدم الدراسة الدقيقة للمشروع والاستعجال دون التأكد والتدقيق الذي يجنبها التعديل وبالتالي اللجوء الى أمر التغيير، لو اولت الموضوع عناية في مراحل التخطيط والاعداد. الى نفس الموقف ذهب المشرع الفرنسي فلم يشترط صراحة في المادة ١٧٩٣ ان تكون التغييرات ضرورية، اصف الى ذلك نحن نذهب مع ما ذهب اليه المشرع الفرنسي عندما لم يحدد التغيير او الاضافة في حالة خطأ رب العمل كما فعل المشرع العراقي والمصري، وذلك لوجود حماية مقررّة لهذه الاخطاء في نصوص القانون المدني وتحديدًا المواد ١/٨٧١ مدني عراقي، والمادة ٦٥٢ مدني مصري.

في حين نجد أن القوانين المقارنة العراقي والمصري حسب نص المادة (٨٧٩ مدني عراقي و ٦٥٧ مدني مصري) اذا كان العقد على اساس سعر الوحدة قد اشترطت أن تكون اوامر التغيير في حدود المعقول من حيث حجمها وقيمتها ونوعها، وان تكون ضرورية ولازمة لتنفيذ العقد. وإلا اعتبرت تغييرات جوهرية تخرج عن نطاق العقد. وأن لا تولد التزامات على عاتق المفاوض غير واردة بالعقد أو أن نطاق العقد لا يحتملها.

ولا يختلف مفهوم الاعمال الضرورية في عقود المقاولات الخاصة عن مفهومها في العقود الادارية وبشكل خاص في عقد الاشغال العامة، ولقد عرفها الفقه (بالأعمال التي لم ينص عليها في العقد، ولكن يتبين اثناء التنفيذ انها ضرورية لحسن تنفيذ المشروع وفقا لقواعد الفن

(المرعية)<sup>(١)</sup>. كما إن مجلس شورى الدولة الفرنسي قد عرف الاعمال الضرورية النافعة(بالأعمال الاضافية التي لا غنى عنها او الاعمال التي تمثل ضرورة حتمية ونذكر من بينها الاعمال التي لم يلاحظها الالتزام الجزافي اساسا والتي هي ضرورية لتقوية واستقرار البناء المزمع انجازه)<sup>(٢)</sup>.

واذا كان المشرع في القوانين المدنية محل المقارنة قد اجاز التعديل في التصميم او ادخال اضافة عليه، إلا أنه لم يحدد نسبة مئوية معينة يجوز لصاحب العمل او ممثله (المهندس) التعديل في حدودها لكميات وحجم الاعمال مما قد يضر بالمقاول ويمس مصالحه المالية لا سيما انها تظل تهدده طوال مدة تنفيذ العقد وفي سبيل تحقيق ذلك ندعو المشرع الى تحديد سقف معين للتغييرات يجوز لصاحب العمل او ممثله اثناء تنفيذ العقد - زيادة مقدار الاعمال بنسبة لا تتجاوز ١٠% من مجموع قيمة العقد كما يجوز له انقاص مقدار الاعمال بنسبة ٢٠% من مجموع قيمة العقد على ان يجري في هذه الحالة تعديلا لقيمة العقد بالزيادة او بالانقاص تبعا لذلك.

### ٣- ان تتضمن أوامر التغيير اعمالا اضافية:

يعرف الفقه الأعمال الاضافية بأنها "كل تعديل أو اضافة أو تغيير لم يرد النص عليه في العقد الاصلي، واقتضت ظروف المشروع تنفيذه، ولا يعتبر عملا اضافيا الزيادة الحاصلة في الكميات العقدية للأعمال التي يتم تنفيذها وفقا للتصميمات، ولا يحتاج تنفيذها الى اصدار أوامر التغيير"<sup>(٣)</sup>. أي أن الفرق بين العمل الاضافي والتغيير variation هو أن التغيير يتم فقط في الاعمال المتعاقد عليها فعلا، بينما العمل الاضافي يتناول اعمالا تقع خارج نطاق العقد، رغم أن التعامل المالي والاجرائي واحد في الحالتين<sup>(٤)</sup>، ويعد أمر التغيير اوسع في مفهومه من العمل الاضافي "extra work" حيث إن كل عمل اضافي يمكن أن يكون محلا لأمر التغيير، ولكن ليس كل أمر تغيير بمثابة عمل اضافي، لأن الاخير يقتضي زيادة أو اضافة عمل على ما هو قائم، أما التغيير فقد يكون اضافة بناء أو الغاء بعض مراحل، أو هدم اجزاء منه<sup>(٥)</sup>، ويجب أن

١ - سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٥٤٠.

٢ - رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٥، ص ٢٠٥.

٣ - د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٦١.

٤ - د. هشام محمد قنديل والمهندس الاستشاري محمد ماجد خلوصي، مصدر سابق ص ٥٠٥.

٥ - د. نسرين محاسنة، مصدر سابق ص ٢٢٧.

تتفق الاعمال الاضافية التي يتضمنها الأمر التغييري مع طبيعة موضوع العقد، وأن تكون من ذات نوع وجنس الاعمال الاصلية، حيث تكون الزيادة في الكمية أو حجم العقد قابلة للتنفيذ والمحاسبة ماليا مع المتعاقد الاصلي عليها من ذات الفئات والاسعار الخاصة بكل نوع او جنس من الاعمال الاضافية المماثلة للأعمال الاصلية، وعليه يمكن القول أن المهندس اذا اصدر أمراً بتنفيذ اعمال اضافية خارج هذا النطاق، فإنه لن يخضع للعقد، وبالتالي يمكن للمقاوّل أن يرفض تنفيذه من خلال ملحق للعقد أو ان يتعاقد عليها بعقد جديد<sup>(١)</sup>.

وتحدد عقود الفيديك نسبة مئوية لمقدار أو قيمة التغييرات التلقائية التي يمكن اجراؤها بدون حاجة لإصدار أوامر التغيير، ويتم تنفيذها على اساس السعر الوارد في العقد وفقا للمخططات وجداول الكميات في العقد ، وتقدر بنسبة ١٠%<sup>(٢)</sup>، من الكمية المقابلة للبند او وحدة المقياس<sup>(٣)</sup>. وتهدف هذه النسبة الى تسعير الاعمال في عقود الفيديك بحيث لا تخضع هذه التغييرات لإعادة التقييم والمراجعة، وانما تقدر قيمتها بالسعر الوارد في العقد.

أما عقد المقاولة النمطي في القوانين محل المقارنة فانه على الرغم من عدم وجود نص صريح بمثل هذه الاحكام في النصوص المنظمة لعقد المقاولة. إلا أنه مع ذلك يمكن استنباط الحكم الوارد في عقد الفيديك، بمفهومه العام لا بالنسبة المحددة من خلال الرجوع للقواعد العامة ولاسيما المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي التي من جهة توجب أن يكون التنفيذ بحسن نية بما يسمح بإدخال على الاقل التغييرات الطفيفة أو غير المكلفة ضمن مفهوم التنفيذ بحسن نية طبقاً للفقرة الاولى من المادة اعلاه.

يضاف الى ذلك يمكن الاستعانة أيضاً بالفقرة الثانية من خلال اعتبار أن التغييرات التلقائية هي تعتبر من مستلزمات العقد بحسب الطبيعة المتحركة (نسبياً) لمحل الالتزام<sup>(٤)</sup>، نفهم مما سبق انه يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ولا

١- د. نصار جابر جاد، الوجيز في العقود الادارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ٢١١.  
 ٢- علماً ان هذه النسبة وردت ٢٠% في عقد الاشغال العامة الوارد ضمن وثائق العطاء القياسية العراقية.  
 ٣- انظر نص البند الفرعي ٣/١٢ (تقدير قيمة الاعمال) من الترجمة العربية لعقد الفيديك الاصدار الثاني ٢٠١٧، ص ١٠٨.  
 ٤- نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي على انه (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) تقابلها المادة ١٤٨ مدني مصري والمواد ١٩٤ و ١١٠٤ مدني فرنسي.

يقتصر العقد على ما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف، ويقتضي تنفيذ العقد (عقد المقاولة) بالضرورة تنفيذ كل ما يرتبط به ويعد من مستلزماته ومشتملاته، وهذه قد لا ترد صراحة في العقد، ولكن يمكن فهمها من العرف وظروف التعامل وطبيعته، وبالتالي فهذه الاعمال لا يمكن أن تكون محلاً لأوامر التغيير، لأن تنفيذها هو جزء لا يتجزأ من عقد المقاولة، ونتيجة لذلك لا يمكن أن يكون أي عمل منصوص عليه في العقد أو من مشتملاته أو مستلزماته عملاً اضافياً<sup>(١)</sup>.

#### ٤- ان يصدر الأمر التغييري اثناء تنفيذ العقد:

يشترط لاستعمال الحق في اصدار أوامر التغيير، أن تصدر تلك الاوامر خلال مدة سريان العقد، وهذا يعني ألا يكون المقاول قد أنهى التزاماته التعاقدية بصورة نهائية، لأنه في هذه الحالة لا يجوز مطالبة المقاول المتعاقد بزيادة التزاماته أو انقاصها لأن العقد قد انتهى ورتب آثاره في مواجهة اطرافه<sup>(٢)</sup>.

وعليه فلا يجوز اصدار أوامر التغيير خلال فترة الصيانة بعد انجاز الاعمال بل يجب صدورهما قبل اكمال الاعمال واصدار شهادة تسلم الاعمال وهذا ما ورد في البند (١/١٣)<sup>(٣)</sup>، والذي يسمح للمهندس بإصدار تعليمات الى المقاول لإجراء تغييرات في العقد في أي وقت اثناء تنفيذ العقد وقبل اصدار شهادة تسلم الاعمال حتى يتسنى للمقاول تنفيذها و اضافتها الى كشوفات الحساب، وللمقاول أن يرفض تنفيذ الأمر أو ينفذه عن طريق ملحق للعقد أو ان يتعاقد عليها بعقد جديد اذا صدر أمر التغيير بعد اكمال العقد<sup>(٤)</sup>.

وبناء على ذلك وعلى الرغم من اهمية الأمر التغييري، فإنه لا يجوز للمهندس اصداره إلا في الفترة الواقعة بين تاريخ المباشرة الى وقت اصدار شهادة تسلم الاعمال الامر الذي يجعل من اصدار الأمر التغييري بعد ذلك الوقت غير ملزم للمقاول، حيث يكون له حق رفض تلك الاوامر الصادرة من المهندس والمتعلقة بالأمر التغييري دون ان يكون مخالفا لأحكام العقد<sup>(٥)</sup>.

١- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٦٣.

٢- شمس الدين محمد قاسم، مصدر سابق، ص ٨٣.

٣- انظر البند الفرعي ١/١٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١٠.

٤- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٦٣.

٥- وشهادة تسلم الاعمال تعني الشهادة التي يصدرها (او اعتبرت مصدره) من قبل المهندس وفقاً للبند ١٠ (تسلم الاعمال).

ونحن نتفق مع الرأي الذي يقول انه من الافضل أن يستمر الوقت الذي يجب اصدار الامر التغيري الى مدة معقولة بعد تسليم المشروع حتى لا يؤدي ذلك الى اشكالية حقيقية تنتج عنها آثار سلبية على سير المشروع سواء بالتكلفة الاضافية والاختلاف في وجهات نظر المقاول الاول والمقاول الثاني، الأمر الذي يحتاج الى ابرام عقد جديد والبحث عن مقاول جديد اضافة الى اختلاف الاسعار وعدم معرفة الاخطاء التي ستحصل بالمشروع والى أي جهة تعود.

كما انه هناك حالات استثنائية قد يضطر فيها لإصدار أوامر التغيير تتعلق بالالتزامات غير المستوفاة والتي يبقى المقاول مسؤولاً عن الوفاء بها حتى بعد صدور شهادة الاداء، إذ يبقى العقد ساري المفعول بين رب العمل والمقاول فيما يتعلق بتلك الالتزامات<sup>(١)</sup>، وباعتبار أن المقاول ما زال مسؤولاً عن بعض الالتزامات العقدية الغير منجزة، فان تلك الالتزامات تبقى عرضة لتطبيق احكام الفصل الثالث عشر من الشروط العامة لعقد الفيديك والخاصة بأوامر التغيير.

أما غير ذلك تبقى القاعدة العامة المعمول بها في هذا الشأن هي اقتصار الحق في اصدار الأوامر التغييرية على فترة تنفيذ الاعمال حتى الاستلام الابتدائي ودون فترة الضمان التالية. لذلك لم يكن الفيديك موفقا بتحديد اصدار الأمر التغيري بوقت محدد وكان من الافضل أن يجعله لمدة معقولة بعد تسليم المشروع<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### اجراءات اصدار أوامر التغيير

ليس بالضرورة أن تصدر أوامر التغيير بمبادرة من المهندس ذاته وانما قد تأتي بناء على طلب رب العمل او باقتراح من قبل المقاول المكلف بإنجاز المشروع، إلا أنه يبقى المهندس هو سيد الموقف فيما يخص اصدار أوامر التغيير حيث يمكنه الموافقة على أي مقترح بالتغيير مقدم من قبل المقاول، كما أن رب العمل لا يمكنه اصدار اوامر التغيير إلا من خلال المهندس

<sup>١</sup> - نص البند ١٠/١١ من الشروط العامة لعقد الفيديك على انه " بعد صدور شهادة الاداء، يبقى كل طرف مسؤول عن الوفاء بأي التزام لم ينجزه حتى تاريخه....".

<sup>٢</sup> - شمس الدين محمد قاسم، مصدر سابق، ص ٦٠.

رغم أن هذا الأخير لا يستطيع اصدار اي أوامر تغييرية إلا بموافقة رب العمل وهذا في حالة اشتراط رب العمل لذلك<sup>(١)</sup>.

وقد بينت الفقرة ٣/١٣ من الشروط العامة لعقد الفيديك أن هناك نوعين من الاجراءات المتعلقة بإصدار أوامر التغيير تكفلت الفقرة الاولى ببيان النوع الاول من الاجراءات وهي اصدار تعليمات بتغيير بمبادرة من المهندس وتعني انه بعد اصدار اخطار المهندس بها على المقاول أن يقدم الى المهندس خلال (٢٨) يوما الخصائص التفصيلية بوصف العمل المغير وبرنامج تنفيذه واثره على قيمة العقد، أما الفقرة الثانية فتكفلت ببيان النوع الثاني من الاجراءات وهي اجراء التغيير عند الطلب بتقديم اقتراح بناء على طلب المهندس فعلى المقاول أن يقدم الخصائص لوصف العمل المغير وبرنامج تنفيذه واثره على قيمة العقد، وعلى المهندس أن يرد على اقتراح المقاول بأسرع ما يمكن عمليا فإذا قبل المهندس الاقتراح يتم اصدار تعليمات بذلك<sup>(٢)</sup>.

اضافة الى ذلك يجوز أن يقترح المقاول اجراء تغييرات من تلقاء نفسه شريطة استحصال موافقة المهندس الاستشاري وموافقة رب العمل طبقا لما جاء في البند ٢/١٣<sup>(٣)</sup>. كما يحق لرب العمل احداث تغييرات في المشروع بشرط أن يعرض ذلك على المهندس المختص، اي انه لا يجوز لرب العمل ان يصدر اوامر تغيير مباشرة الى المقاول إلا عن طريق المهندس، ورغم وجود بعض التجاوزات، ويعد رب العمل السلطة الاساسية في السماح بتنفيذ أوامر التغيير إذ لا يمكن تنفيذ اي تغييرات إلا بموافقة لرب العمل<sup>(٤)</sup>.

مما تقدم نلاحظ أن المهندس يتمتع بسلطة اجراء التغييرات في الاعمال محل العقد في اي وقت قبل اصدار شهادة الاستلام الاولى للأعمال، رغم انه في اكثر الاحيان تكون سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير مقيدة بموافقة رب العمل ابتداء والتي يجب أن تكون مذكورة

١- د. نسرين محاسنة، مصدر سابق، ص ٢٢١.

٢- مهندس داوود خلف، المستجدات في عقود الفيديك النموذجية (٢٠١٧)، عمان، بدون دار نشر، ٢٠١٨، ص ٢٧.

٣- نصت المادة ٢/١٣ (يجوز للمقاول -في اي وقت ان يقدم للمهندس اقتراحا مكتوبا يعرض فيه رأيه الذي اذا تم اعتماده -في رأي المقاول -يؤدي الى: أ-سرعة انجاز الاعمال ب- تخفيض التكلفة على رب العمل في تنفيذ الاعمال او صيانتها او تشغيلها ج-تحسين كفاءة الاعمال المنجزة او قيمة لصالح رب العمل د- وغير ذلك مما يحقق منفعة اخرى لرب العمل ،....واذا اعطى المهندس موافقته على هذا الاقتراح -مع او دون تعليقات -يجب على المهندس حينئذ اصدار الامر بالتغيير...).

٤- المهندس. محمود الحريري، د. المهندس ماهر مصطفى، اسباب وتأثيرات اوامر التغيير في مشاريع التشييد، رسالة ماجستير، كلية الهندسة المدنية، جامعة دمشق، بدون سنة نشر، ص ٢٧.

بشكل صريح في الشروط الخاصة بالعقد، إلا أنه كلما مارس المهندس سلطة محددة تتطلب موافقة رب العمل عليها يعد رب العمل وكأنه اعطى موافقته المطلوبة<sup>(١)</sup>، وفي حالة اصدار التعليمات بالتغيير قبل صدور شهادة تسلم الاعمال فإن للمقاول حق الاعتراض عليها اذا كان قد ازال لوازمه عن طريق اخطار المهندس بأنه لا يستطيع أن يحصل على اللوازم المطلوبة لتنفيذ تلك الاوامر، على أن يرفق البيانات المدعمة لرأيه، ولدى تسلم المهندس لمثل هذا الاخطار يتعين عليه اما ان يلغي أو يثبت أو يعدل من الأوامر، كما إن اصدار أوامر التغيير بعد صدور شهادة تسلم الاعمال لا يعتد به<sup>(٢)</sup>، ونشير هنا الى أنه لإحداث تغيير بمبادرة من المقاول، يتعين اثبات أن مقترح التغيير يجب أن يعجل من مدة التنفيذ أو أن يحدث وفرا في تكلفة الاعمال أو تحسينا للفاعلية أو يترتب على تنفيذه فائدة اولى لرب العمل لا الاضرار به أو مجرد تغييرات لكسب الوقت او لمصلحته الشخصية ولا تصب في مصلحة العمل<sup>(٣)</sup>.

ولكي يستطيع المقاول أن يقوم بتنفيذ أوامر التغيير وازافة قيمتها الى كشوفات الحساب على المقاول فور استلامه اخطار بأمر التغيير عليه أن يتأكد من أن هذه الاعمال من ضمن مجال أو متطلبات العقد وانها صدرت ممن له الصلاحية في ذلك، كذلك عليه أن يتأكد من أن الأمر التغييري قد تم توجيهه بالشكل الصحيح وفقا للعقد اضافة الى ذلك عليه أن يتأكد ان في حال تنفيذ العمل المطلوب فإن رب العمل سوف يقوم بدفع مقابله<sup>(٤)</sup>، ويشترط لصحة الأمر التغييري أن ينطوي على تعريف أي يجب ان يعطى عنواناً، وأن يتضمن توصيفا للتغيير، وسبب اجراءه، وأن يتضمن التغييرات الطارئة على المبلغ الاجمالي للعقد وكذلك التغييرات على السعر المفصل لتنفيذ كل بند من البنود وان يبين التغيير الحاصل على زمن التنفيذ، وان يتضمن مصادقة المهندس والمقاول عليه<sup>(٥)</sup>. فأوامر التغيير تعتبر من اهم القرارات والاجراءات والتعليمات التي تتخذ اثناء عقد الفيديك وقد اثبتت الممارسات العملية ذلك<sup>(٦)</sup>، والغالب أن المقاولين يرحبون

١- علي داوود حسين، مصدر سابق، ص ١٢٤.

٢- م. محمد ماجد خلوصي وسليم عبد الكريم فردوس، الموسوعة الشاملة لعقود الفيديك الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بدون دار نشر، ٢٠٢١، ص ٢٤٧.

٣- م. محمد ماجد خلوصي وسليم عبد الكريم فردوس، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

٤- د. مهندس هشام محمد قنديل والمهندس الاستشاري محمد ماجد خلوصي، مصدر سابق، ص ٢٤.

٥- د. هنادي فوزي حسين، رقابة الادارة في مرحلة تنفيذ العقد الاداري، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، ٢٠١٥، ص ٩١.

٦- د. رائد سليم عبد علي ونوران كنعان ياسين، دراسة واقع حال تسوية نزاعات العقود الانشائية في العراق عن طريق القضاء، مجلة واسط للعلوم الهندسية، الجامعة التكنولوجية، العدد ١، مايو، ٢٠١٧، ص ١٧.

بوجود هذه الاوامر نظرا لما يترتب عليها من حقوق كحقهم في الحصول على ثمن الاعمال التي نفذوها استنادا لتلك الاوامر، وكذلك حقهم في المطالبة بالتعويض عما يكون قد لحقهم من خسارة او ضرر بسببها اذا كانت تتضمن زيادة في الاعمال بشكل غير معقول، كذلك بإمكان المقاولون المطالبة بتعويضهم عما فاتهم من كسب اذا كانت تتضمن حذف او انقاص جزء من الاعمال<sup>(١)</sup>.

وقد استقر قضاء المحكمة الادارية العليا في مصر بأنه اذا زادت التكلفة عما قدره المتعاقدان وقت ابرام العقد لسبب يرجع الى رب العمل، فإنه يكون من حق المتعاقد معه (المقاول) ان يحصل على تعويض كاف بقدر نسبة ما زاد من تكلفة في تنفيذ هذه الاعمال<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث

#### نطاق اصدار أوامر التغيير

يقصد بنطاق أوامر التغيير المجال الذي يمكن أن يرد عليه تعديل العقد اثناء التنفيذ، والذي يستطيع رب العمل او المهندس أن يتحرك في حدوده عند رغبته في ادخال تعديلات على شروط العقد. وبمطالعة الشروط العامة لعقد الفيديك لعام ٢٠١٧، نجد انها نصت صراحة على بعض الامثلة التي تعتبر انها تقع ضمن دائرة نطاق العقد، وهذه الامثلة قد تكون في تغيير الاعمال أو بحذف عمل من الاعمال أو قد تكون في تغيير جودة ومواصفات الاعمال أو تغيير في اساليب واوضاع التنفيذ أو تسلسل التنفيذ وتوقيته وكما مبين فيما يلي:

#### اولا- تغيير كمية الاعمال:

إن اول المسائل التي تدخل في نطاق اوامر التغيير هي تغيير كمية الاعمال محل العقد سواء بالزيادة او النقصان، وقد اكدت شروط عقد الفيديك ذلك الفقرة ١/١٣ سالفه الذكر، على حق المهندس في تعديل كمية أو حجم الاعمال المتفق عليها وذلك من خلال اصداره تعليمات الى المقاول بإجراء تعديلات وتغييرات في كمية الاعمال متى كان ذلك ضروريا أو مرغوبا فيه

١- علي داوود حسين، مصدر سابق، ص ١٢.

٢- حكم المحكمة الادارية العليا في مصر في الفقرة ٢٦٢٣ لسنة ٣٧ق. عليا في ١١/٢٨/١٩٩٥، اشار اليه د. محمد ماهر ابو العينين، القاضي الاداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الادارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩، الكتاب الثالث، بدون دار نشر، ٢٠٠٩، ص ٦٤.

من وجهة نظره<sup>(١)</sup>، ويجب على المقاول في مقابل ذلك ان يلتزم بكافة التعليمات التي تصدر من المهندس بخصوص زيادة أو انقاص كمية الاعمال المنصوص عليها بالعقد<sup>(٢)</sup>.

إن تغيير كمية الاعمال لا يعتبر بالضرورة داخلا في نطاق أوامر التغيير وذلك لأن الأخيرة لا تشمل التغيير في الكميات المطلوبة لأي عمل من الاعمال اذا كان ذلك التغيير مجرد نتيجة لكون الكميات المطلوبة بالفعل مختلفة عن تلك المحددة في الجدول المعتمد، فالكميات المذكورة ماهي الا كميات تقديرية "preliminary estimation" للكميات المطلوبة. قد تزيد أو قد تنقص عند المباشرة بتنفيذ الاعمال الفعلية، ولذلك فزيادتها أو نقصانها قد لا يشكل امرا تغييريا بما يترتب عليه من آثار قانونية<sup>(٣)</sup>. ولذلك فقد بينت الفقرة (ج من البند ١٤/١) من عقد الفيديك ٢٠١٧ على أن (اي كميات قد تكون محددة في جدول الكميات او غيرها من الجداول هي كميات تقديرية، ولا تؤخذ على انها الكميات الفعلية والصحيحة للأعمال التي يتعين على المقاول تنفيذها)<sup>(٤)</sup>.

إلا أنه قد تثار مشكلة تحديد اسعار تلك التغييرات ففي هذه الحالة يجب على المهندس الاستشاري التقيد بأحكام الفقرة (١/٧/٣) من عقد الفيديك ٢٠١٧ عند قيامه بالموافقة على قيمة العقد أو عند تحديد سعر جديد لأي من بنود العقد<sup>(٥)</sup>، وفي حالة عدم التوصل الى اتفاق فيتعين عليه عندئذ اتخاذ قرار عادل في المسألة أو المطالبة وفقا للعقد، مع مراعاة كل الظروف ذات الصلة<sup>(٦)</sup>.

ومن الجدير بالإشارة إن المهندس الاستشاري هو الذي يقوم بتحديد سعر جديد ومناسب للأعمال التي حددت بشأنها أوامر التغيير، وذلك عن طريق استخلاص السعر الجديد من

١- نصت المادة ١/٣/١٣ ويتضمن كل تغيير (التغييرات في كميات أي بند من بنود الاعمال يكون مدرجا في العقد) ومن الجدير بالذكر ان صور اوامر التغيير في العراق قد بينتها المادة ٥٢ من شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية عام ١٩٨٨ الفقرات (١-٢).

٢- د. عصام احمد البهجي، مصدر سابق، ص ١٣٥.

٣- د. حميد لطيف نصيف، الاوامر التغييرية في عقود المشاريع الانشائية وآثارها على الكلفة والمدة، دار ميزوبوتاميا، بغداد، شارع المتنبي، ٢٠١٣، ص ٢٥.

٤- انظر نص المادة ١/١٤ من الشروط العامة للترجمة العربية لعقد الفيديك ص ١١٧.

٥ - تنص الفقرة ١/٧/٣ على انه(يجب على المهندس استشارة كلا الطرفين مجتمعين او بشكل منفصل، ويجب ان يشجع النقاش بين الطرفين في محاولة للوصول الى اتفاق، ويجب على المهندس ان يبدأ مثل هذه الاستشارة على الفور لإتاحة الوقت الكافي للامتنال للمهلة الزمنية للاتفاق بموجب البند الفرعي ٣/٧/٣[المهلة الزمنية]...).

٦- تنص الفقرة ٢/٧/٣ على انه(يجب على المهندس اتخاذ قرار عادل في المسألة او المطالبة وفقا للعقد مع مراعاة كل الظروف ذات الصلة...).

الاسعار المناسبة الواردة في العقد مع اجراءه لتسويات معقولة، وإذا كانت الاسعار غير مناسبة للتوصل الى سعر جديد يتم استخلاص السعر من النفقة المعقولة لتنفيذ العمل مضافا اليها ربح معقول مع الاخذ بعين الاعتبار الامور الاخرى المستجدة، وهذا قد اكدت المحكمة الادارية العليا في مصر على احقية رب العمل في تعديل مدى التزامات المتعاقد معها سواء بالزيادة أو النقصان، فقد قضت بأن لرب العمل الحق في تعديل العقد اثناء تنفيذه، وتعديل من التزامات المتعاقد معها. فتزيد من اعمال الطرف الاخر أو تنقصها كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التعديل<sup>(١)</sup>. كما قد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر في ١٩ تشرين الاول ١٩٣٤ (شركة الفريد هريك) انه بإمكان الادارة ان تفرض على المقاول زيادة الاشغال المشار اليها اتفاقيا في العقد، والتعديل يمكن ان يهدف الى موضوع العقد او التنفيذ بذاته،...<sup>(٢)</sup>.

#### ثانيا- التغيير الذي يتعلق بحذف فقرة من الاعمال محل العقد:

قد يرد أمر التغيير الذي يصدره المهندس في عقد الفيديك على حذف أي فقرة من فقرات جدول الكميات الاصلي موضوع العقد<sup>(٣)</sup>، إذ من الجائز أن تتضمن أوامر التغيير السلبية "negative variation order" حذف عمل معين من النطاق الاصلي للأعمال، وعادة ما يترتب على تلك الأوامر تخفيض في مستحقات المقاول وكذلك برنامجه الزمني، ولهذا السبب هنالك قيود وضعها عقد الفيديك على الحالات التي يجوز لرب العمل أن يصدر اوامر التغيير المشار اليها. ومن الامثلة على ذلك يستطيع رب العمل ان يطلب حذف فقرات انشائية من الاعمال المتفق عليها في جدول الكميات الاصلي اذا لم تعد تلك الاعمال المحذوفة مطلوبة للمشروع، ولكن ذلك مقيد بأنه لا يجوز ان يطلب حذف اعمال اذا كان الغرض الوحيد من ذلك هو اعطاء تنفيذها الى مقاول اخر.

هذا وقد خول (البند ١/١٣ فقرة رابعا) من عقد الفيديك الصادر ٢٠١٧، المهندس أن يوجه أمر تغيير الى المقاول يتضمن حذف عمل أو جزء من الاعمال المتعاقد عليها شريطة أن يكون عدم تنفيذ العمل امرا ضروريا لتحقيق مصلحة العمل بصورة عامة وأن تكون الاعمال

١- علي داوود حسين، مصدر سابق، ص ١١٨.

٢- تامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري بارادتها المنفردة، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، ٢٠١٧، ص ٤٨.

٣- نصت المادة ١/٣/١٣ ويتضمن كل تغيير (٤- حذف أي عمل، الا اذا كان سيتم تنفيذه بواسطة اخرين).

المطلوب حذفها من الاعمال التي يلتزم المقاول الاصلي بتنفيذها بنفسه، أما اذا كان تنفيذ العمل المطلوب حذفه عن طريق مقاولين اخرين أو عن طريق رب العمل ذاته، ففي هذه الحالة لا يجوز للمهندس أن يصدر للمقاول أمر تغيير والحكمة من ذلك إن المقاول لا يكون مسؤولاً عن تنفيذ العمل المطلوب حذفه في هذه الحالة، وإنما يوجد شخص آخر مكلف بتنفيذه، وبالتالي ليس له سلطان على هذا العمل لكي يتلقى بخصوصه أوامر تغيير بحذفه من المهندس بما يترتب عليه من آثار قانونية<sup>(١)</sup>.

واستناداً لذلك فقد سمحت الفقرات ٨/٩ و ٨/١٢ بموجب البند الفرعي (١٣/١/فقرة ٤) من الشروط العامة لعقد الفيديك للمهندس بإصدار تعليمات الى المقاول بإيقاف كل الاعمال أو جزء منها، ولا يوجد أي الزام بأشعار مسبق للمقاول بأسباب هذا الايقاف، فإذا استمر هذا الايقاف لأكثر من ٨٤ يوماً فيجوز للمقاول اخطار المهندس بطلب الاذن باستئناف العمل. وإذا لم يصدر المهندس هذا الاذن في غضون ٢٨ يوماً من استلام الاخطار فيحق للمقاول أن يرسل اخطاراً الى المهندس باعتبار هذا الايقاف بمثابة حذف لذلك الجزء من العمل<sup>(٢)</sup>.

ونفهم مما تقدم إن على المقاول أن ينتظر مدة ١١٢ يوماً قبل أن يستطيع اخطار المهندس بأن يعتبر الايقاف الوارد على جزء من الاعمال بمثابة حذف لذلك الجزء، وهناك من يرى-وهو ما نرجحه- بأن المدة الكلية التي يجب على المقاول انتظارها، حتى يجوز له اعتبار أن ايقاف جزء من الاعمال بمثابة الغاء لها، هي مدة طويلة نسبياً.

### ثالثاً- تغيير جودة ومواصفات وخصائص الاعمال:

استناداً للبند (٢) من الفقرة (١٣/١) من عقد الفيديك سالف الذكر، للمهندس سلطة اصدار أوامر تغيير الى المقاول لإحداث تغيير في طبيعة أو جودة أو نوعية أو مواصفات أي عمل من الاعمال محل العقد، متى كان ذلك ضرورياً ويصب في مصلحة العمل من وجهة نظره<sup>(٣)</sup>، وتتطابق هذه الصورة الماثلة من أوامر التغيير، وهي تغيير جودة ومواصفات والخصائص الأخرى من الاعمال مع طبيعة عقود الفيديك ومع طبيعة المحل الذي يرد عليه

١- د. حميد لطيف نصيف، مصدر سابق، ص ٣٢.

٢- انظر نص المادة ٩/٨ والمادة ١٢/٨ من الشروط العامة لعقد الفيديك، ص ٩١ وما بعدها.

٣- نصت المادة ١٣/١/٣ ويتضمن كل تغيير (التغييرات في الجودة والخصائص الأخرى لأي بند من بنود الاعمال).

العقد ذاته، وذلك لأن تنفيذ هذه العقود يستغرق مدة زمنية طويلة قد يتخللها حدوث ظروف ومتغيرات تؤدي الى ضرورة احداث تغييرات في جودة أو نوعية أو خصائص أو مواصفات أي بند من بنود الاعمال بما يحقق مصلحة العمل<sup>(١)</sup>.

ومما لا شك فيه أن مصلحة رب العمل تستلزم أن يقوم المقاول بإجراء مثل هذه التغييرات اثناء تنفيذ العقد ووجوده في موقع العمل حتى ولو نتج عن ذلك تمديد وقت انجاز العمل أو دفع كلفة اضافية، وذلك افضل من الانتظار لغاية الانتهاء من الاعمال خلال مدة التنفيذ المقررة طبقا للجودة والخصائص والمواصفات المتفق عليها وقت ابرام العقد، ثم البدء من جديد في تغيير جودة أو مواصفات أو خصائص هذه الاعمال أو بعضها، وذلك سوف يؤدي الى تحمل رب العمل تكلفة اكثر مما كان سيتحمله بسبب اجراء التغييرات المشار اليها اثناء تنفيذ الاعمال<sup>(٢)</sup>.

ويرى البعض أنه من الاهمية التفرقة بين مواصفات التصميم ومواصفات الاداء لأنه في الاخيرة تقع المسؤولية عن المخاطر على عاتق المقاول إذ يتم تحديد خصائص الاداء لكل بند من بنود الاعمال المطلوبة، في حين يكون رب العمل مسؤولا عن مواصفات التصميم وما يتصل بها من حذف أو اخطاء، أو نقص في المخططات، وذلك بالنسبة لمواصفات التصميم التي يتم القياس الدقيق وتحديد اختبارات المواد اثناء الصنع وعقب انتهائه، ورقابة الجودة ومتطلبات التفتيش والفحص، وفي بعض الحالات يحتفظ رب العمل بحقه في قبول أو رفض الخطط المقترحة قبل اداء العمل، ويتم انجاز ذلك عن طريق تقديم العطاءات والنماذج مسبقا للصنع، وبناء على ما سبق اذا رأى المهندس انه من الضروري اجراء تعديلات في مواصفات التصميم بسبب وجود بعض العيوب فيه، فإن المقاول يسترد ما انفقته لتنفيذ الاعمال الزائدة التي فرضها التغيير<sup>(٣)</sup>.

ومع ذلك في احدى القضايا من المحاكم الكندية ضمن المقاول صراحة، في نصوص العقد، أن سقف البناء سوف يبقى مانعا لتسرب المياه طوال مدة من الزمن وعندما اثير نزاع

١- حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة دراسة قانونية لعقد تقديم الاستشارات الفنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٧٦.

٢- علي داوود حسين، مصدر سابق ص ١٢.

٣- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الاخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، سنة ١٩٨٥، ص ٥١.

قضت المحكمة بأنه اذا كان المقاول قد تعهد بشكل صريح في ذلك في العقد فلا يجوز له الهروب من المسؤولية بدعوى إن نوعية المواد الواردة في كراسة المواصفات هي السبب في تسريب المياه<sup>(١)</sup>.

#### رابعاً-تغيير اساليب واوضاع التنفيذ:

يحق للمهندس أن يأمر المقاول بتغيير اسلوب تنفيذ الاعمال، أو أن يستبدل المواد المستخدمة في التنفيذ مواد أخرى أكثر جودة، أو تعديل طرق واوضاع العمل التي اختارها المقاول، وإن هذه الصورة من صور أوامر التغيير في غاية الاهمية، وذلك لأن عقد المشاريع الانشائية يمتد لمدة طويلة قد تظهر خلالها مستجدات قد تستلزم استخدام وسائل فنية أكثر اقتصاداً وفضل تقنية، أو مواد أعلى جودة من تلك المحددة في العقد. ولا شك في ان المهندس يكون حريصاً على مواكبة تلك المستجدات مما يدفعه الى أن يطلب من المقاول تعديل اساليب ووسائل التنفيذ أو نوعية المواد المستعملة، لان ذلك يصب في مصلحة العمل. لذلك تتمتع هذه الصورة من صور أوامر التغيير بأهمية خاصة<sup>(٢)</sup>.

وقد وضح البند ١/١٣ الفقرتين (٢و٥) من الشروط العامة لعقد الفيديك موضوع الدراسة إن التغيير في اسلوب واوضاع تنفيذ اي جزء من الاعمال محل العقد<sup>(٣)</sup>، يكون بصدر تعليمات من المهندس الى المقاول لإجراء التغييرات في مناسيب أو ابعاد اي جزء من الاعمال، وكذلك يمكن للمهندس أن يأمر المقاول بتقديم آلات أو مواد أو خدمات ضرورية لتنفيذ الاعمال الدائمة بما فيها الاختبارات واعمال الاستكشاف، اذا تبين له ان ذلك يصب في مصلحة العمل بشكل افضل. وهذا ما بينته المادة ١/٧ من الشروط العامة لعقد الفيديك والمتعلقة بطريقة التنفيذ<sup>(٤)</sup>، وكذلك ما ورد في الفقرة ٢/٧ المتعلقة بالعينات من ضرورة التزام المقاول بتقديم العينات للمواد

1- Steel CO. OF CANADA Ltd. V. Willard Management Ltd. S. C.R, 746.

نقلا عن د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص ٢٥٥.

٢- د. حميد لطيف نصيف، مصدر سابق، ص ٣٦.

٣- نصت المادة ١/٣/١٣ في الفقرة ويتضمن كل تغيير (٣- التغييرات في المناسب و/أو الامكن و/أو الابعاد اي جزء من الاعمال ٥-اي عمل اضافي او تجهيزات الية او مواد او خدمات ضرورية للأعمال الدائمة، بما في ذلك اي اختبارات جسات او عند الاتمام، وحفر الابار وغيرها من اعمال الاختبار والاستكشاف).

٤- انظر المادة ١/٧ من الشروط العامة للترجمة العربية لعقد الفيديك ص ٨٢.

والمعلومات المتعلقة بها الى المهندس للموافقة عليها قبل استخدام هذه المواد في الاعمال او من اجلها<sup>(١)</sup>.

نفهم مما تقدم إن الاصل أن يقوم المقاول باختيار طرق التنفيذ التي يراها مناسبة لتنفيذ العمل، بحيث يحقق النتيجة التي يرغب ويوافق عليها رب العمل حسب ما تبينه نصوص العقد وملحقاته من مواصفات ورسومات وجداول كميات. إلا انه يحق للمهندس في اي وقت وقبل صدور شهادة تسلم الاعمال أن يصدر امراً تغييراً الى المقاول ليقوم بإجراء تغيير في اسلوب أو طريقة التنفيذ المحددة في العقد اذا كان التغيير يتعلق بمسألة ضرورية تصب في مصلحة العمل وبالتالي تترتب على تنفيذ هذه التغييرات آثار خطيرة، لأن المقاول سيجد نفسه مضطراً لتغيير الطريقة أو الاسلوب المتبع في تنفيذ الاعمال، أو استبدال المواد المستخدمة، أو تغيير اوضاع أو ابعاد اي بند من بنود الاعمال بما يتبع ذلك من ضرورة توفير آلات أو مواد جديدة لازمة لتنفيذ التعديلات المطلوبة. واستناداً لذلك يحق للمقاول طلب اضافة الكلفة الزائدة على قيمة العقد المتفق عليها، وطلب تمديد المدة الزمنية المحددة لإتمام الاعمال بما يتناسب مع ما تحمله من تكاليف وما استغرقه من وقت اضافي في تنفيذ ما طلبه المهندس من تغييرات<sup>(٢)</sup>.

#### خامساً - تغيير تسلسل التنفيذ وتوقيته:

الأصل أن يقدم المقاول برنامجاً زمنياً مفصلاً يبين فيه تسلسل تنفيذ الاعمال وزمنها فالوقت عنصر اساسي في ضبط العمل. وعمليات تنفيذ العمل تتعقد وتكثر كلما كان حجم المشروع أو الأعمال كبيراً. وإن سير الاعمال بشكل مستقر وصولاً الى انجازها في الوقت المتفق عليه على المقاول أن يكفل الالتزام بالبرنامج الزمني الذي قدمه. ومع ذلك يستطيع المهندس ان يطلب من المقاول تغيير تسلسل أو توقيت أو ترتيب تنفيذ الاعمال اذا قدر ان ذلك أمراً لازماً ويصب في مصلحة العمل بشكل أفضل. وهذه هي إحدى الصور التي يمكن أن تطرأ على العقد اثناء التنفيذ<sup>(٣)</sup>. وتأسيساً على ذلك يحق للمهندس أن يأمر المقاول بإجراء تعديل في توقيت تنفيذ

١- انظر المادة ٢/٧ من الشروط العامة للترجمة العربية لعقد الفيديو ص ٨٢.

٢- د. حميد لطيف نصيف، مصدر سابق، ص ٣٧.

٣- د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٢١٤.

اي جزء من الاعمال كأن يطلب منه تعجيل التنفيذ أو تأخيره عن الوقت المحدد، اذا رأى المهندس أن ذلك ضروريا ولا يتعارض مع شروط العقد<sup>(١)</sup>.

ومن المعروف في مشروعات التشييد، أن إعداد برنامج للأعمال وترتيب تسلسلها في المشاريع الانشائية له أهمية كبيرة، ويجب على المقاول العناية بها بصورة فائقة لما لها من آثار على اتمام الاعمال في الوقت المحدد، فإذا جاء المهندس وأراد تغيير هذا التسلسل أو التوقيت فعليه أن يتحمل ما ينتج عن ذلك من امتداد في الوقت ومن زيادة في ثمن العقد<sup>(٢)</sup>، وقد بينت المادة (٣/٨) من شروط عقد الفيديك، أنه يجب على المقاول تقديم برنامج أولي لتنفيذ الاعمال الى المهندس في غضون ٢٨ يوما بعد استلام الاخطار بموجب البند الفرعي (١/٨)، وذلك دون انتظار الموافقة عليه بشكل صريح، وذلك على أساس أن سكوت المهندس في غضون ٢١ يوما بعد تلقي البرنامج الاولي يعد بمثابة موافقة ضمنية عليه<sup>(٣)</sup>، وقد اوضحت الفقرة (١/١٣) في البند (٦) ذلك والتي اجازت أن يتضمن كل تغيير على تغييرات في تسلسل الاعمال أو توقيت تنفيذها<sup>(٤)</sup>، واستنادا لما تقدم فإنه يحق للمهندس الاستشاري أن يوجه تعليمات للمقاول بتعديل تسلسل الاعمال أو توقيت تنفيذها. سواء بالتسريع أو بالتأخير، فإذا غير المهندس طرق العمل التي اختارها المقاول، فهذا يعتبر تغيير يرتب آثار قانونية من ناحية المدة والكلفة<sup>(٥)</sup>.

ويعتبر إيقاف الاعمال بناء على أمر من المهندس الاستشاري من غير سبب يرجع الى المقاول شكلا من اشكال التعديل التي ترد على توقيت انجاز الاعمال وفقا للبند (٦) من الفقرة ١/١٣، وكما قلنا ان ذلك يرتب آثار قانونية وخصوصاً حق المقاول في الحصول على الكلفة الاضافية الناتجة عن الأمر بإيقاف الاعمال، وتمديد مدة العقد. وعلى الرغم أنه بإمكان المهندس أن يلزم بإخطار المقاول بالسبب الموجب لهذا الايقاف، إلا أنه من الحكمة أن يخطره بذلك السبب نظراً لما ينتج عنه من آثار مهمة، فعلى سبيل المثال إذا كان سبب ايقاف الأعمال يرجع الى المقاول تحمل كلفة حماية وتخزين الأعمال أو الجزء محل الايقاف من الأعمال<sup>(٦)</sup>.

١- د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص ٢٠١.

٢- محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص ٢٠٢.

٣- انظر المادة ٣/٨ من الشروط العامة للترجمة العربية ص ٨٧.

٤- نصت المادة ١/٣/١٣ ويتضمن كل تغيير (التغييرات في تسلسل الاعمال او توقيت تنفيذها).

٥- د. حميد لطيف نصيف، مصدر سابق، ص ٣٨.

٦- علي داوود حسين، مصدر سابق، ص ١٢٣.

فضلا عما تقدم، يعد (حق رب العمل في انتهاء العقد في اي وقت قبل الانجاز بموجب الفقرة (٥/١٥) من عقد الفيديك الكتاب الاحمر الصادر ٢٠١٧ وكذلك طبقا للفقرة (٣/١٦) من شروط عقد الفيديك فإن المقاول يلزم فوراً بعد سريان اخطاره الذي يتحقق بعد مرور ٢٨ يوم من تاريخ تلقي المقاول للأخطار، يوقف كل الاعمال الاضافية، باستثناء الاعمال التي قد تكون بتعليمات المهندس لحماية الارواح والممتلكات او السلامة في الاعمال) صورة من صور اوامر التغيير التي ترد على مدة تنفيذ العقد<sup>(١)</sup>.

والخلاصة إن الغرض الرئيس من البرنامج الزمني الذي أشرنا اليه هو تحديد كيف يلتزم المقاول بتنفيذ الاعمال، وبالتالي يجب أن يكون هذا البرنامج مصحوباً بتقرير موضح فيه الوسائل والطرق التي يخطط المقاول السير عليها، مع تقدير لعدد العمال ونوع الآلات المطلوبة في الموقع لتنفيذ المراحل الرئيسة للأعمال، فإدارة المشاريع تعرف بأنها التوزيع الرشيد والاستعمال الفعال للموارد لتحقيق العمل في الوقت المحدد ضمن موازنة العقد. وهذه المواد هي الايدي العاملة والآلات والمواد والوقت. والهدف من ادارة المشروع هو ضبط الوقت والتكاليف خلال مرحلة التنفيذ<sup>(٢)</sup>.

نلاحظ مما تقدم إن عقد الفيديك وسع من نطاق اوامر التغيير والى حد كبير، خاصة وإن العقد على النحو المبين اعلاه لم ينص على قيد يفرض على المهندس عند اتخاذه للأمر التغييرى، كأن يقيد بفكرة الغرض العام أو الهدف العام للعقد، وإن كل ما جاء به العقد هو أمثلة على ما يمكن أن يكون محلاً للتغيير.

١- انظر المادة ٥/١٥ من الشروط العامة للترجمة العربية لعقد الفيديك ص ١٣٣ وكذلك المادة ٣/١٦ من نفس الشروط ص ١٣٧.

٢- د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

## المبحث الثاني

### سلطة اصدار أوامر التغيير

لقد تطرقنا سابقاً أن أعمال البناء والانشاءات تطورت تطوراً ملحوظاً وذلك لضخامتها وتداخل وتشابك أعمالها، وعلى أثر التطورات الكبيرة التي شهدتها ميدان التشييد والبناء العمراني ازداد اعداد القائمين بأعمال البناء وتباينت أدوارهم لاسيما مع دخول التكنولوجيا الحديثة في صناعة البناء، حيث يشترك في تنفيذ المشروع فريق عمل فريد من نوعه بهدف تخطيط وتصميم وبناء المشروع، فلم يعد انجاز المشروع وتنفيذه قاصراً على المهندس والمقاول وإنما اتسع ليشمل اطراف اخرى لها دور ذو أهمية في تنفيذ العملية الانشائية، وذلك من أجل تحقيق الغرض الذي يحدده رب العمل. واستناداً الى ما سبق فإن هذا التعدد والتداخل يخلق تحديات كبيرة للمشاركين في أعمال البناء، كرب العمل والمهندس، والمقاول، الأمر الذي يتطلب المعرفة الفنية والمهنية والقدرة على معالجة المخاطر للمشاركين، ولذلك فانه لأجل تنفيذ المشروع لابد من إجراء بعض التغييرات على العقد الاصلي الذي تم الاتفاق عليه بداية، ويجب أن تصدر هذه الأوامر من قبل اشخاص يملكون صلاحية إجراء التغيير، فقد تكون من خلال مبادرة المهندس، وقد تصدر بناء على طلب رب العمل، وقد تكون بناء على اقتراح المقاول، لكي تتواءم مع الظروف المتغيرة للمشروع ومن أجل الوصول الى تنفيذه بطريقة ناجحة، لا من أجل تحقيق غاياتهم القصوى في الربح على حساب الجودة في العمل والمادة مما لا يتحقق معه أدنى أوجه المتانة والسلامة في العمل.

لذا سنخصص هذا المبحث ما وسعنا جهد البحث لتحديد صاحب الحق في إصدار أوامر التغيير، حيث سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب نتناول في الاول منها اصدار أوامر التغيير من قبل المهندس، واما الثاني فسيخصص للحديث عن اصدار أوامر التغيير من قبل رب العمل، نختم أخيراً مناقشة مسألة حق المقاول في اقتراح أوامر التغيير، وكما يلي:-

## المطلب الاول

### اصدار أوامر التغيير من قبل المهندس

تشتط النصوص العامة لعقد الفيديك على رب العمل أن يقوم بتعيين مهندس ليقوم بالواجبات المحددة له أو التي يقتضيها العقد، فالمهندس هو المحور الرئيس لتنفيذ عقد المقولة وأن يمنحه سلطات واسعة من أجل تنفيذ العقد، سواء كانت هذه السلطات صريحة أو ضمنية، يمكن ان تفهم من مقتضيات العقد، كما بينت هذه النصوص كيفية مزاولة بعض هذه السلطات بأنها بمثابة تمثيل لرب العمل في القيام بالأعمال اللازمة لتنفيذ العقد، ومما لا شك فيه إن دور المهندس الاساسي يبدو جليا اثناء مرحلة تنفيذ العقد، إذ يجب على المهندس التواجد في مكان تنفيذ المشروع أو الاعمال لكي يقوم بمتابعة الاعمال والتأكد من مطابقتها لما هو ثابت في العقد المبرم بين المقاول ورب العمل وعندما يكتشف المهندس ثمة عدم مطابقة بين العقد والتنفيذ فله اتخاذ الاجراءات التي تكفل تعديل الأعمال بما يؤدي الى مطابقتها لما هو ثابت في العقد وبما يصب في مصلحة المشروع. وقد نظم عقد الفيديك الكتاب الأحمر الاصدار الثاني ٢٠١٧ سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير التي يمكن أن تكون مدعاة أو سبب لإثارة الجدل والنزاع بين المقاول ورب العمل، حيث يمكن للمهندس صلاحية اصدار كافة التعليمات أو التعديلات الى المقاول متى كانت لازمة لأعمال البناء والانشاءات، أو اصلاح ما يشوبها من عيوب وذلك بحسب الصلاحيات المخولة له في العقد.

لذا سنوزع الكلام عن اصدار أوامر التغيير من قبل المهندس في هذا المطلب على فرعين، نبين في الاول سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير، ونخصص الثاني لحدود سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير.

## الفرع الاول

### سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير

المهندس في إطار عقود الفيديك وإن كان ليس طرفاً في العقد المبرم بين رب العمل والمقاول، إلا أن الشروط العامة لذلك العقد منحتة سلطة تقديرية في التدخل المناسب لإجراء تغييرات على الأعمال محل العقد. والمهندس من خلال هذه السلطة التي يمارسها يكون هو أحد أسباب التغييرات أو أوامر التغيير في عقد الانشاءات وينظر في النظامين الانكلوسكسوني واللاتيني أنه لا يمكن وجود عقد مقالة بدون مهندس يضطلع فيه باختصاصات متنوعة وتكون علاقة المهندس العقدية برب العمل وليس بالمقاول كما إن المهندس ليس طرفاً في عقد المقالة المبرم بين رب العمل والمقاول إلا أنه له دور مهم في تنفيذ العمل واصدار اوامر التغيير.

لذا وقبل التطرق الى سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير لابد من ان نتطرق اولاً الى مفهوم المهندس والاشخاص المساعدين له الذين يعاونونه في عمله اثناء مرحلة تنفيذ المشروع في عقد الفيديك، ثم نتطرق الى مفهومه في القوانين المدنية محل المقارنة وكما يأتي:

### اولاً- مفهوم المهندس في عقد الفيديك:

لقد عرفت الشروط العامة لعقد الفيديك الكتاب الأحمر الاصدار الثاني ٢٠١٧ بموجب البند ٣٥/١/١ المهندس يعني "الشخص المسمى في بيانات العقد، المعين من قبل رب العمل، ليقوم بدور المهندس لأغراض العقد او اي بديل له يعينه رب العمل وفقاً للبند الفرعي ٦/٣ (استبدال المهندس)<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ من التعريف اعلاه ان عقود الفيديك وضعت تعريفاً عاماً للمهندس حيث يمكن ان ينسحب ليشمل كل المهندسين الذين يشاركون في عملية البناء والمعينين من قبل رب العمل من اجل اتمام الاعمال الخاصة بالبناء ويحتاج المشروع لمهارته وتخصصه سواء اكان مهندساً معمارياً، استشارياً أو مدنياً، ميكانيكياً أو كيميائياً وغيرها من التخصصات الهندسية ونحن نؤيد هذا الاتجاه الذي اتبعه عقد الفيديك بوضع لفظ عام للمهندس حتى لا يتمكن احدهم من الافلات من المسؤولية فيما لو تم تحديد اختصاص معين للمهندس في التعريف السابق ذكره، كما نلاحظ

١- انظر البند ٣٥/١/١ ص ٣٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك .

ان التعريف اعلاه لم يبين دور المهندس والشروط الواجب توفرها فيه كذلك عدم اشتراطها لمؤهل معين للمهندس، إذ تركت امر تصنيف وتأهيل المهندسين الى الجمعيات الهندسية الوطنية في الدول التي تستخدم نموذج عقد الفيديك في عقود التنفيذ، كما أن التعريف الوارد في النص لم يبين ماهية المهندس هل هو شخص طبيعي ام معنوي إلا أنه وبالرجوع الى البند ١/٣<sup>(١)</sup>، نلاحظ انها اوجبت على رب العمل ان يعين المهندس الذي يجب ان ينفذ الواجبات الموكلة اليه في العقد، ويجب أن يكون للمهندس كل السلطات المطلوبة للقيام بدوره كالمهندس تحت العقد.

وإذا كان المهندس شخص معنوي، فيجب على المهندس تعيين شخص طبيعي، وتوكيل السلطات اليه لكي يقوم بدور المهندس تحت العقد. والمهندس (أو في حالة كونه كيانا قانونيا فإن الشخص المعين من قبله ليقوم بدوره) يجب أن يكون مهندسا محترفا، ولدية المؤهلات المناسبة والخبرة والصلاحيه للقيام بدور المهندس تحت العقد كما يشترط ان يتقن اللغة الحاكمة المنصوص عليها في الفقرة ٤/١ (القانون واللغة) بطلاقة، ومن الجدير بالذكر أنه عندما يكون المهندس شخصا اعتباريا أو معنويا، فإنه يتعين على المهندس تقديم اخطار الى الطرفين بالأشخاص الطبيعيين (أو اي بديل) المعينين والمفوضين بالصلاحيه للقيام بدور المهندس، ولا تدخل تلك الصلاحيه حيز التنفيذ حتى يتم استلام هذا الاخطار من قبل الطرفين.

وكذلك نلاحظ إن التعريف الوارد في النص اشار الى البند ٦/٣ المتعلق (باستبدال المهندس) حيث يستطيع رب العمل استنادا الى هذا البند استبدال المهندس كما إنه اشترط على رب العمل وخلال مدة لا تقل عن ٤٢ يوما من التاريخ المزمع للاستبدال، وجوب اشعار المقاول بتعيين المهندس البديل وعنوانه وخبرته، ويعني ذلك عدم قدرة رب العمل على استبدال المهندس دون موافقة المقاول فشخص المهندس وسمعته قد يكون محل اعتبار لدى المقاول عند تقديمه لعطاءه<sup>(٢)</sup>، كذلك لاحظنا إن المهندس ليس طرفا في العقد إلا أن عقد الفيديك اذا ما ابرم يعطيه صلاحيات واسعة في تنظيم الاعمال والاشراف عليها واصدار أوامر التغيير، فهو يقوم بدوره الذي يتمثل بوضع كل ما يملكه من خبرات فنية في خدمة عميله لأجل اعداد دراسات مفيدة لكل المشاكل التي تواجه العميل في أي فرع من فروع الهندسة سواء كانت تلك الدراسة في مرحلة

١ - انظر البند ١/٣ ص ٥٠ من الترجمة العربية لعقد الفيديك .

٢ - انظر البند ٦/٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك ، ص ٥٢ .

التصميم أو في مرحلة التنفيذ، أو في مرحلة تسليم المشروع<sup>(١)</sup>، كما أن للمهندس دور مهم في عقود الفيديك، لأنه يحول افكار ومتطلبات رب العمل الى رسومات معمارية ومخططات هندسية ومواصفات فنية جاهزة للتنفيذ، كما يعتبر المحور الرئيسي في تنفيذ العقد<sup>(٢)</sup>، وعليه يمكن تعريف المهندس بأنه " كل شخص طبيعي او معنوي يقدم خدمات ذهنية هندسية، تتمثل بإعداد الدراسات والتصاميم والاشراف والادارة بشكل رئيس، واصدار أوامر التغيير لمواجهة الظروف المتغيرة التي تطرأ اثناء تنفيذ الاعمال، ويستحق في مقابل خدماته هذه على مقابل يلزم به رب العمل".

### ثانيا - مفهوم المهندس في القوانين المدنية محل المقارنة:

إن المهندس المعماري هو "الشخص المكلف من قبل رب العمل بأعداد المخططات والتصاميم اللازمة لإقامة المباني والمنشآت الثابتة واعمال المقايسة والاشراف على تنفيذها بواسطة مقاول البناء وقد تقتصر مهمة المهندس المعماري على وضع التصميم دون ان يكلف بالرقابة على التنفيذ"<sup>(٣)</sup>، كما عرف أيضاً بأنه " الشخص الذي يملك مهارة ومعرفة تؤهله في الابتكار والتصميم والتخطيط والاشراف والتنظيم على المباني والمنشآت الاخرى بشكل ينم عن المهارة والتصميم الجيد" ولم تعرف القوانين المدنية محل المقارنة المهندس المعماري، وانما ترك توضيح المقصود بهذه المهنة وتعريفها للقوانين الخاصة بمزاولتها، وما يصدر عن الادارات المعنية من تعليمات وشروط تحدد فيها صراحة التخصص، ولذلك لم يشر المشرع الى المؤهلات التي تطلبها القانون لتولي المهمة، بل الرأي الفقهي الغالب يعتبر أن من يتولى عملية التصميم أو الاشراف على التنفيذ او كليهما، في حكم المادة ٨٧٠ يكون مسؤولاً، سواء أكان حاملاً حقيقة لهذه الصفة ام لا، اذ العبرة ليست بالصفة القانونية للمهندس المعماري بل بطبيعة الاعمال التي يقوم بها ويكتفي ذلك بالصفة المهنية والفنية<sup>(٤)</sup>، ويضاف الى هذا الرأي ما ورد في نص المادة

١- البند ٦٠/١/١ عرف كلمة طرف (يعني رب العمل او المقاول كما يكون مقصوداً في المحتوى، اما الطرفان تعني كلا من رب العمل والمقاول)، ص ٣٦ من الترجمة العربية لعقد الفيديك .

٢- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٦٦.

٣- د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقاولة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨، ١٥٧.

٤- د. سعيد مبارك وآخرون، مصدر سابق، ص ٤٣٣. تنص المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي على انه "١- يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات...".

١/٨٧١ من القانون العراقي حيث ألقى المقال من المسؤولية عن تدمير البناء بصورة كلية أو جزئية، فيما لو وضع رب العمل التصميم، الذي كان سببا في حصول ذلك التدمير<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالذكر إن الفقه العراقي يذهب الى أن المقصود بمصطلح المهندس الوارد في المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي كل المهندسين الذين يشاركون في عملية البناء ومن مختلف الاختصاصات، فهذا الوصف ليس حكرا على اختصاص معين بحد ذاته دون غيره حيث إن النص يقصد به المعنى اللغوي وليس معناه الفني<sup>(٢)</sup>، ويردون سبب ذلك الى المصادر التي أخذ منها القانون المدني العراقي احكام الضمان الخاصة بالمهندس المعماري والمقال في عقد المقالة الخاص بالبناء حيث يشترط وضع التصميم من قبل المعماري حصرا<sup>(٣)</sup>.

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي ظل يعتمد قانونا قديما بشأن عملية البناء للقطاع الخاص، يتمثل بنظام الطرق والابنية المعرف بالوثيقة رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٥ الملغى بموجب قرار رقم ٨٥٠ لسنة ١٩٧٩، وفي ظل هذا القانون تم اعطاء المهندس لقب (المعمار) وحدد فيه بعضا من مهامه والتي يكون فيها خاضعا لأحكام القانون الخاص، إلا أنه لا يعتبر متخصص في تعيين واجبات المهندس المعماري<sup>(٤)</sup>، كما نلاحظ أن قانون نقابة المهندسين العراقيين رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ خص شريحة المهندسين باختصاصاتهم كافة ولم يخص المهندس المعماري بذلك، فأورد تعريفه بصورة عامة اذ عرفه في المادة ١/سادسا بأنه (كل منتسب للنقابة وبموجب هذا القانون)، مع العلم انه قد اوجب في الاحكام الفنية من القانون ذاته في المادة ١٣/ج من الفصل الثالث على أن يكون (حاملا لشهادة البكالوريوس أو ما يعادلها على الاقل في فرع من فروع الهندسة او معهد معترف بهما...) وهو أمر لابد من الأخذ به على خلاف ما جاء في القانون

١ - تنص المادة ١/٨٧١ من القانون المدني العراقي (واذا عمل المقال بإشراف مهندس معماري او بإشراف رب العمل الذي اقام نفسه مقام المهندس فلا يكون مسؤولا الا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون التي تأتي من الغلط او عدم التبصر في وضع التصميم).

٢ - د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية - البيع - الايجار - المقالة - دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززا بالقرارات القضائية، القاهرة، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٧، ص ٣٣٩-٤٠٠.

٣ - زالة انور علي، مسؤولية المهندس المعماري والمقال عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، سنة ١٩٩٧، ص ٧٤.

٤ - استقر العمل في العراق على ضرورة ان يتم اعداد التصميم الخرائط والرسومات لأبنية القطاع الخاص من خلال مهندس معماري حائز على اجازة ممارسة المهنة تصدرها البلدية المعنية. سواء كانت تلك البنايات صغيرة ام متوسطة وذات اهمية، اما لموقعها او لطبيعتها استعمالها، او كانت التصاميم لأبنية كبيرة، مهمة كانت ام ليست مهمة من حيث الموقع او طبيعة الاستخدام، ينظر في ذلك نصوص المواد (٤٢، ٤٩، ٥٤) من نظام الطرق والابنية رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٥ المعدل، في نفس الاتجاه اصدر المشرع المصري قانون توجيه وتنظيم اعمال البناء رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ الملغى بقانون البناء رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨ وفيه تم ذكر بعض الالتزامات المناطة بالمهندس، اما المشرع الفرنسي فإنه كان يعتمد في ذلك قانون الواجبات المهنية رقم ٧٧-٢ لسنة ١٩٧٧ وتعديلاته.

المدني العراقي، الذي لم يشترط في المهندس المعماري أي صفة قانونية، بل اكتفى بالصفة الفنية، انفاذا لقاعدة (الخاص يقيد العام) فلا يحق لأي شخص أن يضع الرسومات والتصاميم والخرائط للأبنية والمنشآت الثابتة الاخرى، مالم يكن حاصلا على شهادة في اختصاص الهندسة المعمارية أو المدنية، معترف بها وكذلك منح القانون النقابي المذكور للمهندس صفات استشارية وتحكيمية<sup>(١)</sup>، بالإضافة الى تعيينه مراتب وصلاحيات المهندس في مزولة المهنة<sup>(٢)</sup>، نلاحظ مما جاء اعلاه إن مصطلح المهندس المعماري في مواد القانون المدني العراقي مغاير لاصطلاحه العلمي فمن حيث الاصطلاح العلمي فهو يطلق على المهندس الحاصل على بكالوريوس هندسة أو فنون العمارة، في حين إن الاصطلاح القانوني فهو يعني مختلف تخصصات المهندسين المساهمين في عملية التشييد، إذ يوجد مهندسين من تخصصات مختلفة يسهمون في عملية اقامة البناء لحساب رب العمل، ولقد ورد تعريف المهندس في الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال والواردة ضمن وثائق العطاء القياسية مطابق لما ورد في عقد الفيديك الاصدار الحديث في البند ٤/٢/١/١<sup>(٣)</sup>.

أما في مصر فقد عرف قانون نقابة المهندسين ولائحته التنفيذية لمزولة المهنة في مادته الثانية المهندس بأنه "الحاصل على بكالوريوس هندسة وعضو نقابة المهندسين والذي له المام تام بالعلوم الاساسية والهندسية وتطبيقاتها المتصلة بمجال تخصصه، ويتميز بقدرته على التخطيط والتصميم والابتكار والتطوير والاشراف على تنفيذ وإدارة المشروعات والاعمال الهندسية والصناعية بطريقة (اقتصادية)". فاللائحة تعتبره شخص متميز بقدرته على التخطيط والتصميم المعماري والتطبيق الابتكاري والتنفيذ، وله المام تام بفن البناء، ويتمتع بالحماية القانونية التي تتطلبها مهنته، وبشرط ان يكون حائزا على شهادة البكالوريوس، أو ما يعادلها من المؤهلات الهندسية الاخرى المعترف بها في قانون نقابة المهندسين وهو ما أكدته تلك اللائحة بنصها على إن (هدف هذه اللائحة في وضع ضوابط لممارسة هذه المهنة، وتحديد مسؤولية المهندسين

١- ينظر نص المادة ١١/هـ. الاستشارات والتحكيم من قانون نقابة المهندسين النافذ رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩.  
٢- نصت المادة ١٢ من القانون النافذ لنقابة المهندسين (اولا- يصف المهندسين بالنسبة لصلاحياتهم لمزولة المهنة الى المراتب التالية: أ-مهندس مساعد ب- مهندس ممارس ج- مهندس مجاز د- مهندس استشاري، ثانيا - تحدد شروط المراتب وصلاحياتها في النظام الداخلي للنقابة).  
٣- نص البند ٤/٢/١/١ من الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال العامة المهندس (يعني الشخص الذي يعينه رب العمل للقيام بمهام المهندس لأغراض هذا العقد، والمسمى في بيانات العطاء بهذه الصفة، او اي شخص اخر يقوم رب العمل بتعيينه كبديل للمهندس من وقت لآخر، ويبلغ الما قول عن ذلك التعيين وفقا للفقرة ٤/٣ [استبدال المهندس]).

العاملين في حقل البناء والتشييد، ومن الواضح ان قانون النقابة ولائحته التنفيذية قد جعل كلمة (المهندس) شاملة لكل الاختصاصات الهندسية المساهمة في هذا الميدان<sup>(١)</sup>. على عكس ما جاء في القانون المدني المصري الذي حددها في المهندس المعماري المرتبط بعقد مقاوله مع رب العمل، ونشير في هذا الشأن أن المشرع المصري في المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري استخدم مصطلح المهندس المعماري وهذا المصطلح يستخدم بمعناه اللغوي الذي يقصد به مختلف المهندسين في عملية البناء والتشييد<sup>(٢)</sup>، وقد دعا الفقه المصري الى ضرورة تبني القضاء لفظ المهندس المعماري الوارد في المادة ٦٥١ بمعناه الواسع ليشمل كل من المهندسين المشاركين في عملية البناء وذلك لسببين حيث ان المشرع قد اغفل لفظ المعماري واقتصر على لفظ المهندسين عند اصداره قانون توحيد وتنظيم اعمال البناء رقم ١٠٦ الصادر ١٩٧٦ المعدل بقانون ٣٠ لسنة ١٩٨٣ إذ تحدث عن مهندس نقابي متخصص في المادة ١٢ وهذا معناه شمول كل المهندسين المشاركين في عملية البناء أي جعل لفظ المهندس لفظا عاما وذلك استجابة للتطور الحديث في النشاط المعماري<sup>(٣)</sup>، أما السبب الاخر فهو ان لفظ المهندس يعد ترجمة لكلمة (architecte) الفرنسية ويقصد بها استنادا الى قانون الواجبات المهنية بفرنسا المهندس المعماري الذي يعهد اليه بوضع التصميم والرسوم والنماذج لإقامة المنشآت وصيانتها وتزيينها والاشراف على حسن تنفيذها<sup>(٤)</sup>، ونحن نؤيد هذا الرأي اعلاه والبرهان على ذلك ما ذهب اليه المشرع المصري بموجب قانون البناء رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٨ اذ نص في المادة ٤٣ (...ويكون المهندس او المكتب الهندسي مسؤولا عن سلامة العقار وأعمال التعلية ومطابقتها للاشتراطات التحفظية، والبنائية والكوارث والمواصفات الفنية) والمادة ٤٦ (...و تغطي وثيقة التأمين المسؤولية المدنية للمهندس والمقاول عن الاضرار التي تلحق بالغير بسبب ما يحدث بالمباني والمنشآت من تهدم كلي او جزئي وذلك بالنسبة لما يلي: ١- مسؤولية المهندس والمقاول اثناء فترة التنفيذ باستثناء اعمالهم. ٢- مسؤولية المهندس والمقاول اثناء فترة الضمان المنصوص عليه

١- تخضع هذه المهنة لقانون نقابة المهندسين المصري رقم ٦٦ لسنة ١٩٥٤ ولائحته التنفيذية لمزاولة المهنة .  
 ٢- نصت المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري على انه (يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيدوه او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى...).  
 ٣- د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ١١٣.  
 ٤- د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية في حوادث وانهيار المباني اثناء وبعد التشييد والتأمين الاجباري عنها، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٨٩٣، ص ٤٦.

في المادة ٦٥١ من القانون المدني المصري<sup>(١)</sup>، وقد عزى البعض الآخر من الفقه المصري الى اقتصار الضمان على المهندس المعماري والمقاول وذلك بسبب ان هذين الاخيرين كانا في وقت تم تشريع النص فيه يعتبران المهنيين الوحيدين المشتغلين بأعمال التشييد والبناء بمقتضى عقد مقالة يبرمه كل واحد منهما مع رب العمل.

أما في الوقت الحاضر فقد ادى التطور والانفتاح الذي طرأ في هذا القطاع الى ظهور طائفة من الاشخاص الاخرين بالرغم من انهم لا يعدون مهندسين معماريين أو مقاولين بالمعنى الضيق للمفردة، إلا أنهم يمارسون عملاً مهنيًا من نفس طبيعة العمل الذي يقوم به هؤلاء<sup>(٢)</sup>. ودعا اصحاب هذا الرأي القضاء المصري الى التوسع في تفسير المادة ٦٥١ على غرار التوسع الذي ادخله المشرع الفرنسي في المادة ١٧٩٢ من القانون المدني وان يتدخل المشرع لتأكيد ذلك منعا لأي جدل يمكن ان يثار في هذا الشأن.

أما المشرع الفرنسي فقد عدل من صياغة المادة ١٧٩٢ بموجب التعديل الجديد(قانون رقم ١٣١-١٣٦ لعام ٢٠١٦) من القانون المدني بما يتفق ومفهوم المهندس المذكور في أعلاه إذ حذف عبارة المهندسين المعماريين، واستبدلها بعبارة كل بانٍ، ثم اضاف فقرة جديدة الى هذه المادة وضح فيها المقصود بعبارة كل بانٍ فنص على المقصود بها هو كل مهندس معماري أو فني، بمعنى إنه يشمل جميع المهندسين المرتبط تخصصهم بمجال البناء والتشييد<sup>(٣)</sup>، ونشير في هذا الشأن ان تقنين جياديت المعروف باسم (Code GUDAET) لعام ١٨٩٥ المعدل في ١٧ جويلية ١٩١٢، الذي يعتبر في فرنسا بمثابة ميثاق لمهنة الهندسة المعمارية من بداية القرن العشرين قد عرف المهندس المعماري "بأنه فنان ومهني يمارس مهنة حرة غير تجارية، على عكس مهنة المقاول والصانع ومورد مواد البناء"<sup>(٤)</sup>، وقد نظمت في فرنسا هذه المهنة بقانون ١٣١ السنة ١٩٤٠ (ميثاق المهندسين المعماريين) الذي نص في مادته الثالثة "على عدم جواز الجمع بين مهنة المهندس المعماري ومهنة المقاول أو الصانع أو مورد البناء أو الاشياء الاخرى المستخدمة في البناء، وما جاء في المادة الاولى من تقنين الواجبات المهنية للمهندس المعماري

١- د. ايمان طارق شكري، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء، مجلة جامعة بابل، العلوم الانسانية، المجلد ٢٠، العدد ٢، ٢٠١٢، كلية القانون جامعة بابل، ص ٢٧٧.

٢- المصدر ذاته، الصفحة ذاتها.

٣- نصت المادة ١٧٩٢ ف ١ من القانون المدني الفرنسي على انه " يعتبر بانيا للمنشئة ١- كل مهندس معماري او مقاول او فني او اي شخص اخر مرتبط بصاحب العمل بموجب عقد مقالة".

٤- د. عبد الرزاق حسين يس، المسؤولية الخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء شروطها- نطاق تطبيقها الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، الطبعة الاولى، ١٩٩٨، ص ٤١٢.

الصادر ١٩٤١/٩/٢٤ إن المهندس يمارس مهنة حرة<sup>(١)</sup>، نفهم من ذلك أن المهندس المعماري يتميز عن الأشخاص الآخرين المشاركين في عملية البناء بدوره ذو الطابع الذهني، وإن تدخله يكون لحساب رب العمل، فهو يجمع بين صفة المقاول الفنان والمهني، الذي يمارس مهنة حرة غير تجارية.

وتخضع مهنة المهندس المعماري في فرنسا لقانون الواجبات المهنية رقم ٧٧-٢ الصادر في ١٩٧٧ المعدل الذي حل محل النصوص السابقة، وقد عدلت نصوصه بالعديد من التعديلات، وينظم هذا القانون كافة النواحي المتعلقة بممارسة المهنة، وطالما كان هذا القانون هو الأساس في مزولة مهنة الهندسة فقد جرت نصوصه عبر التعديلات المتلاحقة على بيان واجبات المهندس والتي تمثلت في وضع التصميم الهندسي ومقاسات أعمال البناء والإشراف على حسن تنفيذ الأعمال والقيام بالجانب المالي والإداري كمراجعة حسابات المقاول والتصديق عليها وصرف المبالغ المستحقة وأعداد طلب الترخيص الإداري للبناء والتأكد إن جميع القيود التي يستلزمها القانون أو تستوجبها لوائح التنفيذ قد تم مراعاتها كما ويجب عليه تقديم المعلومات الكافية لمالك البناء<sup>(٢)</sup>.

وبدورنا نؤيد ضرورة جعل لفظ المهندس الوارد في المادة ١/٨٧٠ من القانون المدني العراقي والمادة ١/٦٥١ من القانون المدني المصري لفظاً مطلقاً من حيث أحكام الضمان الخاص في عقد المقاولة ليشمل كل المشاركين في عملية البناء وبالتالي توسيع النطاق الشخصي لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة بحيث يشمل جميع المشيدين والاستشاريين من المهندسين وحذف لفظ المعماري، حيث أن التطورات التي حصلت في مجال البناء أدت إلى تدخل أشخاص كثيرين بصفة مباشرة أو غير مباشرة في عملية البناء لاسيما من الذين يحملون لفظ المهندس، فقد ظهرت عدة تخصصات للمهندسين وكل تخصص يختلف عن الآخر من حيث المعرفة الهندسية ونوع الالتزام، وإن لفظ المهندس المعماري الوارد في النصوص السابقة لا ينطبق على تخصصهم وبالتالي الإفلات من مسؤولية ضمان العمل المقدم منهم، فليس من المعقول إن كل من يضع تصميمًا يكون مهندسًا معماريًا، وإن هذا التطور بات واضحًا في القانون المدني الفرنسي حيث نجد هذا التطور في نص المادة ١٧٩٢ وفي عقد الفيديك في نص

١- د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ١٧.

٢- د. إيمان طارق شكري، مصدر سابق، ص ٢٧٤.

المادة ٣٥/١/١ والتي بدورها وسعت من النطاق الشخصي للأشخاص المسؤولين وفقا لقواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة لتشمل المهندسين والمقاولين والفنيين وكل من يرتبط مع رب العمل بعقد مقاولة ولو لم يكن مهندسا معماريا، فهنا يكون المشرع الفرنسي قد تمكن من غلق الباب أمام المهندسين من الافلات من المسؤولية وبسط الحماية القانونية للمصلحة العامة وهي حماية المنشآت بصفة عامة، وكذلك حماية المصلحة الخاصة وهي مصلحة المشتري، لذا ندعو المشرع العراقي والمصري أن ينسحب لهذا التطور الذي حدث في أعمال البناء على غرار ما فعل المشرع الفرنسي وعقد الفيديك في هذه المسألة.

## الفرع الثاني

### حدود سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير

يعتبر عقد الفيديك اصدار أوامر التغيير من قبل المهندس أحد الصلاحيات المنوطة به، وذلك بالنص صراحة على ذلك في الشروط العامة الواردة به، ونعرض فيما يلي لسلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير وما هو حق المهندس في تفويض مساعديه في اصدارها اولا وماهي واجبات المهندس عند اصدار أوامر التغيير ثانيا وكما يلي:-

### اولا-سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير:

يتم وفقا للشروط العامة والخاصة لعقد الفيديك تحديد سلطات المهندس، كما توجد بعض الصلاحيات الممنوحة له دون ان ينص عليها في العقد، نظرا لأنها ضرورية وناجمة عن العقد ومرتبطة به، وإحدى صلاحيات المهندس التي يمنحها رب العمل له هي اصدار أوامر التغيير وفق البند ٥/٣ من الشروط العامة لعقد الفيديك ووفق أحكام الفصل الثالث عشر، وعليه فإن للمهندس سلطة واسعة في اصدار أوامر التغيير ولكن يمكن لرب العمل أن يقيد أو يوسع منها أو يحرمه منها ويحتفظ بها لنفسه، وذلك ضمن الشروط الخاصة لعقد الفيديك.

ويرى بعض الفقه إنه على الرغم من أن عقد الفيديك النموذجي قد درج على اعطاء مثل هذه السلطة للمهندس، إلا أنه لابد من التأكيد على ان سلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير لا تظهر للعلن إلا من خلال وجود شرط صريح في العقد يخوله هذه الصلاحية<sup>(١)</sup>.

كما وضعت الشروط العامة لعقد الفيديك مبدأ هاماً مفاده أنه لا يجوز للمقاول أن يقوم من تلقاء نفسه بإجراء أي تغيير أو تعديل في الاعمال محل العقد دون الحصول على تعليمات بذلك من المهندس<sup>(٢)</sup>، ويتمتع هذا الالتزام بقدر من الاهمية، ذلك لان الشروط العامة لعقد الفيديك لم تكن لتخول المهندس سلطة في ادخال تغييرات وتعديلات على التصميمات إلا لأنه الأجر على القيام بذلك، فالمهندس هو من قام بإعداد التصميمات الهندسية للمشروع عند تعاقدته مع رب العمل، ومن ثم يتم تقديمها للمقاول لكي يقوم بتنفيذها، وبالتالي يكون المهندس على دراية كافية بمدى حاجة التصاميم أو الرسوم الى ادخال تغييرات عليها اثناء تنفيذها وذلك حسب الظروف والمتغيرات<sup>(٣)</sup>.

وحيث أن رب العمل يعد هو المانع لسلطة التغيير للمهندس، فإنه يجوز لرب العمل أن يقيد من سلطات المهندس في اصدار أوامر التغيير بأن يشترط الحصول على موافقته والتشاور معه قبل أن يأمر بتلك التغييرات<sup>(٤)</sup>، بحيث تكون سلطة المهندس في اصدار تلك الأوامر موقوفة على شرط التصديق من قبل رب العمل، وأن مثل هذا القيد له ما يبرره وهو أن أي أمر تغيير يصادره المهندس تترتب عليه تبعات مالية وزمنية يتحملها رب العمل.

وقد اختلف الفقه حول موقف المقاول من تنفيذ أوامر المهندس بإجراء التغييرات المطلوبة في حال كانت سلطة الاخير مقيدة بضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من رب العمل، فذهب بعض الفقه<sup>(٥)</sup> الى أنه يجب على المهندس اثبات ان رب العمل قد وافق على اصدار التغييرات المطلوبة، كما أنه من واجب المقاول التحقق من ذلك تحت طائلة المسؤولية، في حين ذهب البعض الاخر من الفقه<sup>(٦)</sup> الى أنه يجوز للمقاول ان ينفذ تلك الاوامر مباشرة، ذلك لأن

<sup>١</sup> - نسرين محاسنة، مصدر سابق، ص ٢٨٠.

<sup>٢</sup> - البند ١٣ / ١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١٠.

<sup>٣</sup> - افتخار رشيد خليل، النظام القانوني لعقد الفيديك، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ٢٠١٣.

<sup>٤</sup> - ينص البند ٢/٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك على انه " ... واذا مطلوب من المهندس الحصول على موافقة من صاحب العمل قبل ممارسة سلطة معينة، فيجب أن ينص على هذا المتطلب في الشروط الخاصة..."

<sup>٥</sup> - نسرين محاسنة، مصدر سابق، ص ٢٨.

<sup>٦</sup> - محمد فؤاد الحريري، مصدر سابق، ص ٣٩٨ وما بعدها .

الشروط العامة لعقد الفيديك اعتبرت موافقة رب العمل موجودة حكماً كلما مارس المهندس سلطة مقيدة بقيد الموافقة المسبقة وذلك لغايات العقد<sup>(١)</sup>.

ونرى ضرورة التمعن في غايات عقد الفيديك من الاجازة لرب العمل بتقييد سلطة المهندس بإصدار أوامر التغيير في الشروط الخاصة ومن ثم إفراغ هذا القيد من مضمونه في الشروط العامة تحت مظلة ما يسمى غايات العقد الواردة في النص العام، فنجد أن عقد الفيديك قد قصد من عبارة "غايات أو أهداف العقد" هي الضرورة التي استدعت اصدار أوامر التغيير من قبل المهندس، فإذا كانت تلك الضرورة لا تحتل التأجيل لحين التشاور مع رب العمل والحصول على موافقته على إجراء التغييرات الضرورية فهنا تعد تلك الموافقة موجودة حكماً على إجراء تلك التغييرات ويجب على المقاول تنفيذها فوراً عملاً بأحكام نص البند الفرعي (٢/٣) من الشروط العامة تحت مظلة غايات المصلحة العامة للعقد، أما في حال كانت التغييرات المطلوبة من قبل المهندس لا تحمل صفة الضرورة المتعلقة بمصلحة العمل، فهنا يجب على المقاول التأكد من صدور موافقة رب العمل عليها قبل البدء بتنفيذها تحت طائلة المسؤولية.

وحسناً فعلت وثائق العطاء القياسية في العراق حينما اشترطت على المهندس بأخذ موافقة رب العمل عند اصدار أوامر التغيير، الا في حالات خاصة يحق فيها للمهندس الاستشاري اصدار اوامر التغيير دون العودة الى رب العمل وكما جاء بالفقرة ١/٣ ب- من الشروط العامة لوثائق العطاء القياسية وهذه الحالات هي (١- حالة الطوارئ كما يحددها المهندس ٢- اذا كان التغيير سوف يؤدي الى زيادة كلفة العقد المقبولة بنسبة تقل عن ما محدد في بيانات العقد)<sup>(٢)</sup>. وعليه لابد ان تكون هناك الية واضحة بالعقد الذي يربط المهندس برب العمل بشأن صلاحية اصدار اوامر التغيير.

هذا فيما يخص عقد الفيديك أما الاحكام الواردة في عقد المقاولة النمطي في القوانين محل المقارنة وعند مقارنة احكامها بأحكام عقد الفيديك فيما يتعلق بسلطة المهندس في إصدار أوامر التغيير فنجد أن القوانين المدنية محل المقارنة العراقي والمصري لم تنظم احكام أوامر التغيير وإنما تناولتها بشكل غير مباشر من خلال التزام رب العمل بدفع الاجرة وذلك عند بيانه للأحكام الاستثنائية لتعديل الاجر في المواد (٨٧٧-٨٧٩)عراقي والمقابلة للمواد (٦٥٨-٦٥٧)

<sup>١</sup> - ينص البند ٢/٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك على انه " ... ولكن، أينما يمارس المهندس سلطة معينة تطلب موافقة صاحب العمل، (إذا لأهداف العقد) يعتبر أن هذه الموافقة قد تم منحها...".

<sup>٢</sup> - انظر البند ١/١٣، من وثائق العطاء القياسية، ص ١٤٩، كذلك انظر البند ١/٣ ب ص ١١٥.

من القانون المدني المصري حيث ان هذه المواد أعطت صلاحية التعديل لرب العمل والمقاول ولم تنص صراحة على حق المهندس في التعديل أو الاضافة والسبب في رأينا يعود ان ليس هناك علاقة تعاقدية مباشرة بين المهندس والمقاول تخوله اصدار مثل هذه الأوامر، وإن الأوامر التي يصدرها المهندس هي في نظر القانون أوامر رب العمل اصدرها المهندس بموجب التفويض المعطى له باعتباره ممثلاً أو وكيلاً لرب العمل وإن هذا الدمج الحاصل بين رب العمل والمهندس هو السبب في تغييب رأي المهندس في اصدار أوامر التغيير إلا أنه لا يعتد بالإذن الصادر من مهندس رب العمل إلا إذا كان المهندس وكيلاً عنه، وكانت وكالته تخوله سلطة اجراء تعديلات أو اضافات على التصميم المتفق عليه<sup>(١)</sup>، بمعنى إن المسألة فنية اي لا يوجد فرق حقيقي لأن المهندس سوف يملك الصلاحية لإصدار اوامر التغيير لا بصفته مالكا للصلاحية إصالة وإنما وكالة، ومقتضى أحكام الوكالة أن الوكيل وإن كان يعبر عن ارادته هو لا عن ارادة الاصيل، الا ان أثر التصرف الذي يبرمه الوكيل ينصرف الى الاصيل دون الوكيل<sup>(٢)</sup>، والوكيل لا يحتاج الرجوع الى رب العمل وأخذ اذنه طالما يتصرف في حدود وكالته. وإن ما يؤكد وجهة النظر هذه هو ما قضت به محكمة استئناف مصر في قرار لها جاء فيه (والاذن الصادر من رب العمل في تعديل التصميم يجوز ان يصدر منه شخصياً او من وكيل عنه مفوضاً تفويضاً خاصاً في هذا الاذن، فلا تكفي الوكالة العامة الى المهندس عن رب العمل، بل يجب ان يكون المهندس مفوضاً تفويضاً خاصاً من رب العمل في الاذن بالتعديل)<sup>(٣)</sup>، أضف الى ذلك ما ذهب اليه القانون المدني الفرنسي في المادة ١٧٩٣ الخاصة بالصفقة الجزافية حيث أعطى للمهندس صراحة صلاحية التعديل والاضافة لكن اشترط الاجازة الخطية من رب العمل<sup>(٤)</sup>.

كما يحق للمهندس أن يعهد الى أي من المساعدين القيام ببعض الاعمال الخاصة بالبناء والتشييد، وكذلك له أن يفوض واحد أو اكثر من هؤلاء المساعدين بعض الصلاحيات المخولة له بمقتضى العقد. كما يكون له في أي وقت الغاء هذا التفويض من خلال اخطار يوجه الى الطرفان يصف فيه المهام المخولة والصلاحيات المفوضة لكل من هؤلاء المساعدين ولن

<sup>١</sup> - انظر نصوص المواد ٨٧٩ والمادة ٨٧٧ من القانون المدني العراقي والمادة ٦٥٧ والمادة ٦٥٨ من القانون المدني المصري .

<sup>٢</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٥٨٤.  
<sup>٣</sup> - حكم محكمة النقض الفرنسية ٥ مارس سنة ١٨٧٣ دالوز ٢٧-١-٣٥٩. نقلا عن السنهوري، مصدر سابق، ص ١٨٠.

<sup>٤</sup> - انظر المادة ١٧٩٣ مدني فرنسي، علما ان وثائق العطاء القياسية في العراق اشترطت على المهندس بأخذ موافقة رب العمل عند اصدار اوامر التغيير. انظر البند ١/١٣، ص ١٤٩.

يفعل مثل هذا التحويل أو التفويض أو الإلغاء إلا بعد تسلم كلا الطرفين نسخة من هذا الاخطار<sup>(١)</sup>، ولم تحدد الشروط العامة لعقد الفيديك الاصدار الثاني ٢٠١٧ الاشخاص الذين يمكن للمهندس أن يفوضهم من مساعديه على عكس ما كان عليه الحال في الطبعة الرابعة لعام ١٩٩٩ لعقد الفيديك والتي تنص على إنه يمكن للمهندس أن يفوض مساعديه كالمهندس المقيم أو المفتشين المستقلين عن العقد. كما بين عقد الفيديك وفق البند ٤/٣ سلطات وواجبات هؤلاء المساعدين حيث أجاز للمهندس تحويل واجبات أو تفويض صلاحيات لمساعديه إلا أنه لم يحدد ماهي هذه الواجبات أو الصلاحيات ومنها صلاحية اصدار أوامر التغيير. كذلك فإن البند الثالث عشر لم يبين إمكانية تفويض صلاحية اصدار أوامر التغيير للمساعدين إلا أن البند ٤/٣ الذي اشرنا اليه بين الاستثناءات التي ترد على ذلك التفويض ولم يستثني أوامر التغيير منها حيث نص ذلك البند على انه "ولكن لن يقوم المهندس بتفويض سلطة ١-التصرف تحت البند ٧/٣(الاتفاق أو القرار) ٢-اصدار اخطار للإصلاح وفق البند الفرعي ١/١٥(اخطار الاصلاح)" كما ان النص جاء عاما لذلك يذهب بعض الفقه الى انه يمكن تحويل الصلاحيات للمساعدين في اصدار اوامر التغيير<sup>(٢)</sup>، كما يتضح من كلمة اخطار الواردة في النص إن قرار المهندس بتعيين هؤلاء المساعدين يجب أن يكون مكتوبا وذلك لأن عقد الفيديك كما اشرنا الى ذلك سابقا قد اشترط ان يكون الاخطار مكتوبا طبقا للبند ٣/١ (الاخطارات والاتصالات)، كما إن للمهندس طبقا للبند ٤/٣ ان يقوم بإلغاء تفويض هؤلاء المساعدين في أي وقت على أن تتبع في شأن الغاء التفويض نفس القواعد التي تتعلق بالتفويض وهي أن يكون الإلغاء كتابة ولا يسري إلا بعد أن تسلم نسخة منه الى كل من رب العمل والمقاول.

ولم يشترط عقد الفيديك مؤهلا معيناً لمساعدى المهندس إلا أن الشروط العامة نصت على أن يختار المهندس مساعدين مؤهلين تأهيلا مناسباً قادرين على القيام بواجباتهم وممارسة صلاحياتهم، كما يجب أن تتوفر فيهم مميزات مهمة مثل القدرة وإجادة لغة التواصل، لذلك غالبا ما يكون هؤلاء المساعدين من المهندسين ايضا، كما يقع على عاتق المهندس التأكد من أن الذين يعملون تحت إدارته أو إشرافه يتفق سلوكهم مع آداب المهنة، وأن يعلموه في حال حدوث أحد المواقف التي من شأنها أن تؤدي الى حدوث مخالفة، كذلك يجب على المهندس أن يوفر

١ - عصام احمد البهجي، مصدر سابق، ص ٢٠٩.

٢ - د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٦٩.

لمساعديه أو للموظفين الذين يعملون معه الظروف الملائمة لمزاولة عملهم وأن يدفع لهم اجور مناسبة يتحملها بالنهاية رب العمل<sup>(١)</sup>، كما بينت المادة سالفه الذكر أنه ليس لهؤلاء المساعدين سلطة اصدار تعليمات الى المقاول إلا في المدى المحدد في اخطار المهندس بالتفويض تحت هذا البند الفرعي وإن أي تصرف من قبل المساعد وفقا لإخطار المهندس بالتفويض سيكون له الاثر نفسه كما لو انه كان قد صدر من المهندس نفسه متى تمت في حدود التفويض مع مراعاة انه اذا لم يقوم مساعد المهندس برفض بعض الاعمال أو المواد أو الآليات فلا يخل ذلك بحق المهندس في رفضها واعطاء الأمر بإصلاحها وكما هو الحال في حالة كون ممثل المهندس هو من أصدر التعليمات كما أنه في حالة اعتراض المقاول على قرارات مساعدي المهندس وقدم اخطار بذلك للمهندس فيجب على المهندس النظر في تلك التعليمات الصادرة من المساعد بالرد عليها اما بالرفض أو التأييد أو التغيير وذلك في خلال سبعة ايام من تسلم اخطار المقاول<sup>(٢)</sup>، أما اذا لم يرد في تلك المدة فيعتبر المهندس قد أكد تعليمات المساعد<sup>(٣)</sup>.

وأخيرا نلاحظ مما سبق ذكره أن سلطة المهندس في تفويض مساعديه ليست مطلقة، إذ لا يجوز له تفويض صلاحيته وفق البند الفرعي (الاتفاق أو القرار)، كصلاحيته في إعداد التقديرات، كتقدير المبالغ المستحقة للمقاول في ذمة رب العمل، أو تقدير الوقت اللازم لإصلاح العيوب التي تظهر في أعمال البناء وفق البند الفرعي ١/١٥ اخطار الاصلاح. لأن هذه القرارات والتقديرات هي من مهام المهندس والذي يلتزم بالتشاور مع أطراف العقد بشأنها، وفي رأينا انه من المتعارف عليه في اعراف البناء أو التشييد ان المهندس لا يفوض مساعديه الموافقة على تمديد مدة الانجاز أو تعيين مقاولي الباطن المسمين في العقد ولا يفوض ايضا الموافقة على أوامر التغيير أو تعديل اسعار العقد ولا اصدار الشهادات، إلا أنه في المشاريع التي تنفذ في الخارج عادة ما يجد نفسه مضطرا لتفويض جانب كبير من سلطاته الى مساعديه ومنها اصدار أوامر التغيير لظروف تعتمد على طبيعة المشروع وموقعه وبعده ومركز الادارة الرئيس إذ كثيرا ما تقوم الحاجة الى اتخاذ قرارات سريعة في الموقع (on-site-decision) قد يصعب معها الانتظار الى حين تواجد المهندس، أو قد تكون التغييرات صغيرة وغير ذات تأثير على مدة

١- د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص ١٠٦ وايضا د. محمد محمد سادات، الجوانب القانونية لعقود الانشاءات الولية، دفاتر السياسة والقانون، العدد ١٩، ٢٠١٨، ص ٤٦٤ وما بعدها.

٢- البند ٣/٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك ص ٥١.

٣- البند ٤/٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك ص ٥١.

او تكلفة المشروع الاصلية، والتي يطلق عليها في هذه الحالة (التغييرات الموقعية) (Field Changes) فإنه يمكن في هذه الحالة تفويض السلطة للموظفين العاملين في الموقع للنظر بها دون الحاجة الى أخذ موافقة المهندس وذلك لتسهيل الاجراءات، كما ان قيام المهندس بتوسيع حدود التفويض الممنوح للمساعدين، الذين عادة ما يكونون من المهندسين، من شأنه أن يسهم في رفع خبرتهم في العمل<sup>(١)</sup>.

أما عقد المقاوله الوارد أحكامه في القانون المدني فنلاحظ أن عقود الفيديك تخلو من تنظيم الضمان العشري الذي ورد في المادة ٨٧٠ مدني عراقي والمادة ٦٥١ مدني مصري والتي تقضي الى ان من يتحمل المسؤولية عن عيوب وتهدم البناء هم فقط المقاول والمهندس ويكونون مسؤولين بالتضامن فيما بينهم لمدة عشر سنوات من تاريخ تسليم المشروع<sup>(٢)</sup>، أما في القانون المدني الفرنسي فإن نطاق الضمان العشري من باب الملتزمين به يبدو اوسع بكثير منه في القانون العراقي والمصري، فقد مد المشرع الفرنسي بموجب تعديلات عام ١٩٦٧ و١٩٧٨ نطاق تطبيق احكام الضمان العشري الوارد في المادتين ١٧٩٢ ليشمل بالإضافة الى المقاول والمهندس المعماري كل من يرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله بل ذهب الى ابعد من ذلك حيث شمل طائفة اخرى من الاشخاص الى جانب الطائفة الاولى لا تربطهم مع رب العمل ادنى رابطة عقدية حيث نصت المادة ١٧٩٢ /ف١ (يعتبر بانياً للمنشئة كل مهندس معماري او مقاول او فني او اي شخص اخر يرتبط مع رب العمل بعقد مقاوله) وبهذا النص نلاحظ أنه شمل كل من يقوم بدور في عملية البناء ولو لم يكن مهندساً معمارياً او مقاولاً بالمعنى الضيق<sup>(٣)</sup>.

ونرى إن على المشرع العراقي وكذلك المصري أن يعيد النظر في نصوص القانون المدني بما ينسجم وواقع الحال، وذلك استجابة للتطور الحديث في اعمال البناء فلم يعد النشاط المعماري قاصراً على المهندس والمقاول ولم تعد عملية البناء قاصرة على فرد أو افراد محددين بل يشترك فيها على استقلال اكثر من فرد أو جهة كل بحسب تخصصه ودائرة عمله وبحسب الدور الذي يؤديه في عملية البناء والتشييد، لذا ندعو أن يشمل الضمان كل من يرتبط مع رب

١- د. هشام محمد قنديل والمهندس محمد ماجد خلوصي، مصدر سابق، ص ٣٠.

٢- تنص المادة ١/٨٧٠ من القانون المدني العراقي (يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال...) يقابلها المادة ٦٥١ / مصري

3- Art 1792-1: Est réputé constructeur de l'ouvrage :

"1° Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ..."

العمل بعقد مقاوله بغض النظر عن الشهادة واللقب والتخصص والكفاءة الفنية المهندسون والمقاولون -العمال الفنيون والممثلون والمساعدون وكل من يقوم بدور في عملية البناء والتشييد والى تحديد السلطات التي يتمتع بها كل من هؤلاء.

## ثانيا - واجبات المهندس بشأن اوامر التغيير:

عند قيام المهندس بإصدار اوامر التغيير من تلقاء نفسه طبقا للبند ١٣/١ ويحصل على موافقة رب العمل بشأنها وفقا للفصل الثالث عشر فيجب على المهندس جعل هذه الأوامر في اطار العقد وفق النطاق الذي حدده له عقد الفيديك وقد حدد عقد الفيديك صورها مثل التغيير في النوعية والابعاد أو الاماكن أو الخصائص، أو التغيير في تسلسل الاعمال أو توقيتها أو المناسب كما يجب أن تكون وفق الحد المعقول والفترة الزمنية الملائمة وينبغي أن تؤدي الى جعل تنفيذ المقاول لالتزامه مرهقا، وتسبب له معاناة من حيث التمويل والقدرات التقنية، وتغيير تكلفة العمل ونطاقه<sup>(١)</sup>، كما يجب عليه اصدار تعليمات بالتغيير للمقاول بالشكل والكيفية اللذين يراهما مناسبين وذلك حسب نص المادة ٥/٣ المتعلقة بصلاحيه المهندس بإصدار التعليمات للمقاول في حال انها شكلت تغييرا<sup>(٢)</sup>، كما عليه أن يقوم بإجراء التقديرات الخاصة بحقوق المقاول عن هذه التغييرات وفقا للبند الثاني عشر من الشروط العامة للعقد (قياس الاعمال وتقدير القيمة)، ورغم ان عقد الفيديك هو عقد التشييد للمباني والاعمال المصممة بمعرفة رب العمل، اي ان اعداد التصميم تكون على عاتق رب العمل او من يكلفه بذلك، وعلى الرغم من أن التصميم في الاصل يحتاج أن تكون كافة الرسومات والمواصفات وجداول الكميات وبقيه الوثائق الاخرى مكتملة قبل طرح العطاء، لكن قد يحتاج العمل الى توضيح واجراء تصميمات اخرى، فالمهندس اعطي الصلاحية لتزويد المقاول بالرسومات الاضافية والتي تكون لازمة لتنفيذ الاعمال، وهذه الرسومات الاضافية قد تشكل أوامر تغييرية<sup>(٣)</sup>، كذلك الفقرة ١/٤ من عقد الفيديك اجازت لرب العمل أن يوكل للمقاول تصميم جزءا من المشروع المطلوب انجازه اذا كان قابل للتجزئة، على أن يذكر في العقد بقيام المقاول بتصميم جزء من الاعمال الدائمة ولا يوجد نص

١- انظر البند ١٣/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك ص ١١٠.

٢- انظر نص المادة ٥/٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك ص ٥٢.

٣- د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٣١٧.

في الشروط الخاصة بمنع ذلك<sup>(١)</sup>، وإن تصميم المقاول بعض اجزاء العمل لا يتعارض ولا يخالف ما جاء في عقد الفيديك وذلك لسببين الاول أن تصميم المقاول لا يكون لكل الاعمال بل لجزء بسيط منها أما السبب الثاني فإن الاجراءات التي وضعها الفيديك توجب معرفة المهندس وإطلاعها على هذه التصاميم قبل قبولها وبالتالي تعد وكأنها صادرة عنه ولا يشكل هذا الموضوع اي تعارض وعليه عند وضع المهندس التصميم للتعديلات وقام بالإشراف عليها فعليه ان يراعي الاصول الفنية والمهنية والمواصفات الخاصة بالمنشأة الثابتة<sup>(٢)</sup>.

وإذا تم اصدار أوامر التغيير بناء على اقتراح المقاول، فإنه يلتزم باستلام هذا الاقتراح والاجابة عليه بالموافقة أو الرفض، وفي حالة الموافقة فعليه أن يحصل على موافقة رب العمل الخطية<sup>(٣)</sup>، أما في حالة ان طلب المهندس من المقاول اقتراحا من اجل بعض التغييرات وعند تقديم المقاول هذا الاقتراح الى المهندس كتابة يجب على المهندس الاجابة عليه في اسرع وقت أما بالموافقة أو الرفض مع تقدير المستحقات الخاصة لأي طرف<sup>(٤)</sup>، وفي حال صدور أوامر التغيير بناء على طلب رب العمل كما سنبين ذلك لاحقا، ويطلب من المهندس اصداره للمقاول فعليه ان يتقيد بحدود الأمر التغييري الذي صدر عن رب العمل، ويبلغ تعليماته للمقاول، وفي حال كان الامر التغييري باقتراح من رب العمل إن عقد الفيديك لم يوضح هذه المسألة لكن يمكن استجلاؤها من اعتبارات عملية وتحديدًا إن المهندس هو أحد أفراد رب العمل وبالتالي فهذا الحق هو حق أصيل لرب العمل، وفي هذه الحالة (أن يكون الأمر التغييري مقترح من رب العمل) وعمل مخططاته لذلك، ووضح بشكل واف ما يريده من التغيير، وطلب من المهندس أن يصدر أمرا تغييريا للمقاول بخصوص ما يريد، ففي هذه الحالة لا يستوجبا الأمر الحصول على الموافقة الخطية من رب العمل، إلا أنه في حالة اذا طلب أمرا تغييريا، لجزئية محددة، من غير ان يحددها بالتصميم، والوصف التام، واراد من المهندس ان يضع لها تصورا فإنه في هذه الحالة يجب عليه ان يطلع رب العمل عليها ويحصل على موافقته الخطية<sup>(٥)</sup>.

١- ينص البند ١/٤ من الترجمة العربية لعقد الفيديك (وإذا حدد العقد ان يقوم المقاول بتصميم اي جزء من الاعمال الدائمة، مالم ينص على خلاف ذلك في الشروط الخاصة فإنه يجب على المقاول اعداد مستندات وتقديمها في هذا الشأن للمهندس لمراجعتها (واي مستندات اخرى تكون ضرورية لإكمال التصميم وتنفيذه اثناء تنفيذ الاعمال وتوجيه موظفي المقاول)....).

٢- علي داوود علي حسين، مصدر سابق، ص ١٦٢.

٣- البند ٢/١٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١١.

٤- البند ٢/١٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١٢.

٥- نادر خير حسن، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

## المطلب الثاني

### اصدار أوامر التغيير من قبل رب العمل

يعد رب العمل العنصر المحرك وفق أحكام عقد الفيديك الاصدار الثاني ٢٠١٧ الكتاب الاحمر، إذ تقوم بنوده على افتراض اساسه إن رب العمل هو الطرف الأول في العقد الذي يقرر القيام ببعض الأعمال الإنشائية وتمويلها، فرب العمل هو الشخص الذي يدعو لإقامة المشروع ويلتزم بكافة نفقاته ثم تؤول اليه ملكية المشروع عند انتهائه، لذلك فإنه يدخل في علاقات تعاقدية مع عدة اطراف لتحقيق ذلك الهدف سواء كانت ضمن نطاق عقد الفيديك، كما هو الحال في تعاقد مع المقاول، أو خارج نطاق عقد الفيديك كما هو الحال في العقد المبرم بين رب العمل والمهندس، فهذا الاخير كما اشرنا سابقا لا يعد طرفا في العقد المبرم بين المقاول ورب العمل، ويعد رب العمل اهم الاطراف في عقد الفيديك، إذ إنه الطرف الذي تؤول اليه كافة اثار العقد من حقوق والتزامات. فهو يملك سلطات وصلاحيات واسعة في العقد ومن المفهوم من عقود الفيديك فإنها تسمح لرب العمل اصدار أوامر التغيير، فهناك عدة اسباب تدفع رب العمل لإصدار أوامر التغيير فعلى سبيل المثال إن التطورات التكنولوجية قد تدفع رب العمل لتطوير التجهيزات أو استخدام مواد جديدة، كما يقع على عاتقه جملة من الالتزامات في مقابل المقاول، تتمثل هذه الالتزامات في الالتزام بتسلم العمل المقدم من المقاول والالتزام بدفع الاجر.

لذا سنوزع الكلام عن اصدار أوامر التغيير من قبل رب العمل في هذا المطلب على فرعين نبين في الاول سلطة رب العمل في اصدار أوامر التغيير ونخصص الثاني لحدود سلطة رب العمل في اصدار أوامر التغيير وكالاتي:-

## الفرع الاول

### سلطة رب العمل في اصدار أوامر التغيير

ترتبط أوامر التغيير بوجود عقد مقالة بين رب العمل والمقاول الذي يقوم بتنفيذ أعمال العقد بناء على توجيه المهندس، فرب العمل هو السبب الرئيسي في اجراء التغييرات في الاعمال. حيث أن بند التعديل أو أوامر التغيير ما اضيف إلا لمواجهة متطلبات رب العمل

بالتغييرات، لذلك ورد النص في العقود على بند الأوامر التغييرية حتى يتمكن رب العمل من اجراء التغييرات التي يريدها والتي تتسجم مع حاجاته المتطورة واوضاعه المالية وكذلك التغييرات في متطلبات المشروع أو التغيير في الهدف الذي انشئ من اجله أو السرعة في انجاز العمل، وقبل الخوض في سلطة رب العمل في اصدار أوامر التغيير لا بد لنا في هذا الفرع من التعرف على مفهوم رب العمل في عقد الفيديك أولاً، وهل تم النص على مفهومه في القوانين المدنية محل المقارنة ثانياً وكما يلي:-

### أولاً- مفهوم رب العمل في عقد الفيديك:

عرف نموذج عقد الفيديك ٢٠١٧ رب العمل the employer بأنه "الشخص المسمى كرب العمل في بيانات العقد وخلفاؤه القانونيون في هذه الصفة"<sup>(١)</sup>، وفي جملة القول ان رب العمل يمتلك دوراً كبيراً في عقد الفيديك (الكتاب الاحمر)، فرب العمل هو الذي يعلن عن رغبته بالتعاقد لإقامة المشروع مع مقاول التشييد ثم يقوم الطرفان معا بتبني بنود العقد والاتفاق عليها تحقيقاً للنتيجة المرجوة من العمل، وبصفة عامة فان رب العمل هو صاحب المشروع المكتوب اسمه في عقد المقاولة وهو الذي يملك السلطة الفعلية في ادارة المشروع جزئياً أو كلياً، ويلزم بكافة نفقاته ثم تؤول اليه ملكية المشروع<sup>(٢)</sup>. في الحقيقة يمكن أن يفهم من عمومية النص المتقدم أن رب العمل يمكن أن يكون شخصاً طبيعياً أو شخص معنوي حيث يبرم العقد مع الممثل القانوني وبالتالي فان رب العمل قد يكون من القطاع العام كالحكومة المركزية والسلطات المحلية والوزارات والاشخاص الاعتبارية العامة خاصة في مشاريع البنى التحتية كالطرق والجسور وغيرها، أو قد يكون من القطاع الخاص الذي تتنوع اشخاصه بدءاً من الشركات متعددة الجنسية والمؤسسات نزولاً الى الافراد.

ولا يقتصر مفهوم رب العمل على الشخص الطبيعي أو المعنوي بل هناك اشخاص يمكن أن تطبق عليهم ذات الاحكام التي تطبق على رب العمل فنجد أن الشروط العامة من الكتاب الأحمر الاصدار الثاني ٢٠١٧ تذهب في البند ٣٣/١/١ الى أن افراد رب العمل employers personal وهم كل من (المهندس وممثل المهندس اذا عين والمساعدين المشار

١- البند ٣١/١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٣٢.

٢- د. علي مطشر عبد الصاحب، المطالبات في عقود الانشاءات (الفيديك)، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٩، العدد ٢، ص ١٦٩.

اليهم في البند الفرعي ٣/٢ التفويض بواسطة المهندس، وجميع موظفي وعمال والعاملين الآخرين، لدى المهندس ورب العمل، المشاركين في تنفيذ التزامات رب العمل تحت العقد، و/أو أي شخص آخر يعرف من أفراد رب العمل عن طريق اخطار من رب العمل أو المهندس الى المقاول<sup>(١)</sup>، اذ انهم يعتبرون حسب ما ذهب اليه بعض الفقه من الممثلين لرب العمل في انجاز العمل المتفق عليه مع المقاول، وبهذا نجد هناك توسع في مفهوم افراد رب العمل الذين يعملون لديه بل ان هذه الطبعة من عقود الفيديك اعتبرت المهندس وتابعيه ومن يعملون معه من ضمن افراد رب العمل<sup>(٢)</sup>، وقد عرفهم بانهم " الاشخاص الذين يعينهم طرفا في العقد، وتكون مهمتهم التواجد بصفة دائمة في موقع العمل، خلال ساعات العمل، لمتابعة سيره ومراجعة الواردات، والتشاور فيما بينهم بشأن كل ما يهم سير العمل، وممثل أي من الطرفين، أو الملاحظ، كما يطلق عليه احيانا هو حلقة الاتصال مع الطرف الذي عينه، والطرف الاخر في العقد، أي يبلغه ما يجري في موقع العمل، وينقل اليه وجهة نظر الطرف الاخر في المسائل، التي تحتاج الى اتفاق الطرفين، ويخول ممثل الطرف المعني احيانا سلطة إجراء بعض التصرفات القانونية لحساب من أنابه، كالتعاقد مع العاملين، أو شراء بعض المواد أو التعاقد مع شركات النقل " <sup>(٣)</sup>.

كما لم يحدد التعريف الوارد ضمن الشروط العامة لعقد الفيديك اعلاه من هو رب العمل هل مالك المشروع أم الحائز لحقوق البناء عليه، كما إن رب العمل بهذه الصفة لا يشترط أن يكون رب العمل هو الذي أبرم عقد المقاولة بنفسه، بل يمكن أن يوكل غيره في ابرامه باسمه ولحسابه الخاص، لان آثار عقد الوكالة سوف تنتقل بصورة مباشرة الى رب العمل. كذلك لم ترد هناك اشارة الى المقاول الذي يعتبر الطرف الثاني الذي يتعاقد معه رب العمل فمن المفهوم لبند عقد الفيديك ان رب العمل يلتزم بإبرام عقدين الاول مع المقاول والثاني مع المهندس، وبالتالي كان من الاجدر أن يكون تعريف رب العمل كالتالي (بانه الشخص الذي يتعاقد مع المقاول والمسمى في بيانات العقد وخلفاؤه القانونيون). كما نلاحظ أن النص قد اعتبر الخلفاء القانونيون في مفهوم رب العمل وعلى هذا فان رب العمل ليس فقط الشخص المسمى وإنما يشمل كل من تؤول اليه حقوق رب العمل وذلك لان المقاولة لا تنتهي بموت رب العمل، استنادا الى الخلافة

١- البند ٣٣/١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٣٣.

٢- عصام احمد البهجي، مصدر سابق، ص ٣٠٢.

٣- سري الدين، هاني صلاح، التنظيم القانوني لمشروعات التشييد الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠١، ص ٣٤١.

القانونية، وهذه المواد لم تشترط أن تكون الخلافة بموافقة المقاول، خاصة الخلف القانوني الخاص وهو من يتلقى من غيره ملكية شيء معين بالذات أو حقا عينيا على هذا الشيء كالمشتري والموهوب له والمرتهن، وهكذا<sup>(١)</sup>، وهذا الشرط قد ورد في عقد الفيديك لعام ١٩٩٢، وقد جاء فيها "رب العمل يقصد به الشخص المسمى بذلك في الجزء الثاني من هذه الشروط، وخلفه القانوني في هذه الصفة ولا يقصد به إلا بموافقة المقاول المحال اليه بهذه الصفة"<sup>(٢)</sup>، ونلاحظ أن نص المادة ٣١/١/١ لم تنص على ذلك الشرط وانما جاءت بنص عام، وخلفاؤه القانونيون، ونرى أن هذا التوجه افضل في التعريف من حيث عدم اشتراط موافقة المقاول، خاصة ان الخلافة ممكن أن تكون عامة، مثل حالة موت رب العمل، وحلول ورثته أو ان تكون خاصة مثل حالة انتقال المبنى أو المنشأ الثابت الى الخلف الخاص سواء كان الاخير مشتري البناء او مشتريه من الباطن أو موهوب له فان لهذا الخلف أن يحتج بالضمان العشري ازاء المهندس والمقاول متى ما توفرت الشروط الشكلية والموضوعية للضمان، اضافة الى ذلك أن العقد يشكل توازنا في الاحكام عند ابرامه، فتكون واجبات رب العمل واضحة ومبينة بغض النظر عن شخصه، وكل من يؤول اليه المشروع سيلزم بها، وهذه المادة من خلال هذا النص قد حسمت هذا الاشكال.

## ثانيا - مفهوم رب العمل في القوانين المدنية محل المقارنة:

لم يحدد القانون المدني المقصود برب العمل وانما حدد الالتزامات الواجبة عليه حيث قضت المادة ٨٧٣ من القانون المدني العراقي بأن "المقاول متى اتم العمل محل الاتفاق ووضعه تحت تصرف رب العمل وجب على الاخير أن يبادر الى معاينته في اقرب وقت ممكن وان يتسلمه اذا اقتضى الحال في مدة وجيزة" وهكذا لم يحدد القانون المدني العراقي مفهوم رب العمل<sup>(٣)</sup>. ولابد لنا أن نشير في هذا الشأن ان الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال الحكومية العراقية الواردة ضمن وثائق العطاء القياسية لسنة ٢٠١٦ والتي كما ذكرنا قد تمت صياغتها بالاسترشاد بالشروط الواردة بعقد الفيديك قد عرفت رب العمل "بانه الشخص المسمى برب العمل

١- شوق احمد الحمزة، الضمان العشري في عقد المقاوله دراسة مقارنة في القانون السعودي وعقد الفيديك، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والدراسات الاسلامية، جامعة القصيم، ٢٠١٩، ص ٨٧.

٢- نادر خير حسن، مصدر سابق، ص ١٧٩.

٣- انظر نص المادة ٨٧٣ / ١ من القانون المدني العراقي .

في بيانات العقد وكذلك خلفاؤه القانونيون فنلاحظ ان التعريف قد جاء مطابقا للتعريف الوارد في عقد الفيديك<sup>(١)</sup>، كذلك المشرع المصري أيضاً في المادة ٦٥٥ من القانون المدني لم يحدد المقصود برب العمل حيث جاء نص المادة ٦٥٥ مطابقاً لنص المادة ٨٧٣ من القانون المدني العراقي<sup>(٢)</sup>، إلا أن الشروط العامة لعقد أعمال المقاولات نموذج استرشادي فقد ورد فيها تعريف للمالك حيث نصت المادة ١/١ (رب العمل يقصد به الطرف الاول: المالك المسمى بوثيقة العقد او من يخلفه قانوناً والذي قبل عطاء المقاول أو تعاقد معه او مع من يفوضه المقاول) نلاحظ إن عبارة ورب العمل يقصد به الطرف الاول كما جاء في الشروط العامة للمقاولات المصرية فإنها جاءت للإيضاح والتأكيد على ما سبق وبهدف إيضاح مراكز الاطراف في العقد من الزاوية الترتيبية فقط، الى نفس الموقف ذهب المشرع الفرنسي حيث جاء نص المادة ١٧٩٢/٦ في الفقرة الاولى بأن التسليم هو الفعل الذي يقرر بواسطة رب العمل قبوله للعمل<sup>(٣)</sup>. أما الفقه فقد عرف رب العمل انه "هو الشخص الذي يشيد البناء، أو يقام المنشأ الثابت في الحقيقة لحسابه سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً عاماً أو خاصاً"<sup>(٤)</sup>، أما بالنسبة للخلفاء القانونيون الذين نص عليهم عقد الفيديك عند تعريف رب العمل في الفقرة اولاً من هذا الفرع وبعد مراجعة قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة<sup>(٥)</sup>، نلاحظ ان هذه القواعد وان كانت تشكل عبئاً ثقيلاً على كاهل بعض الاطراف إلا أنها بالمقابل تحمي البعض الآخر، ولا ريب إن المستفيد الاول من قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة هو رب العمل الذي يرتبط بعقد مقاولة مع المسؤولين في الضمان الخاص كما ان لورثة رب العمل في عقد المقاولة حق الاستفادة بعد وفاة مورثهم باعتبارهم خلفاء عاماً وبالتالي فإن مفهوم رب العمل يمتد ليشمل فضلاً عن شخص رب العمل الخلف العام وذلك بدلالة المادة (١/١٤٢) من القانون المدني العراقي حيث نصت "ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يثبت من العقد او من

١- البند ٢/١/١٢ الاطراف (الفرقاء) والأشخاص، ص ١٠٤.

٢ انظر نص المادة ٦٥٥ من القانون المدني المصري .

٣- انظر نص المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي فقره سادساً .

٤- عبد الرزاق حسين يس، مصدر سابق، ص ٥٦٩.

٥- ويعتبر الضمان الخاص لعقد المقاولة مسؤولية استثنائية ذات قواعد خاصة فرضت بنص القانون من اجل حماية اكبر لرب العمل من تهم او تعيب للمباني، ولكن نظراً لان المال هو دائماً في حالة حركة فان ما يترتب على ذلك بطبيعة الحال امكانية انتقال ملكية المباني التي تم تشييدها من ذمة رب العمل الذي شيد البناء او اقيم المنشأ الثابت لأجله الى خلفه العام سواء كان الاخير وارثاً او موصى له.

طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام<sup>(١)</sup>، ومؤدى هذا النص هو إن الحقوق الناشئة عن العقد تنتقل الى الوارث بعد وفاة الموروث المتعاقد أو صاحب الحق بالضمان، وبالتالي فإن هذا النص ينسحب على عقد المقاولة فإن الحقوق التي يربتها هذا العقد لرب العمل باعتباره طرفاً فيه تنتقل بعد وفاته الى الخلف العام، ومن أهم هذه الحقوق التي تترتب على عقد المقاولة الحق في الضمان الخاص<sup>(٢)</sup>، والخلف العام كما اشرنا سابقاً (هو من يخلف غيره في ذمته المالية كلها أو في جزء شائع منها كالثالث والرابع)، والخلف العام يخلف سلفه بمقتضى احكام الميراث والوصية، فمن الطبيعي أن يتأثر بالعقود التي يبرمها سلفه وعلى هذا الاساس اذا توفي رب العمل انتقلت ملكية العقار محل العقد بما لها من حقوق ثابتة لرب العمل وتستقر في ذمته<sup>(٣)</sup>.

أما الخلف الخاص ونتيجة للتطور الحاصل في مجال التشييد والبناء فلم يعد رب العمل بالضرورة الشخص الذي يقام من أجله البناء إذ أصبح في الوقت الحالي أن يكون المنتفع الحقيقي بالبناء المزمع تشييده هو شخص آخر غير رب العمل الذي تعاقد بالفعل على اقامة البناء بمقتضى عقد المقاولة ومثال ذلك حالة المقاول البائع للبناء أي عندما يقوم المقاول بنفسه بعملية البناء ولحسابه الخاص دون أن يرتبط بأحد بعقد مقاولة وذلك بقصد بيعه للغير وسواء اكان عقد البيع قد ابرم بعد تمام البناء أو قبله ولا يوجد نص في القوانين المدنية (العراقي والمصري) يقضي صراحة بانتقال الحق في الضمان الخاص من السلف الى الخلف الخاص، إلا أن جانب من الفقه يذهب الى حق الخلف الخاص لرب العمل في الافادة من الضمان الخاص في عقد المقاولة، فإذا باع رب العمل المبنى أو وهبه، ثم تهدم كلياً أو جزئياً أو ظهر عيب يهدد سلامته أو متانته، يحق للمشتري أو للموهوب له أن يعود بالضمان على المهندس والمقاول، ذلك ان الحق في العودة بالضمان قد انتقل مع المبنى الى الخلف الخاص، استناداً لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات<sup>(٤)</sup>، وقد جعل المشرع الفرنسي المشتري مستفيداً وفق قواعد

١- المادة ١٤٢ من القانون المدني العراقي يقابلها المادة ١٤٥ من القانون المدني المصري والمادة ١١٢٢ من القانون المدني الفرنسي .

٢- ابراهيم عنتر فتحي الحيايى ود. عامر عاشور عبد الله، نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٤، العدد ١٢، ٢٠١٥، ص ٢٠ وما بعدها .

٣- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج ١، ط الجديدة والمنقحة ٢٠١٨، ص ١٣٠ .

٤- عبد العزيز عبد الحميد سمارة، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون الاردني، دراسة مقارنة، جامعة النجاح الوطنية، كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٧، ص ٤٠ .

الضمان الخاص في عقد المقاولة بالرغم من عدم وجود عقد مقاولة بل يكفي أن يكون الشخص مالكا للبناء، فيمكن أن يستفاد المالك من قواعد الضمان الخاص في عقد المقاولة حتى وإن كان العقد هو عقد بيع أو وكالة<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### حدود سلطة رب العمل في اصدار أوامر التغيير

على الرغم من أن نصوص عقد الفيديك - الشروط العامة - لم تتحدث صراحة عن حق رب العمل بإصدار الأمر التغييري أو بطلبه، غير إنه لا يوجد ما يمنع رب العمل من طلب التغيير ولو بشكل غير مباشر حيث يستطيع رب العمل طلب التعديل وذلك باعتبار أن العمل ينفذ لمصلحته وهو بذلك يملك الصلاحية وإن لم يرد نص في المسألة وسوف نعرض في هذا الفرع لسلطة رب العمل في اصدار أوامر التغيير أولا، وواجبات رب العمل بشأن أوامر التغيير ثانيا وكما يأتي:

#### اولا - سلطة رب العمل بإصدار اوامر التغيير:

أوضح الفصل الثالث عشر من نموذج عقد الفيديك الشروط العامة لعام ٢٠١٧ الاحكام الخاصة بالأوامر التغييرية، حيث نصت المادة ١٣ / ١ ان الاوامر التغييرية هي من صلاحيات المهندس كما نصت المادة الثانية منه بان الأوامر التغييرية يمكن أن تكون من اقتراح المقاول، ومن الجدير بالتنويه الى أن المهندس يعتبر من افراد رب العمل، لذلك لم يبين العقد بشروطه العامة صلاحية رب العمل على أساس إن المهندس عند قيامه بهذا الواجب يعتبر من افراد رب العمل، إلا أن هناك العديد من الاتجاهات الفقهية يرون ان عدم النص على ذلك لا يعني ان رب العمل ليس له الحق باستصدار أوامر التغيير، فأوامر التغيير تعتبر وسيلة قانونية تمكن رب العمل من تعديل اعمال البناء، خلال تنفيذ العقد بما يتناسب مع تطور حاجاته وامكانياته المالية، وذلك بحذف، او اضافة اعمال دون اي ممانعة من قبل المقاول، وذلك بشرط ألا يكون الحذف أن يعهد لمقاول اخر بتنفيذها احتراماً للقوة الملزمة للعقد<sup>(٢)</sup>.

١- انظر نص المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي .

٢- شمس الدين قاسم محمد ، مصدر سابق، ص ٦٤، ص ٨٣، نادر خير حسن، مصدر سابق ٢٤٧، بو حالة الطيب، مصدر سابق، ص ١٧٧، د. ممدوح محمد ممدوح الرشيدات، مصدر سابق، ص ٣٧٨.

الى نفس الموقف ذهب رأي اخر حيث اعتبر أوامر التغيير وسيلة قانونية تمكن رب العمل من اجراء التعديل على اعمال البناء اثناء تنفيذ العقد ويجب مرورها اولا على المهندس قبل توجيهها للمقاول، ويجب ان تقدر قيمة تلك التغييرات بمقتضى الاسعار المطبقة في العقد، وتعتبر وكأنها تأسست اصلا في العقد بشرط أن يعرض ذلك على المهندس المختص، وهذا يعني انه لا يمكن لرب العمل أن يصدر أوامر التغيير مباشرة للمقاول إلا من خلال المهندس وفي بعض الاحيان يشترط على المهندس الرجوع اليه واخذ موافقته اولا عندما يصدر أمرا تغييرا معينا أو في جميع انواع أوامر التغيير<sup>(١)</sup>، وذلك لأن المهندس هو الفني والمهني أي مترجم لأفكار رب العمل وبالتالي فهو يملك القدرة على تقدير صحة هذه التغييرات ومدى الحاجة اليها وكيفية تنفيذها. ويقع على المقاول التأكد من موافقة رب العمل على هذه التغييرات قبل تنفيذها وإلا تحققت مسؤوليته عن الضرر الذي يصيب رب العمل.

في حين يذهب اتجاه اخر أن اصدار أوامر التغيير لا يكون إلا من خلال المهندس ويرى انها من الصلاحيات المخولة له فقط، حتى ولو كانت بناء على طلب رب العمل، أو مقترحا من المقاول، ولا يجوز لرب العمل اصدار أوامر التغيير إلا من خلال المهندس. وعلى ذلك فان هذا الاتجاه يرى أن المقاول حتى ولو قام باقتراح الأمر التغييرى فان المهندس غير ملزم بالأخذ به وبالتالي فان هذه السلطة مقصورة على المهندس فقط ولا يمكن لرب العمل اصدار أوامر التغيير<sup>(٢)</sup>. والتساؤل الذي يثار هنا هل لرب العمل أن يطلب استصدار أوامر تغيير، أم لا؟

نرى أنه يحق لرب العمل أن يطلب اصدار أمر تغييرى، لجزئية معينة وأن يقوم المهندس بالتنفيذ عن طريق اصدار الأمر التغييرى الى المقاول بناء على طلب رب العمل، بل وهذا النوع من التغييرات هو الاكثر شيوعا، إذ يعطي الحق لرب العمل في طلب اجراء أي تغييرات على المشروع سواء كانت هذه التغييرات ناتجة عن رغبة رب العمل في تعديل أو اضافة بعض المتطلبات مثل توسعة معينة في بناء معين مملوك له أو تغيير نوعية البلاط أو الحجر أو بعض المواد المستخدمة أو نتيجة لإغفاله لبعض الاعمال اثناء توقيعه للعقد أو لرغبته بالتبديل

١- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٧٨.

٢- د. تسرين محاسنة، مصدر سابق، ص ٢٢١.

أو الاستعاضة عن بعض الاعمال والمواد أو تغيير مواصفات الاعمال، فإنه يحق له ان يطلب من المهندس أن يصدر أمراً تغييرياً للمقاول حتى يقوم بتنفيذه.

كما انه على الرغم من إن الشروط العامة لم تنص صراحة على حق رب العمل في اصدار اوامر التغيير، الا انه لا يوجد ما يمنع ذلك حيث ان عقد الفيديك يسمح بأن يرد شرط في الشروط الخاصة بين المقاول ورب العمل، يقضي بأن يستأثر رب العمل فقط في اصدار أوامر التغيير. يضاف الى ذلك انه من غير المنطقي أن يتحمل رب العمل تكلفة هذه الأوامر ولا يكون له الحق في اصدار أوامر التغيير، ولعل ما يعزز ذلك هو ان المشرع العراقي والمصري في ما اذا كان العقد بسعر اجمالي فان رب العمل يستطيع أن يعدل سواء في التصميم او ان يضيف الى أعمال العقد أي أن يصدر أوامر تغيير الى المقاول لكن ذلك مقرون بموافقة المقاول، وإن المقاول غير ملزم بتنفيذها إلا إذا اتفق مع رب العمل عليها، كما ان المشرع الفرنسي قد اشترط سواء كانت التعديلات قد صدرت بناء على طلبه أم من قبل المهندس أو المقاول ان تكون متفق عليها ومجازة خطياً من رب العمل بدلالة المادة ١٧٩٣ من القانون المدني في حالة الصفقة الجزائية<sup>(١)</sup>.

اضف الى ذلك ان المشرع حتى في حالة ما اذا كان العقد على اساس الوحدة واحتاج المقاول مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايضة فعليه ان يخطر رب العمل بالزيادة مبيناً مقدار ما يتوقعه من المصروفات، أي أن القانون اعلاه قد اشترط علم رب العمل بالزيادة حتى لا يتفاجأ هذا الاخير بمجاوزة المقايضة المقدرة مجاوزة لم يكن يتوقعها ولم تكن في الحسبان<sup>(٢)</sup> وعلى الرغم أن هذه النصوص لا تواكب التطور الحاصل في ميدان البناء والتشييد ولا تغطي جميع المراحل التي تمر بها عملية البناء، إلا أنها اكدت على دور رب العمل عند حدوث التغييرات وعلى ضرورة اشراكه عند اجراء التغييرات فيجب أن يكون عالماً بحدوث التغييرات وأن يحصل المقاول أو المهندس على اذنه عندما يروم اجراء تغيير، يضاف الى ذلك إن الشروط العامة لعقد تنفيذ الاشغال العامة الواردة ضمن وثائق العقد القياسية التي حلت محل الشروط العامة للمقاولات كانت قد اشترطت على المهندس في المادة ١٣/١ ان يحصل على موافقة رب العمل عندما

١- انظر نص ٨٧٧ من القانون المدني العراقي والمادة ٦٥٨ من القانون المدني المصري يقابلها المادة ١٧٩٣ من القانون المدني الفرنسي .

٢- انظر نص ٨٧٩ من القانون المدني العراقي والمادة ٦٥٧ من القانون المدني المصري ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي .

يبادر بإحداث تغييرات في الأعمال<sup>(١)</sup>، كما إن شروط المقاولات المصرية قد نصت صراحة على حق رب العمل في اجراء أي تغييرات في الاعمال وهذا الحق أيضاً للمهندس بناء على طلب رب العمل في اصدار التعليمات للمقاول<sup>(٢)</sup>.

وتأسيساً على ذلك نعتقد انه من المناسب ان تنص الشروط العامة في عقد الفيديك على حق رب العمل في احداث تغييرات في أي فقرة من فقرات المشروع أو احتساب قيمة التغييرات باعتباره الجهة الممولة للمشروع خاصة إن بعض التغييرات يكون مرغوب فيها لا ضرورية كما إن اشراك رب العمل في اتخاذ القرار بشأن التغييرات له أهمية كبيرة في الحفاظ على متطلبات رب العمل، والتأكد من أن تلك التغييرات تتسجم معها، وإن القول ان المهندس يعرف حقيقة هذا المنشأ بتصاميمه وتكاليفه، يغني عن اعطاء هذه السلطة لرب العمل يمكن ان نرد عليه بان المهندس عندما يقوم بالإشراف والتنفيذ واصدار التغييرات، وفقاً للمخططات أو التصاميم، فإنه يقوم بالتزام مهني، ولا يكون عالماً بحاجات رب العمل، وامكاناته المادية، التي قد تحتاج أن يحذف أو يغير أو يضيف.

ونشير في هذا الشأن انه قد ينتج عن أوامر التغيير التي يقوم رب العمل بإصدارها، زيادة في مدة وتكاليف التصميم، وتتفاقم تعقيدات التغيير في المخططات النهائية اذا انت بعد قيام المهندس بالانتهاء منها وتسليمها لرب العمل والبدء في تنفيذها، لأنه قد يتعامل مع أوامر التغيير التي يصدرها رب العمل وكأنها مشروع جديد يتطلب المرور من جديد على كل مراحل التصميم مرة أخرى<sup>(٣)</sup>، مما يشكل عبئاً مالياً عليه، لإدراك المهندس بان رب العمل مضطر للاستعانة به دون غيره، وذلك لأنه ادرى بتفاصيلاتها بالإضافة الى تفرد به بجانب كبير من الحقوق الفكرية لهذه المخططات<sup>(٤)</sup>. لذلك يحق لرب العمل الحصول على معلومات دقيقة من المقاول عن تكاليف التغييرات، وذلك حتى يتمكن من اعداد التمويل اللازم لتنفيذها كما يجب تحديد موعد الانتهاء المحتمل لتنفيذها حتى يتمكن رب العمل من التكيف مع الموعد الجديد ودراسة مدى تأثير ذلك على كل نفقات ومراحل المشروع<sup>(٥)</sup>، كما يحق لرب العمل بمجرد توقيع

١- المادة ١/١٣ من الشروط العامة لعقود تنفيذ الاشغال العامة العراقية، ص ١٤٩.

٢- المادة ٥٦ من الشروط العامة لعقد اعمال المقاولات المصري، نموذج استرشادي، الطبعة الخامسة، سنة ٢٠٠٤، ص ٣٧.

٣- د. خالد عبد الله الرشيد، جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط١، ٢٠٠٤، ص ٧٧-٧٨.

٤- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٧٩.

٥- ١/٣/١٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١١.

عقد الفيديك مع المقاول نسخ واستخدام وثائق المقاول، بما في ذلك التعديلات عليها ويظل هذا الحق قائماً خلال مدة الانجاز<sup>(١)</sup>، وإذا ظهرت عيوب عند تنفيذ أوامر التغيير أو أي جزء منها فإنه بإمكان رب العمل اخطار المقاول بهذه العيوب لكي يقوم بإصلاحها وذلك أثناء فترة الاخطار بإصلاح العيوب، وهي تعني المدة المعقولة التي يتم تحديدها وفقاً لتعليمات المهندس<sup>(٢)</sup>. كما يحق له استبدال المهندس المعين من قبله إلا أنه يستوجب عليه إعلام المقاول بذلك في مدة لا تقل عن ٤٢ يوماً من التاريخ المزمع للاستبدال باسم المهندس وعنوانه وكل المعلومات المتعلقة به<sup>(٣)</sup>.

### ثانياً- واجبات رب العمل بشأن أوامر التغيير:

عندما يقوم رب العمل بإصدار أوامر التغيير في عقد الفيديك فإنه يترتب عليه واجبات حيث يجب على رب العمل أن يحصل على التصاريح بتعليمات التخطيط أو التنظيم أو التراخيص التي تخص الاعمال محل أوامر التغيير أو اتخاذ ما يلزم من أجل الحصول على ذلك، وفي هذا الشأن يجب على رب العمل حماية المقاول ضد أي ضرر يلحق به نتيجة اخفاق رب العمل في القيام بالتزاماته، وإذا اخفق رب العمل في الحصول على التراخيص اللازمة لبدء العمل والانتهاء عن تنفيذه، فيعتبر مخلاً بالتزام تعاقدية موجبا للمسؤولية إلا إذا اثبت خلاف ذلك<sup>(٤)</sup>.

كما يلتزم رب العمل أن ييسر حق الدخول الى الموقع للمقاول وتمكينه من حيازته في المواعيد وبالطريقة المحددة في المواصفات وملحق عرض المناقصة، إلا أن حق الدخول يمكن أن لا يقتصر على المقاول وحده. وعندما لا يتم تحديد موعد لتسليم الموقع في ملحق عرض المناقصة فإن المعيار في الوقت الذي يجب على رب العمل أن يعطي المقاول خلاله حق الدخول الى الموقع وحيازته هو مدى امكانيته من مباشرة تنفيذ الاعمال، وفقاً لبرنامج العمل<sup>(٥)</sup>، كما إن رب العمل يتحمل تكاليف اصدارها، لذلك فإن عليه الدفع للمقاول بعد أن يقوم المهندس

١- البند ١٠/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٣.

٢- البند ١١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٠٠.

٣- البند ٦/٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٥٢.

٤- البند ١٣/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٤.

٥- البند ١/٢ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٧.

بتقدير قيمة هذه التغييرات بموجب شهادات الدفع المرحلية، وإذا قام هو بتقديم التصميمات الخاصة بأوامر التغيير فإنه يتحمل المسؤولية المدنية عنها.

أما بخصوص الدفع للمقاول عن هذه الاوامر التغييرية، فإنه يكون بالعملة أو العملات المحددة في العقد، وفق نص المادة ٤/١٣ (الشروط العامة)، كما انه من الممكن ان يتم خصم قيمة التغيير، من المبالغ الاحتياطية إن وجدت، بناء على تعليمات المهندس وذلك وفق نص المادة ٤/١٣ من الشروط العامة<sup>(١)</sup>، كما نص عقد الفيديك على الية لتقدير قيمة التغيير، والدفع عنه وهي طريقة العمل باليومية، كما في البند ٥/١٣ من الشروط العامة، فيمكن أن يتم تنفيذ التغيير، وتقويمه بموجب جدول العمل باليومية، الذي يكون مشمولاً بالعقد، فإذا لم يوجد مثل هذا الجدول، فإن طريقة التقدير، والعمل بها، لا تطبق وفق نص البند ٥/١٣ الشروط العامة في الفقرة الاولى، انما تعود الى الاصل العام، وهو قيام المهندس بالتقدير، وفقا لأحكام الفصل الثاني عشر، الخاص بقياس الاعمال وتقدير القيمة. وهذا الحكم بينه البند ٣/١٣ الشروط العامة<sup>(٢)</sup>.

كما إن هناك طريقة جرى العمل عليها في الانشاءات يمكن بموجبها تقدير قيمة التغييرات عن طريق ما يسمى بفريق ادارة المخاطر حيث يقوم هذا الفريق بعمل الية يقدر فيها هذه التغييرات، حيث يتشكل الفريق من مختصين في ادارة المخاطر من بداية المشروع. ويتميز هذه العمل بتقديره لقيمة التغييرات بصورة صحيحة ويضع الحلول المناسبة لأنها تواكب المشروع من بدايته على غرار مجلس فض المنازعات الذي اشار اليه الفيديك ٢٠١٧<sup>(٣)</sup>.

أما في فيما يتعلق بالأحكام الواردة في القانون المدني في القوانين محل المقارنة فكما تحدثنا سابقا إن القانون المدني لم ينظم أوامر التغيير واحكامها بشيء من التفصيل وانما تناول التبعات التي تترتب على التغيير وعليه تسري القواعد العامة في هذا الشأن، ومن المعروف ان رب العمل يلتزم بكل ما هو ضروري لتمكين المقاول من انجاز العمل المكلف به ومنها السماح له بحق الدخول للموقع فيما يتعلق بالإضافات والتعديلات، فإذا كان القيام بالعمل يتطلب ترخيصا من سلطات معينة كان على رب العمل أن يحصل على هذا الترخيص وإذا كان متفقا

١- البند ٤/١٣، من الترجمة العربية لعقد الفيديك ص ١١٣.

٢- البند ٥/١٣، من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١٤، و البند ٣/١٢، من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٠٨.

٣- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ١٠٣.

مع المقاول على أن يقدم له الادوات والآلات اللازمة أو المواد الاولية التي تستخدم في العمل، استلزم على رب العمل ان يقوم بتوريد هذه الاشياء، ولم ينص القانون بصورة صريحة على واجب رب العمل بخصوص تمكين المقاول وكذلك يبذل كل ما في وسعه للبدء بتنفيذ العمل، والسير بتنفيذه حتى يتم انجازه، فإذا تم الاتفاق على ان يتم العمل وفقا لمواصفات أو بيانات أو رسومات معينة يقدمها في الوقت المتفق عليه أو في الوقت المناسب وجب تقديمها، لأنه لا يمكن البدء بالعمل او تنفيذه بدونها وإذا كان العمل يحتاج تدخل رب العمل الشخصي، وجب عليه أن يقوم به في الوقت الذي يتطلبه العمل وفقا لعرف الصنعة<sup>(١)</sup>.

أما فيما يخص بالتكاليف المترتبة على التعديل أو الاضافات فإن القانون العراقي والمصري يلزم رب العمل بأن يدفع زيادة في الاجر مقابل الزيادة في العمل التي اقتضتها ضرورة مجاوزة المقايسة مجاوزة محسوسة طبقا لصريح النص غير متوقعة وقت ابرام عقد المقاولة، ومجاوزة المقايسة قد تكون جسيمة او غير جسيمة وتقدير ما اذا كانت تلك المجاوزة جسيمة أم لا مسألة واقع يفصل بها قاضي الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض في مصر ومحكمة التمييز في العراق<sup>(٢)</sup>، ومن الآثار التي تترتب على مجاوزة المقايسة المقدرة المحسوسة غير الجسيمة في القانونين المصري والعراقي، فإن من الواضح من نص المواد (٦٥٧ و٨٧٩) المتطابقتين انهما لم يعالجا هذا الموضوع صراحة، ولكن من مفهوم المخالفة للعبارة الواردة في الفقرة الثانية من المادتين اعلاها "فإذا كانت المجاوزة التي يقتضيها تنفيذ التصميم جسيمة، جاز لرب العمل ان يتحلل من العقد"، فإذا اراد التحلل من المقاولة وجب ان يبادر به دون ابطاء مع تعويض المقاول عن جميع ما انفقه من المصروفات وما انجزه من الاعمال دون ما كان يستطيع كسبه لو انه اتم العمل.

أما في حالة الاجر الجزافي فإن بالنسبة للحالة الاولى وهي أن يدفع رب العمل للمقاول زيادة في الاجر بسبب التعديلات وذلك في حالة خطأ رب العمل عندما يتراخى رب العمل في استخراج تراخيص البناء، وكذلك بالنسبة اذا اذن رب العمل في اجراء تعديل او اضافة في التصميم المتفق عليه، فإنه يجوز للمقاول ان يطالب بزيادة في اجره تتناسب مع هذا التعديل أو الاضافة لكن بشرط الاتفاق مع رب العمل<sup>(٣)</sup>، وبذهب بعض الفقه الى خروج نصوص المواد

١- فخر الدين الحسيني، مصدر سابق، ص ٢٧ وايضا د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٩١.

٢- كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد المقاولة، ج ٢، الطبعة الاولى، بغداد، ١٩٧٦، ص ٢١٥.

٣- قدري عبد الفتاح، مصدر سابق، ص ٢١١.

٦٥٨ مدني مصري و٨٧٨ مدني عراقي) المتطابقتين على الاحكام العامة للمقاولات التي تتيح للمقاول بالمطالبة بأجر ما قام به ولو لم يتفق مع رب العمل على الاجر، والمستفاد من هذا ان التمسك بحرفية نص المادة ٦٥٨ والمادة ٨٧٨ يؤدي الى مخالفة القواعد العامة للمقاولات التي تعطي المقاول الحق في أن يطالب بالزيادة في قيمة العقد نظير الزيادة في اعمال البناء التي تمت بموافقة رب العمل، واذا لم يتم تحديد مقدار الاجرة قدرت على اساس قيمة العمل والنفقات التي صرفها المقاول، وبالتالي فإن أي زيادة في قيمة وحجم الاعمال عن القدر والكم المحدد مسبقا في العقد المبرم بين المقاول ورب العمل لا يستحق عنها المقاول زيادة في الاجر، وعلى هذا اذا أذن رب العمل للمقاول بالقيام بعمل معين غير منصوص عليه في التصميم المتفق عليه ولكنه لم يتفق معه على اجره فلا يحق للمقاول تقاضي اجرا زائدا عن هذا العمل وكون ان العمل الزائد قد تم في حضور رب العمل أو بعلمه دون اعتراض قد لا تكفي لالتزامه بزيادة في الاجر لأن هذا المسلك وان امكن ان نستفيد منه اذا بإجراء هذا العمل فإنه لا يفيد الاتفاق مع المقاول على اجره<sup>(١)</sup>.

ونحن لا نتفق مع الرأي اعلاه إذ ليس هناك ضرورة لوجود اتفاق صريح على مقدار الاجر، بل على الاجر في ذاته، والضرورة هنا تنصب على عدم وجود نية التبرع صراحة او ضمنا، وحيث ان عمل المقاول في طبيعته هو عمل مأجور واذا اريد اعتبار جزء منه تبرعا فهذا خلاف الاصل ولا يكون الا بموافقة صريحة على اجراءه مجانا. لذلك لا تبقى في هذا الصدد إلا مشكلة تحديد الاجر عن الجزء الزائد وهو ما يمكن حله بأجر المثل.

وهذا ما قضت به محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرار لها جاء فيه " وبما ان انكار المدعى عليه (رب العمل) لسبق اعطائه الاذن للمدعى (المقاول) بالقيام بالعمل الاضافي بالعمل المذكور لا يجعل المدعى المقاول متبرعا بما قام به فكان على المحكمة ان تلاحظ الجهة وتنجح في تطبيق الفقرة ٢ من المادة ٨٨٠ ق مدني العراقي التي تقضي بأن يجب اعتبار ان هناك اتفاقا ضمنيا على وجود الاجر اذا تبين من الظروف ان الشيء او العمل الموصى به ما كان ليؤدي الا لقاء اجر يقابله ومؤدى هذا النص ان المدعى يستحق اجر المثل..."<sup>(٢)</sup>.

١- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٢٢٤.

٢- قرار محكمة التمييز المرقم ٧٤/مدنية ثانية منقول/٧٥ في ٢٧/٤/٧٥ مجلة الاحكام العدلية عدد ٢ السنة السادسة ١٩٧٥، ص ٨٧.

وعلى ما يبدو أن المشرع يرجح مصلحة رب العمل وبمعنى آخر يحاول إلزام المقاول بالاتفاق مع رب العمل على أجره عن الأعمال التي تمت بالزيادة عن الأعمال المتفق عليها في العقد وكان من الأفضل لو أن المشرع جعل أجر المقاول عن هذه الزيادة وفقاً للأسس المتفق عليها في باقي الأعمال المتفق عليها في العقد أو إلزام الطرفين بطلب رأي ووساطة الفنيين المتخصصين مثل المهندس.

### المطلب الثالث

#### اقترح أوامر التغيير من قبل المقاول

يعد عقد المقاولة المبرم بين رب العمل والمقاول الشريعة التي تنظم حقوق والتزامات كل من الطرفين، فالمقاول هو الطرف الثاني في عقد المقاولة الذي يرتبط مع رب العمل من أجل إنجاز المشروع، ويتبلور دور المقاول هو أن يقوم شخصياً بتنفيذ العمل الذي التزم به، ويتم ذلك بالرجوع إلى التصميمات والرسومات والنماذج المقدمة له، هذا بالإضافة إلى قيامه بكل الأعمال التي تسمح بتنفيذ التزامه، كقيامه بإدارة الأعمال التي يقوم بتنفيذها وحراسة أدوات ومواد البناء التي تقدم، إلا أن هذا يجب أن لا يفهم بأن على المقاول هو بالذات أن يقوم بكل أعمال المقاولة، إلا إذا كانت طبيعة العمل موضوع المقاولة تسمح بذلك وإذا كان موضوع العمل يتطلب تنفيذ العمل الاستعانة بمقاول آخر أو بأشخاص آخرين كان له ذلك ما لم يوجد مانع قانوني أو اتفاقي، وقد يفاجأ المقاول أثناء تنفيذ عمله بضرورة إجراء بعض التغييرات على ما تم الاتفاق عليه بالزيادة أو النقصان مما يستوجب معه تعديل العقد مثل حالة اكتشاف المقاول وجوب إجراء حفريات بشكل أعمق مما كان متوقفاً ومتفقاً عليه، لضمان متانة البناء، والوصول إلى الطبقات الصخرية الصالحة للأساسات، ما يستوجب معه زيادة كميات الحفريات والجدران الاسمنتية والحديد المستخدمة في البناء، أو تكون ناتجة عن إغفال أو نسيان رب العمل تزويد المقاول ببعض البيانات الأمر الذي ينجم عنه قصور بالرسومات أو المواصفات مما يجعله عرضة لطلب التغيير المستمر والمتواصل على نحو يعدل من الاتفاق القائم بينه وبين رب العمل.

لذا سنوزع الكلام عن اقتراح أوامر التغيير من قبل المقاول على فرعين نبين في الاول ثبوت الحق للمقاول في اقتراح أوامر التغيير، ونخصص الثاني لبيان حدود حق المقاول في اقتراح أوامر التغيير.

## الفرع الاول

### ثبوت الحق للمقاول في اقتراح أوامر التغيير

المقاول هو الشخص الذي يعهد اليه القيام بأعمال البناء في عقود البناء والتشييد، وهو الطرف الرئيسي والمسؤول الذي يتعهد بالقيام بأعمال المقاولات والانشاء التي تستغرق وقتا طويلا لتنفيذها، حيث تعهد اليه مهمة البناء كاملة مع مراعاة جميع الشروط التي وردت في العقد والتزم بها تجاه رب العمل، وهو من خلال هذه المهام يلعب دورا كبيرا في اصدار أوامر التغيير لاسيما في عقود الانشاءات ذات الطبيعة المركبة والمعقدة لكونه الشخص الذي يرافق المشروع بجميع مراحلها والمسؤول عن تنفيذه ويكون عالم بجميع احتياجاته والصعوبات والظروف التي تواجهه وبذلك يكون له دور كبير في اصدار أوامر التغيير، وقبل التعرف على دوره في اصدار أوامر التغيير لا بد ان نعرض لمفهوم المقاول والمستخدمين الذين يستعين بهم في خلال تنفيذ المشروع في عقد الفيديك أولا ثم المقارنة مع مفهومه في القوانين المدنية محل المقارنة ثانيا:

### اولا - مفهوم المقاول في عقد الفيديك:

إن الاحكام العامة الواردة في الفصل الاول من الشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧ الاصدار الثاني عرفت المقاول في البند ١٤/١/١ contractor "يعني الشخص (الاشخاص) المسمى المقاول في خطاب العطاء الذي يقبله رب العمل، وخلفاؤه (خلفاؤهم) القانونيون في هذه الصفة"<sup>(١)</sup>، واستنادا للتعريف الوارد في المادة اعلاه نلاحظ انها عرفت المقاول بأنه الشخص أو الاشخاص، وهذا يعني انه بالإمكان أن يكون المقاول أما شخصا طبيعيا أو شخصا اعتباريا ويتعهد بتنفيذ الاعمال الموكلة اليه بموجب عقد الفيديك. ويختلف عمل المقاول عن عمل المهندس حيث ان عمل المهندس اساسا هو عمل ذهني أو فكري وهو تصميم البناء، بينما عمل المقاول هو ذو طابع مادي يتمثل بتنفيذ البناء<sup>(٢)</sup>، فالمقاول يحول اعمال المهندس من مخططات

١- انظر البند ١٤/١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٣٠ .

٢- د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ١٧ وما بعدها .

ورسومات الى واقع عملي ملموس، كما يمكن أن نستنتج من عبارة الشخص أو الاشخاص الواردة في التعريف هي ان الاصل ان يكون للمشروع مقاول رئيسي واحد يكون مسؤولاً عن تنفيذه، إلا أنه من الممكن أن يشترك أكثر من مقاول واحد في العمل مثل مقاول الخرسانة ومقاول البناء وآخر للنجارة أو السباكة الى غير ذلك<sup>(١)</sup>.

كما نصت المادة ١٤/١/١ على عبارة خلفاؤهم القانونيون، والخلف أما أن يكون عاما أو خاصا، فبالنسبة للخلف العام وهي حالة موت المقاول فإن عقد المقاولة لا ينتهي، وذلك لأنه من العقود المالية، وإن شخصية الاطراف في العقود المالية ليست محل اعتبار، إلا في حالة أن يكون العمل محل عقد المقاولة محل اعتبار كأن يكون عملا فنيا ركن فيه رب العمل الى كفاءة المقاول الشخصية في هذا العمل أو ما اشتهر عنه في ادائه<sup>(٢)</sup>، وبالنسبة للخلف الخاص مثل حالة انتقال ملكية شركة المقاولات، بواسطة البيع للغير، وعليه يمكن تعريف المقاول " هو الشخص الطبيعي او المعنوي الذي قبل رب العمل العطاء الذي تقدم به، والذي يتعهد لقاء اجر معين بالقيام بالأعمال الانشائية المعينة له بموجب عقد الفيديك ويمد العمل بما يحتاجه من اشخاص ومواد وادوات ويقوم بالتنفيذ وفقا للتصاميم والمخططات المعدة من قبل رب العمل أو المهندس مع التزامه بكافة تعليماته والعمل تحت اشرافه، مع استقلاله بتنفيذ الاعمال لكي لا يكون تابعا للمهندس ويفقد صفته كمقاول".

أما عن مستخدمي المقاول فهم كل من المقاول من الباطن وممثل المقاول، والعمال الذين يستخدمهم المقاول الاصلي او المقاول من الباطن في موقع التنفيذ والاشخاص الذين يساعدون المقاول في تنفيذ الاعمال فجميعهم من افراد المقاول وتطبق عليهم احكام المقاول وتطبق عليهم احكام عقد المقاولة<sup>(٣)</sup>، فبالنسبة للمقاول من الباطن بإمكان المقاول الاصلي ان يستخدم عدد من المقاولين الثانويين الذين يقومون ببعض المهام التخصصية كالأعمال الميكانيكية أو الكهربائية أو غيرها. هؤلاء مسؤولين في مواجهة المقاول الرئيسي عما يوفره للمشروع من مواد أو ايدي عاملة وكذلك عن ادائهم، في حين المقاول الرئيسي يكون مسؤول

١- د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٤٧.

٢- عادل عبد العزيز عبد الحميد سمارة، مصدر سابق، ص .

٣- البند ١٧/١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك افراد المقاول (تعني ممثل المقاول وكل الاشخاص الذين يستخدمهم المقاول في الموقع واي مكان اخر تنفذ فيه الاعمال، وقد يشمل موظفين وعمال والعمالين الاخرين لدى المقاول وكل مقاولي الباطن، واي اشخاص اخرين يعاونون المقاول في تنفيذ الاعمال)، ص ٣٠.

بدوره امام رب العمل عن اداء جميع المقاولين الثانويين<sup>(١)</sup>، وطبقا لعقد الفيديك فإنه يجوز ان يشترط رب العمل أو المهندس تسمية عدة مقاولين من الباطن، ليقوموا بأعمال معينة في محل العقد وقد تناولت المادة ٢/٥ من الشروط العامة احكام المقاول من الباطن المسمى definition of nominated subcontractor (و يعني المقاول من الباطن المذكور على هذا النحو في المواصفات، أو المقاول الذي يقوم المهندس بموجب البند الفرعي ١٣/٤[المبالغ المؤقتة]، بإصدار تعليمات الى المقاول لاستخدامه كمقاول من الباطن)<sup>(٢)</sup>، كما يجوز للمقاول الاصلي تعيين مقاولا فرعيا وقد تناولت المادة ١/١/٧٨ تعريف المقاول من الباطن (ويعني اي شخص مسمى في العقد كمقاول باطن واي شخص يعين من قبل المقاول كمقاول باطن او مصمم لأي جزء من الاعمال، والخلف القانوني في هذه الصفة لكل من هؤلاء الاشخاص)<sup>(٣)</sup>.

في الحقيقة، لقد فرقت الشروط العامة لعقد الفيديك بين المقاول من الباطن المسمى الذي يتم تعيينه من قبل المهندس أو رب العمل، والمقاول من الباطن غير المسمى الذي يعينه المقاول الاصلي وذلك للتمييز بينهما في الاحكام منعا للاشتباه. والسؤال هنا هل يعتبر هؤلاء المقاولين الذين تمت تسميتهم في العقد تابعين لرب العمل؟ تنص المادة ٢/٥ على السماح بفرض مقاول فرعي من قبل المهندس أو رب العمل وفي مقابل ذلك فان المادة ٢/٢/٥ قد نصت على ان المقاول غير ملزم باستخدام المقاول المسمى من قبل رب العمل اذا وجد ما يبرر رفضه ولعل اهم مبرر هو عدم نص عقد المقابلة من الباطن على التزام المقاول من الباطن تجاه المقاول الرئيسي وهذا يدفعنا للقول ان المقاول المسمى ليس تابعا لرب العمل وبالتالي يخضع لأحكام المقاول من الباطن الذي يختاره المقاول الاصلي<sup>(٤)</sup>، كما نلاحظ ان النص جاء عاما وبالتالي من الممكن أن يكون المقاول شخصا طبيعياً أو معنوياً، وعلى هذا ذهب الفقه ان المقابلة من الباطن تعني اتفاق يلتزم بموجبه فرد او شركة (المقاول من الباطن) بإنجاز عمل معين وبالتالي فإن المقابلة من الباطن تمثل طريقة لتنفيذ العقد عن طريق الغير، حيث إن المقابلة من الباطن توجد كلما كنا بصدد التزام بعمل معين يتم تنفيذه ماديا وفعليا ليس بواسطة المقاول الاصلي<sup>(٥)</sup>،

١- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ٢٣٩.

٢- البند ٢/٥ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٧٥.

٣- البند ١/١/٧٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٣٧.

٤- البند الفرعي ١/٢/٥ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٧٥ وايضا البند ٢/٢/٥، ص ٧٦.

٥- شمس الدين محمد قاسم، مصدر سابق، ص ٦٧.

والتعاقد من الباطن يختلف عن التنازل من الباطن (la cession du contrat) حيث يعني حلول الغير محل المتعاقد الاصلي في كافة حقوقه والتزاماته الناشئة عن العقد<sup>(١)</sup>.

وقد اشار البند ٧/١ من الشروط العامة يجب ان لا يحيل اي من الطرفين كل او اي جزء من العقد واية منفعة أو مصلحة في أو بموجب العقد، ومع ذلك يجوز لأي طرف أن يحيل كل أو أي جزء من العقد بالموافقة المسبقة من الطرف الآخر وللطرف الآخر وحده حرية التقدير في هذا الشأن باعتباره ضمانا لصالح بنك أو مؤسسة تمويلية، حقه في اي اموال مستحقة له أو ستستحق، بموجب العقد، ولا يستوجب ذلك الموافقة المسبقة للطرف الآخر، وعلى هذا الاساس وتماشيا مع القوة الملزمة للعقد فلا يحق لأي طرف أن يتنازل عن العقد بإرادته المنفردة حيث لا يجوز ذلك إلا عن طريق الاتفاق بين الطرفين، أي اقالة العقد<sup>(٢)</sup>، ومن مفهوم البند الخامس نستنتج انه تم النص على عدم السماح للمقاول بإبرام مقاولات فرعية، بقيمة الاعمال كاملة أو لأي جزء من الاعمال تم تحديده في بيانات العقد على انه لا يجوز التعاقد عليه فرعيا<sup>(٣)</sup>.

ويجب على المقاول الاصلي أن يحصل على الاذن المسبق من قبل المهندس ورب العمل بخصوص المقاولين من الباطن الذين يود الاستعانة بهم، والذين لم يتم تحديدهم في العقد<sup>(٤)</sup>، ويحق لرب العمل ان يأذن للمقاول الاصلي بالحق في الاستعانة بمقاولين من الباطن دون الرجوع اليه، وذلك أما استنادا الى مبدأ سلطان الارادة أو بموجب الشروط الخاصة بعقد الفيديك حيث يمكن ادراجه فيها، ويمثل المقاول من الباطن لكافة الالتزامات التي تعهد بها المقاول الاصلي في العقد الذي ابرمه مع رب العمل، في هذا الصدد لابد للمقاول من الباطن أن يطلب الحصول على نسخة من عقد المقابلة الاصلي مع المالك والتمعن في دراسته، وذلك لكي يتجنب وقوعه في الخطأ في تنفيذ الشروط الواردة في عقد المقابلة الاصلي، وبالتالي عدم حصوله على مستحقاته.

ويبقى المقاول الاصلي مسؤولا عن أوامر التغيير التي يقوم بها المقاول من الباطن في مواجهة رب العمل حتى وان وافق الاخير صراحة او ضمنا على ابرام التعاقد من الباطن، إذ لا

١- د. عبد الرزاق حسين يس، مصدر سابق، ص ٤٣٢.

٢- البند ٧/١ (احالة العقد) من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤١.

٣- ينص البند ١/٥ [لا يحق للمقاول التعاقد في الاحوال التالية أ- اعمال بنسبة تراكمية اعلى من النسبة المئوية المنصوص عليها في بيانات العقد لسعر العقد المنصوص عليها في اتفاقية العقد (واذا لم توجد نسبة مئوية محددة فإنه يفسر البند الى جميع الاعمال) ب- اي اجزاء من الاعمال التي لا يسمح بالتعاقد عليها من الباطن تكون قد نص عليها في العقد].

٤- ينص البند ١/٥ (ويجب على المقاول الحصول على موافقة المهندس المسبقة على المقاولين من الباطن..).

توجد علاقة تعاقدية مباشرة بين المقاول من الباطن ورب العمل، وعليه فإن تنفيذ الأمر التغييري من قبل المقاول من الباطن يتطلب ان يحصل المقاول من الباطن على كافة المخططات والرسومات وغيرها من التفاصيل التي تستلزم تنفيذ الأمر التغييري. فالأصل ان يقوم المقاول الاصلي بتنفيذ العمل كله ومنها أوامر التغيير، إلا أن التنفيذ الشخصي لا يعني بالضرورة التنفيذ المادي للعقد بالكامل من جانب المقاول الاصلي فقط، فبإمكانه ان يستعين بمقاول من الباطن، ما لم يوجد ما يمنع ذلك، كأن يتفق طرفي العقد ان يتم التنفيذ من قبل المقاول الاصلي بالذات ولا يسمح له بالاستعانة بالمقاول من الباطن<sup>(١)</sup>.

أما ممثل المقاول contractors representation فلقد عرفته المادة ٨/١/١ (يعني الشخص الطبيعي المسمى من قبل المقاول في العقد او المعين من قبل المقاول في البند الفرعي ٣/٤ [ممثل المقاول] الذي يتصرف بالنيابة عن المقاول)<sup>(٢)</sup>. فيجب على المقاول تعيين ممثل له، وأن يمنحه كامل الصلاحية للتصرف نيابة عنه وفقا لمقتضيات العقد باستثناء استبدال ممثل المقاول، ويشترط في ممثل المقاول أن يتوفر فيه جملة شروط منها أن يكون مؤهلا وصاحب خبرة مختصة بالانضباط الهندسي المطبق على الاعمال وأن يتقن لغة الاتصال الواردة في البند الفرعي ٤/١ [القانون واللغة]، وإذا لم يتم تسمية ممثل المقاول في العقد، فانه يتعين على المقاول قبل المباشرة بتنفيذ الاعمال، أن يقدم الى المهندس اسم وتفاصيل الشخص الذي يقترحه المقاول كممثل له للحصول على موافقته، وإذا حجت الموافقة أو الغيت لاحقا أو عجز الممثل في ممارسة عمله كممثل المقاول، فانه يجب على المقاول أن يتبع نفس الخطوات التي تم ذكرها بتعيين شخص اخر مناسب لهذا المنصب، وإذا لم يستجب المقاول خلال ٢٨ يوما بعد تلقي هذا التقديم، أو عن طريق اخطار المقاول بالاعتراض على الشخص المقترح أو الاستبدال، يعتبر المهندس أنه قد اعطى موافقته<sup>(٣)</sup>.

ويشترط في ممثل المقاول أن يتواجد في الموقع طوال الوقت لمتابعة تنفيذ الاعمال في الموقع بما في ذلك اصدار جميع الاخطارات والاتصالات الاخرى واستلامها بموجب البند ١/٣ وتلقي التعليمات بموجب الفقرة ٥/٣، وإذا تطلبت الظروف تغيب ممثل المقاول مؤقتا خلال تنفيذ العمال، فانه يجب تعيين بديل عنه مناسب للقيام بالاعمال مؤقتا، وذلك مشروط بموافقة المهندس

١- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٩٢.

٢- انظر البند ١٨/١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٣٠.

٣- البند ٣/٤ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٦٠.

المسبقة، كما يجوز لممثل المفاوض ان يفوض اي من صلاحياته او سلطاته الى اي شخص مؤهل باستثناء سلطة اصدار الاخطارات والرسائل الاخرى وتلقيها بموجب البند ٣/١ [الاتصالات الاخرى] وسلطة تلقي التعليمات بموجب البند الفرعي ٥/٣ تعليمات المهندس، ويمكن في اي وقت الغاء التفويض، ولا يعتبر هذا الالغاء او التفويض نافذا إلا بعد الحصول على موافقة المهندس، وبعد أن يتسلم المهندس اخطارا من ممثل المفاوض بتسمية الشخص المفوض وتحديد الصلاحيات والسلطة والمهام التي فوض بها او التي تم الغاءها مع ذكر توقيت التفويض أو الالغاء. كما يشترط أن يتقن هؤلاء المفوضين اللغة المحددة للاتصالات في الفقرة ٤/١<sup>(١)</sup>.

أما العمال والمستخدمين فلقد افرد عقد الفيديك الفصل السادس لتنظيم المسائل المتعلقة بشيء من التفصيل فلقد نص يجب على المفاوض أن يتخذ الترتيبات لتعيين ما يلزم من مستخدمين وعمال محليين أو غيرهم، وأن يلتزم بدفع كافة مستحقاتهم واسكانهم واطعامهم ونقلهم ورفاهيتهم ما لم ينص على خلاف ذلك<sup>(٢)</sup>.

## ثانيا - مفهوم المفاوض في القوانين المدنية محل المقارنة:

عرفت القوانين المدنية عقد المفاوضة بشكل عام، ولم تتطرق الى التعريف بالمفاوض، وانما نصت على التزاماته، بشكل عام فقد عرفته المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي بانه (عقد يتعهد به احد الطرفين ان يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر)<sup>(٣)</sup>، كذلك عرفه القانون المدني المصري في المادة ٦٤٦ (عقد يتعهد بمقتضاه احد المتعاقدين ان يصنع شيئا او ان يؤدي عملا لقاء اجر، يتعهد به المتعاقدين الاخرين)، وأيضاً تنص المواد ١٧١٠ و١٧٨٧ من القانون المدني الفرنسي (ان عقد المفاوضة يمثل عقدا يلتزم بمقتضاه احد الطرفين بالقيام بعمل ما للطرف الاخر مقابل اجر يتفق عليه بين الطرفين) علما ان القانون

١ البند ٣/٤ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٦٠.

٢- البند ١/٦ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٧٨.

٣- وقد تم تعريف المفاوض بموجب تعليمات وتصنيف المفاوضين العراقيين رقم ٣ لسنة ٢٠٠٩ المعدلة بأنه (الشخص الطبيعي الذي يزاول اعمال المفاوضات ويكون حائزا على هوية تسجيل وتصنيف المفاوضين العراقيين، اما الشركة المفاوضة فهي الشركة المؤسسة بموجب قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وتزاول اعمال المفاوضات حسب نشاطها، وتكون حائزة على هوية تسجيل وتصنيف المفاوضين). ولقد عرفه البند ٣/٢/١/١ من الشروط العامة لعقد تنفيذ الاشغال العامة (الشخص [الاشخاص] المسمى بالمفاوض في كتاب العطاء والذي وافق عليه رب العمل، ويشمل خلفاؤه القانونيون) وهو مطابق لتعريف الوارد في الاصدار الاخير لعقد الفيديك ٢٠١٧.

المدني الفرنسي عالج المقاوله ضمن مفهوم الاجارة الواردة على العمل<sup>(١)</sup>. ولقد اورد الفقه عدة تعريف للمقاول فقد عرفه البعض على انه (الشخص الذي يتعهد بالاتفاق مع المالك لقاء اجر معين القيام بعمل معين يتعلق بالبناء أو الانشاءات كإقامته أو تعديله أو ترميمه أو هدمه)<sup>(٢)</sup>، وعرفه اخرون بأنه (كل شخص تعهد لرب العمل بإقامة بناء أو منشآت ثابتة أخرى في مقابل اجر دون ان يخضع في عمله لإشراف أو ادارة)<sup>(٣)</sup>، وقد استقرت احكام القضاء على تعريف المقاول الاصلي "هو الملتزم بتنفيذ العقد شخصيا وليس له التحلل من مسؤوليته عن ذلك حتى لو وقع الفعل الموجب للمسؤولية من مندوبه أو احد معاونيه"<sup>(٤)</sup>، ويستوي ان تكون المواد التي يشيد بها المباني أو المنشآت من عنده أو قدمها له رب العمل في الحالتين يلتزم بالضمان بوصفه مقاولا يتحمل المسؤولية وفق القواعد العامة، يظهر من خلال التعريف السابق الدور الاساسي الذي يمارسه المقاول في تنفيذ عقد المقاوله فهو يقوم بالتنفيذ وفقا للتصميمات والنماذج والرسوم التي يضعها المهندس المعماري وتحت اشرافه وطبقا لتعليماته إلا أن هذا لا يمنع استقلاله في تنفيذ ذلك، وإلا فقد صفته مقاولا واصبح تابعا للمهندس أو رب العمل لكن أن هذه الاستقلالية ليست مطلقة بحيث لا يخضع للإشراف أو الادارة نهائيا، وانما هو ملزم بتلقي الأوامر من رب العمل وتنفيذها إلا ما كان يتعارض مع اصول المهنة<sup>(٥)</sup>، وليس من الضروري أن يقوم مقاول واحد بإقامة المنشآت فقد يعهد رب العمل الى عدة مقاولين بالعمل، فيكون أحدهم متخصصا في وضع الاساسات، واخر في اعمال البناء الاخرى كالأعمدة والجدران والاسقف والارضيات وغيرها وثالث في اعمال الحدادة، أو اعمال الدهان وهكذا، فكل هؤلاء المقاولين يلتزمون بالضمان الخاص كل في حدود ما قام به من اعمال<sup>(٦)</sup>.

وقد اشارت القوانين المدنية محل المقارنة الى عقد المقاوله من الباطن حيث نصت المادة ٨٨٢ من القانون المدني العراقي على انه (١- يجوز للمقاول ان يوكل تنفيذ العمل في جملته او في جزء منه الى مقاول اخر اذا لم يمنعه في ذلك شرط في العقد او لم تكن طبيعة

١- انظر نص المادة ٨٦٤ مدني عراقي والمادة ٦٤٦ مدني مصري والمواد ١٧١٠-١٧٨٧ من القانون المدني الفرنسي .

٢- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١١٠.

٣- محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٥٩.

٤- راجع: نقض مدني مصري، جلسة ٣٠ ابريل ١٩٦٤، مجموعة احكام محكمة النقض، س ٥، ص ٦٩١، وحكم المحكمة الادارية العليا، جلسة ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣، س ٨، مجموعة ابو شادي في عشر سنوات (١٩٥٥-١٩٦٥)، ص ١٣٨٣ وما بعدها. نقلا عن د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٩١.

٥- د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٤٦.

٦- د. عبد الرزاق حسين يس، مصدر سابق، ص ٤٢٤.

العمل تفترض الاعتماد على كفاءته الشخصية ٢- ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المفاوض الفرعي تجاه رب العمل) ويقابل هذا النص المادة ٦٦١ من القانون المدني المصري<sup>(١)</sup>، ويتضح من النصوص اعلاه أنه يستطيع المفاوض الاصلي أن يتعاقد من الباطن في كل العمل الملتزم به أو جزءاً منه ما لم يكون هناك مانع يمنع ذلك سواء كان مانع صريح من مضمون العقد المبرم مع رب العمل أو ضمني من ظروف التعاقد كأن تكون شخصية المفاوض الاصلي محل اعتبار في التعاقد كأن يكون فنان، فمهارته الفنية هي التي دفعت رب العمل الى التعاقد معه في هذه الحالة يكون هناك شرط ضمني يمنع المفاوض بان ينتدب مفاوض من الباطن بكل العمل او في جزء منه، أما المشرع الفرنسي فلقد افرز خلافاً للقوانين السابقة للتعاقد من الباطن تشريعاً خاصاً تناول بمقتضاه التعاقد من الباطن في عقد المفاوضة وذلك في القانون رقم ١٣٣٤/٧٥ في ٣١ كانون الاول ١٩٧٥ ولقد تم تعريف التعاقد من الباطن في المادة الاولى من القانون المذكور بأنه (العملية التي بموجبها يعهد المفاوض وتحت مسؤوليته الى شخص آخر يدعى المفاوض من الباطن بتنفيذ كل او جزء من عقد المفاوضة او صفقة عمومية مبرمة مع رب العمل)<sup>(٢)</sup>، ويتضح من المادة اعلاه بان المشرع الفرنسي قد اعتبر ان التعاقد من الباطن قد يقع على التنفيذ الكلي أو الجزئي لعقد المفاوضة من الباطن.

وعلى هذا فالتعاقد من الباطن sous-traitance: هو اتفاق يبرم بين المتعاقد الاصلي والغير بموجبه يقوم هذا الاخير بتنفيذ جزء او اكثر من التزامات الاول المنصوص عليها في العقد الاصلي ويلتزم المفاوض الاصلي اتجاه المفاوض من الباطن بجميع التزامات رب العمل ويبقى هذا الاخير ملتزماً اتجاه رب العمل بكل الالتزامات المنصوص عليها في عقد المفاوضة الاصلي لا تلك المنصوص عليها في عقد المفاوضة من الباطن<sup>(٣)</sup>.

ويتضح مما سبق أن القوانين المدنية وعلى النقيض من عقد الفيديك سمحت للمفاوض أن يعهد بكل العمل او جزء منه الى مفاوض اخر ما لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو أن تكون شخصية المفاوض محل اعتبار في العقد وهذا يعتبر أحد المستجدات التي وردت في عقد الفيديك ٢٠١٧. وإذا احتاج المفاوض في انجازه للعمل الى ايدي عاملة أو اشخاص يعاونونه ويعملون تحت اشرافه كان للمفاوض ان يأتي بهم ويتحمل اجورهم ما لم يقضي الاتفاق او عرف الحرفة

١- انظر نص المادة ٨٨٢ مدني عراقي يقابلها المادة ٦٦١ مدني مصري .

٢- فرانسواز لابات وسيريل نوبلوت، مصدر سابق، ص ٩١٩.

٣- قدرى عبد الفتاح، مصدر سابق، ص ٢٤٥.

بغير ذلك ويكون مسؤولاً عنهم مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه، حيث نصت المادة ٨٦٧/٢ من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة ٦٤٩ /٢ من القانون المدني المصري (وعليه ان يتدارك ما يحتاج اليه في انجاز العمل من ادوات ومهمات اضافية ويكون ذلك على نفقته، مالم يقض الاتفاق او عرف الحرفة بغير ذلك) نلاحظ ان المادة لم تشر الى امكانية تحمل المقاول نفقات ما يحتاجه من ايدي عاملة، لكن رغم ذلك يمكن القول بأنه لا يوجد مانع من تطبيق نفس الحكم على هذه الحالة لعدم وجود مانع قانوني، وانه من الافضل تعديل نص المادة بما يفيد صراحة تحمل المقاول نفقات ما يحتاجه في انجاز عمله من الات وادوات وايدي عاملة تعمل تحت اشرافه<sup>(١)</sup>، على العكس من ذلك المشرع الفرنسي حيث جعلت المقاول مسؤول عن استخدامه في تنفيذ موجباته حيث تنص المادة ١٧٩٧ من القانون المدني (يتحمل المقاول نتيجة عمل الاشخاص الذين يستخدمهم)<sup>(٢)</sup>، فهذا النص يفهم بمعناه الواسع ليشمل المقاول من الباطن والمساعدون التابعون وغير التابعين على رأي الفقه الفرنسي<sup>(٣)</sup>. ونستنتج كذلك ان القانون المدني عرف عقد المقاولة دون الاشارة الى استقلالية المقاول عن رب العمل الامر الذي يميزه عن عقد العمل.

وبالتالي فإن من مقارنة عقد الفيديك مع عقد المقاولة الاساسي وعقد المقاولة من الباطن، فينتضح انه أعم وأوسع ويشمل كافة النقاط التي يمكن أن تحكم العلاقة بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن ورب العمل، ويتم وضع عقد المقاولة من الباطن من اجل وضع الشروط الخاصة التي ستحكم العلاقة التعاقدية بين المقاول الرئيسي والمقاول من الباطن من ناحية الثمن وكيفية تسديد الاجر والشروط الخاصة بالمواد والكمية والمقاسات، وذلك لان النصوص التشريعية الواردة لا تواكب التطورات في العلاقات التعاقدية، في حين ان عقد الفيديك حديث ومتطور مما يسهل استخدامه والرجوع الى احكامه للاستدلال بها بشكل مباشر في مختلف انواع العقود والمشاريع.

١ - انظر نص المادة ٨٦٧ / ٢ مدني عراقي تقابلها المادة ٦٤٩ / ٢ مصري .

"2- Article 1797: L'entrepreneur répond du fait des personnes qu'il emploie".

٣ - فرنسواز لابات وسيريل نوبلوت، مصدر سابق، ص ٩١٥ وما بعدها .

## الفرع الثاني

### حدود المقاول في اقتراح أوامر التغيير

يمكن للمقاول بموجب الشروط العامة لعقد الفيديك وعلى وفق اجراءات محددة أن يقترح أوامر التغيير خلال مرحلة التنفيذ سواء في اعمال التصميم أو المواد المستخدمة في العمل ولأسباب مختلفة، منها عدم اكتمال المخططات في حالة الموافقة على عقد الانشاءات والمخططات أو تغير الظروف في موقع العمل ولأسباب مختلفة ولكن اكثر هذه الاسباب شيوعا هو أن يقترح أوامر التغيير لسرعة انجاز العمل أو لتخفيض الكلفة على المالك، أو ان يقترح طريقة في تنفيذ العمل لتحقيق نتيجة بكفاءة اعلى، لذا كان لزاما علينا ان نبحث في مدى سلطة المقاول في اقتراح أوامر التغيير اولا، لنحدد بعدها الواجبات المفروضة على المقاول عند اصدار أوامر التغيير ثانيا:-

#### اولا- سلطة المقاول في اقتراح أوامر التغيير:

اعطت عقود الفيديك للمقاول اقتراح أوامر التغيير وذلك في حالتين، فبالنسبة للحالة الاولى هي أن يقترح المقاول أوامر التغيير بمبادرة منه حيث يجوز للمقاول في أي وقت خلال تنفيذ الاعمال أن يقدم اقتراحا مكتوبا للمهندس يبين فيه رأيه باقتراح أوامر التغيير للأعمال التي يقوم بها والتي من شأنها بعد الموافقة عليها أن تعزز من سرعة الانجاز للأعمال او تخفيض قيمتها أو تحسن من فعاليتها أو تحقيق اي منفعة لرب العمل ويجب على المقاول أن يجهز هذا الاقتراح على نفقته وان يتضمن وصفا للعمل المطلوب والتفاصيل الخاصة بالمواد والطرق التي يعتمد عليها المقاول وكذلك برنامج تنفيذ العمل واقتراح المقاول لأي تعديلات على البرنامج الزمني وفقا للفقرة الفرعية ٣/٨ [البرنامج] ووقت الانتهاء<sup>(١)</sup>، لكن في هذه الحالة يجب على المقاول أن يعرض اقتراحه على المهندس المسؤول وان يحصل على موافقته قبل تنفيذه.

وتأسيسا على ذلك إن اقتراح المقاول ليس ملزما للمهندس، وذلك لأن هذا الاخير هو صاحب الشأن في ذلك الأمر حيث له الموافقة على الاقتراح أو أن يعدل منه أو رفضه وفي الحالة الاخيرة (رفض الاقتراح) من قبل المهندس لا يكون للمقاول الحق في تنفيذه وفي حالة استمراره بتنفيذ الاقتراح المرفوض تنتفي مسؤولية المهندس ويسأل عن اي اضرار ممكن ان تلحق

١ - المادة ٢/١٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١١.

برب العمل من جراء تنفيذه<sup>(١)</sup>، أما الحالة الثانية وهي أن يقوم المقاول باقتراح الأمر التغييري بناء على طلب المهندس ففي هذه الحالة يطلب المهندس من المقاول تقديم اقتراح لبعض التغييرات قبل اصدار أوامر التغيير ويجب على المقاول في هذه الحالة أن يستجيب للطلب كتابيا في اقرب وقت ممكن وذلك أما بعدم قدرته على التشخيص مع ابداء الاسباب التي تمنع ذلك أو أن يقدم الخصائص لوصف العمل المغير وبرنامج تنفيذه واثره على قيمة العقد، وفقا للفقرتين (أ)، (ب) من المادة ١٣/٣ [التغيير حسب التعليمات]، وفي حالة قيام المقاول بتقديم الاقتراح فإنه يجب على المهندس بأسرع وقت ممكن عمليا بعد استلامه أن يرد أما بالموافقة أو الرفض مع التعليق، وفي اثناء ذلك يجب على المقاول أن لا يقوم بتأخير اي عمل اثناء انتظار الرد وبعد ذلك يصدر المهندس الأمر بالتغيير بعد أن يحصل على موافقة رب العمل الخطية<sup>(٢)</sup>، وتجدر الاشارة الى إن المقاول عندما يقوم باقتراح اوامر التغيير وفقا لما سبق ذكره فإن له الحق في استعمال وثائق رب العمل<sup>(٣)</sup>، وإذا تمت الموافقة عليها فان له الحق في تحقيق الربح المنصوص على الية احتسابه في الفصل الثالث عشر من عقد الفيديك<sup>(٤)</sup>، كما يحق له اطالة الجدول الزمني لتنفيذ المشروع الى الحد المناسب للتغيرات ومواجهة الصعوبات والظروف الاستثنائية التي تطرأ اثناء تنفيذ المشروع<sup>(٥)</sup>، كما له الحق في تعليق العمل اذا لم يحصل على قيمة الاعمال اللازمة لتنفيذ أوامر التغيير، ويتم تقدير قيمة كل تغيير باحتساب القيمة لكل بند من بنود الاعمال، وفي حالة عدم وجود مثل هذا البند يتم تحديد سعر وحدة مناسب جديد للبند، إلا إذا اصدر المهندس تعليماته أو تم الاتفاق على غير ذلك وصولا الى التعديل المنصف لقيمة العقد، والى ان يتم الاتفاق على سعر الوحدة المناسب أو تحديده يتعين على المهندس وضع سعر وحدة أو معدل سعر مؤقت لأغراض شهادات الدفع المرحلية<sup>(٦)</sup>، وفي حال تعددت أوامر التغيير فيجب أن يتم بحث كل أمر تغيير على حدة ويتم حساب تكاليفه وأثره على وقت وجودة العمل والتفاوض بشأنه بشكل مستقل عن الأوامر الاخرى.

١- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٩٥ وايضا شمس الدين محمد قاسم، مصدر سابق، ص ٧٠.

٢- البند ٢/٣/١٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١٢.

٣- البند ١١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٣.

٤- ينص البند الثالث عشر بالنسبة لتقييم التغييرات، يتم احتساب نسبة الربح ب(٥) % من الكلفة.

٥- البند ٥/٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٨٩.

٦- البند ١٢ / ٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٠٨.

اما النصوص الواردة في عقد المقاولة النمطي في القوانين المدنية محل المقارنة فنلاحظ يحق للمقاول اقتراح تعديل قيمة العقد نتيجة لمجاوزة الاعمال المقدرة في المقايضة مجاوزة محسوسة<sup>(١)</sup>، ويقدمه لرب العمل وعليه أن يبين في هذا الاقتراح قيمة الزيادة، من حيث كونها زيادة جسيمة في النفقات أم زيادة محسوسة ولكنها غير جسيمة، نفهم من ذلك إن اقتراح المقاول أيضاً غير ملزم لرب العمل الذي يكون مخيراً بين الأمرين، أولهما ان يبقى مقيداً بعقد المقاولة ويطلب من المقاول اتمام العمل وفي هذه الحالة يزيد الاجر بما يتناسب مع الزيادة المحسوسة الجسيمة، أي أن نكون امام حالة تعديل للأجر ويبقى عقد المقاولة نافذاً بجميع شروطه، والخيار الثاني أن يتحلل رب العمل من المقاولة اذا رأى ان الزيادة مرهقة له وفي هذه الحالة يطلب من المقاول وقف العمل دون ابطاء، فإن لم يقم بذلك وابطأ دون مبرر في تقديم طلبه، كان للمقاول ان يستمر في العمل ويفترض ان رب العمل قد اختار ابقاء المقاولة مع الزيادة في الاجر فإن قام رب العمل بتقديم الطلب للمقاول وجب على الاخير وقف تنفيذ العمل في عقد المقاولة ويتحلل رب العمل من المقاولة. هذا وان تقدير ما اذا كانت المجاوزة جسيمة ام لا مسألة واقع ينظر فيها الى الزيادة اي تقاس بمقياس موضوعي دون الاعتداد بالظروف الخاصة لرب العمل ويفصل في شأنها قاضي الموضوع دون ان تكون عليه رقابة من محكمة التمييز<sup>(٢)</sup>.

ويذهب جانب من الفقه القانوني<sup>(٣)</sup> الى ان المشرع العراقي بوضعه نص الفقرة (٢) من المادة ٨٧٩ من القانون المدني العراقي قد اقام موازنة بين حق المقاول بزيادة الاجرة في الفقرة (١) من نفس المادة وبين حق رب العمل فأجاز له التحلل من العقد لذات السبب الذي اجاز بوجوده للمقاول طلب زيادة الاجر والسبب هو مجاوزة المصروفات مجاوزة جسيمة اذا كان الاتفاق على الاجر قد حدد بمقتضى مقايضة على اساس سعر الوحدة ولكن على رب العمل في حالة انتهاء العقد لهذا السبب ان يعرض المقاول عما انفق من مصروفات وما انجزه من

١- ويقصد بالمجاوزة المحسوسة "مجاوزة كميات الاعمال المقدرة في المقايضة لا مجاوزة اسعارها، ذلك ان مجاوزة الاسعار لا يعتد بها. فاذا ورد في المقايضة مثلاً كميات معينة للأعمال الخاصة بالاساس، ثم رأى المقاول عند حفر الاساس انه يجب تعميقه اكثر مما قدر في المقايضة وان هذا التعميق يقتضي استخدام كميات من العمل تزيد زيادة محسوسة عما هو وارد في المقايضة، فتلك هي المجاوزة التي تقتضيها النصوص القانونية" انظر د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع-الايجار-المقاولة، طبعة جديدة، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٤١٨.

٢- المادة ٨٧٩ مدني عراقي والمادة ٦٥٧ مدني مصري ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي .

٣- فخر الدين الحسيني، مصدر سابق، ص ٣٠.

اعمال<sup>(١)</sup>، ومن ثم فإن توافر الشروط الثلاثة وهي تحديد الاجر بمقتضى مقايضة على اساس سعر الوحدة مع مجاوزة المصروفات ما قدر في المقايضة مجاوزة محسوسة من غير ان يكون ذلك متوقعا عند ابرام عقد المقاولة مع اخطار المقاول لرب العمل بتلك المجاوزة، فإن القانون يعطي الحق بتعديل الاجر في عقد المقاولة دونما حاجة لاتفاق طرفيه مسبقا والذي يتخذ صورة الزيادة في الاجر<sup>(٢)</sup>.

ويمكن ان تكون الزيادة في نفقات التغييرات محسوسة ولكنها ليست جسيمة، ويجب على المقاول في هذه الحالة ان يخطر رب العمل بمقدار ما يتوقعه من الزيادة في الكم وما يستتبع ذلك من زيادة في الاجر ولا يجوز له ان يباشرها إلا بعد الموافقة عليها، والا اعتبرت تبرعا منه<sup>(٣)</sup>. لكن التساؤل الذي يثار ماذا لو تبين أن المجاوزة تزيد على ما قدره المقاول ؟ لم تنطرق الى ذلك القوانين المدنية محل المقارنة، بينما يذهب البعض الى أن العبرة بمقدار الزيادة التي اوردها المقاول في الاخطار لا بمقدار الزيادة الفعلية<sup>(٤)</sup>، ونقترح ضرورة اضافة فقرة لنص المادة ٨٧٩ من القانون المدني العراقي وهي (يكون رب العمل ملزما اتجاه المقاول في حدود الزيادة في المصروفات التي اوردها المقاول في اخطاره وان كانت مختلفة عن قيمة المصروفات الفعلية ).

ولم يحدد المشرع مقدار هذه الزيادة ولا المدة المعقولة التي ينبغي الرد فيها على المقاول، كذلك ما هو اثر ذلك على الاضرار التي قد تصيب المقاول نتيجة عدم الرد خلال المدة المعقولة

<sup>١</sup> - المادة (٢/٨٧٩) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة (٢/٦٥٧) من القانون المدني المصري.  
<sup>٢</sup> - يستفاد ذلك من الجمع بين المادة (١/١٤٦) والمادة (٨٧٩) من القانون المدني العراقي والمواد (١/١٤٧) و (٦٥٧) مدني مصري.

<sup>٣</sup> - وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز غير صحيح وذلك لأن العمل الذي تعهد المدعي -المميز عليه- القيام به كان بموجب تصميم ومقولة قدرت فيها كلفة العمل على اساس مقايضة بسعر الوحدة وبذلك تخضع كل مجاوزة في المصروفات التي تقتضيها الضرورة لتنفيذ التصميم المتفق عليه الى نص الفقرة (١) من المادة ٨٧٩ من القانون المدني التي تستوجب على المقاول في مثل هذه الحالة ان يخبر رب العمل مبينا مقدار ما يتوقعه من زيادة المصروفات فان لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز قيمة المقايضة من نفقات علاوة على ذلك ان شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية نصت في مادتها السادسة عشرة فقرة (ب) على الا تدفع كلفة أي اضافة او تغيير ما لم تكن مشمولة بأوامر تحريرية من قبل المهندس وحيث إن المدعي -المميز عليه- قام بالإعمال الاضافية التي يدعي انها كانت ضرورية لإتمام العمل وفق التصميم دون ان يخبر رب العمل، فتطبيقا للمادة المذكورة من شروط المقاولة والمادة المنوه عنها اعلاه من القانون المدني قد سقط حقه بمطالبة رب العمل عن كلفتها...) القرار ذو الرقم ٢٤٥٧/٢٤٠٧/٢٤٠٧، تاريخ القرار ١٩٦٢/٤/٢٤، منشور في قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الاول، ص ٨٦.

<sup>٤</sup> - محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني -عقد المقاولة-، المجلد التاسع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، بلا سنة نشر، ص ٢٦٨.

او عدم الرد؟ النص ساكت عن الاجابة على تلك التساؤلات. هل تعتبر الموافقة بعد فترة على تلك الزيادات تصحيحاً؟ الواقع ان النص ترك تلك الاسئلة بلا اجابات وتركها للقواعد العامة. وبالتالي فان النص يثير كثيراً من الاشكالات لذلك لابد من تداركها وتصحيحها. فمثلاً ما هو مقدار الزيادة المحسوسة هل هي ١٠% او ٢٠% ام ان تقدير ذلك يترك لقناعة القاضي حسب الواقعة المنظورة امامه. لذلك نجد أن هذا النص لا يلبي التطورات في مجال التشييد والبناء، ولا يتناسب مع التغييرات التي تواجه تنفيذ المشروع، على الرغم من أن هذه التغييرات اصبحت احدى الامور الضرورية لتنفيذ المشروعات الانشائية، لذا ندعو الى ضرورة تنظيمها بموجب نصوص خاصة تتفق مع عقد الفيديك.

## ثانيا - واجبات المقاول بشأن أوامر التغيير:

يلتزم المقاول بتنفيذ أوامر التغيير طبقاً للمخططات والمواصفات وتعليمات المهندس وان يقوم بتسليمها خلال مدة الالتزام للأعمال المحددة في العقد<sup>(١)</sup>، كما يجب عليه أن يقوم بالتنفيذ مع السرعة المطلوبة دون تأخير، مالم يوجه المقاول اخطار الى المهندس يفيد بعدم استطاعته الحصول على المواد والمستلزمات اللازمة لتنفيذ اعمال التغييرات أو ان الاعمال المعدلة غير متوقعة بالنظر الى نطاق الاعمال المحددة في المواصفات وطبيعتها أو ان هذا التغيير سيؤثر سلباً على قدرة المقاول للامتثال للبند الفرعي ٨/٤ (التزامات الصحة او السلامة) و/او الفقرة الفرعية ١٨/٤ (حماية البيئة) مع التفاصيل المؤيدة لرأيه، وعلى المهندس فور تسلمه لمثل هذا الاخطار ان يرد عن طريق اخطار لكي يلغي التعليمات أو يؤكد لها أو يغيرها، نفهم من ذلك ان تحفظات المقاول على أمر التغيير غير ملزمة للمهندس<sup>(٢)</sup>، كما يجب على المقاول ان يخطر المهندس في حالة التأخر في تزويده بالمخططات والتعليمات خلال مدة معينة من شأنه ان يعرض تنفيذ الاعمال الى التأخير أو الاعاقة، على ان تكون هذه المدة في حدود المعقول، كما يجب أن يشتمل الاخطار التفاصيل الخاصة بالمخططات أو التعليمات الضرورية والاسباب الداعية لإصدارها. ووقت الحاجة اليها وبيان الاثر الذي يترتب على تأخر اصدارها من تأخير

١- ينص البند ٢/٨ مدة الالتزام (على المقاول اتمام جميع الاعمال واي قسم منها ان وجد، خلال مدة الالتزام المحددة للأعمال بكاملها او لأي قسم منها حسب الحالة، بما في ذلك استكمال جميع الاعمال المنصوص عليها في العقد المطلوبة حتى تكون الاشغال بكاملها او اي قسم منها قد انجزت لأغراض التسليم بموجب البند الفرعي ١/١٠ [تسلم الاعمال والاقسام]).

٢- البند ١/١٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١٠.

للعمل وتدهوره وإذا عانى المقاول تأخير أو تكبد تكلفة<sup>(١)</sup> بسبب تأخير أو اخفاق المهندس في اصدار اي من المخططات أو التعليمات ضمن المدة المعقولة يكون المقاول مخولاً مع مراعاة البند ٢/٢٠ [المطالبات بالدفع و/أو امتداد الوقت المطلوب] للحصول على امتداد الوقت أو التكلفة زائداً الربح<sup>(٢)</sup>، إلا أنه إذا كان التأخير الذي يؤدي الى اخفاق المهندس بسبب أي خطأ أو تأخير من قبل المقاول، بما في ذلك أي خطأ أو تأخر في اصدار وثائق المقاول فلا يحق للمقاول الحصول على امتداد الوقت أو التكلفة زائداً الربح<sup>(٣)</sup>.

كما تنص عقود الفيديك على إن المقاول مسؤولاً عن الحفظ والعناية بوثائقه وأن يقوم بتزويد رب العمل بالأصل الورقي نسخة الكترونية (بالشكل المنصوص عليه في المواصفات وإذا لم ينص عليها فتكون بالشكل المقبول من قبل المهندس) ونسخ ورقة اضافية (إذا وجدت) من مستندات المقاول كما هو منصوص عليه في بيانات العقد، وعلى المقاول ان يحتفظ في الموقع في جميع الاوقات بنسخة من العقد والسجلات من البند الفرعي ٣/٢/٢٠ اي منشورات المشار اليها في المواصفات والتغييرات، مستندات المقاول، الرسومات المطالبات، الاخطارات، واي مراسلات اخرى متعلقة بالعقد، ولأفراد رب العمل الاطلاع على جميع هذه المستندات على مدار ساعات العمل اليومية او على النحو المتفق عليه مع المقاول<sup>(٤)</sup>، وإذا تضمن الاقتراح المقدم من قبل المقاول تعديلاً في التصميم لجزء من الاعمال، فانه يجب على المقاول ومالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك ان يقوم هو بأعداد هذا التصميم، وان يقدم الوثائق لهذا الجزء من الاعمال للمهندس التي يجب أن تكون متناغمة مع المواصفات والمخططات ومعدة بلغة الاتصال المتفق عليها كما يجب على المقاول ان يقدم للمهندس مخططات هذا التغيير وادلة الصيانة ويكون مسؤولاً عن هذا الجزء من الاعمال، وهذا كله وفق نص المادة ١/٤ من الشروط العامة المتعلقة بالتزامات المقاول والتي تم الاحالة تطبيق احكامها، بخصوص الامر التغيير في البند ٢/١٣ من الشروط العامة<sup>(٥)</sup>، وفي حالة اكتشاف طرف او (المهندس) بوجود عيب أو خطأ ذا طبيعة

١- البند ١٩/١/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك (التكلفة تعني كل النفقات المتكبدة او التي سيتم تكبدها من قبل المقاول في تنفيذ الاعمال، سواء داخل الموقع او خارجه، بما في ذلك الضرائب والرسوم العامة والرسوم المماثلة، ولكنها لا تشمل الربح، وتضاف التكلفة الى قيمة العقد اينما يكون المقاول مستحقاً الى التكلفة وفقاً لبند هذه الشروط).

٢- البند ٩/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٢.

٣- البند ٩/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٢.

٤- البند ٨/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٢.

٥- البند ٢/١٣ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١١١.

تقنية أو غير ذلك في أي من الوثائق التي تم إعدادها من أجل استعمالها في تنفيذ الأعمال فيجب على هذا الطرف فوراً إعلام الطرف الآخر (أو الأطراف) عن هذا الخطأ أو العيب<sup>(١)</sup>، كما يجب على المقاول أن يفصح عن جميع التفاصيل السرية والمعلومات الأخرى التي قد يطلبها المهندس بصورة معقولة من أجل التحقق من امتثال المقاول لتحقيق أحكام العقد، ويجب على المقاول أن يقدم للمهندس تفاصيل وترتيبات وطرق تنفيذ الأعمال التي يروم المقاول اتباعها ولا يحق له أن يجري فيها أي تغيير جذري بدون إعلام مسبق عن إجراءاته للمهندس<sup>(٢)</sup>، كما يجب على المقاول أن يتقيد بجميع تعليمات السلامة والصحة المهنية المطلوب تطبيقها obligation health and safety وأن يعتني بصحة وسلامة جميع الأشخاص الذين يحق لهم التواجد في الموقع وأماكن أخرى في مكان التنفيذ كما عليه أن يبذل قصارى جهده للمحافظة على الموقع وإبقائه خالياً من العوائق غير الضرورية من أجل تقادي تعرض هؤلاء الأشخاص للخطر، وإقامة أسوار وإضاءة وتوفير ممرات أخرى وحراسة ومراقبة للأعمال إلى أن يتم إتمام الأعمال (تسلم رب العمل) أو أي جزء من الأعمال حيث يقوم المقاول بتنفيذ الأعمال المتميزة أو علاج أي عيوب أثناء (dnp)<sup>(٣)</sup>، أو أي أعمال مؤقتة بما في ذلك (الطرق والممرات والأسوار والحراس) التي تكون لازمة لاستخدام وحماية الجمهور والملوك المستعملين للأراضي المجاورة<sup>(٤)</sup>، كما يتحمل المقاول جميع النفقات والاعباء المتعلقة بحقوق المرور الخاص أو المؤقت التي قد يحتاجها، وكذلك حقوق الوصول إلى الموقع وعلى المقاول أن يوفر على نفقته ومسؤوليته أي تسهيلات إضافية خارج الموقع قد يحتاجها لتنفيذ الأعمال<sup>(٥)</sup>، كما يلتزم المقاول وفق الفصل التاسع عشر من الشروط العامة لعقد الفيديك الإصدار الثاني ٢٠١٧ أن يقوم بالتأمين حيث تم سرد التأمينات بشكل مفصل (تأمين الأعمال والمستلزمات والاخلال بالمهام المهنية وإصابة الأشخاص وتضرر الممتلكات وإصابة المستخدمين ويلاحظ التركيز على ملزومية المقاول وبخاصة في حال إعداده لتصميم ما بملزوميته عن التأمين المهني)، كما يجب أن ينفذ ويحافظ

١- بند ٨/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٢.

٢- البند ١٢/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٤.

٣- فترة إصلاح العيوب defects Notification period أو (dnp): تعني فترة الاخطار بالعيوب أو الاضرار في الأعمال أو قسم أو جزء (كما تكون الحال) بموجب البند الفرعي ١/١١ [إتمام الأعمال وإصلاح العيوب]، كما هو مذكور في بيانات العقد (وإن لم يذكر، فهو سنة واحدة)، مع أي امتداد بموجب البند الفرعي ٣/١١ [مد فترة الاخطار العيوب]، وتحسب هذه المدة من تاريخ الإتمام للأعمال أو قسم أو جزء.

٤- البند ٨/٤ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٦٤ وما بعدها.

٥- البند ١٣/٤ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٦٩.

على جميع التأمينات مع شركات التأمين وبشروط هذه الشركات وكلاهما يخضع لموافقة رب العمل عما يكون المقاول مسؤولاً عن اخطار شركات التأمين بأي تغييرات في طبيعة أو مدى أو برنامج تنفيذ الاعمال<sup>(١)</sup>، كما يشمل التأمين على عمال ومستخدمي اي مقاول من الباطن إلا اذا قام المقاول من الباطن بالتأمين على عماله ومستخدميه وفي هذه الحالة يجب على المقاول وبناء على طلب رب العمل ان يطلعه على عقد التأمين وعلى ايصالات دفع الاقساط المستحقة عليه، واذا اخفق المقاول عن القيام بأبرام اي من التأمينات المطلوبة والحفاظ عليها سارية المفعول ووضع اقساطها واستردادها من المقاول من وقت لآخر عن طريق خصم المبلغ الدفوع من اي مبالغ مستحقة للمقاول او بطريقة اخرى من طرق استرداد الدين نفسه من المقاول<sup>(٢)</sup>، كما يجب على المقاول اتخاذ جميع التدابير اللازمة من اجل حماية البيئة داخل الموقع وخارجه والحد من الاضرار والازعاج للأفراد الذي ينتج بسبب التلوث والضوضاء والانبعاثات والتصريفات السطحية والنفائات السائلة والنتائج الاخرى لعمليات المقاول وانشطته<sup>(٣)</sup>، كما يجب عليه التقيد بالقوانين الواجبة التطبيق واجراءات العمالة وممارستها وفقاً لقواعدها مالم ينص على غير ذلك في الشروط الخاصة.

ووفقاً للقواعد العامة لعقد المقاولة النمطي الواردة في القانون المدني للقوانين محل المقارنة فان التزامات المقاول عند حدوث تعديلات تتلخص في انجاز العمل الذي تعهد القيام به او يصنعه لقاء اجر هو الالتزام الرئيسي في ذمته، حيث يلتزم المقاول بإنجاز العمل وفق الطريقة المتفق عليها في عقد المقاولة وطبقاً للشروط المنصوص عليها في العقد فاذا لم يكن هنالك شروط فعند ذلك يجب اتباع العرف فيما يتعلق بأصول الصناعة والفن تبعاً للعمل الذي يقوم بإنجازه<sup>(٤)</sup>، فاذا تبين لرب العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او مناف لشروط العقد فيجوز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد في حال اذا ثبت ان ما يقوم به لا يمكن اصلاحه أما إذا كان ممكن اصلاحه جاز لرب العمل أن يطلب من المقاول أن يصحح العمل ويلزم بشروط العقد خلال مدة معقولة، كما يلزم بضمان الضرر الذي يلحق برب العمل من جراء فعله أو صنعه، ومجرد اثبات مخالفة الشروط المتفق عليها في التنفيذ يكفي لإثبات الخطأ في جانب المقاول دون

١- البند ١/١٩ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٤٧.

٢- البند ٤/٢/١٩ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٤٩.

٣- البند ١٨/٤ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٧١.

٤- عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة المقاولة والوكالة، بيروت، منشورات الحلبي، ط١، ٢٠١٥، ص ١٣١.

ان يكلف رب العمل بإثبات خطأ المقاول ولا يستطيع دفع مسؤوليته الا بأثبات السبب الاجنبي (القوة القاهرة، الحادث الفجائي أو خطأ رب العمل أو فعل الغير)<sup>(١)</sup>، كما يكون مسؤولاً عن اخطاء تابعيه الذين يعاونونه في تنفيذ عقد المقاولة، ويلتزم في التنفيذ ان يكون ضمن المدة المحددة في العقد وتقديم ما يحتاجه انجاز العمل من الآلات وادوات<sup>(٢)</sup>، كما يلزم بالحفاظ على مصلحة رب العمل ويقع عليه التمسك بمبدأ حسن النية في التنفيذ وهو مبدأ يسود جميع العقود في مقدمتها عقد المقاولة من مرحلة ابرامه ومرورا بتنفيذه ومن ثم انقضائه، ان مبدأ حسن النية هو حالة عقلية في الاعتقاد أو الغرض وينبثق عنها الوفاء بالواجب ومراعاة المعايير التجارية للتعامل العادل، وانه لا يجوز الاحتيال أو التلاعب من أجل الحصول على منفعة غير معقولة بدون ضمير، كذلك عدم افشاء المعلومات السرية التي يتعين على الموظف حفظها لمصلحة الجهة المستخدمة، وكذلك يقضي حسن النية من المقاول ان يختار الطريقة التي تفرضها الامانة والنزاهة في التعامل، فالمقاول الذي يتعهد بتوصيل انابيب الماء يجب عليه ان يقوم بتوصيلها من اقرب طريق ممكن<sup>(٣)</sup>، كما يلتزم المقاول في الحفاظ على جودة مادة العمل فمن حسن النية أن يضمن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل<sup>(٤)</sup>، كما يلتزم بإخطار رب العمل حال اكتشافه للزيادة المتوقعة أو ان يبين ما يتوقعه من زيادة في النفقات<sup>(٥)</sup>.

١ - المادة ١/٨٦٩ مدني عراقي (اذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او مناف للعقد، فله ان ينذره بان يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له، فاذا انقضى الاجل دون ان يرجع الى المقاول الى الطريقة الصحيحة جاز لرب العمل ان يطلب اما فسخ العقد واما ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقة المقاول الاول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك ويجوز فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح ما في طريقة التنفيذ من عيب مستحيلا) يقابلها المادة ٦٥٠ مدني مصري ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي.

٢ - المادة ٢/ ٨٦٧ مدني عراقي (وعليه ان يتدارك ما يحتاج اليه في انجاز العمل من ادوات ومهمات اضافية، ويكون ذلك على نفقته، مالم يقض الاتفاق او عرف الحرفة بغير ذلك) يقابلها المادة ٢/٦٤٩ مدني مصري.

٣ - المادة ١/ ٨٦٧ مدني عراقي (اذا كان رب العمل هو الذي قدم المادة، فعلى المقاول ان يحرص عليها ويراعي اصول الفن في استعماله، وان يؤدي حسابا لرب العمل عما استعملها فيه ويرد ما بقي منها، فاذا صار شيء من هذه المادة غير صالح للاستعمال بسبب اهماله او قلة كفايته الفنية التزم برد قيمته لرب العمل) يقابل هذا النص المادة ١/٦٤٩ مدني مصري، والمادة ١٧٨٩ مدني فرنسي.

٤ - المادة ٨٦٦ مدني عراقي (اذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل) يقابلها ٦٤٨ مدني مصري والمادة ١٧٨٨ مدني فرنسي.

٥ - ٨٧٩ مدني عراقي يقابلها المادة ٦٥٧ مدني مصري ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي .

## الفصل الثاني

### احكام المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير

تلعب المسؤولية دورا رئيسا مهما في الحياة العملية للمجتمع، ولا يفترض في المسؤولية المدنية أن يقع الضرر على المجتمع، وإنما يقع الضرر فيها على شخص بعينه، وبالتالي لا يكون امام هذا الشخص إلا أن يطالب بإصلاحه عن طريق التعويض<sup>(١)</sup>. ونظرا لاتصال المسؤولية المدنية بالعلاقة بين رب العمل والمهندس من جهة، وبينه وبين المقاول من جهة اخرى، لذا سيتم بحث احكام المسؤولية المدنية في هذا الفصل على مبحثين نتناول في الاول الاساس القانوني للمسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير في عقد الفيديك، في حين يتناول المبحث الثاني آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير في عقد الفيديك وكما يلي:

### المبحث الاول

#### اساس المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير

تقسم المسؤولية المدنية بوجه عام الى مسؤولية عقدية ومسؤولية تقصيرية، فالمسؤولية العقدية تقوم اذا امتنع المدين عن تنفيذ التزام عقدي أو نفذه بشكل معيب والحق ضرر بالدائن، أما المسؤولية التقصيرية فهي تقوم اذا ما اخل شخص بما فرضه القانون من التزام بعدم الاضرار بالآخرين.

وعلى الرغم من ان فكرة المسؤولية في عقد الفيديك تقوم على اساس التوزيع العادل للالتزامات والمخاطر بين الاطراف المتعاقدة وفقا لفكرة اساسية مؤداها أن المقاول يتحمل المخاطر المعروفة لديه فضلا عن المخاطر التي يفترض في اي مقاول أن يكون قد اخذها بحسبانه عند التقدم بالعطاء، إلا أن عقد الفيديك يثير كلا المسؤوليتين اثناء تنفيذ أوامر التغيير وعند اكمالها وتسليمها<sup>(٢)</sup>. لذا سننقد هذا المبحث لتأصيل المسؤولية المدنية عن أوامر التغيير، وذلك ببحث الاساس القانوني الذي تركز عليه هذه المسؤولية المدنية، ملتزمين هذا الاساس في

١- المستشار انور العمروسي، المسؤولية المدنية والمسؤولية التقصيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٤، ص ١٠.

٢- احمد معاني عثمان محمد، المسؤولية القانونية للمقاول والمهندس الاستشاري في عقود الفيديك، رسالة دكتوراه، كلية القانون، جامعة النيلين، ٢٠١٨، ص ٥٤ وما بعدها.

الشروط العامة لعقد الفيديك والقوانين المدنية محل المقارنة، ولا جديد يذكر في تحديد الاساس بما هو ولذلك سوف تقتصر دراستنا على اهم تطبيقات الخطأ في نوعي المسؤولية المدنية، وذلك على مطلبين نخصص الاول منهما بعرض اهم تطبيقات الخطأ العقدي، في حين نفرّد الثاني لعرض اهم تطبيقات الخطأ التقصيري، وكما يأتي:

## المطلب الاول

### تطبيقات عن موارد الخطأ المنشأ للمسؤولية العقدية عن اصدار أوامر التغيير

تعرف المسؤولية العقدية بأنها جزاء الاخلال بالعقد، وهي جزاء مخالفة الالتزامات، وتتحقق هذه المسؤولية اذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه العقدي، أو نفذه بشكل معيب أو تأخر في التنفيذ ادى الى الحاق الضرر بالدائن. وتقوم على الاخلال بالتزام عقدي، يختلف باختلاف ما اشتمل عليه العقد من التزامات<sup>(١)</sup>. وفي مجال دراستنا فانه من الممكن تصور الخطأ والمسؤولية عن اصدار أوامر التغيير عقدياً، طالما كان هناك عقد قد اخل به أحد المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه.

لذا سنخصص هذا المطلب لدراسة أهم مظاهر الخطأ الذي يمكن أن تتولد عنه المسؤولية العقدية عن أوامر التغيير لكل من المهندس والمقاول ورب العمل كل في فرع مستقل وعلى مدى ثلاثة افرع مستعينين بالتوازي تارة في الشروط العامة لعقد الفيديك وتارة اخرى بالقواعد العامة وكما يلي:

## الفرع الاول

### مظاهر الخطأ العقدي للمهندس عن اصدار أوامر التغيير

إن مظاهر الخطأ يمكن أن تتعدد بشكل غير محدد أو قابل للحصص. مع ذلك فأنا سوف نحاول تلمس اهم تلك المظاهر التي ترتبط بإصدار أوامر التغيير والتي تتمثل بالخطأ بوضع التصميم، والاهمال في الاشراف على تنفيذها، والتقصير في معاونة رب العمل وتقديم المشورات الخاطئة.

١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الاول، القسم الاول والثاني، مصادر الالتزام، ط٣ الجديدة والمنقحة، دار نهضة العربية، ٢٠١١، ص ٨٤٧.

في الحقيقة، يمكن التمسك بهذه الاخطاء قبل تسليم الاعمال، بحسبانها سببا للمسؤولية العقدية طبقا للقواعد العامة في علاقة المهندس برب العمل كما يمكن التمسك بها ايضا بعد التسليم بحسبانها سببا لمسؤولية المهندس العشرية، اذا ادت هذه الاخطاء الى عيوب في البناء. وبسبب مبدأ نسبية اثر العقد The principle of privity in contract وهو المبدأ الذي يعني اقتصر اثر العقد على اطرافه وخلفائهما وعدم انصرافها الى الغير، فان تصرفات المهندس لا تعرضه لأية مسؤولية بموجب العقد الانشائي (فيديك) المبرم بين المقاول ورب العمل، بل تجد اساسها في العقد المبرم بينه وبين المالك وهو على حد رأي الفقه (عقد الاستشارات الهندسية)، ومن ثم القواعد العامة في المسؤولية المدنية، والدليل على ذلك ان الشروط العامة لعقد الفيديك الاصدار الثاني ٢٠١٧ لم تتناول مسؤولية المهندس المدنية، عليه سيكون موضوع هذا الفرع عرضا للقواعد العامة في المسؤولية المدنية وتطبيقها على عقد الفيديك، وهكذا سنوزع الدراسة في هذا الفرع على النحو الاتي:

### اولا: الاخطاء المتعلقة بالتصميم:

يقصد بتصميم الاعمال (الرسومات التخطيطية التي توضح تفاصيل العمل المراد تشييده من حيث ابعاده ومقاساته واساساته وهيكله وحجمه)<sup>(١)</sup>، ويعد التصميم من الاعمال الموكولة للمهندسين الذين يعينهم صاحب العمل، وذلك بحكم ما يحملون من مؤهلات علمية وفنية للقيام بهذه المهام. وقد تناول عقد الفيديك ٢٠١٧ احكام عملية التصميم في بنود متفرقة منها ما وردت على سبيل المثال في التزامات المقاول والاخرى وردت في بند التغييرات الواردة على العقد variations، وإن عملية التصميم تمر بعدة مراحل فالمرحلة الاولى تشمل الدراسات الاولى لكل ما يتم تقديمه للمهندس من خرائط ومعلومات اساسية مرتبطة بالمشروع، مع دراسة فنية واقتصادية للمشروع، وأما المرحلة الثانية فتشمل اعداد التصميم الابتدائي للمشروع، وتقديم تقرير عن التصميم الانشائي، وموجز بالمواصفات الفنية للمواد، واعداد تقرير بالتكلفة الاولى للمشروع، والمرحلة الاخيرة تشمل مرحلة التصميمات التنفيذية، وتقديم الحسابات والرسومات التصميمية لكل مكونات المشروع<sup>(٢)</sup>.

١ - د. عصام احمد البهجي، مصدر سابق، ص ١٩٩.

٢ - نادر خير بني فضل، مصدر سابق، ص ٣٠٣، هامش رقم ٢.

لذلك فإن مرحلة التصميم لا تكون مقتصرة على المراحل الاولى لتنفيذ المشروع بل هي عملية مستمرة باستمرار المشروع، حيث انه يمكن ان يطلب رب العمل تغييرا في التصميمات اثناء المشروع، أو قد يقوم المهندس بتغيير التصميمات بناء على طلب المقاول في ظروف معينة، فالمهندس اعطي الصلاحية لتزويد المقاول بالرسومات الاضافية أو المعدلة والتي تكون ضرورية لتنفيذ الاعمال وهذه الرسومات الاضافية تشكل أوامر تغييرية.

فاذا اقتصر دور المهندس على اعداد التصميم للتغييرات فقط، دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ، فإنه يكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عن كل ما يتعلق بهذا التصميم، ولا يسأل عن العيوب التي تتعلق بطريقة التنفيذ، أو فشل المقاول في اداء العمل وفقا لمستندات العقد<sup>(١)</sup>. فيجب على المهندس عند قيامه بوضع التصميم وتعديلاته مراعاة الالتزام بالأصول الفنية والمواصفات القياسية المعمول بها وقت الاعداد ومراعاة لحقوق الارتفاق والجوار المقررة قانونا أو اتفاقا أو بسبب موقع الارض الطبيعي، كما يجب عليه ان يراعي في ذلك ما تفرضه القوانين المتعلقة بتنظيم عمليات البناء، وما تستوجبه لوائح التنظيم من قيود<sup>(٢)</sup>.

ولا شك أن المهندس ملتزم بموجب العقد المبرم بينه وبين رب العمل التزاما بنتيجة مفاده، أن يقدم لرب العمل تصميمات خالية من العيوب والاطفاء، ومنسجمة مع حاجات ورغبات رب العمل وقواعد الهندسة. ومستندة الى دراسات وافية فيما يتعلق بالتربة او الظواهر الحيوية والمناخية المختلفة، معمولا فيها حسابا لكل الحوادث والمتغيرات التي من المحتمل حدوثها طيلة فترة بقاء البناء قائما ومدى تأثيرها عليه، مأخوذا بعين الاعتبار جميع الظروف المحيطة بالموقع<sup>(٣)</sup>.

وعلى العكس من ذلك فإذا قدم المهندس تصميمات معيبة بعيوب تؤثر على جودة العمل أو تجعله غير صالح للغرض الذي شيد من اجله أو تهدد متانته أو سلامته، فإن النتيجة المنطقية والقانونية هو أن تتحقق مسؤوليته العقدية تجاه رب العمل عن الاخطاء والعيوب التي

١- نصت المادة ١/٨٧١ من القانون المدني العراقي على انه " اذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون ان يكلف بالرقابة على التنفيذ، يكون مسؤولا عن العيوب التي اتت من التصميم دون العيوب التي ترجع الى طريقة التنفيذ، واذا عمل المقاول بإشراف مهندس معماري او بإشراف رب العمل الذي اقام نفسه مقام المهندس المعماري، فلا يكون مسؤولا الا عن العيوب التي تقع في التنفيذ دون العيوب التي تأتي من الغلط او عدم التبصر في وضع التصميم". يقابلها المادة ٦٥٢ مدني مصري والمادة ١٧٩٢ مدني فرنسي.

٢- د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٦٣.

٣- عبد الرزاق يس، مصدر سابق، ص ٧٣١.

تضمنها تصميمه والتي اسفرت عن تلك الإضرار، ولا غبن في ذلك عليه وذلك لأنه ملتزم بتحقيق نتيجة وحيث انها لم تتحقق يعتبر مخلا بالتزامه<sup>(١)</sup>.

ومن التحديثات الواردة في اصدار ٢٠١٧ انه حدد دور المقاول في الحالات التي يكتشف فيها اخطاء في التصميم او الرسومات او التعليمات الصادرة من المهندس، أو من افراد وكلهم رب العمل بعملية التصميم، حيث يتوجب على المقاول تقديم اخطار بذلك للمهندس، حتى يخلي مسؤوليته من هذه الاخطاء وحتى لا يخسر حقه في المطالبة بتمديد مدة المشروع أو الحصول على تعويض عنه.

ويجب على المهندس ان يصدر قرارا بشأن وجود الخطأ من عدمه، وتحديد مدى استحقاق المقاول للتعويض عن هذا الخطأ أو تمديد في مدة انجاز المشروع، وتحديد الاجراءات التي يجب على المقاول اتباعها في سبيل تخطي هذا الخطأ<sup>(٢)</sup>.

كما يعد المهندس مسؤولاً عن عيوب واخطاء التصميم المتعلقة بتخطيط وتصوير العمل المراد انشائه كالخطأ في قياسات الخرائط وما شابه، حتى ولو قام المقاول بتصميم جزء من الاعمال الدائمة التي تم النص عليها في البند ٢/١٣ من عقد الفيديك، كما ان مسؤوليتهما تضامنية فلا تتفصل مسؤوليته عن مسؤولية المقاول لمجرد انه لم يقد بإعداد هذه التصاميم، حيث انه هو من قام بمراجعتها والتصديق عليها، وبالتالي كان يتعين عليه التأكد من سلامتها ومطابقتها للقوانين والاصول الفنية<sup>(٣)</sup>.

ولا يؤدي تغيير التصميم تلقائياً الى اجراء تعديل على الوقت أو المبالغ المتفق عليها في العقد، خاصة اذا تم هذا التغيير في وقت سابق على تنفيذ المشروع أو في الوقت المناسب اثناء تنفيذه. أما اذا تمت التغييرات في التصميم الاساسي في وقت غير مناسب أو متأخر اثناء تنفيذ المشروع، فانه يكون للمقاول الحق في استرداد التكاليف الاضافية لهذه الاعمال الناجمة عن تغيير التصميم، ويقع على عاتق المقاول الاصلي عبء اثبات ان تغيير التصميم قد اثر بدوره

١ - عبد الرزاق يس، مصدر سابق، ص ٧٣٢.

٢ - البند ٩/١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٢.

٣ - البند ١/٤، راجع صفحة ٦٦ وما بعدها في المبحث الثاني من الفصل الاول.

على العمل، ويزيد من تكلفته، وإن يقدم ما يؤيد قيمة الزيادة في التكلفة والجدول الزمني المرتبط بهذه التغييرات<sup>(١)</sup>.

### ثانياً - الاخطاء المتعلقة بالتوجيه والإشراف على تنفيذ أوامر التغيير:

إن دور المهندس في هذا الشأن لا يقل أهمية عن دوره في وضع التصاميم، أو مراجعتها إن لم يكن هو واضعها. حيث يسأل المهندس عن الخطأ في تنفيذ أوامر التغيير أو عن المواد المستخدمة في البناء (materials). فالبنـد ١/١٥ من عقد الفـيـديـك قد ألزم المهندس في حال اذا ظهر عيب أو حدث ضرر واخفق المقاول في تنفيذ أوامر التغيير أو أي التزام بموجب العقد، فيقع على عاتق المهندس القيام بإرسال اخطار له، طالبا منه تدارك هذا الاخفاق وعلاجه خلال مدة معقولة. ويجب على المقاول تنفيذ جميع الاعمال المطلوبة لإصلاح هذه العيوب أو الضرر وفقا لتعليمات المهندس أو رب العمل أو من ينوب عنهما وذلك قبل انقضاء فترة الاخطار بإصلاح العيوب في اعمال البناء أو في أي قسم منها<sup>(٢)</sup>.

كما يدخل ضمن مسؤولية المهندس بالإشراف على الاعمال التحقق من جودة المواد المستخدمة في تنفيذ الاعمال المتعلقة ببند التغييرات ومدى مطابقتها للمواصفات والقياسات وهذا ما اشارت اليه الفقرة (٥/٧) من الشروط العامة لعقد الفـيـديـك والتي جاء فيها على انه " اذا ثبت نتيجة للفحص أو التفتيش أو القياس أو الاختبار أو أي تجهيزات الية أو مواد أو تصميم أو مصنوعات كانت معيبة أو غير متفقة مع العقد، جاز للمهندس تقديم اخطار الى المقاول يرفض فيه بند التجهيزات الالية، والمواد والتصميم أو المصنعية التي تبين انها معيبة، وعلى المقاول عندئذ ان يقدم اقتراحا لمعالجة العيب على العقد بإعداد وتقديم اقتراح للعمل اللازم للمعالجة على الفور"<sup>(٣)</sup>.

١ - البند ١٣/١٣، الترجمة العربية لعقد الفـيـديـك، ص ١١٢.

٢ - وقد اشار عقد الفـيـديـك في البند (١/١٥) منه على انه " اذا فشل المقاول في تنفيذ أي التزام بموجب العقد فانه يجوز للمهندس، عن طريق اعطاء اخطار للمقاول ان يطلب من المقاول تصحيح الفشل، وإن يعالجه خلال فترة زمنية محددة (اخطار التصحيح في هذه الشروط) ويجب ان يحتوي الاخطار بالتصحيح ما يلي أ- وصف اخفاق المقاول ب- تحديد البند الفرعي و/أو احكام العقد التي بموجبها يلتزم المقاول ج- تحديد الوقت الذي يجب على المقاول خلاله معالجة الاخفاق، ويجب ان يكون معقولا، مع الاخذ في الاعتبار طبيعة الفشل والعمل و/أو أي اجراء اخر مطلوب لإصلاحه"<sup>(٢)</sup>.

٢ - البند ٥/٧ من الترجمة العربية لعقد الفـيـديـك، ص ٨٤.

فاذا اخطأ المهندس في شيء من ذلك، كما في حالة اهماله اجراء الاختبارات والقياسات والكشف عن عيوب التنفيذ، أو سمح بإجراء تغييرات عما هو متفق عليه في العقد، كأن يغير نظام الارضيات الى نظام جديد غير مجرب سابقا، ودون اخذ موافقة رب العمل المسبقة على ذلك<sup>(١)</sup>، وترتب على خطأه هذا خلل في العملية المادية للتنفيذ، فإن المهندس يعد مخلا بالتزام عقدي يوجب المسؤولية العقدية.

و من الجدير بالإشارة ان في عقد المقاولة النمطي، في حال لو تبين أن المقاول يقوم بالعمل بطريقة لا تتفق مع شروط العقد فان واجب تبنيه المقاول ولفت نظره الى ما في عمله من عيوب او مخالفة لما هو متفق عليه وأن يتم انذاره بان يصلح هذه العيوب ويعدل طريقة التنفيذ حتى يصبح عمله سليما متفقا مع مواصفات العقد اجابت عليه المادة ٨٦٩ من القانون المدني العراقي على انه (اذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او منافي للعقد فله ان ينذره بان يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له، فاذا انقضى الاجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل أن يطلب أما بفسخ العقد وأما ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقة الاول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك...)، ويستفاد من ذلك ان انذار المقاول بضرورة الرجوع الى الطريقة الصحيحة في تنفيذ العمل ، ليس مجرد رخصة لرب العمل او المهندس، إن شاء استعملها، وإن شاء اهملها، بل ان رب العمل او المهندس يلتزم بالقيام بهذا الانذار، متى ثبت له ما في طريقة التنفيذ من عيوب أو منافاة للعقد، فذلك ما يوجبه حسن النية في تنفيذ العقود من تعاون بين الطرفين لكي يتم التنفيذ مطابقا لما هو متفق عليه، فقد يكون المقاول معتقدا انه ينفذ التزامه صحيحا، فإذا اهمل رب العمل في اخطاره بما في طريقة التنفيذ من عيوب، أو تعمد ان يسكت، وترتب على ذلك ان جاء العمل غير مطابق لما هو متفق عليه، فان رب العمل لا يستحق تعويضا عن الاضرار التي كان من الممكن أن يتجنبها لو اخطر المقاول في حينه بما في طريقة التنفيذ من عيوب أو مخالفة لمواصفات العقد<sup>(٢)</sup>.

١- وفي ذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بانه "المهندس المعماري يكون مسؤولا حتى لو اثبت ان المقاول قد عدل، دون علمه في تنفيذ خطط ومقاييسات المشروع، ذلك انه من الواجب عليه الا يجهل التعديلات التي هي من طبيعة تعرض للخطر متانة البناء وسلامته". نقلا عن د. عبد الرزاق حسين -يس، مصدر سابق، ص ٧٧٧، هامش رقم ٢١١.

٢- يقابلها المادة ٦٥٠ مدني مصري ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي.

وقد قضي انه يكون المهندس في حكم الضامن لأعمال المقاول، مما يجعل مسؤولية المهندس تقوم غالبا الى جانب مسؤولية المقاول. حيث يتحمل المهندس المشرف على التنفيذ نسبة من الخطأ في تنفيذ أوامر التغيير أو عن المواد المستخدمة في البناء، حتى ولو لم يكن هو الذي وضع التصميم، كما يتحمل المقاول نسبة اكبر من الخطأ، لأن خطأه يكون عادة اشد جسامة. أما اذا كان هناك خطأ في التصميم أو عيب في الارض وكان من الممكن لمقاول عادي أن يتبينه، فإن المقاول يتحمل مسؤولية اخف، بينما تشتد مسؤولية المهندس حيث يكون خطأه في هذه الحالة اشد جسامة. وفي الحالة التي يقوم فيها المقاول بأعمال التصميم والتنفيذ لأوامر التغيير، فانه يتحمل المسؤولية عن العيوب التي تظهر في التصميم والتنفيذ معا<sup>(١)</sup>.

### ثالثا - الاخطاء المتعلقة بالتقصير في معاونة رب العمل وتقديم المشورات الخاطئة في حدود علاقتها بأوامر التغيير:

ومن مظاهر هذا النوع عدم اعطاء التكاليف الفعلية للأعمال المزمع تنفيذها قبل المباشرة بالعمل والتقصير في تقديم الاستشارة الصحيحة لرب العمل فيما يتعلق بتكاليف البناء<sup>(٢)</sup>، أو عدم تسلم كشوف الحساب من المقاولين ومراجعتها قبل تسليمها الى رب العمل خلال مراحل تنفيذ الاعمال المختلفة<sup>(٣)</sup>. في الواقع ان من الوظائف الرئيسية للمهندس في عقد الفيديك هي تقدير الاعمال المنجزة من جهة المقاول، ومراجعتها قبل أن يسلمها الى صاحب العمل، ومن ضمنها تقدير قيمة الاعمال المتعلقة بأوامر التغيير بموجب احكام البند الثالث عشر وفيما يتعلق بقيمة الاعمال الملغاة بموجب البند ١٢/٤ من الشروط العامة لعقد الفيديك، كما يتعين عليه ان يخطر رب العمل بكل العقوبات المهمة، التي تطرأ في اثناء تنفيذ الاعمال، وأن يقدم اليه النصائح الضرورية في هذا الشأن<sup>(٤)</sup>.

١ - انظر: نقض مدني مصري، جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٧٣، مجموعة احكام محكمة النقض، س ٢٤، ص ١١٣٩. نقلا عن د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٧٤. وايضا انظر نصوص المواد ٨٧٠ من القانون المدني العراقي يقابلها المادة ٦٥١ مدني مصري والمواد ١٧٩٢.

٢ - وفي ذلك يكون المهندس مسؤولا عن نتائج وضع مشروع تتجاوز كلفته الامكانيات المالية والتخصيصات المعتمدة متى كان لديه علم بها.

٣ - البند ٣/١٤، ص ١١٩.

٤ - د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ١٠٥.

وقد اشار البند (١/٣) من الشروط العامة لعقد الفيديك على انه "يقوم رب العمل بتعيين المهندس، للقيام بالواجبات المحددة في العقد، ويجب ان يكون مستخدموه من مهندسين ومهنيين، متمتعين بالكفاءة اللاتقة ومؤهلين لأداء مثل هذه الواجبات"<sup>(١)</sup>. وللمهندس ممارسة الصلاحيات المنوطة به تحديدا في العقد، أو الاستفادة من العقد ضمنيا بحكم الضرورة.

فعندما يطلب رب العمل ادخال تعديلات بعد وضع المقاييسات وابرام الصفقات يتعين على المهندس ان ينبه رب العمل الى ما تقود اليه هذه التعديلات من زيادة في التكاليف فإذا قصر أو اهمل عد مخلا بالتزام عقدي يوجب مسؤوليته العقدية.

وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا المعنى في العديد من قراراته من مثل ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، بأحقية متعهد بناء promoteur في الرجوع على المهندسين، ومكتب الاستشارات الهندسية والمقاول بكامل التعويض الذي قضي به لمصلحة مشتري الشقق، حيث أعتبر هؤلاء الفنيين قد ارتكبوا خطأ لأنهم لم يتحفظوا على اختيار هذا المتعهد لنوع معين من مراحل البخار الخاصة بالتدفئة. ولم تر المحكمة في تدخل هذا المتعهد، بهذا الاختيار، رغم انه شخص مختص وحذر، مادام انه لم يكن من المختصين بشكل لافت *notoirement* *competenle* في مجال التدفئة<sup>(٢)</sup>.

كذلك قضي -بمناسبة عيب وقع في تنفيذ نظام للعزل الحراري -بانه اذا كان رب العمل قد قصد تحقيق الوفرة في التكاليف، فاقترح استبدال مادة بأخرى غير المحددة سلفا، ووافق المهندس على هذا الاستبدال، مؤكدا له ان المادة الجديدة ليست فقط تتميز بذات الخصائص وانما هي افضل من سابقتها، وكانت الحقيقة غير ذلك، يكون قد قدم مشورة خاطئة يسأل عنها<sup>(٣)</sup>.

نستخلص من كل ذلك، إن الالتزام بالتبصير واعلام رب العمل قد احدث تطورا حقيقيا في عقد المقاولة فلم يعد التزام المهندس مقتصر على تصميم الاعمال والاشراف على تنفيذها

١ - البند ١/٣، ص ٥٠.

2-V.civ.21/2/1984 D15 mors 1984 No.11(Flash D).

اشار اليه د. محمد شكري سرور مصدر سابق، ١٠٦ .

3 - v.civ.13/6/1979 d 1979-i-r-499·et en meme sens: fosserau p.23.

اشار اليه د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ١٠٧.

وانما هو مستشار لرب العمل ايضا في اطار ما يملكه من التقنيات. وبالتالي يتعين عليه ان يبين الطريق امام رب العمل بخصوص العمل الذي طلب منه دراسته وانجازه والا تحققت مسؤوليته العقدية.

## الفرع الثاني

### مظاهر الخطأ العقدي للمقاول عن اصدار أوامر التغيير

يعتبر الخطأ العقدي، العنصر المرتب للمسؤولية العقدية لمقاول البناء، وذلك عند اخلال هذا الاخير بأحد الالتزامات التي يفرضها العقد المبرم بينه وبين صاحب العمل، فكما اسلفنا سابقا ان مهمة المقاول تنحصر في تنفيذ الاعمال طبقا للتصاميم والشروط الفنية، التي وضعها المهندس، واعتمدها كل من رب العمل والجهة الادارية التي تصدر الترخيص، فإذا اخل بذلك فإن ذلك يشكل خطأ يولد المسؤولية العقدية للمقاول كما انه يظل مسؤولا تجاه رب العمل عن اخطاء مقاوليه من الباطن والذين يمكن ان يستعين بهم مالم يوجد مانع قانوني يمنع ذلك كما ذكرنا سابقا.

وفي ضوء ما تقدم، يمكن أن نعرض لاهم مظاهر الخطأ العقدي للمقاول الاصلي والمقاول من الباطن التي يمكن ان تؤدي الى مسؤولية المقاول عقديا في علاقته برب العمل على النحو الاتي:

### اولا- الاخطاء ذات الصلة بتنفيذ التصميمات وعدم مراعاة الاصول الفنية في التنفيذ:

يعتبر المقاول مسؤولا عن تنفيذ أوامر التغيير التي اعددها رب العمل أو المهندس، اثناء تنفيذ الاعمال سواء بالزيادة أو النقصان وذلك لاعتبارها جزء لا يتجزأ من شروط العقد ولا يجوز له الخروج عنها او مخالفتها دون الحصول على اذن مسبق من صاحب العمل<sup>(١)</sup>. وبالتالي يكون التزامه بتنفيذ هذه الأوامر داخلا ضمن التزاماته التعاقدية الرئيسية بتنفيذ الشروط كافة الواردة

١- د. حميد لطيف نصيف، الاوامر التغييرية في عقود المشاريع الانشائية واثارها على الكلفة والمدة، مصدر سابق، ص ٦١.

بالعقد، وبناء على ذلك فإنه يمكن القول بأن طبيعة التزام المقاول بتنفيذ أوامر التغيير تتمثل في كونه التزام بتحقيق غاية وهي انجاز التغييرات المطلوبة. ولا يكفي ان يبذل المقاول في تنفيذ أوامر التغيير عناية الشخص المعتاد او أقصى عناية ممكنة، فما دامت التغييرات المطلوبة وفقا لأوامر التغيير لم يتم تنفيذها، يبقى المقاول مسؤولاً، ولا تبرأ مسؤوليته عن تنفيذها الا اذا اثبت وجود السبب الاجنبي.

حيث يجب على المقاول ان يلتزم في عمله بالشروط والمواصفات المتعارف عليها، فإذا لم تكن هناك شروط متفق عليها وجب اتباع العرف، ويذهب فريق من الشراح الى إن مضمون مهمة المقاول الرئيسية هي اقامة المنشآت، وفقاً للتصاميم والمواصفات الموضوعة من قبل المهندس، ولا يقتصر ذلك على الوثائق التعاقدية المتفق عليها عند ابرام عقد المقاولة، وانما يمتد الى التعديلات او الاوامر التغييرية التي يصدرها رب العمل أو ممثله المهندس المكلف بالإشراف على تنفيذ المشروع<sup>(١)</sup>.

وعلى هذا فإذا اخل المقاول بالتزامه بتنفيذ أوامر التغيير على التفصيل الذي قدمناه، كما لو أن المقاول خالف الشروط أو المواصفات المتفق عليها، أو انحرف عن اصول المهنة، أو اظهر قصوراً في كفايته الفنية، أو اساء اختيار المادة التي يستخدمها في العمل، أو نزل عن عناية الشخص المعتاد في تنفيذ التزامه، واثبت رب العمل ان هذا الاخلال قد الحق به ضرراً، فإن ذلك يعد كافياً لإثبات الخطأ من جانبه من دون حاجة الى اثبات اهماله أو تقصيره، بما يوجب قيام المسؤولية العقدية.

ولم تعف الشروط العامة لعقد الفيديك المقاول من مسؤوليته عن الاخطاء أو عدم التنفيذ وفق الشروط المتفق عليها، ولو كان تنفيذه لتلك الاوامر وفق تفتيش أو كشف أو تدقيق أو قبول أو فحص "verification" أو اقتراح، أو طلب اختبار، أو اي تصرف مماثل من قبل المهندس أو احد مساعديه<sup>(٢)</sup>.

١- الياس البسيري، الآثار الناشئة عن عقد مقولة البناء، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية، الجامعة اللبنانية، ٢٠١٩، ص ٢٧ و بلمختار سعاد دنوني هجيرة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقايد-تلمسان، ٢٠٠٩، ص ٣٢.

٢- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ١١٤.

فقد نص عقد الفيديك في البند (١/٤) "انه يجب على المقاول تنفيذ الاعمال وفقا للعقد، ويتعهد المقاول بتنفيذ الاعمال والانتهاء منها، بحيث تكون الاعمال وفقا للوثائق التي تشكل العقد، ولا يحق تغييرها أو تعديلها، وأن يصلح اي عيوب فيها.

وعلى المقاول ان يقدم الآلات واي قطع غيار ان وجدت ومستندات المقاول المحددة في العقد وجميع افراد المقاول والمعدات والمواد والمستهلكات وغيرها من الاشياء الاخرى والخدمات، سواء كانت ذات طبيعة مؤقتة أو دائمة، طبقا لما هو مطلوب لأداء مهام التصميم والتنفيذ واتمام الأعمال واصلاح العيوب"<sup>(١)</sup>.

ونلاحظ ان هذه المبادئ التي جاء بها عقد الفيديك متفقة إلى حد ما مع القواعد العامة الواردة في القانون المدني في القوانين محل المقارنة حيث نصت المادة ١/٨٩٦ من القانون المدني العراقي على انه(إذا ظهر لرب العمل اثناء سير العمل ان المقاول يقوم به على وجه معيب او منافي للعقد فله ان ينذره بان يعدل الى الطريقة الصحيحة خلال اجل مناسب يحدده له، فاذا انقضى الاجل دون ان يرجع المقاول الى الطريقة الصحيحة، جاز لرب العمل ان يطلب اما بفسخ العقد واما ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقة الاول متى كانت طبيعة العمل تسمح بذلك...) "<sup>(٢)</sup>.

ويبقى المقاول مسؤول تعاقديا سواء أتم العمل بنفسه أم بواسطة المقاول من الباطن وهذا ما اكده البند (١/٥) من الشروط العامة لعقد الفيديك "ويكون المقاول مسؤولا عن عمل جميع المقاولين من الباطن، وعن ادارة جميع اعمال المقاولين من الباطن وتنسيقها، وعن الافعال أو التخلف عن السداد لأي مقاول من الباطن، او اي من وكلاء المقاول من الباطن او موظفيه، كما لو كانوا من موظفي المقاول "<sup>(٣)</sup>. فإذا اخل المقاول من الباطن بالشروط والمواصفات المتفق عليها فإن المقاول الاصلي هو المسؤول عن ذلك تجاه رب العمل وليس المقاول من الباطن، فيرجع رب العمل مباشرة على المقاول الاصلي، ولا يستطيع هذا الاخير ان يدفع المسؤولية عن نفسه بادعائه خطأ المقاول من الباطن، فما يمكنه فعله هو الرجوع بعد ذلك عليه، بما يكون قد دفعه من تعويض لصاحب العمل، وإن هذه المسؤولية العقدية قائمة على افتراض ان كل

١- البند ١/٤ من عقد الفيديك، ص ٥٧.

٢- يقابله المادة ٦٥٠ من القانون المدني المصري ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي.

٣- البند ١/٥ من الترجمة العربية بعقد الفيديك، ص ٧٥.

الأعمال والاختفاء والتجاوزات التي تصدر من المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة لرب العمل كأنها أعمال واختفاء وتجاوزات صادرة من المقاول الأصلي فترتب مسؤوليته عنها في مواجهة صاحب العمل<sup>(١)</sup>.

وهذا هو الموقف أيضاً في عقد المقاولة النمطي في القوانين المدنية محل المقارنة إذ نصت المادة ٨٨٢ من القانون المدني العراقي في فقرتها الثانية على انه ".... ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً نحو رب العمل عن المقاول الثاني" تقابلها المادة ٦٦١ ثانياً من القانون المدني المصري والمادة ١٧٩٧ مدني فرنسي.

### ثانياً - الاخطاء ذات الصلة بالتأخر في تنفيذ أوامر التغيير:

لما كان التزام المقاول بتنفيذ أوامر التغيير يعد داخلاً ضمن التزاماته التعاقدية الأساسية، ومن ثم فإن تأخره في تنفيذها عن المواعيد المحددة أو المدة المعقولة يعد اختلالاً بالتزامه بتنفيذ أوامر التغيير، الأمر الذي يفتح الباب أمام المسؤولية العقدية للمقاول عن الاضرار الناجمة عن التأخر في التنفيذ، ولا يمكنه التخلص من هذه المسؤولية الا بإثبات إن التأخير لا يد له فيه<sup>(٢)</sup>، وذلك لان الالتزام بتنفيذ أوامر التغيير خلال المدة المحددة هو التزام بتحقيق نتيجة ولتنتفي هذه المسؤولية وجب عليه اثبات وجود السبب الاجنبي<sup>(٣)</sup>.

ولم يغفل عقد الفيديك عن ذلك حيث ذكر انه في حالة تبين في اي وقت ان التقدم الفعلي بطيء جداً بحيث يصبح الانجاز متعذراً خلال مدة الانجاز و/او ان تقدم العمل قد تخلف (او سوف يتخلف) عن توقيت البرنامج المتفق عليه، ولم يكن ذلك راجعاً لسبب من تلك الاسباب الواردة في المادة (٥/٨)<sup>(٤)</sup>، عندئذ يمكن للمهندس ان يصدر تعليمات الى المقاول ليقوم بإعداد

١- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح العقود الواردة في القانون المدني، العقود الواردة على العمل والمقاولة والوكالة والوديعة والحراسة، مصدر سابق، ص ٢٢٢.

٢- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ١١٧.

٣- وقضت محكمة التمييز الاتحادية في العراق على انه "متى ما كان العقد المبرم بين الطرفين قد اوجب في بند منه على المقاول المميز ان ينهي كل العمل المنوه عنه في الوقت المتفق عليه والا كان للمميز عليه توقيع الغرامات حسب الفئات المنصوص عليها في الميعاد المتفق عليه في العقد ثم تباطاً في انجازه بحسب مما هو مألوف في عرف المهنة مما اضطر المميز عليه الى سحب العملية..." قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٧٩/حقوقية/١٩٦٨/قضاء محكمة التمييز العراقية، المجلد السادس، ص ٣٢٨.

٤- لقد تناول عقد الفيديك في هذا البند اسباب التأخير التي تحتاج الى تمديد الوقت كأن تكون بسبب حصول ظروف مناخية معاكسة بصورة استثنائية، او النقص غير المتوقع في توافر الموظفين او البضائع مما هو ناتج عن انتشار الاوبئة او تغيير في الاجراءات الحكومية او اي تأخير او اعاقا او منع يعزى الى تصرفات رب

برنامج عمل معدل، مدعماً بتقرير يبين الاساليب المعدلة التي ينوي المقاول اتباعها لتسريع معدل تقدم العمل وإتمامه ضمن مدة الانجاز، وإذا لم يصدر المهندس تعليماته خلافاً لذلك، فإنه يتعين على المقاول أن يباشر باعتماد الاساليب المعدلة والتي قد يترتب عليها تعديلات تتعلق بزيادة ساعات العمل و/أو عدد مستخدمي المقاول أو اللوازم بحيث يتحملها على نفقته، وفي حال أدت هذه الاساليب المعدلة إلى الأضرار برب العمل كأن يتحمل كلفة إضافية، فإنه ينبغي على المقاول أن يدفع هذه الكلفة الإضافية إلى صاحب العمل، بالإضافة إلى أي تعويضات عن الأضرار الناجمة عن التأخير، وتطبق الفقرة الفرعية ١٣/٣/١ (التغيير حسب التعليمات) على البرنامج المعدل، بما في ذلك تدابير التسريع بناءً على تعليمات المهندس لتقليل التأخيرات الناتجة عن الأسباب المدرجة في البند الفرعي ٥/٨/٥ تمديد وقت الانجاز<sup>(١)</sup>.

وهكذا فإن عقد الفيديك رتب على المقاول التزاماً بإنجاز الأعمال المتعلقة بأوامر التغيير حسب البرنامج المعدل من قبل المقاول وفق الفقرة الفرعية ١٣/٣/١ بالوقت المحدد، فإذا اخل بذلك دون عذر مقبول يعتبر أنه قد أخفق بتنفيذ التزامه تجاه رب العمل مما يوجب مسؤوليته العقدية. كما تتحقق هذه المسؤولية ولو كان هذا التأخير ناجماً عن المقاول من الباطن وذلك لذات الأسباب التي أسلفنا ذكرها في الفقرة السابقة.

ووفقاً للقواعد العامة الواردة في عقد المقاولة النمطي للقوانين محل المقارنة فإن الالتزام بتاريخ المباشرة والالتزام بخطة العمل وفق المدة الزمنية المحددة يشكلان شرطاً عقدياً، ويترتب على الإخلال بهما خطأً يوجب المسؤولية العقدية<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً - الإخطاء ذات الصلة في التقصير بإبداء الرأي وإعلام صاحب العمل:

الالتزام بإعلام وإبداء الرأي، هو التزام عقدي يقع على عاتق المقاول، فالمقاول مثله في ذلك مثل المهندس هو مستشار عميله الذي يوليه ثقته من الناحية الفنية، ومن ثم فإن عليه بدوره أن يشير عليه بالرأي حول كل أوجه المشروع المكلف بتنفيذه ويعلمه بالظروف والمعلومات التي

العمل أو أحد أفرادها، أو أي من المقاولين الآخرين العاملين لحسابه في الموقع. انظر البند ٥/٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٨٩.

١ - البند ٧/٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٩٠.

٢ - د. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية المسماة مقالة - بيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩، ص ٧١.

تخص موضوع العقد، إذ يمكن أن يحيطه علما بما يكتنف هذا العقد أو ينشأ عنه من مخاطر مادية أو قانونية، والابتعاد عن كل ما من شأنه الزيادة من اعباء الطرف الاخر، أو التقليل من الفائدة المشروعة التي يأمل الحصول عليها من وراء التعاقد<sup>(١)</sup>.

وإذا كان من حيث المبدأ ان يمثل المقاول للأوامر التي تصدر اليه، سواء من المهندس أو رب العمل، وأن يتقيد بها، إلا أن هذا الامتثال ينبغي على حد تعبير البعض<sup>(٢)</sup>، أن يكون امتثالا ايجابيا أو نشطا، فلا ينفذ هذه الأوامر تنفيذا أعمى وإنما عليه أن يناقشها مع مصدرها، اذا وجدها غير ملائمة، خصوصا اذا كانت صادرة من رب عمل تعوزه المعرفة الفنية بل وأن يرفض متابعة التنفيذ اذا لزم الامر ذلك.

وهذا ما نص عليه عقد الفيديك في البند ١٣/١ "ويجب أن يكون المقاول ملتزما بكل تعليمات التغيير بناء على البند الفرعي ١٣/٣/١ (التغيير حسب التعليمات)، ويقوم بتنفيذ البديل مع السرعة المطلوبة دون تأخير، مالم يوجه المقاول على الفور اخطارا الى المهندس مع التفاصيل المؤيدة لذلك: أ- الاعمال المعدلة غير متوقعة بالنظر الى نطاق الاعمال المحددة في المواصفات وطبيعتها ب- المقاول لا يستطيع الحصول على المواد والمستلزمات اللازمة للتغيير بسهولة ج- ان هذا التغيير سيؤثر سلبا على قدرة المقاول للامتثال للبند الفرعي ٨/٤ [التزامات الصحة والسلامة] و/او الفقرة الفرعية ١٨/٤ [حماية البيئة]"<sup>(٣)</sup>.

وطبقا للقواعد العامة في عقد المقاوله النمطي في القوانين محل المقارنة يعتبر المقاول مسؤولا في حالة تنفيذه لأعمال خاطئة دون ان يبدي النصح لرب العمل أو المهندس ويلفت نظرهما الى هذه الاخطاء، ولا يعفيه من المسؤولية ان ينفذ طلبات رب العمل كما اصدرها اليه ذلك ان المقاول بحكم انه المنفذ الفعلي وهو الاكثر التصاقا بالعمل وقريبا منه يمكنه دائما أن يكتشف على الطبيعة ما قد يعترض العمل من عقبات أو مشاكل فضلا عن بعض المقاولين يكون اختيارهم من جانب رب العمل قائما على تفوقهم غير العادي في تخصصهم<sup>(٤)</sup>، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية (بمسؤولية المقاول الذي نفذ تعليمات رب العمل بطريقة عمياء

١- د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ١٢١.

٢- المصدر ذاته، الصفحة ذاتها.

٣- البند ١٣/١، ص ١١٠.

٤- د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالأفصاح في العقود، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠، ص ٧٨.

إذ كان عليه ان يبصر رب العمل بما لا يتفق في مشروعه مع الاصول الفنية المتعارف عليها<sup>(١)</sup>.

كما قضت في قرار اخر لها (ان المهندس المعماري الذي يلتزم بوصفه متخصصا من الناحية الفنية بأن يقوم اقتراحات رب العمل التي يكون من شأنها ان تعرض متانة العقار للخطر حتى ولو ترتب عليها تحقيق مزايا لصاحب المشروع)<sup>(٢)</sup>.

ولا يقتصر الالتزام بالنصيحة على المقاول الاصلي وانما يشمل المقاول من الباطن فعندما يحدث اثناء التنفيذ ان يطلب المقاول الاصلي ابداء الرأي في اجراء بعض التعديلات بالحذف أو الاضافة. ففي مثل هذه الحالة يلتزم المقاول من الباطن بأن يبدي الرأي الذي هو في صالح العمل ككل، ولا يضع في اعتباره تحقيق وفر في التكاليف أو الوقت أو المجهود.

وعلى ذلك اذا فرض وان طلب المقاول الاصلي منه ابداء النصيحة او الرأي في استبدال مادة بأخرى وكان هدف المقاول الاصلي الاقتصاد في النفقات، وتحقيقا لرغبة هذا الاخير وافق المقاول من الباطن، دون ان يبذل العناية الكافية للتحقق من صحة رايه، ثم تبين بعد ذلك ان المادة البديلة قد تسببت بإصابة المبنى بأضرار جسيمة، ففي هذه الحالة يسأل المقاول من الباطن عن تقديم مشورة خاطئة<sup>(٣)</sup>.

1- civ، 7 mars، 1990: bull .civ، III، no 722 p.33.

اشار اليه د. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، ص ٢٨٤.

2- Cass.Civ، 3/10/1983، Rev، Trim civ، 1982.11.P226.

حكم محكمة باريس ١٣ حزيران ١٩٨٠، زيت دي نقلا عن د. سهير منتصر، مصدر سابق، ص ١٨٢.

٣- د. عبد الحميد عثمان، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد ٣٢، اكتوبر، ٢٠٠٢، ص ٤٣.

## الفرع الثالث

### مظاهر الخطأ العقدي لرب العمل عن اصدار أوامر التغيير

بعد أن تعرضنا في الفرعين السابقين الى مسؤولية كل من المهندس والمقاول العقدية عن اصدار اوامر التغيير، سنتعرض في هذا الفرع الى مسؤولية رب العمل العقدية عن اصدار اوامر التغيير، اذ ان عقد الفيديك يقوم على فلسفة التوزيع العادل للمخاطر بين الطرفين، كذلك التوزيع العادل للالتزامات بين الفريقين، وإلا ثارت مسؤوليتهما، ويكون رب العمل مسؤولاً عن المعلومات غير الدقيقة بشأن متطلباته من العمل، كذلك عن عدم دفع الاجر، وفي حالة التعاقد مع مقاول اخر لتنفيذ أوامر التغيير، ولتسليط الضوء على ذلك نقسم دراستنا على النحو الاتي:

#### اولا- الاخطاء ذات الصلة بتقديم معلومات غير دقيقة:

يجب على رب العمل أن يقدم التسهيلات اللازمة حتى يتمكن المقاول من انجاز التزاماته المتعلقة بأوامر التغيير، ومن بين تلك التسهيلات هو الامتناع عن تقديم معلومات غير دقيقة بشأن متطلباته من العمل، فرغم ان قيامه بإدراج هذه التعديلات يعتبر تنفيذا لحقه في التعديل خاصة اذا تم الاتفاق مسبقا على ذلك، إلا أن هذا لا يعني أن يكون له ان يأمر بتعديلات تؤدي الى عرقلة سير العمل، وبالتالي يكون رب العمل مسؤول عن اي خطأ أو اغفال يتعلق بمتطلباته من العمل المراد انشائه<sup>(١)</sup>. ويقصد بمتطلبات صاحب العمل " تحديد الاغراض المقصودة من المشروع، ونطاقه، وتقديم تصميم أو اي تقنية اخرى توضح معايير الانتهاء من اعمال البناء"<sup>(٢)</sup>. ويجب أن تتضمن متطلباته معايير التصميم، ومتطلبات الجودة، وتحديد المسائل الجوهرية المطلوبة من المشروع، وتقديم اوصافها للمقاول، بحيث تكون من واجبات المقاول المنصوص عليها في العقد.

كما يعد عدم قيام رب العمل بتنفيذ التزامه بتسليم بيانات الموقع والرخص والموافقات المطلوبة، مما يترتب عليه وقف التنفيذ مدة طويلة اخلايا جسيما من جانب رب العمل يوجب

١ - احمد دادة حسنية، احكام التزامات رب العمل في عقد المقاوله، رسالة ماجستير، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، ٢٠١٧، ص ٤٠.

٢ - د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٨٦.

مسؤوليته العقدية، علماً ان المقاول يكون مسؤولاً عن تفسيره الشخصي لهذه البيانات وفحص الموقع والاماكن المحيطة به والمعلومات المتعلقة بهما<sup>(١)</sup>.

نلاحظ أن الاحكام التي نص عليها عقد الفيديك جاءت متفقة مع القواعد العامة في القوانين المدنية محل المقارنة، والتي تنص على انه اذا لم يقوم رب العمل بالالتزامات الضرورية لتنفيذ الاعمال التي يقتضيها العقد من جانب المقاول، يعتبر ذلك خطأ موجباً لمسؤوليته العقدية. كما في حالة عدم قيام رب العمل بتنفيذ التزامه بتسليم التراخيص او الادوات او الآلات الاضافية المتعلقة بالأعمال محل أوامر التغيير<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً - الاخطاء ذات الصلة بامتناع رب العمل عن سداد مستحقات المقاول:

ذكرنا في ما سبق عند الحديث عن واجبات رب العمل في اصدار أوامر التغيير بأي صورة كانت، فإنه يقع على عاتق رب العمل ان يفي بالأجر الواجب عليه للمقاول اي ان يتحمل كافة التكاليف الناتجة عن اصدارها، بعد ان يقوم المهندس بتقدير قيمة هذه التغييرات، بموجب شهادات الدفع المرحلية، وذلك لأن الاجر يمثل المقابل الذي قصد المقاول الحصول عليه، سواء كان هذا الاجر تحدد باتفاقهما أم بنص القانون، كما يلزم رب العمل فضلاً عن دفع الاجر بوفاء ما يلحق به ويشمل ذلك نفقات الوفاء والفوائد المستحقة على الاجر مع ملاحظة ان الفوائد لا تسري بالنسبة للأجر المستحق على رب العمل إلا من يوم المطالبة القضائية وفقاً للقواعد العامة<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ما تقدم فإذا لم يدفع رب العمل المقابل المالي أو امتنع عن السداد لأي سبب كان مثل عدم توفر السيولة المالية التي تكفي لسداد مستحقات المقاول بحيث اصبح من المستحيل عليه الوفاء بالتزامه، كان ذلك خطأ يوجب مسؤوليته العقدية.

أما الاحكام الواردة في عقد المقاولة النمطي في القوانين محل المقارنة كما بينا سابقاً قد عالجت التبعات التي تترتب على التغيير حيث ألزمت رب العمل بان يدفع للمقاول المستحقات

١- البند ١٣/١، ص ٤٤ و البند ١/٢، ص ٤٧.

٢- اشارت المادة ١/٨٦٥ من القانون المدني العراقي الى انه "يجوز ان يقتصر المقاول على التعهد بتقديم عمله على ان يقدم رب العمل المادة التي يستخدمها المقاول او يستعين بها في القيام بعمله، ويكون المقاول اجيراً مشتركاً" يقابل هذا النص المادة ٦٤٧ مدني مصري، والمادة ١٧٨٧.

٣- نادر خير حسن، مصدر سابق، ص ٢٥٣.

التي تترتب على التعديل اي زيادة الاجر مقابل زيادة العمل سواء كان الاجر قد حدد على اساس سعر الوحدة او بشكل اجمالي<sup>(١)</sup>.

فإذا لم يدفع رب العمل الاجر وقت استحقاقه او تأخر في الدفع او لم يدفع في المكان الواجب الدفع فيه، او اخل بأي التزام من التزاماته المتعلقة بدفع الاجر، يعتبر قد ارتكب خطأ يوجب المسؤولية العقدية<sup>(٢)</sup>.

### ثالثاً - الاخطاء الناشئة عن تعاقد رب العمل مع مقاول اخر لتنفيذ أوامر التغيير:

إذا عهد رب العمل بتنفيذ التغييرات في اعمال البناء لمقاول اخر، فإنه يمكن للمقاول الاول مطالبة رب العمل أو المقاول الاخر الذي ينفذ التغييرات بالتعويض لإخلاله بعقد المقاولة الذي يخوله الحق في اجراء هذه التغييرات، والقيام بالتنفيذ دون موافقة المقاول الاول. وإن عدم النص على ذلك في العقد لا يعني ان المهندس أو رب العمل حر في اضافة أو حذف اي جزء من العمل وتنفيذه بواسطة اخرين خلال تنفيذ العقد او بعد فترة قصيرة لأن ذلك مخالف لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد يترتب مسؤولية الاخلال بالعقد. إلا أنه يمكن لهما تجنب المسؤولية بإثبات ان المقاول الاول غير قادر فنياً أو مالياً على تنفيذ مثل هذه التغييرات. ويكون للمقاول الاول الحق في نفي ذلك بإثبات ان لديه القدرة على تنفيذ التغييرات الى الحد المناسب وفي هذه الحالة يحصل على تعويض معقول<sup>(٣)</sup>.

كما ان التعاقد مع مقاول اخر لتنفيذ أوامر التغيير يؤثر على سير العمل وانتظامه وكذلك يجعل المسؤولية مشتركة بين المقاولين وهذا الامر ينعكس سلبياً على رب العمل. ويمكن في بعض عقود الفيديك الاتفاق بموجب الشروط الخاصة على أن يكون لرب العمل الحق في التعاقد مع مقاول اخر بعقد منفصل للقيام بإجراء التغييرات، أو فصل جزء من نطاق المشروع ليقوم بتنفيذه مقاول اخر<sup>(٤)</sup>.

١ - انظر نصوص المواد ٨٧٧ مدني عراقي تقابلها المادة ٨٥٦ مدني مصري والمادة ١٧٩٣ مدني فرنسي، وانظر كذلك نصوص المواد ٨٧٩ مدني عراقي تقابلها المادة ٦٥٧ مدني مصري ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي.

٢ - محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٥٤.

٣ - الفقرة ٤ من البند ١٣/٣، ص ١١٠.

٤ - د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٨٦.

## المطلب الثاني

### تطبيقات عن موارد الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية في اصدار أوامر التغيير

انتهينا في المطلب السابق الى امكانية اعطاء صور من المسؤولية العقدية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير، إذ رأينا كيف ان هذه المسؤولية تقوم في حال عدم تنفيذ المدين لالتزاماته العقدية، وهذه الالتزامات هي الالتزامات الرئيسية الناتجة عن العقد وهو ما يعرف بالخطأ بصفة عامة، وحاولنا التأصيل لهذه المسؤولية في احكام عقد الفيديك واحكام عقد المقاولة النمطي في القوانين محل المقارنة وان افترقت بعض هذه الاحكام الى تدخل المشرع في مواضيع معينة خاصة.

إلا أن المسؤولية المدنية ليست قاصرة على المسؤولية العقدية، وانما قد تكون مسؤولية غير تعاقدية تنشأ بسبب الاخلال بواجب قانوني يتمثل بعدم الاضرار بالغير، اذ يقتضي ذلك الواجب بأن يمتنع كل فرد عن اىذاء الاخرين، وان الاخلال بهذا الواجب يكون سببا بالتعويض.

وعلى الرغم من ان عقود الفيديك ركزت بشكل رئيسي على التزامات الاطراف والاهتمام بتغطية الجوانب الادارية والفنية، بشكل متوازن بحيث لم يرجح كفة طرف على اخر وانما نظمها بما يتلائم مع عقد الانشاءات. فإن هذا النوع من المسؤولية وإن لم يكن لها محل في العلاقة بين رب العمل والمقاول من جهة، وبينه وبين المهندس من جهة اخرى نظرا لوجود رابطة عقدية تربط بينهم، إلا أنها يمكن ان تثار في شأن علاقة هذا الاخير بكل من المقاول والغير، حيث ان ظروف العمل والتغييرات القانونية جعلت المهندس عرضة لانشغال مسؤوليته تجاه الغير الذين لم يرتبط معهم بأي علاقة عقدية، فالغير هو كل شخص غير متعاقد مع المهندس بصورة مباشرة، اما رب العمل فمن غير المتصور ان يشمل نطاق المسؤولية التقصيرية للمهندس إلا اذا قدم هذا الاخير خدماته مجانا<sup>(١)</sup>، وهذا غير ممكن من الناحية العملية ولا يتطابق مع رؤية الفيديك، من وجود عقد بين رب العمل والمهندس يكون مقابل اجر في الغالب واتساقا مع ما تقدم، سنوزع بحث الصور التي يكون فيها اساس مسؤولية المهندس عن اصدار اوامر التغيير تقصيريا من

خلال استعراض بعض تطبيقات عن موارد الخطأ الذي يمكن ان تنشأ عنه هذا النوع من المسؤولية وعلى مدى ثلاث افرع ، وعلى النحو الذي سنبينه فيما يأتي:

## الفرع الاول

### الاططاء ذات الصلة بالتعسف في اصدار أوامر التغيير

إن عدم التعسف باستعمال الحق قيد مهم جداً، حيث لا يجوز للمهندس أن يتعسف في استعمال حقه بإصدار أوامر التغيير، والمقصود بالتعسف " الزام الشخص الذي يمارس حقا من حقوقه دون ان يتجاوز حدوده بتعويض الغير عن الضرر الذي ينشأ عن استعمال الحق على نحو ينحرف به عن وظيفته الاجتماعية التي تحددها قيم المجتمع ومصلحته"<sup>(١)</sup>.

ولا يثبت هذا التعسف ولا يعتد به إلا اذا تجسد في صوره الثلاثة المنصوص عليها في المادة (٧) من القانون المدني العراقي والتي تنص " من استعمال حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان ١- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير ٢- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ٣- اذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها غير مشروعة".

ولا يقتصر التعسف في استعمال الحق على حق معين دون غيره وانما هي نظرية عامة تنصرف الى كافة الحقوق، وعند الحديث عن سلطة المهندس في اصدار اوامر التغيير قد يأخذ التعسف احدى هذه الصور المنصوص عليها في المادة اعلاه. حيث غالبا ما يشتكي المقاولون في بعض الحالات من قيام المهندس بطلب اجراء تغييرات تفوق الحد المتعارف عليه (over inspections)، ولذا لا يجوز للمهندس اساءة استعمال الحق (misuse of right) بطلب اجراء تغييرات جوهرية وكبيرة في طبيعة ونطاق العمل، تفوق ما اتفق عليه الاطراف في العقد بدرجة كبيرة أو ان يكون من شأنها ان تقلب العقد رأسا على عقب، لأن هذا يخرج عن اطار التغيير، ويدخل ضمن ابرام عقد جديد لا يملك المهندس اصلا حق التدخل فيه، لأنه ليس طرفا في العقد<sup>(٢)</sup>.

١- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

٢- د. هشام محمد قنديل والمهندس محمد ماجد خلوصي، مصدر سابق، ص ١٤٠.

وان للأمر التغييري تأثير سلبي على صحة العقد اذا انحرف عن النطاق الاساسي وطبيعة العمل، وادى الى تعقيد المشروع الذي يهدف اليه الاطراف وقلب كيان العقد أو تغيير الملامح الاساسية لموضوعه وبما يخل بالتوازن المالي وتجاوز الحدود المألوفة، وينبغي ألا تؤدي أوامر التغيير الى جعل تنفيذ المقاوّل للالتزامه مرهقا يجاوز امكانياته المالية او الفنية او الاقتصادية وتسبب له معاناة من حيث التمويل والقدرات التقنية اللازمة، ومعايير النقيّم، وتغيير تكلفة العمل، ونطاقه وقد بينت الفقرة ١٣/١ سالف الذكر من عقد الفيديك، ان أمر التغيير يحتوي على تغييرات في الكميات لأي بند من بنود الاعمال المتضمنة في العقد، وبالتالي فان عبارة (الاعمال المتضمنة في العقد) تعني لا يجوز للمهندس ان يطلب من المقاوّل اجراء تغيير أو تعديل غير متعلق بالأعمال المنصوص عليها بالعقد أو تخرج عن نطاق موضوعه<sup>(١)</sup>.

وتأسيسا على ذلك فإن المهندس عند ممارسته لحقه في اصدار أوامر التغيير يجب ان يكون الهدف منها هو تحقيق مصلحة العمل فإذا خرج عن هذا الهدف الى هدف اخر سواء أكان الكيد أم الانتقام أم الصالح الشخصي، أو مجرد قصد الاضرار بالمتعاقدين الاخر كان قراره مشوبا بعيب الانحراف أو ما يسمى بإساءة استعمال الحق. كما هو الحال عند قيام المهندس بالمعاينة الزائدة أو لاعتماده لأساليب مستحدثة للقيام بذلك خلافا للعرف أو عن تعسفه في امور القبول والموافقات. ومنها مبالغة المهندس في اعمال الفحص وزيادة اعداد مرات التفتيش او تغيير المواصفات العادية الى مستوى اعلى منها وذلك اعتمادا على ان بنود العقد لم تحدد كيفية الفحص والتفتيش ولا عدد مراته.

أو أن يطلب اجراء تغييرات تعجيزية الغرض منها مضايقة الملتزم وارهاقه من أجل اعطاء العقد الى مقاوّل اخر أو لإرغامه على فسخ العقد كليا، أو ان يدعي ان الاعمال المتعلقة بأوامر التغيير من البساطة مما لا يستحق معه المقاوّل مقابل أو اضافة مدة، أو انه لم يخطر المقاوّل بحقيقة الجسات او الابحاث الموجودة عنده التي تتعلق بتنفيذ البند الذي عمل له امر تغيير.

كما يظهر هذا التعسف في رفض اعمال مطابقة لما ورد بالعقد لرغبته في مستوى اداء اعلى من المتعاقد عليه فمثلا يطلب ان تكون الحوائط الخرسانية بسطح لامع. او كذلك عدم

١- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ٧٤.

اعتماد المواد البديلة بدلا من المواد غير المتوفرة بالسوق من مطابقتها للمواصفات والتي تؤدي نفس الوظيفة وتفي بنفس الغرض وتكون مطابقة للمواصفات فإذا قدم المقاول البديل وفقا لذلك فإنه يستحق كامل الاجر لحصول رب العمل على النفع المرجو مع البديل<sup>(١)</sup>.

وقد اشارات محكمة النقض الفرنسية الغرفة المدنية الثالثة بتاريخ ٢٢ ايار ١٩٦٨ كانت الغرفة قد ضبطت حدود رب العمل في تعديل العقد من جانب رب العمل بعبارات سوء استعمال الحق " اذا كان يحق لصاحب العمل ان يطلب اثناء تنفيذ الاشغال تعديلات على ما كانت موضع اتفاق، فهو يسيء استعمال الحق اذا كانت طلباته متنافرة"<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### الاطء الناشئة عن الفعل الشخصي للمهندس

رغم إن المقاول من الغير بالنسبة للمهندس إلا أننا سوف ندرس مسؤولية هذا الاخير عن الفعل الشخصي في مواجهة المقاول بمعزل عن مسؤوليته تجاه الغير، وذلك لوجود خصوصية تجمع بين المقاول والمهندس كونهما يشتركان في تنفيذ مشروع واحد ويعملان معا في عقد الفيديك، كما يرتبطان عقديا مع رب العمل، إلا أنهما يعدان اغيرا في مواجهة بعضهما البعض الامر الذي يعني ان قيام احدهما بارتكاب خطأ يؤدي الى الاضرار بالآخر من شأنه تحريك قواعد المسؤولية التقصيرية، هذا وقضي بمسؤولية المهندس تجاه مقاول المشروع هي مسؤولية تقصيرية لانهما لا يرتبطان بعقد<sup>(٣)</sup>. وبناء على ما تقدم نقسم البحث على النحو الاتي:

١ - د. هشام محمد قنديل، مصدر سابق، ص ١٤٠

2- Cass.3e civ., 22 mai 1968, Bull. Civ.; III, no 232; RTDciv.1969,p.141,obs.Gcornu.

نقلا عن فرانسواز لابات وسيريل نوبلوت، مصدر سابق، ص ٣٥٢

3 -Civ.3e.3jill.1968,J.C.P.1969.II.15860.

منشور في:

Dalloz repertoire de droit civil:Responsabilite Contractuelle، Dalloz، Paros. 1993. 2e edition، Tome VII.P.6.

اشار الى هذا القرار د. مشاعل عبد العزيز الهاجري، دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات كما نظمتها الطبعات السابقة من عقد الفيديك، بحث مقدم في دورته عن المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين، وحدة الدورات التدريبية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، اذار ٢٠٠٧، ص ١٧٣.

## اولا-مسؤولية المهندس عن الخطأ الشخصي تجاه المقاول:

يمكن أن تنشأ مسؤولية المهندس تجاه المقاول عن عدة اسباب اهمها عيب أو قصور في التصميم اولا ثم تأخر المهندس في تنفيذ وظائفه ثانيا، اذ يشمل العيب في التصميم التضارب أو عدم الدقة في المخططات ونقص في المستندات الخاصة بها أو الاخطاء التي يرتكبها المهندس في وضع القياسات والابعاد أو في اعداد كراسة الشروط<sup>(١)</sup>، فاذا ترتب على هذا العيب في التصميم زيادة في تكاليف اداء المقاول جاز لهذا الاخير اثاره المسؤولية المهندس، فالمهندس يظل مسؤولا عن العيوب التي تعتري ما وضعه من تصميمات ومقاييسات وان لم يكلف بالإشراف والرقابة على تنفيذها<sup>(٢)</sup>.

ورغم إن المهندس في عقد الفيديك لا يقدم ضمانات للمقاول بان تصميمه قابل للتنفيذ في ظل مدة او ميزانية معينتين، وبذلك فان مجرد قبول عطاء المقاول يصبح تنفيذ التصميم من مسؤولية هذا الاخير، إلا أن هذا الرأي لا يمكن قبوله لان ذلك معناه اعفاء المهندس من مسؤوليته عن التصميم وفي هذا اححاف بحق المقاول في بذل الثقة المشروعة في الاعتماد على مثل هذا التصميم المعد من قبل خبير في مجاله الا وهو المهندس، وعليه نحن نتفق مع الرأي القائل<sup>(٣)</sup>، بان المهندس يظل مسؤولا عن العيوب التي تعتري ما وضعه من تصميمات وقياسات، وان لم يكلف بالإشراف والرقابة على تنفيذها (فيما يتعلق بالعيوب في ذات التصميم لا العيوب المتعلقة بتنفيذه).

ان التزام المهندس بوضع تصميم خالية من العيوب يقتزن بواجب العناية (care of duty) وهو واجب يترتب على وجوده قيام مسؤولية المهندس في مواجهة المقاول اذا قام الاخير بتنفيذ التصميم ثم ثبت بانه معيب بشكل لا يمكن للمقاول العادي تقادي الاضرار الناجمة

١- سمير عبد السميع سليمان الاودن، المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري والتنفيذي ومقاول البناء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٢٧.

٢- د. ابراهيم صالح عطية، النظام القانوني لعقد الاستشارة الهندسية، دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣، ص ٣١.

٣- د. عبد الرزاق حسين يس، مصدر سابق، ص ٧٤٠.

عنه<sup>(١)</sup>، ولعل الحكم الصادر في قضية (a.r. moyer inc. v graham) ما يؤيد ذلك، إذ انتهت المحكمة الى تقرير مسؤولية المهندس تجاه طرف ثالث وهو المقاول<sup>(٢)</sup>.

أما فيما يتعلق بتأخر المهندس في تنفيذ وظائفه، فيبرز عندما يطلب المقاول توضيحاً أو توجيهاً من المهندس بشأن مشكلة معينة واجهته اثناء تنفيذ التغييرات، أو يتأخر المهندس في الاستجابة لمطالبات المقاول الواجب على المهندس البت فيها<sup>(٣)</sup>، فللمقاول مساءلة المهندس عن الاضرار الناجمة عن ذلك التأخير، ذلك ان على المهندس التزام ضماني ان يجيب على طلبات المقاول خلال مدد معينة اوضحها عقد الفيديك، وإلا تسبب في تعطيل الجدول الزمني للتنفيذ<sup>(٤)</sup>، فضلاً عن ذلك يتوجب على المهندس ان يحدد ويفصل بين الاعمال المتعلقة بالتصاميم والادارة، ومن بين تلك المتعلقة بالأعمال الانشائية فلا يتدخل في اساليب المقاول وكيفية تنفيذه لعمله، إذ يجب ان يكون للمقاول مطلق الحرية في اختيار اسلوب العمل المناسب له، بما في ذلك اعتبارات الامن للأعمال وتحقيق السلامة للأفراد والكوادر المستخدمة في تنفيذ المشروع<sup>(٥)</sup>.

## ثانياً - المسؤولية عن الخطأ الشخصي تجاه الغير:

إن مسؤولية المهندس عن اصدار أوامر التغيير يمكن ان تثار في مواجهة الاغيار ايضاً<sup>(٦)</sup>، فضلاً عن المقاول. والغير كما وضحنا سابقاً هو كل شخص لا تربطه علاقة عقدية مع المهندس فتتسع دائرة الغير لتشمل كل شخص قد يصيبه ضرر من عمل المهندس كالزائر أو الجار، الذي لم يراع المهندس حقوق الارتفاق المقررة لهم قانوناً أو المارة، فالأشخاص الذين

1 -Nael G. Bunni، op. Cit، p. 151.

2-AR، Moyer Inc. v Graham 285 So. 2d. 397 (fla،1973).

= مشار اليه في Robert،Cox ، the liability of Architects/ Engineer and cosultants for ، Economic loss in the USA ،1985، july، vol2، International Construction law review، p.235

اشار الية د. مشاعل عبد العزيز الهاجري، مصدر سابق، ص ١٧٥. وقد جاء في حيثيات هذا القرار: " The architect is of course liable to his client for negligently prepared plans and specifications. The contractor hired by the client to build the structure although not in privity with the architect, may recover from the architect any extra costs resulting from the architect negligent plans".

٣- البند ١/٢٠ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٥١.

٤- البند ٣/٨ المتعلقة ببرنامج العمل الواجب على المقاول تقديمه، ص ٨٧.

٥- البند ٨/٤، ص ٦٥ و البند ٢١/٤، ص ٧٣.

٦- قضية Trident construction Ltd. V W.L. Wardrop & Associates Ltd.1979,6W.W.R. اشار اليها د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص ١٠٤.

يعتبرون من الغير لا مجال لحصرهم بالفروض متعددة وكثيرة. ويتعين في هذا الموضوع، ان لا يستند الغير المضرور الى مجرد مخالفة المهندس لاحد التزاماته العقدية تجاه رب العمل، وانما يلزم ان يكون هذا المسلك في ذاته وبمعزل عن اي مفهوم عقدي مسلماً خاطئاً، كما لا يستطيع المهندس بالمقابل أن يتحمل من الضرر الذي اصاب الغير بالادعاء انه نفذ عقده مع رب العمل تنفيذاً صحيحاً<sup>(١)</sup>.

وفيما يتعلق بعقد الفيديك والذي يستمد اساسه من القانون الانكلوسكسوني إذ تتقارب الشروط اللازمة لقيام المسؤولية التقصيرية للمهندس سواء كان المدعي هو المقاول أو الغير عموماً، اذ تقوم في الحالتين على اساس دعوى الالهمال، تلك الدعوى التي اخذ بها النظام الانكلوسكسوني واستمد عقد الفيديك احكامه منها، فإذا ما تناولنا احكام هذه الدعوى وجدنا بأنها لم تستقر بعد، فالأحكام القضائية بشأنها تثير مجموعة من التساؤلات اكثر ما تعطي من الاجابات، نظرا لكون هذا النوع من المسؤولية ما زال في تطور مستمر<sup>(٢)</sup>.

ومع ذلك يمكن للمقاول اقامة دعواه ضد المهندس متى ما توفرت شروط هذه الدعوى، تلك الشروط التي كانت مثار جدل واسع، الا انها تحددت في قضية من المحاكم البريطانية اعتبرت سابقة قضائية<sup>(٣)</sup>، تحددت فيها تلك الشروط بما يأتي:

١- أن يكون على المدعى عليه واجب ببذل العناية لصالح المدعي، ولوجود مثل هذا الواجب لا بد من ان يكون باستطاعة المدعى عليه ان يعرف، أو كان يعرف عندما اقام موضوع الشكوى انه لم يبذل العناية المعقولة في ممارسة هذا الفعل فان المدعي سوف يتضرر.

٢- أن يكون المدعى عليه قد تصرف بما يخالف واجبه بعدم اخذه بدواعي الحيلة والحرص.

٣- أن يكون المدعي قد تضرر نتيجة سلوك المدعى عليه وخرقه لواجبه، وكان الضرر من النوع الذي يمكن للمدعى عليه توقعه، او كان عليه ان يتوقعه.

١- د. محمد شكري سرور، ص ٣٨٩. وأشار ايضاً: ان هذا الاشتراط منتقداً، حيث ان التفرقة بين الخطأ العقدي والخطأ التقصيري هي مستحيلة، ذلك ان الواقعة ذاتها يمكن ان تكون خطأ عقدياً في علاقة المهندس مع رب العمل، وخطأ تقصيرياً في مواجهة الاغيار في ان واحد.

٢- د. مشاعل عبد العزيز الهاجري، مصدر سابق، ص ١٧٧.

٣ - Portesea Island Mutal Co-Operative Society v Michael Brashier Assocaites 1989  
NaelG.Bunni, Op.Cit.p.151  
هذه القضية والشروط نقلاً عن :

ويأتباع المضرور لهذه الاجراءات ضد المهندس، فان المقاول يتصرف كشخص ثالث (اي من الاغيار) فيقيم دعواه على اساس الخطأ (tort) متمثلا في الاهمال (negligence)، الا ان وجود عقد المقاولة (Fidic) وما يفرضه من واجبات على المهندس قد يسهل له اثبات تلك الواجبات<sup>(١)</sup>.

ويبقى أن نشير اخيرا انه في جميع الاحوال التي تقدم عرضها، يكون للمقاول الحق بالرجوع بالتعويض على رب العمل نفسه، باعتبار ان المهندس انما كان يتصرف بصفته وكيل (Agent) عن رب العمل، وبعدها يجوز لهذا الاخير ان يرجع على المهندس بما اداه للمقاول. كما يلاحظ ان في القانون الانكلوسكسوني اتجاها لاستبعاد اي واجب بالعناية على المهندس مستمد من قواعد المسؤولية الخطيئة اذا كان العقد يفرض عليه مثل هذا الواجب سواء تجاه المدعى أو الغير<sup>(٢)</sup>.

### الفرع الثالث

#### الاطاء المبنية على علاقة التبعية

لا تتوقف مسؤولية المهندس التقصيرية على مجرد حدوث خطأ شخصي صادر منه، بل قد يتعدى الامر ليشمل الممارسات الخاطئة لتابعيه ايضا، فالمتبوع يكون مسؤولا في مواجهة المضرور عن الضرر الذي يحدثه تابعه بعمله غير المشروع او وقع منه اثناء ادائه لوظيفته<sup>(٣)</sup>.

وكما ذكرنا سابقا ان الفيديك قد اعطى للمهندس حق تعيين ممثل عنه أو مساعديه للقيام بواجباته بشأن أوامر التغيير وفقا للفقرة ٣/٣ والفقرة ٤/٣ سالف الذكر<sup>(٤)</sup>، لذا نجد ان ممثل المهندس ومساعديه هم ابرز تابعيه، فهم قد يكلفون بمهمة مراقبة سير الاعمال المتعلقة بأوامر

<sup>١</sup> - الفقرة ٢/٣ الخاصة بواجبات المهندس، ص ٥٠.

<sup>٢</sup> - انظر الحكم في قضية:

Pacific Associates Inc. and Another v Baxter and others (1989) 2All ER,159

Nael G Bunni, the fidic fromof contract, op.Cit,p.151

<sup>٣</sup> - نصت المادة ١/٢١٩ مدني عراقي على انه (الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية او التجارية، مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم، اذا كان الضرر ناشئا عن تعدد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم...)، يقابلها المادة ١٧٤ مدني مصري (مع اختلاف النص)، وايضا المادة ٢٤٢ مدني فرنسي.

<sup>٤</sup> - البند ٣/٣، ص ٥١.

التغيير، ومساعدة المهندس في تنفيذ وظائفه، ولكي تتحقق مسؤولية المهندس كمتبوع عن خطأ تابعيه لابد من تحقق ثلاث شروط فالشرط الاول يتمثل بقيام علاقة التبعية، حيث تقوم علاقة التبعية على تحقق عنصرين هما عنصر السلطة الفعلية وعنصر الرقابة والتوجيه، اي ان رابطة التبعية تقوم حتى ولو لم يكن المتبوع حرا في اختيار تابعه متى ما كانت له سلطة فعلية في رقابة وتوجيه المتبوع.

أما الشرط الثاني فيتمثل بصدور خطأ من التابع لأن مسؤولية التابع هي اساس مسؤولية المتبوع، ولترتيب المسؤولية يجب أن يكون الضرر الذي يحدثه التابع قد وقع نتيجة تعد منه، لذلك تنتفي مسؤولية المهندس اذا انتفى خطأ مساعده أو الممثل الموكل اليه الخدمة.

والشرط الثالث يتمثل في صدور الخطأ من التابع اثناء قيامه بخدمة متبوعه، والخطأ الذي يصدر من التابع قد يكون اثناء تأدية وظيفته أو بسببها، والخطأ الاول لا يثير اي خلاف ويجعل المتبوع مسؤول اذا توافرت الشروط الاخرى، أما الخطأ الثاني والذي يثير الخلاف فهو الخطأ بمناسبة الوظيفة وبذهب الرأي الراجح الى مسالة المتبوع عن اعمال تابعه حتى وان لم تكن لها علاقة بالوظيفة متى ما كانت هذه الوظيفة قد سهلت للتابع ارتكاب الفعل<sup>(١)</sup>، فمتى ما وجدت علاقة التبعية بين المهندس وممثله او مساعديه، ثم قام اي من هؤلاء بارتكاب اخطاء ادت الى الاضرار بالمقاول أو الغير، وكان هذا الخطأ واقعا اثناء قيامهم بمهام وظائفهم او بسببها (بحسب الاحوال)، قامت مسؤولية المهندس في مواجهة المضرور<sup>(٢)</sup>، وفي عقود التشييد عموما وفي عقد الفيديك خصوصا، لا يسأل المهندس اذا كان ممثله او مساعده معيناً من قبل رب العمل ومدفوع الاجر من قبله إلا في حالة تعلق الامر بعمل تركه المهندس لممثله رغم انه كان عليه القيام بتنفيذه بنفسه، أو ان المهندس اخطأ فلم يصدر اوامر صحيحة لممثله.

ان مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه بعمله غير المشروع تقوم على خطأ مفترض قابل لإثبات العكس، مرجعه سوء اختياره لتابعيه وتقصيره في رقابتهم، وهي مسؤولية تبعية مقررة بحكم القانون ولمصلحة المضرور<sup>(٣)</sup>.

١- د. عبد المجيد الحكيم واخرون، مصدر سابق، ص ٣٥٧.

٢- د. ابراهيم عطية صالح، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

٣- د. حميد لطيف نصيف، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، دار ميزوبوتاميا، بغداد، ٢٠١٣، ص ٢١٢.

## المبحث الثاني

### آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير

ان الهدف من اثبات المسؤولية المدنية هو حصول المضرور على تعويض سواء كان عينيا أو تعويضا بمقابل، لجبر الضرر الذي حصل من جراء الاخلال بالعقد، وان الحصول على هذا التعويض لابد ان يكون عن طريق اقامة دعوى امام الجهات المختصة بنظر هذا النوع من النزاعات، وفي حال ثبوت المسؤولية المدنية على النحو السابق بيانه فلا يكون أمام الاطراف من طريق لدفع المسؤولية عن عاتقهم إلا بإثبات السبب الاجنبي الذي لا يد له فيه.

وبناء على ما جاء اعلاه ان دراسة آثار المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير تستدعي ان نقسم هذ المبحث الى مطلبين نخصص الاول لدراسة وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن اصدار اوامر التغيير، ويتناول الثاني حكم تحقق المسؤولية المدنية عن اصدار أوامر التغيير وكما يأتي:

## المطلب الاول

### وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن اصدار أوامر التغيير

نظرا لما يتسم به القضاء من اجراءات روتينية معقدة، من طول امد التقاضي وتعدد درجاته وطرق الطعن والاكثر من ذلك مشاكل تنفيذ الاحكام والقرارات القضائية، وقلة الامكانات المالية والبشرية ذات الكفاءة والتخصص، الامر الذي يؤدي الى زيادة الخصومة بدلا من حلها، فلقد نص عقد الفيديك على وسائل حقيقية وفعالة في القضايا والمنازعات المتعلقة بالإنشاءات، بهدف الوصول الى حل المنازعات بطريقة اسرع تحقق مصالح الاطراف، وتوفر الوقت والجهد عليهم وتستمد هذه الوسائل قوتها القانونية من الارادة المشتركة للأطراف باعتبارها لا تعدو ان تكون مجرد تطبيق عقدي لما اتجهت اليه تلك الارادة، إلا أن هذا لا يمنع الاطراف من مراجعة القضاء لتلافي اضرار أوامر التغيير أو تغطيتها ووسيلته في ذلك الدعوى القضائية المنصوص

عليها في القوانين المدنية محل المقارنة، ويستطيع الطرف المدعى عليه نفي مسؤوليته عن اضرار أوامر التغيير بطريق مباشر عن طريق نفي خطئه، وقد يدفع مسؤوليته بطريق غير مباشر عن طريق قطع علاقة السببية بين فعله الضار والضرر الذي نشأ عنه وذلك بإثبات السبب الاجنبي.

وعلى وفق ما تقدم، لا بد ان نقسم هذا المطلب الى ثلاثة فروع، نبين في الاول وسائل تسوية المنازعات في عقد الفيديك، ونخصص الثاني لبيان وسائل تسوية المنازعات وفق القواعد العامة في القوانين محل المقارنة، ونفرد الاخير لتحديد مدى امكانية دفع المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار اوامر التغيير. وكما يأتي:

## الفرع الاول

### وسائل تسوية المنازعات في عقد الفيديك

من مميزات عقد الفيديك في اصدار ٢٠١٧ انه فرق بين المطالبات Claims والمنازعات Disputes ، وجعل لكل منهما تنظيمًا معينًا لحل الخلافات التي تنشأ بين اطراف التعاقد، فالمطالبة تختلف عن المنازعة، كون ان مرحلة المطالبة تسبق المنازعة، بالتالي نظم الفيديك اليات معينة لحل المطالبات وذلك في سبيل التخفيف من عدد المنازعات التي قد تؤثر سلبا على استمرارية واستقرار العقد، اذ انه ليس بالضرورة ان تتحول المطالبة الى منازعة، فقد يتم حل المطالبة قبل تحولها الى منازعة.

لذلك يبرز دور التسوية الودية بين الاطراف لحل المطالبات، حيث وسع عقد الفيديك صلاحيات كل من المهندس ومجلس تجنب وفض المنازعات (dispute avoidance board) / adjudication board في سبيل مساعدة الاطراف لحل المطالبات والمسائل العالقة قبل تحولها الى منازعة، ويبرز دور مجلس تجنب وفض المنازعات بما له من صلاحيات، ودور التحكيم Arbitration باعتباره مرحلة تسلسلية لاحقة على دور المجلس.

وفي ضوء ما تقدم ستبحث الدراسة في هذا الفرع ماهية المطالبات والمنازعات وكيفية التمييز بينهما أولاً، ثم آلية حل مطالبات وأمر التغيير ثانياً، ومن ثم آلية حل منازعات وأمر التغيير ثالثاً، وكما يأتي:

### أولاً- ماهية المطالبات والمنازعات في عقد الفيديك:

سنتناول في هذه الفقرة مفهوم المطالبات والمنازعات حيث سنقسم هذه الفقرة الى ثلاثة نقاط نتناول في الفرض الأول مفهوم المطالبات، أما الفرض الثاني فنتناول به مفهوم المنازعات، أما الفرض الثالث فخصصناه لتمييز المطالبة عن المنازعة. وكما يلي:

#### ١- مفهوم المطالبات:

يقصد بالمطالبة بصورة عامة الادعاء بحق في اموال او ممتلكات او غير ذلك وهي طلب حصول طرف متضرر على حقوقه نتيجة تحمله اعباء زائدة لم تؤخذ في الحسبان عند توقيع العقد في مشروع جاري تنفيذه<sup>(١)</sup>، ولكي يستطيع هذا الطرف صرف قيمة هذه المستحقات يتوجب عليه القيام بمجموعة من الاجراءات والخطوات تبدأ منذ بدء العمل وذلك لتدعيم موقفه، واقناع الطرف الاخر بحقه فيما يطالبه به نتيجة الابعاء المستجدة<sup>(٢)</sup>.

أما المطالبة في اطار الشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧ فتعني " طلباً أو تأكيداً من جانب احد الطرفين للطرف الاخر بموجب اي بند من هذه الشروط أو ناشئة عن العقد أو ناشئة عن تنفيذ الاعمال"<sup>(٣)</sup>، ونلاحظ ان عقد الفيديك نسخة عام ٢٠١٧ قد اورد تعريفاً صريحاً للمطالبة في قائمة التعاريف الواردة ضمن الشروط العامة، على العكس من عقد الفيديك لعام ١٩٩٩ حيث لم يورد اي تعريف للمطالبة ضمن شروطه، اضافة الى ان التعريف اعلاه جاء عاماً حيث لم يقصر المطالبة على طرف دون اخر وهذا يدل على شمول جميع الاطراف بحق الادعاء بمطالبة عن الاضرار التي لحقت بهم. كما ان من التحديثات التي وردت في عقد الفيديك الاصدار ٢٠١٧ انه ليس بالضرورة ان تكون المطالبة مالية و - او تمديد مدة بل من

١- د. حسن فليح حسن ود. حميد لطيف نصيف، المطالبات والخلافات في عقود المشاريع الانشائية، دار ميزوبوتاميا للنشر، بغداد، ٢٠١٢، ص ٤.

٢- د. مهندس محمد ماجد خلوصي ومهندس نبيل محمد عباس، المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، ٢٠٠٨، ص ٧.

٣- البند ٦/١/١، ص ٢٩.

الممكن ان تكون متعلقة باستحقاق او " حل منصف اخر" فيما يتصل بتفسير احكام العقد، أو بتصحيح اي غموض في مستندات العقد، أو تخفيض قيمة العقد وتمديد فترة الاخطار بالعيوب.

وانطلاقا مما سبق يمكن ان نستنتج تعريفا للمطالبة في مجال عقد الفيديك بأنها: طلب كتابي من قبل طرف مقدم الى الطرف الاخر بخصوص استحقاق او تعويض بموجب اي من احكام العقد، عن الاضرار التي لحقت به جراء واقعة معينة يعتبر الطرف الثاني مسؤولا عنها.

ويجب ان تكون هناك خطة محددة للمطالبة، فلا يمكن لطرف ان يتقدم بمطالبة بدون هدف محدد، بل يجب ان يكون هدفه هو الحصول على التعويض المناسب عن الضرر الذي اصابه بسبب مخالفة الطرف الثاني للعقد سواء كان الطرف الثاني هو رب العمل او المقاول او المقاول من الباطن او المهندس، وتوجد طريقتان تنظمان طريقة الدخول في المطالبات، الاولى هي طريقة اعادة حالة المتضرر الى الوضع الذي كان عليه قبل مخالفة الطرف الاخر لشروط العقد، والطريقة الثانية هي ما تسمى بطريقة الحد الأدنى وتعني حصول الطرف المتضرر على اقل ما يمكن ان يقبله في مطالباته، ويجب على كل من يرغب في استخدام المطالبة ان يكون ملما بهذا المفهوم الخاص بالمطالبات<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة لأطراف المطالبة فإنها غالبا ما تكون بين المقاول الرئيسي ورب العمل، إلا أنه نظرا لتعدد وتشابك العلاقات القانونية في عقد الفيديك فانه المطالبات قد يقدمها المقاول ضد رب العمل وحده، أو قد يقدمها ضد رب العمل والمهندس بالتضامن، كما يمكن أن يقدمها ضد المقاول من الباطن، أما بالنسبة لرب العمل فانه يحق له تقديم مطالبة ضد المقاول الرئيسي أو ضد المهندس، إلا أن الواقع العملي في تطبيقات عقد الفيديك افرز حقيقة مهمة وهي إن المقاولين يمثلون غالبية المطالبين، وذلك كون اعداد المقاولين الرئيسيين والمقاولين الثانويين اكبر من اعداد ارباب العمل والمهندسين، ناهيك عن ان اهم اسباب المطالبات هو التغييرات في الاعمال، وتقصير المهندسين في ادارة العقد بشكل جيد، بسبب اخلالهم بمستندات العقد<sup>(٢)</sup>.

١ - المهندس محمد ماجد خلوصي ود. هشام محمد قنديل، مصدر سابق، ص ٦ وما بعدها .

٢ - المهندس محمد ماجد خلوصي ود. هشام محمد قنديل، مصدر ذاته، ص ٧.

ومن الجدير بالذكر انه هناك مطالبات لا ترتبط باي علاقة تعاقدية بالمشروع الذي يتم تنفيذه لكنها تمتلك الصلاحية أو الصفة القانونية من اجل المطالبة كجبران الموقع أو المجتمع المنفذ فيه العمل وذلك لتضررهم من عملية الانشاء نفسها أو طبيعة المبنى بعد تشغيله<sup>(١)</sup>.

إن ارباب العمل يكونون على دراية جيدة بالمطالبات المتكررة التي يقدمها المقاولون سواء كانت اثناء تنفيذ المشروع أو عند اتمامه، وقد تصل هذه المطالبات الى نسبة كبيرة وذلك اعتمادا على نوع الجدول الزمني المطلوب لإتمام المشروع وجودة التصميم المستخدمة وكذلك لغة المستندات العقدية وتعتمد كذلك على المقاول نفسه، اذ انه في كثير من الاحيان تكون مطالبات المقاول مبررة ويوجد ما يدعمها لذلك فانه ليس من الصحيح قيام رب العمل بإنكار المطالبة دون سبب كما يحدث في بعض الاحيان، وذلك املا في اطالة عملية التقاضي وبالتالي جعل المقاول يترك مطالبته، لذلك يمكن القول ان رب العمل الذي يسير على هذا النهج في الرد على مطالبات المقاول قد يجد خلال مشاريعه المستقبلية ان كل المقاولين سوف يضحون حدود مستحقاتهم للفقرات غير المنظورة، أو عزوفهم عن التعامل مع تلك النوعية من ارباب العمل<sup>(٢)</sup>.

## ٢ - مفهوم المنازعات في عقد الفيديك:

بداية يمكن تعريف المنازعة بشكل عام بانها: عبارة عن خصومة تنشأ عادة عن اختلاف المصالح في موضوع معين، وليس بالضرورة ان تحل عن طريق القضاء<sup>(٣)</sup>. أما بالنسبة لمعنى المنازعة في المشاريع الهندسية فانه يجب تحديدها بدقة اكبر لكي نتمكن من فهمها وتحديد طريقة الحل بما يتلاءم مع العقد المبرم بين الاطراف. والحقيقة تنشأ المنازعة في الغالب اذا قام احد الاطراف بإرسال خطاب الى الطرف الاخر ولم يرد عليه الاخير، أو كان رده سلبيا، فإن ذلك يعد منازعة بالمعنى الفني يتم حلها حسب بنود العقد الذي نشأت في ظله<sup>(٤)</sup>.

أما بخصوص تعريف المنازعة في اطار الشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧ حيث تم تعريف المنازعة على انها الحالة التي أ- يتقدم طرف بادعاء ضد طرف اخر(والتي قد تكون

١ - د. علي مطشر عبد الصاحب، مصدر سابق، ص ٢٨٢.

٢ - د. محمد فؤاد الحريري، اليات تسوية المنازعات في عقود الفيديك النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢، ص ٥٥.

٣ - علي سعيد اليامي، فض المنازعات في عقود الفيديك، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠١١، ص ١٠.

٤ - المصدر ذاته، الصفحة ذاتها.

مطالبة كما ورد تعريفها في هذه البنود او مسألة يتم تحديدها من قبل المهندس بموجب بنود هذا العقد او غير ذلك)ب- الطرف الاخر(او المهندس تحت البند الفرعي ٢/٧/٣[قرار المهندس] يرفض المطالبة كلياً او جزئياً. ج- ولا يقبل الطرف الاول هذا الرفض (من خلال تقديم اخطار بعدم الرضا تحت البند الفرعي ٥/٧/٣ [عدم الرضا بقرار المهندس] او غير ذلك).

كما وان فشل الطرف الاخر(او المهندس) في الرد على المطالبة او الاعتراض عليها، جزئياً او كلياً، يمكن ان يشكل رفضاً، في حال ان هيئة تجنب /فض المنازعات او المحكم(بحسب الاحوال) رأوا ان ذلك من المعقول<sup>(١)</sup>.

نلاحظ من التعريف اعلاه ان عقد الفيديك ٢٠١٧ قد اورد تعريفاً للمنازعة ضمن قائمة التعريفات الواردة ضمن الشروط العامة على العكس من عقد الفيديك ١٩٩٩ نسخة عام حيث لم نجد تعريفاً معتمداً لمعنى النزاع ضمن بنوده. كما ان الذي يستفاد من هذا التعريف هو ان النزاع لا ينشأ إلا بعد تقديم المطالبة من قبل الفريق أو الطرف الاول فيرفضها الطرف الاخر ثم يعترض الفريق المدعي على الرفض.

ووفقاً لعقود الانشاءات فإن كلمة منازعة تعني "هي طلب طرف متضرر (او من يعتقد انه متضرر) للحصول على ما يعتبر ان له حقا في ان يعوض عن الضرر الذي اصابه، او ان يعتقد ان له حقا فيه استنادا الى شرط في العقد، او بسبب اخلال او مخالفة الطرف الاخر للعقد او بسبب يتعلق بالقانون الذي يحكم العقد<sup>(٢)</sup>.

ومن خلال ما تقدم يمكن ان نستنتج تعريف للمنازعة بأنها(خصومة بين طرفين تنشأ من خلال مطالبة سابقة من احد الاطراف أو اي مسألة يتم تحديدها من قبل المهندس بموجب العقد يرفضها الطرف الاخر كلياً أو جزئياً، وبالتالي احوالها الى مجلس تجنب وفض المنازعات او التحكيم كيفما تقتضيه الحال)

١- البند ٢٩/١/١، ص ٣٢.

٢- مها اشقر عبد الله العطار، مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديك الاحمر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١١، ص ٥٩.

ومن الجدير بالذكر ان المنازعات التي يعتمدها عقد الفيديك قد تكون بين اطراف العقد أو قد تكون من الغير، ويستوي ان يكون النزاع قد نشأ قبل العقد او اثناءه، المهم في هذا الشأن ان يكون النزاع مرتبطا بالعقد او ناشئا عنه<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالبيان ان وثائق العطاء القياسية العراقية لم يرد فيها تعريف للمطالبة أو المنازعة كما هو الحال في اصدار عقد الفيديك ٢٠١٧ حيث تم اعداد هذه الشروط بالاسترشاد بعقد الفيديك ١٩٩٩ والذي جاء خاليا من ذلك.

### ٣- التمييز بين المطالبة والمنازعة:

توجد علاقة وطيدة بين المنازعات disputes والمطالبات claims في اطار عقد الفيديك النموذجي، إلا أنه يجب التمييز بينهما، فالمطالبة لا يمكن تقديمها بصورة مباشرة على انها منازعة سواء امام المهندس او مجلس تجنب وفض المنازعات او هيئة التحكيم، فهي لا تصبح كذلك إلا بعد عرضها على المهندس الذي يصدر قرارا لا يلقى قبولا لدى اي من طرفي العقد<sup>(٢)</sup>.

وعليه اذا لم يرتض لطرفا المطالبة الموقف الذي اتخذه المهندس بشأن المطالبة المعروضة عليه، تتحول هذه المطالبة الى منازعة وقد اكد على ذلك عقد الفيديك كما اسلفنا سابقا في تعريف المنازعة في البند (٢٩/١/١).

نفهم مما تقدم ان النزاع ينشأ الى حيز الوجود من خلال وجود خلاف، يؤدي الى مطالبة والمطالبة تؤدي الى نزاع.

### ثانيا - الية حل مطالبات أوامر التغيير:

كما اسلفنا سابقا إن التغييرات تثير مشاكل عديدة، وهذا ما يقود الاطراف الى تقديم مطالبات لإيجاد الحلول لتلك المشاكل، وعليه لابد من اتباع الاجراءات المنصوص عليها في البند ٢٠/١، حيث يجب ان تمر هذه المطالبة بمراحل عديدة يتوجب على الاطراف مراعاتها والا تأثرت مطالبته بذلك النقصان، لذا سيتم بحث اجراءات تقديم المطالبات، كما سيتم التطرق الى التحديثات الواردة على الشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧، وكيف تعامل عقد الفيديك مع

١- مها اشقر عبد الله العطار، المصدر ذاته، ص ٦٠.

٢- د. علي مطشر عبد الصاحب، مصدر سابق، ص ٢٨٢.

مطالبات كل من المقاول وصاحب العمل، لاسيما وان الطبعات السابقة لم تفرق بين مفهومي المطالبة والمنازعة، ولم تخصص اجراءات مرحلية لكل منهما، وكما يأتي:

#### ١- اجراءات تقديم المطالبات:

ليس الهدف من المتطلبات الاجرائية حرمان الاطراف من مستحقاتهم من خلال انشاء العقبات الاصطناعية الاجرائية، انما يتمثل الغرض من معظم الاحكام الاجرائية في عقد الفيديك هو للتأكد من ان جميع الاطراف المعنية، وعلى رأسها المقاول وصاحب العمل، على علم تام بشأن ما يحدث في سير العمل، سواء من حيث تقدم العمل وفيما يتعلق بأي مشاكل قد تحدث، وعليه يجب ان تمر المطالبة بمراحل عديدة وفقا لما يأتي:

#### أ- اخطار المطالبة (Notice of claim):

ورد في الشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧، بانه يجب على المقاول وصاحب العمل اذا اعتبر احدهما مستحقا لتمديد في الوقت او تخفيض او زيادة لقيمة العقد او غير ذلك، يجب عليه ارسال اخطار الى المهندس مرفقا به وصف للمطالبة خلال مدة لا تتجاوز ٢٨ يوما من تاريخ علم الطرف او وجوب علمه بتلك الواقعة او الظرف محل المطالبة<sup>(١)</sup>.

واذا فشل الطرف صاحب المطالبة في التقيد بمدة الاخطار، بحيث قام بإرسال اخطار المطالبة بعد المدة المذكورة اعلاه، فانه يجب على المهندس بعد استلامه للإخطار ان يرسل للطرف صاحب المطالبة خلال ١٤ يوما اخطارا يبلغه فيه بأن مدة اخطار المطالبة قد انتهت وعلى صاحب المطالبة ان يبرر اسباب التأخير للمهندس حتى يقوم الاخير بتقديرها، واذا تبين له ان اسباب المطالبة جدية فيعتبر الاخطار بالمطالبة صحيحا<sup>(٢)</sup>، أما اذا لم تكن هناك اسباب جدية- بحسب وجهة نظر المهندس- للتأخير في ارسال اخطار المطالبة للمهندس خلال المدة الزمنية، فتعتبر المطالبات التي يطالب بها غير مستحقة<sup>(٣)</sup>.

١- البند ١/٢/٢٠، ص ١٥١.

٢- الفقرة الثانية من البند ١/٢/٢٠، ص ١٥١.

٣- البند ٢/٢/٢٠، ص ١٥٢.

وفي الحالة التي يخل المهندس فيها بإرسال الاخطار خلال مدة الاربعة عشر يوماً لصاحب المطالبة بانتهاء المدة الزمنية للإخطار بالمطالبة، سيتم اعتبار الاخطار بالمطالبة قائماً وساري المفعول، وعلة ذلك بانه قد يكون لصاحب المطالبة عذرا يبرر له تأخيرها ولا يستحق جزاء سقوط حقه في المطالبة<sup>(١)</sup>.

ومن الجدير بالإشارة الى ان حق المطالبة لا يقتصر على المقاول فقط، بل يشمل صاحب العمل كذلك، حيث يتم التعامل مع مطالبة صاحب العمل وحلها بذات الاجراءات والاليات المنصوص عليها في الشروط العامة، على عكس النسخ السابقة لعقد الفيديك التي كان يتم التعامل مع كل من مطالبات المقاول وصاحب العمل على حدة<sup>(٢)</sup>.

ويقتضي المنطق أن يكون الاشعار (الاخطار) مكتوباً رغم عدم اشتراط ذلك في ١/٢٠ من عقد الفيديك، حيث ان البند ٣/١ الخاص بالاخطارات والاتصالات قد اشترط ان يكون كل اخطار بما في ذلك الاخطار بالمطالبة مكتوباً<sup>(٣)</sup>، وذلك حتى يستطيع كل طرف ان يحفظ حقه، فالكتابة وسيلة اثبات مهمة، لا غنى عنها في هذه الاحوال لاسيما ان عقد الفيديك قد رتب جزاءً خطيراً على عدم قيام المقاول بهذا الاخطار ألا وهو خسارة الطرف صاحب المطالبة لحقه في المطالبة. كما ان تقديم الاخطارات قد حدد بمدة بينها البند ٢٠ / ١ سالف الذكر، والغرض من ذلك هو اعطاء المهندس الفرصة لتفقد الموقع وفحص الظروف التي احاطت بالمطالبة قبل ان يمضي وقت طويل على حدوثها، كما تحمي هذه المدد رب العمل من اي مطالبة مكررة قد يدعي بها المقاول بخصوص اوامر التغيير، لا سيما في الحالة التي تمر فيها فترة من الزمن قد

١- البند ٢/٢/٢٠، ص ١٥٢.

٢- حيث كانت المطالبات التي يتم ارسالها في الطباعات السابقة مقتصرة فقط على المقاول، اما صاحب العمل لم يكن يخضع لنفس الاجراءات والاليات المتبعة بشأن المقاول، حيث ورد في البند ٢٠/١ من الشروط العامة لعقد الفيديك ١٩٩٩ بأنه " اذا كان المقاول يعتبر نفسه مستحقاً للحصول على تمديد في مدة الاتمام و/او اية دفعة اضافية بموجب اي مادة من هذه الشروط او لغير ذلك من الاسباب المتعلقة بالعقد، فانه يتعين عليه ان يرسل الى المهندس اخطاراً مبيناً فيه الواقعة او الطرف الذي ادى الى تكون المطالبة، ويتعين ارسال هذا الاخطار في اقرب فرصة ممكنة عملياً، وذلك خلال مدة لا تتجاوز (٢٢) يوماً من تاريخ دراية المقاول او وجوب درايته بتلك الواقعة او الطرف".

٣- البند ٣/١ من عقد الفيديك ينص على انه (حيثما تنص هذه الشروط على اعطاء اخطار بما في ذلك اخطار...، مطالبة يجب ان يكون الاخطار او تواصل اخر مكتوبة)، كما ان البند ٥٦/١/١ قد عرف الاخطار يعني أي مخاطبة مكتوبة، ويسمى اخطار، ويصدر وفقاً للبند الفرعي ٣/١ من عقد الفيديك..

تزيل امكانية التحقق والتثبت من صحة الوقائع محل المطالبة، ولذلك يلتزم الطرف صاحب المطالبة بإرسال نسخ من الاشعارات والمطالبات الى رب العمل لممارسة حقه في المتابعة<sup>(١)</sup>.

#### ب- بيان تفاصيل المطالبة (Fully delated claim):

بعد مرحلة الاخطار بالمطالبة واستيفاء المدد المحددة لها، فانه يتعين على صاحب المطالبة ايداع تفاصيل المطالبة بالكامل<sup>(٢)</sup>، والتي تتضمن وصفا مفصلا للواقعة او الظرف الذي يتسبب في المطالبة مع بيان الاسس التي يستند عليها صاحب المطالبة سواء كانت عقدية ام قانونية والتي تؤيد مطالبته كما يجب ان تكون المطالبة مدعمة بالوثائق والمستندات التي تثبت الحق في هذه المطالبة مثل تعليمات المهندس للأمر التغيير في حال مطالبة المقاول بتمديد العقد واحتساب التكاليف، كما يجب ارفاق السجلات والمحاضر التي تمت اثناء أو بعد الواقعة أو الظرف الذي تسبب بالمطالبة.

ويجب على صاحب المطالبة تقديم مطالبته المفصلة للمهندس خلال (٨٤) يوما من تاريخ علمه بالواقعة محل المطالبة، أو أي مدة يقترحها صاحب العمل المطالبة ويوافق عليها المهندس، ولهذه المدد اهمية من الناحية القانونية، لان فشل صاحب المطالبة في تقديم مطالبته المفصلة خلال المدة المحددة يعتبر الاخطار بالمطالبة قد سقط<sup>(٣)</sup>، ويثار التساؤل عن مصير حق المطالبة، هل تعتبر مطالبته غير مستحقة وبالتالي يسقط حقه فيها أم يوجد طريق (حل) من خلاله يمكن اعتبار الاخطار قائما؟

نرى ان الشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧ قد نظمت هذه المسألة بالقدر الذي يحافظ على استقرار العقد واستمرار تنفيذه، حيث ان الاصل انه اذا فشل صاحب المطالبة في تقديم مطالبته المفصلة للمهندس خلال المدة المحددة، يسقط الاخطار بالمطالبة، وسقوط هذا الاخير،

١- محمد فؤاد الحريري، مصدر سابق، ص ٧٢٣. وقد اوضح انه لكي يتم اثبات صحة المطالبة ينبغي توافر بعض الشروط ومنها المستندات (particulars)، ومن اهم المستندات المنتجة في هذا المجال هي الفواتير والايصالات ويومييات الموقع وشهادة السلف والذرات وغيرها، كما يجب توفر الاساس القانوني او العقدي او العرفي للمطالبة، وعلى المهندس ان يتأكد من توفر تلك الشروط واهم وسيلة لفحص ادلة الاثبات هي الترتيب الزمني للأحداث لذا يجب تحديد التاريخ والحدث والمصدر لكل مطالبة بدقة ووضوح.

٢- البند ٤/٢/٢٠، ص ١٥٢.

٣- البند ٤/٢/٢٠، ص ١٥٣.

كما ورد في الفقرة الثانية من البند (٢٠/٢/٢) من الشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧، يعني اعتبار المطالبات غير مستحقة.

إلا أنه ولخظورة هذا الاثر على حقوق الاطراف المتعاقدة، يلزم عقد الفيديك المهندس بضرورة اخطار صاحب المطالبة بانتهاء المدة المحددة لتقديم المطالبة المفصلة، حيث ورد في البند رقم (٢٠/٢/٤) بأنه يتعين على المهندس عندما تنتهي المدة المحددة لتقديم المطالبة المفصلة اخطار صاحب المطالبة خلال (١٤) يوما من تاريخ انتهاء المدة حتى يتمكن صاحب المطالبة من تبرير اسباب تأخير، ويقوم المهندس بدراسة وتقدير مدى جدية الاسباب، واذا ثبت له وجود اسباب مبررة للتأخير يعتبر الاخطار بالمطالبة قائما، أما اذا تقاعس المهندس بتقديم الاخطار لصاحب المطالبة خلال (١٤) يوما من انتهاء المدة المحددة، فان ذلك لا يسقط الاخطار بالمطالبة وانما يبقى قائما، ويتم استكمال اجراءات المطالبة بتقديم مطالبة مفصلة للمهندس.

ويمكن ملاحظة القيمة القانونية التي تحملها المدد المحددة في عقد الفيديك ٢٠١٧، حيث ان عدم الالتزام بها يترتب عليه جزاءات معينة قد تؤدي الى سقوط الحق في المطالبة كما تم توضيحه، إذ إن العبرة من هذه المدد هي الحفاظ على استمرار العقد والا يكون معلقا على مطالبات غير جادة.

### ج- قرارات المهندس (Engineers determination):

بعد استلام المهندس للمطالبة المفصلة يجب عليه ان يقوم بإصدار قرار في موضوع المطالبة، وان يخطر الاطراف بقراره خلال (٤٢) يوماً أو خلال اي مدة يحددها المهندس ويوافق عليها الاطراف، ويعتبر انقضاء تلك المدة دون صدور قرار من المهندس رفضا للمطالبة ويحق للأطراف الاعتراض على ذلك<sup>(١)</sup>.

في الحقيقة ان قرارات المهندس لا تعتبر الزامية في هذه المرحلة، حيث انه بعد استلام الاطراف لقرار المهندس يحق لأي منهما الاعتراض عليها من خلال تقديم اخطار بعدم

١- البند ٣/٧/٣ والبند ٥/٧/٣، ص ٥٣- ٥٥.

الرضا (NOD)<sup>(١)</sup>، حيث يقوم الطرف المعارض بتقديم اخطار عدم الرضا الى الطرف الاخر مع ارسال نسخة الى المهندس، ويجب عليه تثبيت اوجه اعتراضه على قرار المهندس وذلك خلال (٢٨) يوما بعد تاريخ استلامه لإخطار المهندس بصدور قراره. وهذا الاعتراض هو ما يتيح للطرف المعارض اللجوء لمجلس تجنب وفض المنازعات للنظر في مطالبته.

أما اذا لم يقدّم اي من طرفي التعاقد بالاعتراض على قرار المهندس خلال مدة (٢٨) يوما يكون قرار المهندس نهائياً ويتعين على الطرفين الالتزام به<sup>(٢)</sup>، وفي حال اخل احد الاطراف بقرار المهندس بعد صيرورته بشكل ملزم ونهائي، يحق للطرف الاخر احالة المسألة للتحكيم مباشرة، ليتم الفصل فيه بحكم نهائي<sup>(٣)</sup>.

ومن الجدير بالإشارة بأنه اذا كانت المطالبة بها عدة جوانب للفصل فيها من قبل المهندس فانه يحق للأطراف الاعتراض على جانب معين، بحيث يتم تقديم اخطار عدم الرضا عن الجزء المراد الاعتراض عليه ويتم تحديده بشكل واضح، ويكون هذا الجزء منفصلاً عن باقي القرار الصادر من قبل المهندس، بحيث ان بقية الاجزاء يعتبر القرار فيها نهائياً وملزماً لجميع الاطراف<sup>(٤)</sup>.

## ٢- دور التسوية الودية في حل المطالبات:

لم يحدد عقد الفيديك طريقة معينة للتسوية الودية، فهي عادة ما تتم برضا الاطراف أياً كانت الوسيلة التي تم الوصول من خلالها الى الاتفاق، الا انه من ضمن التحديثات الواردة على الشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧ انه اعطى كلا من المهندس ومجلس تجنب وفض المنازعات صلاحيات في سبيل مساعدة الاطراف لحل المطالبات والمسائل العالقة قبل تحويلها الى منازعة، لذلك سوف نبحت التعريف بالتسوية الودية كما سنناقش دور كل من المهندس ومجلس تجنب وفض المنازعات في حل المطالبات طرفي التعاقد على النحو الآتي:

### أ-التعريف بالتسوية الودية Amicable settlement:

١- اخطار بعدم الرضا Notice of dissatisfaction يعني اخطاراً من طرف يمكن ان يقدمه الى الطرف الاخر في حالة عدم الرضاء، سواء بقرار المهندس تحت البند الفرعي ٧/٣ [الاتفاق او القرار] او عدم الرضاء بقرار مجلس تجنب/ فض المنازعات تحت البند الفرعي ٤/٢١ [الحصول على قرار مجلس تجنب/ فض المنازعات].

٢- الفقرة الثانية من البند ٧/٥/٣، ص ٥٥.

٣- الفقرة الرابعة من البند ٧/٥/٣، ص ٥٥.

٤- الفقرة الثالثة من البند ٥/٧/٣ ص ٥٥.

تعتبر التسوية الودية أحد وسائل حل الخلافات القائمة أو المحتمل وقوعها، والهدف منها تشجيع اطراف التعاقد على حل الخلافات قبل تصاعدها، وذلك عن طريق محاولة تقريب وجهات النظر والتوفيق بينهما للوصول لاتفاق مرضٍ للأطراف، وتظهر ودية التسوية في التنازل المتبادل عن بعض المستحقات من قبل الطرفين في سبيل الوصول لحل مناسب لهما<sup>(١)</sup>.

إذ نصت المادة ٥/٢١ من عقد الفيديك " اذا صدر اخطار بعدم الرضا بموجب البند الفرعي ٤/٢١ حول قرار المجلس، فعلى الفريقين ان يحاولا تسوية النزاع وديا قبل اللجوء الى التحكيم وعلى اي حال، وما لم يتفق الفريقان على غير ذلك، فانه يمكن البدء بإجراءات التحكيم في او بعد اليوم الثامن والعشرين من تاريخ ارسال الاخطار بعدم الرضا حتى لو لم تكن قد تمت محاولة تسوية النزاع وديا"، نلاحظ انه في اصدار ٢٠١٧ تم الابقاء على مبدأ التسوية الودية في البند (٥/٢١)، ولكن تم تقصير المدة لهذه التسوية الودية الى ٢٨ يوما بدلا من ٥٦ يوما التي درجت عليها الطبقات السابقة، ونرى انه حسنا فعل عقد الفيديك بتقصير المدة حيث لا داعي لإطالة مدة هذه التسوية الودية اذا كانت هنالك مساعي جدية للصلح.

ومن مميزات هذه الوسيلة ان المسائل تحل باقتناع الطرفين دون اللجوء لإجراءات معقدة كما انها تأخذ وقتا اقل، كما انها تقلل من حجم المصاريف التي يمكن ان يتكبدها الخاسر، مثل المصاريف القضائية أو اتعاب المحامين او الرسوم الادارية، اضافة الى انها تركز على اسباب النزاع اكثر من الجوانب القانونية، وتهدف الى الوصول الى التسوية وجعل الاتفاق ملزما بإرادة الاطراف<sup>(٢)</sup>.

ويمكن للأطراف الاستعانة بطرف ثالث لمساعدتهم في الوصول الى حل، فقد يكون الطرف الثالث المهندس او اي شخص اخر يتفق على اختياره الاطراف، حيث لم يفرض عقد

١- عهود بنت يحيى بن سعود، اليات تسوية منازعات عقود الفيديك وفقا للكتاب الاحمر، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السلطان قابوس، ٢٠١٩، ص ٥٣.

٢- د. نجلاء حسن سيد احمد خليل، التحكيم في المنازعات الادارية، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢٥٣. والظفري يوسف ناصر حمد جزاع، تسوية المنازعات الناشئة عن عقود البوت، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، هامش رقم ١٠٩، ص ٨٧.

الفيديك ٢٠١٧ وسيلة معينة لتسوية الخلافات، فالأمر متروك للأطراف لاختيار الوسيلة المحبذة لهم مثل التفاوض المباشر او الوساطة او التوفيق او المحاكمة المصغرة<sup>(١)</sup>.

وقد حرص المشرع في القوانين محل المقارنة على حث الاطراف على اللجوء الى هذه الوسائل البديلة، فبالنسبة للقانون العراقي اشار الى الصلح كوسيلة لتسوية النزاع وديا، ويقصد بالصلح في قانون المرافعات المدنية العراقي "الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بالتراضي"<sup>(٢)</sup>، كما ان وثائق العطاء القياسية العراقية قد اشارت في البند ٥/٢٠ الى التسوية الودية كأحد الوسائل البديلة في تسوية المنازعات<sup>(٣)</sup>.

وفي مصر، عمل المشرع على تشجيع الخصوم من اجل التوصل الى تسوية ودية، فقد نصت المادة ٦٤ من قانون المرافعات المدنية على تشكيل مجلس صلح يتولى التوفيق بين الخصوم وذلك فيما عدا الدعاوى التي لا يجوز فيها الصلح، كما ان قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والذي حل محل قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ اشار في المادة ٩١ منه الى التسوية الودية كوسيلة لتسوية الخلافات والمنازعات بين طرفي العقد<sup>(٤)</sup>.

كما القى المشرع الفرنسي على عاتق المحكمة بنص صريح في المواد ٢١ و ١٢٧ من قانون المرافعات الفرنسي مسألة التوفيق بين الخصوم، فنصت المادة ٢١ على ان يكون من مهمة القاضي التوفيق بين الاطراف<sup>(٥)</sup>، ونصت المادة ١٢٧ على انه يجوز التوفيق بناء على

١ - من طرق التسوية الودية: التفاوض المباشر، الوساطة والتوفيق، حيث يقصد بالتفاوض المباشر: اتفاق اطراف الخلاف على تحديد مدة زمنية يلتزمان فيها بالتفاوض لإيجاد حل للمسألة محل الخلاف، بحيث لا يجوز خلال تلك المدة المتفق عليها اللجوء الى وسيلة اخرى لحل الخلاف. اما الوساطة والتوفيق: فهي وسيلة يستعين فيها الاطراف بطرف ثالث لمساعدتهم للتوصل الى تسوية مقبولة للطرفين باقتراح حلول يتم المفاضلة عليها، ويجوز للطرفين ان يتفقا على قواعد التوفيق والوساطة، ويجوز لهم الاستعانة بقواعد منظمة دولية في الوساطة، مثل: نظام التوفيق للجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولية.. عبد الرحمن عبد السلام عثمان، التحكيم الهندسي، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة ام درمان الاسلامية، ص ٢٨٥-٢٨٨.

٢ - انظر نص المادة (٦٩٨) من القانون المدني العراقي.

٣ - ينص البند ٥/٢٠ على انه (اذا صدر اشعار بعدم الرضا اعمالا للفقرة ٤/٢٠ اعلاه، فانه يتعين على الطرفين محاولة تسوية الخلاف بشكل ودي قبل المباشرة بإجراءات التحكيم...).

٤ - نصت المادة (٩١) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة على انه (يجوز لطرفي العقد في حالة حدوث خلاف اثناء تنفيذه، وقبل اللجوء الى القضاء او التحكيم بحسب الاحوال، الاتفاق على تسويته عن طريق التوفيق او الوساطة...).

4- Art. 21: "Il entre dans la mission du juge de concilier les parties".

طلب الخصوم او بناء على مبادرة القاضي وذلك في أي حالة كانت عليها الدعوى<sup>(١)</sup>، والمادة ١٢٩ اجازت للأطراف الطلب من القاضي تسجيل توافقتهم او تسويتهم للخصومة، والمادة ١٣٠ اوجبت تسجيل مضمون الاتفاق بين الخصوم بالتفاصيل، حتى وان كانت جزئية، والمادة ١٣١ عدت محضر الاتفاق بالتسوية بين الخصوم سنداً تنفيذياً، كما ان كراسة الشروط الادارية العامة C.C.A.G والمطبقة في مسائل تعاقدات الدولة واشغالها العامة اجازت في المادة ٥٠ منها لأطراف النزاع الاتجاه الى استعمال الوسائل البديلة لتسوية المنازعات<sup>(٢)</sup>.

#### ب- دور المهندس في حل المطالبات:

لم تتضمن الشروط العامة لعقد الفيديك في طبعة ١٩٩٩ اي اشارة لدور المهندس في التسوية الودية بين الاطراف خاصة وان هذه الطبعة الغت دور المهندس في حل النزاعات الذي جاء في البند رقم (٦٧،١) من الشروط العامة لعقد الفيديك ١٩٨٧ كما قلنا سابقا.

حيث نص البند على الالية التي يقوم المهندس بها لحل النزاعات على انه: "اذا نشأ اي نزاع، أيا كان نوعه، بين رب العمل والمقاول، فيجب احوالها اولا على المهندس، بموجب كتاب مع ارسال صورة منه الى الطرف الاخر، ويجب على المهندس ان يخطر رب العمل، والمقاول بقراره، في مدة لا تتجاوز (٨٤) يوما تاليا ليوم تسلمه كتاب الاحالة، واذا لم يرض رب العمل او المقاول عن قرار المهندس، او اذا لم يقر المهندس بتوجيه اخطار بقراره في او قبل اليوم الرابع والثمانين التالي ليوم تسلمه كتاب الاحالة، يكون لكل من رب العمل، او المقاول في او قبل اليوم السبعين التالي ليوم تسلم الاخطار بهذا القرار، او قبل اليوم السبعين التالي ليوم انتهاء مدة الاربعة وثمانين يوم المذكورة، وفق الاحوال، مع اخطار الطرف الاخر، وارسال صورة منه للمهندس للعلم، برغبته في بدء التحكيم".

5- Art. 127 : " Les parties peuvent se concilier, d'elles-mêmes ou à l'initiative du juge, tout au long de l'instance".

<sup>٢</sup> - ينظر في ذلك الشأن ما اشارت اليه الفقرات (١-١، ٢-١، ٢-١) من المادة ٥٠ من الشروط الادارية العامة في فرنسا (C.C.R.G)، وكذلك يمكن احوالة منازعات العقود الادارية في فرنسا الى التسوية الودية للتوفيق بين الاطراف من خلال احد الاشخاص او المنظمات، بالإضافة الى تطبيق العديد من القواعد بشأن تسوية تلك المنازعات من خلال اللجان ذات الطابع الوزاري، ومنها اللجنة الاستشارية لتسوية المنازعات وديا، ويرمز لها اختصارا (C.C.R.A) وفقا للمادة ٤/٥٠ من الشروط الادارية العامة، او اللجوء الى الصلح كإجراء لتسوية منازعات القانون العام، وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٢٠٤٥ من القانون المدني الفرنسي.

إلا أنه من ضمن التحديثات الواردة في الشروط العامة لعقد الفيديو ٢٠١٧، يظهر دور المهندس في التسوية الودية للوصول لاتفاق مشترك لحل مسألة معينة بين الاطراف، حيث ورد في البند (٣،٧،١) ضرورة قيام المهندس بإعطاء المشورة للأطراف وبذل مساعيه بكل حياد<sup>(١)</sup>، لتشجيع وحث الاطراف على الوصول لاتفاق بشأن المسألة<sup>(٢)</sup>.

فإذا تم حل المسألة وتوصل الاطراف لاتفاق خلال ٤٢ يوما، ينبغي على المهندس ارسال اخطار للأطراف مرفقا به اتفاق التسوية الموقع من قبل الاطراف<sup>(٣)</sup>، ويعتبر هذا الاتفاق ملزما للأطراف، فاذا اخل طرف باتفاق التسوية بعد ابرامه يحق للطرف الاخر اللجوء مباشرة للتحكيم حتى يصدر حكم نهائي فيه<sup>(٤)</sup>.

أما في حالة عدم التوصل لاتفاق في مسألة معينة، ينتهي دور المهندس في مرحلة التسوية الودية، وينبغي احالة المسألة الى المهندس على النحو المحدد في البند الفرعي ٢/٧/٣ حتى يتخذ بشأنها قرار مع ما يترتب على ذلك من اجراءات<sup>(٥)</sup>.

#### ج- دور مجلس تجنب وفض المنازعات في التسوية الودية:

يعتبر مجلس تجنب وفض المنازعات (DAAB)<sup>(٦)</sup>، احد وسائل حل المنازعات في عقد الفيديو، وقد ظهر عندما تم الغاء دور المهندس في تسوية المنازعات، وهو بذلك ليس وسيلة تحكيم او تقاضي وانما طريقة من طرق تسوية الخلافات عن طريق قواعد العدالة والانصاف<sup>(٧)</sup>.

ومن ضمن التحديثات الواردة في عقد الفيديو بانه تم استحداث صلاحيات المجلس لتجنب حدوث النزاعات، حيث ورد البند رقم (٣،٢١) بانه يستطيع الاطراف اللجوء لمجلس تجنب

١- البند ٧/٣، ص ٥٢.

٢- البند ١/٧/٣، ص ٥٣.

٣- البند ٣/٧/٣، ص ٥٣.

٤- البند ٥/٧/٣، ص ٥٥.

٥- البند ١/٧/٣، ص ٥٣.

٦- كان يعرف في الطبقات السابقة بمجلس فض المنازعات (Dispute Adjudication Board) ويتم اختصاره ب(DAB) الا ان الاصدار الجديد لعقد الفيديو ٢٠١٧ استحدث المسمى والمهام للمجلس ليصبح مجلس تجنب وفض المنازعات dispute avoidance/adjudication board ويتم اختصاره ب(DAAB). انظر البند ٢٢/١/١، ص ٣١.

٧- مراد علي محمد الطروانة، دور مجلس فض المنازعات في عقود الفيديو، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا، العدد ٣٠، جامعة الازهر، كلية الشريعة والقانون بطنطا، ص ٧٠٦.

وفض المنازعات لمساعدتهم للوصول الى تسوية بشأن اي مسألة أو خلاف، وذلك عن طريق تقديم طلب مكتوب ومشترك من قبل الطرفين مع ضرورة ارفاق نسخة الى المهندس.

ويمكن للأطراف تقديم هذا الطلب في اي وقت ما عدا المرحلة التي ينظر المهندس فيها للمسألة أو الخلاف، مثلا مرحلة احالة المطالبة للمهندس وتقديم اخطار بالمطالبة، الا اذا اتفق الاطراف على خلاف ذلك، كما يمكن للمجلس اذا علم بوجود مشكلة أو خلاف بين الاطراف أثناء تنفيذ العقد، دعوة الاطراف لتقديم الطلب المشترك، ويقوم المجلس بتقديم المساعدة وتحديد اجتماع ودي في اي مكان يتفق عليه الاطراف لمناقشتهم وتقريب وجهات النظر للوصول الى حل في موضوع الخلاف.

الجدير بالذكر ان اي مقترح يتم تقديمه في هذا الصدد لا يكون الاطراف ملزمين بالأخذ به، وكذلك لا يكون المجلس ملزما به في اي نزاع مستقبلي، سواء تم تقديمه شفويا أو كتابة<sup>(١)</sup>.

واستنادا الى ما تقدم نلاحظ ان الاصدار الثاني من عقد الفيديك ٢٠١٧ قد تم التركيز فيه على كيفية تجنب حصول النزاعات وعلى تسوية النزاعات. حيث ان المطالبة تختلف في معناها عن النزاع كما ورد ذكره، كما ركز هذا الاصدار في ان يبذل المهندس قصارى جهده للتوصل الى اتفاق حين تسلمه مطالبة ما، مؤديا دوره بحياد، كما ركز على التنبيه المبكر كما ورد في البند الفرعي ٤/٨، وذلك لاستباق حصول امور مؤثرة على سير العمل، كما تم بيان دور مجلس تجنب وفرض النزاعات في تقديم المساعدة للطرفين من خلال مباحثات غير رسمية، لمنع حصول نزاعات، فإن نوع المجلس الوارد في هذا الاصدار هو "مجلس دائم" (Standing DAAB) ويتم تشكيله في بداية المشروع ومن هنا نص البند الفرعي ٣/٢١ على ان للفريقين مجتمعين ان يطلبوا من المجلس خطيا ان يياشر بمهمة المساعدة للتباحث بشكل غير رسمي. ولذلك تم تعديل مصطلح "مجلس فض المنازعات" ليصبح "مجلس تجنب وفرض المنازعات"، كما يلاحظ ان عملية المساعدة هذه لا يؤخذ بها اذا كان المهندس يتصرف بموجب البند الفرعي ٧/٣ للاتفاق او اعداد التحديدات.

### ثالثاً - آلية حل المنازعات في عقد الفيديو:

بعد بيان الفرق بين المطالبة والمنازعة، وتوضيح الآليات التي حددتها الشروط العامة لعقد الفيديو ٢٠١٧ لحل وتسوية المطالبات، سناقش في هذه الفقرة الوسائل التي رسمها عقد الفيديو لحل المنازعات الناشئة عنه ومن ضمنها أوامر التغيير، حيث حدد ثلاث طرق لتسوية المنازعات وهي مجلس تجنب وفض المنازعات، التسوية الودية، والتحكيم.

وحيث انه تم التطرق لوسيلة التسوية الودية في الفقرة ثانياً من هذا الفرع، فان هذه الفقرة ستقتصر على توضيح دور مجلس تجنب وفض المنازعات ودور التحكيم في حل المنازعات الناشئة عن تنفيذ أوامر التغيير في عقد الفيديو، وسيتم الاقتصار على ذكر التسوية الودية كمرحلة اختيارية للأطراف ومدى أثرها على بقية الوسائل الاخرى عند حل المنازعة، وكما يأتي:

#### ١- دور مجلس تجنب وفض المنازعات في تسوية منازعات أوامر التغيير:

يعد مجلس تجنب وفض المنازعات المستوى الاول الذي يلجأ اليه اطراف العقد لحل منازعاتهم والاكثر اهمية بين الوسائل الاخرى، وعليه سنتناول التعريف بالمجلس والية احالة المنازعة اليه، ومدى الزامية قراراته، وكما يأتي:

#### ١- تعريف وتشكيل مجلس تجنب وفض المنازعات:

إن مجلس تجنب وفض المنازعات Dispute Avoidance\Adjudication Board هو شكل من اشكال وسائل تسوية المنازعات، وقد عرفت الشروط العامة لعقد الفيديو مجلس تجنب وفض المنازعات على انه الشخص أو الاشخاص الثلاثة الذين يتم تسميتهم في العقد او يتم تعيينهم بموجب احكام عقد الفيديو<sup>(١)</sup>. وقد اشترط البند رقم (٢١،١) ان يكون حل المنازعات عن طريق مجلس تجنب وفض المنازعات، وانه يجب على اطراف العقد تعيين اعضاء المجلس في المدة المحددة في ملحق المناقصة، اذا لم يتم تحديد المدة فيتم التعيين خلال ٢٨ يوماً من استلام المقاول لرسالة القبول.

ويتكون المجلس من عضو واحد أو ثلاثة اعضاء وفق اتفاق الاطراف، على ان يكون العدد المتفق عليه فرديا، كي يكون هناك اغلبيه في القرار الصادر من المجلس<sup>(١)</sup>، وفي حالة اختيار ثلاثة اعضاء للمجلس، ووفقا للبند المذكور سابقا تكون الالية بان يختار رب العمل عضوا ويختار المقاول عضوا اخر، أما العضو الثالث فيتم اختياره بالتشاور مع العضوين الذين تم اختيارهما ليتم تعيينه رئيسا للمجلس.

تجدر الاشارة الى انه اذا لم يتم تحديد الاعضاء في العقد أو لم يتم الاتفاق على عددهم، يعتبر عدد اعضاء المجلس ثلاثة، وينبغي على اعضاء المجلس الذين تم اختيارهم ان تتوفر فيهم الخبرة في عقود الانشاءات والحيادية والاستقلالية، وذلك لضمان قيامهم بما يتفق بمصلحة المشروع<sup>(٢)</sup>. وعادة ما تكون الية اختيار اعضاء المجلس عن طريق قائمة بالأعضاء مشار اليها مسبقا، فيتم الاختيار من بينهم فيما عدا الاشخاص غير القادرين أو غير الراغبين في التعيين في المجلس، ويعتبر تعيين المجلس مكتملا في الوقت الذي يتم التوقيع فيه على اتفاق مجلس تجنب وفض المنازعات.

ويثار التساؤل عن الية تشكيل المجلس فيما لو لم يتفق الاطراف على اعضاء المجلس؟ للإجابة على هذا التساؤل فانه يتعين اولا تحديد الحالات التي قد يرد فيها هذا الخلاف ومنها حالة عدم اتفاق اطراف التعاقد على تعيين عضو مجلس تجنب وفض المنازعات في حالة تشكيل المجلس من عضو واحد، او حالة عدم استطاعة الاطراف على اختيار عضو في حالة تشكيل المجلس من ثلاثة اعضاء، او عدم موافقة طرف على اختيار العضو الذي قام الطرف الاخر باختياره، او حالة اذا لم يتفق المقاول وصاحب العمل في اختيار العضو الثالث(رئيس المجلس)، او حالة اذا خلا منصب احد اعضاء المجلس ولم يتم الاتفاق بين الاطراف على تعيين بديل عنه خلال ٤٢ يوما من تاريخ خلو المنصب، واخيرا حالة اذا تم الاتفاق على تعيين اعضاء المجلس الا ان احد الاطراف رفض او تخلف عن توقيع اتفاقية مجلس تجنب وفض المنازعات خلال ١٤ يوما من تاريخ طلب طرف موافقة الطرف الاخر.

١- محمد محمد سادات، مصدر سابق، ص ٧٠، هامش رقم ١.

٢- البند ١/٢١، ص ١٥٦.

فإذا توافرت اي حالة من الحالات السابقة، تقوم مهمة التعيين او الشخص الرسمي المسمى في ملحق عرض المناقصة بناءً على طلب اي من اطراف التعاقد او كليهما بعد التشاور مع الاطراف بتعيين عضو المجلس، ويكون هذا التعيين نهائياً وباتاً<sup>(١)</sup>.

أما العراق فلم يسبق له في تاريخه ان اعتمد في قوانينه مجالس لتسوية المنازعات، وان مهمة الفصل للمنازعات كانت متروكة للمهندس، حيث نظمت المادة ٦٩ من شروط المقولة لأعمال الهندسة العراقي " اذا نشأ اي نزاع او خلاف بين الادارة والمقاول... يحال مثل هذا النزاع والخلاف الى المهندس ويجري تسويته من قبله...". إلا أن وثائق العطاء القياسية لعقود الاشغال العامة الجديدة والتي هي عبارة عن النسخة العراقية من عقد الفيديك الاصدار ١٩٩٩، اصدار البنك المركزي الدولي لعام ٢٠٠٥، جاء فيها النص على احالة النزاعات الى مجلس فض المنازعات في المادة ٢٠ منه<sup>(٢)</sup>. كما انها اعتمدت مجلس فض المنازعات الدائم، إلا أنها لم تتضمن ملحقاً يبين الشروط العامة لاتفاقية مجلس فض المنازعات كما هو الحال في عقد الفيديك، لذلك ندعو المشرع العراقي الى وضع ملحقاً لمجلس فض المنازعات العراقي يكون اطار نموذجي لعقد اتفاقيات مجالس فض المنازعات في العراق.

كذلك الحال بالنسبة للقانون المصري حيث لم يرد بين طياته اشارة الى هذه الآلية لتسوية المنازعات في قانون المرافعات المصري أو في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨. وهو ذات الموقف بالنسبة لقانون المرافعات الفرنسي.

#### ب- آلية احالة المنازعة لمجلس تجنب وفض المنازعات:

إن اللجوء الى مجلس تجنب وفض المنازعات من الوسائل التي يحكمها التسلسل بحيث لا تحال المنازعة اليه إلا بعد عرضها على المهندس، ولا يتم اللجوء للتحكيم إلا بعد عرض النزاع على المجلس، طالما تمسك صاحب المصلحة بحقه في اللجوء الى المجلس لتسوية

١- البند ٢/٢١، ص ١٥٧.

٢- لمزيد من التفاصيل، انظر وثائق العطاء القياسية للمنافسات التنافسية العامة لعقود الاشغال العامة، والمادة 2 من القسم السابع منها، منشور على الموقع الالكتروني لوزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية العامة

الخلاف<sup>(١)</sup>، وبناءً على ذلك فإنه يجب على المجلس ان يتحقق اولاً من اختصاصه في نظر الخلاف، وذلك بالتمييز بين المطالبات والمنازعات فالمطالبة لا تتحول الى منازعة إلا في حالتين: الاولى في حالة رفض المهندس او تخلفه عن اصدار تقديره في المطالبة المعروضة عليه خلال ٤٢ يوماً من استلام المهندس للمطالبة المفصلة<sup>(٢)</sup>. والثانية هي بعد تقديم اخطار بعدم الرضا (NOD) على قرار المهندس، حيث يقوم الطرف المعارض بتقديم اخطار عدم الرضا على الطرف الاخر مع ارسال نسخة الى المهندس<sup>(٣)</sup>.

فاذا توافرت احدى هاتين الحالتين تتحول المطالبة الى منازعة، ويحق للطرف صاحب المنازعة ان يحيلها الى مجلس تجنب وفض المنازعات، ذلك وفقاً لإجراءات معينة، وطبقاً للبند (٢١،٤،١) من الشروط العامة لعقد الفيديك والذي وضع اجراءات احالة المنازعة الى المجلس حيث نص على انه يحق للمقاوول ورب العمل احالة المنازعة الى المجلس بعد ما تم عرضها على المهندس، ويجب على صاحب المنازعة ان يحيلها للمجلس خلال ٤٢ يوماً من تاريخ تقديم الاخطار بعدم الرضا (NOD)، والا سقط الاخطار واعتبر غير سار. وسقوط الاخطار بعدم الرضا يعني سقوط الحق في المطالبة<sup>(٤)</sup>.

وقد حدد البند ان تكون الاحالة مكتوبة، فلا ينظر المجلس للمنازعات بصورة شفوية، ويجب على الطرف صاحب المنازعة ارسال نسخة للطرف الاخر ونسخة للمهندس، وتعتبر المنازعة قد احيلت للمجلس في الوقت الذي يستلم فيه رئيس المجلس تلك الاحالة في حالة ما اذا كان المجلس مكوناً من ثلاثة اعضاء، او في الوقت الذي يستلم فيه العضو المنفرد الاحالة اذا كان المجلس مكوناً منه فقط.

أما في حالة نشوء نزاع ولم يكن مجلس تجنب وفض المنازعات موجوداً سواء لعدم تعيين اعضائه او لإنهاء اعماله من قبل الاطراف فإنه يتم احالة المنازعة مباشرة للتحكيم<sup>(٥)</sup>. ومن اجل تسهيل اعمال المجلس فإنه يقع على عاتق اطراف العقد بعض الالتزامات، مثل تمكين

١- هناء حسين العمري، دور فض الخلافات في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد والبناء وفقاً لعقد المساولة الموحد للمشاريع الانشائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٩٩٥، ديسمبر، ٢٠١٢، ٤١١.

٢- البند ٢/٢، ص ١٥٧.

٣- البند ٢١/٤، ص ١٠٢.

٤- الفقرة الثانية من البند ٢٠/٢، ص ١٥٢.

٥- البند ٨/٢١، ص ١٦٢.

المجلس من زيارة موقع العمل، وتقديم كافة المعلومات والمستندات المتعلقة بالمنازعة أو اية مستندات يطلبها المجلس<sup>(١)</sup>.

وبعد احالة المنازعة للمجلس فانه يكون على الطرفين أن يحضرا جلسات الاستماع التي قد يحددها المجلس لنظر النزاع والسماع لأقوال طرفي العقد، وجلسات المجلس لها طابع السرية، فلا يحق لغير المفاوض أو رب العمل أو ممثليهم حضور الجلسات، ويحق للمجلس رفض حضور اي شخص عداهم<sup>(٢)</sup>، كما يحق للمجلس عقد الجلسة في غياب احد الاطراف طالما تم اعلانه بها<sup>(٣)</sup>.

ويكون للمجلس سلطة اتخاذ الاجراءات للتحقق من وقائع المنازعة، مثل (فحص الاعمال، وزيارة الموقع، واستدعاء الشهود، ومراجعة المستندات)<sup>(٤)</sup>، ولا بد من الاشارة الى أن عمل المجلس لا يعتبر تحكيما ولا يعتبر اعضاء المجلس محكمين، حيث ان المجلس غير ملزم باتباع اجراءات معينة مالم يتم الاتفاق عليها من قبل الاطراف<sup>(٥)</sup>.

وفي الحقيقة يجب ان نشير الى أن وثائق العطاء القياسية العراقية لم تحدد قيود معينة على الطرفين عند احالة النزاع الى المجلس، اي انه لم يحدد مدى زمني يتوجب فيه احالة النزاع الى المجلس، ومع ذلك يجب احالة النزاع الى المجلس قبل انتهاء مدته.

### ج- قرارات مجلس تجنب وفض المنازعات:

بعد احالة المنازعة الى المجلس يتعين عليه اصدار قراره خلال ٨٤ يوما من تاريخ الاحالة، أو خلال المدة التي يقترحها المجلس ويوافق عليها الطرفان<sup>(٦)</sup>، ويشترط في القرار الصادر من المجلس ان يكون مكتوبا ومسببا، وان يتم ارساله للطرفين مع نسخة للمهندس<sup>(٧)</sup>،

١- البند ٢/٤/٢١، ص ١٥٩.

٢- انظر القاعدة رقم سبعة البند (٧/١) من شروط اتفاقية مجلس تجنب وفض المنازعات تحت عنوان القواعد الاجرائية لمجلس تجنب وفض المنازعات من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٦٩.

٣- انظر الفقرة (ج) من البند ٧/١ من شروط اتفاقية مجلس تجنب وفض المنازعات، ص ١٦٩.

٤- مشاعل عبد العزيز الهاجري، اثر اضمحلال مجلس تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد والبناء وفقا لعقد المقاوله الموحد للمشاريع الانشائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٩٩٥، ديسمبر، ٢٠١٢، ص ١٠٤ هامش رقم ١٣١.

٥- البند ٣/٤/٢١، ص ١٦٠.

٦- الفقرة الاولى من البند ٣/٤/٢١، ص ١٦٠.

٧- الفقرة الثالثة من ذات البند السابق.

وعلة ذلك حتى يتمكن الطرفان من احتساب المدة الزمنية التي يبدأ فيها احتساب مدة الاعتراض على القرار وحالته للتحكيم، وحتى يحيط الطرفان بجميع وقائع المنازعة وظروفها<sup>(١)</sup>. ويعتبر القرار الصادر من المجلس ملزماً<sup>(٢)</sup>، وعلى طرفي التعاقد الالتزام بتنفيذه، الى ان يتم مراجعته أو إنهائه سواء من خلال التسوية الودية أو التحكيم<sup>(٣)</sup>.

ويحق لطرفي العقد الاعتراض على قرار المجلس بإرسال اخطار بعدم الرضا (NOD) خلال ٢٨ يوماً من تاريخ استلامهم للقرار، أو في حالة تأخر المجلس في اصدار قراره خلال المدة المحددة، فيحق لهما تقديم اشعار عدم الرضا بعد انتهاء المدة المحددة لصدور القرار<sup>(٤)</sup>. وعليه يصبح قرار المجلس ملزماً ونهائياً اذا لم يقدم اي من الطرفين اخطار بعدم الرضا خلال مدة ٢٨ يوماً، مما يعني انه لا يحق للطرفين اللجوء للتحكيم لعرض النزاع فقد اصبح القرار ملزماً وباتاً ونهائياً، حيث ان المدد الواردة في عقد الفيديك هي مدد اتفاقية قائمة على اساس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، وبالتالي فهي تعتبر ملزمة وقانونية بالنسبة لطرفي العقد، لان منشأها اتفاق في ارادة طرفي التعاقد، وبالتالي عدم الالتزام بها يعني سقوط الحق في اللجوء للتحكيم.

ويجب على طرفي العقد تنفيذ القرار، وفي حالة اخلال احد الاطراف بذلك، فانه يحق للطرف الاخر ان يحيل مسالة عدم تنفيذ القرار وليس موضوع القرار الى التحكيم حتى يصدر فيه حكم واجب التنفيذ<sup>(٥)</sup>، وبذلك يستطيع الطرف تنفيذ الحكم وفق اجراءات التنفيذ الجبري للقانون الواجب التطبيق.

ويذهب بعض الفقه الى أن قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ لا يحتوي اي تنظيم لمثل هذا المجلس، وعليه اذا ما عرض هذا النزاع عليه فان القضاء العراقي سينظر اليه كما ينظر الى الرأي الفني الذي يصدر من الخبير الفني حينما يطلب منه القضاء تقديم مشورته الفنية<sup>(٦)</sup>. من جهتنا نؤيد ما ذهب اليه هذا الرأي لأنه في ظل غياب اي تنظيم قانوني لهذا

١ - علاء الدين ابراهيم احمد بغدادي، مدى تسوية منازعات عقود الفيديك بالوساطة ودور مجلس فض المنازعات فيها، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الاردن، ص ١٠٠.

٢ - البند ٢١ / ٣/٤، ص ١٥٩.

٣ - محمد محمد سادات، مصدر سابق، ص ٧٨، هامش رقم ١.

٤ - البند ٢١ / ٤/٤، ص ١٦٠.

٥ - البند ٢١ / ٧، ص ١٦٢.

٦ - د. حميد لطيف نصيف، التحكيم متعدد الاطراف في منازعات عقود التشييد، بلا ناشر، العراق، ٢٠١٢، ص ٣٢.

المجلس في العراق فان قرارات مجلس فض المنازعات لا تلزم القضاء العراقي بها وانما سينظر اليها على سبيل الاسترشاد.

إلا أن المشرع العراقي في الوثائق القياسية فقد سار على ما سار عليه عقد الفيديك في انفاذ قرار مجلس فض المنازعات البات والملزم<sup>(١)</sup>.

وهنا يثار تساؤل هل يسمح القانون العراقي بالتنفيذ الجبري لقرار المجلس باعتبار انه اصبح قرار ملزماً وباتاً بعدم الاعتراض عليه في الميعاد؟

لا صعوبة في الاجابة عن هذا السؤال بالنفي، لأنه لا يجوز التنفيذ الجبري بسند تنفيذي من سندات التنفيذ التي حددها قانون التنفيذ العراقي<sup>(٢)</sup>، ولا يعد قرار المجلس سنداً تنفيذياً. وعليه لا يكون امام طالب التنفيذ سوى اللجوء الى التحكيم، ودور التحكيم هنا ليس التحقق من عدالة القرار اي اعادة البت في حقوق الطرفين، وانما من اجل شيء واحد هو اصدار حكم تحكيمي بتنفيذ ما تضمنه القرار كما هو، حتى يكون هذا الحكم سنداً تنفيذياً سيما بعد التصديق عليه هو الاخر من المحكمة المختصة وفقا للمادة ٢٧٢ من قانون المرافعات العراقي.

أما المشرع العراقي فقد سار في الوثائق القياسية على ما سار عليه عقد الفيديك في انفاذ قرار مجلس فض المنازعات البات والملزم<sup>(٣)</sup>.

## ٢- دور التحكيم في حل منازعات اوامر التغيير:

يعتبر التحكيم الوسيلة الاخيرة لحل المنازعات الناشئة عن أوامر التغيير بعقد الفيديك، حيث يمكن للأطراف اللجوء للتحكيم للوصول لحل نهائي في موضوع المنازعة بينهما. وقد نظم عقد الفيديك ٢٠١٧ في البند ٢١ / ٦ آلية اللجوء الى التحكيم باعتباره المحطة الاخيرة في حال تعذر الوصول لحل المنازعة، سواء بالتسوية الودية بين طرفي العقد، أو من خلال مجلس تجنب وفض المنازعات. وسوف نتناول في هذه الفقرة التعريف بالتحكيم وحالاته، والالية المتبعة في هذه المرحلة وصولاً الى صدور الحكم النهائي لحل المنازعة وكما يأتي:

١ - البند ٧/٢٠ ينص على انه (في حالة اخفاق احد الطرفين بالامتثال للقرار النهائي والملزم الصادر من مجلس فض الخلافات...)، ص ١٦٦.

٢ - المادتين ٩، ١٤ من قانون التنفيذ العراقي المعدل رقم ٤٥ لسنة ١٩٨٠.

٣ - البند ٧/٢٠ من وثائق العطاء القياسية، ص ١٦٦.

## أ-التعريف بالتحكيم وحالات اللجوء اليه:

لم ترد ضمن عقد الفيديك ٢٠١٧ اشارة لتعريف التحكيم كوسيلة من وسائل حل المنازعات، لذا فقد تعددت آراء الفقه والقضاء لتعريف التحكيم فهناك من عرفه بانه " الطريقة التي يختارها الاطراف لفض المنازعات التي تنشأ عن العقد التي يتم البت فيها امام شخص او اكثر يطلق عليه اسم المحكم او المحكمين دون اللجوء الى القضاء"<sup>(١)</sup>، وعرفه البعض بانه " تولية الخصمين حاكما يحكم بينهم"<sup>(٢)</sup>.

وعرف التحكيم من قبل القضاء بانه " طريق لفض الخصومات قوامه الخروج عن طرق التقاضي العادية وعدم التقيد بإجراء المرافعات امام المحاكم بالأصول الاساسية في التقاضي وعدم مخالفة ما نص عليه في باب التحكيم"<sup>(٣)</sup>

ويبدأ التحكيم باتفاق بين الاطراف وهذا الاتفاق يكون على صورتين شرط التحكيم ومشاركة التحكيم. اما شرط التحكيم هو اتفاق يرد ضمن نصوص العقد الاصلي، او يتفق عليه في ملحق العقد الاصلي لمواجهة ما قد يحدث من نزاع في تفسير العقد وتنفيذه، ويسمى الاتفاق في هذه الحالة شرط التحكيم، حيث يكون شرط التحكيم سابقا لأي نزاع<sup>(٤)</sup>. ولشرط التحكيم استقلال تام عن العقد الذي ورد به ويترتب على ذلك عدم بطلانه اذا ما بطل العقد، الامر الذي يكون معه المحكم مختصا بالنظر في المنازعات رغم بطلان العقد لان المحكم يستمد ولايته من شرط التحكيم المستقل عن العقد الباطل<sup>(٥)</sup>.

أما مشاركة التحكيم: فيكون الاتفاق على التحكيم بمناسبة نزاع معين قائم بالفعل بين الخصوم، بمعنى ان الخصوم واثناء الفصل في النزاع الناشئ بينهم يتوصلون الى الاتفاق على اللجوء الى التحكيم طريقا للفصل في النزاع<sup>(٦)</sup>.

١- اقتراح رشيد خليل، النظام القانوني لعقد الفيديك، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ٢٠١٣، ص ١٨١.

٢- د. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، بيروت، ط١، دار السنهوري، ٢٠١٥، ص ٢٨٩.

٣- د. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك لمقاولات واعمال الهندسة المدنية ووسائل فض المنازعات الناشئة عنها، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٥، ص ٢٠٠.

٤- رنا محمد راضي، التحكيم في العقود الادارية، رسالة ماجستير، جامعة النهريين، ٢٠٠٧، ص ١٩.

٥- د. عبد العزيز منعم خليفة، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية، بلا ناشر، ط١، ٢٠١١، ص ٣٣.

٦- د. نبيل عبد الرحمن، مبادئ التحكيم، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٧.

أما التحكيم في عقود التشييد في القوانين المدنية محل المقارنة، فبالنسبة للقانون العراقي فانه يتم حالياً من خلال احالة النزاع الى هيئة تحكيم تشكل وفق الاجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات مع الاشارة الى أن قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ (المعدل) لم يشر الى تعريف التحكيم ولكنه اجاز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين، ويجوز الطعن بقرار التحكيم امام المحاكم العراقية. أما بالنسبة للقانون المصري فقد اشار قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المعدل) في نص المادة (٤ف١) على انه "ينصرف لفظ التحكيم في حكم هذا القانون الى التحكيم الذي يتفق عليه طرفا النزاع بإرادتهما الحرة سواء كانت الجهة التي تتولى اجراءات التحكيم بمقتضى اتفاق الطرفين منظمة أو مركز دائم للتحكيم او لم يكن ذلك".

أما بالنسبة لقانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥ المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١ لم يعرف التحكيم إلا أنه اجاز اللجوء الى التحكيم لحسم المنازعات الناشئة عن العقد أو التي تنشأ فيما بينهم عليه وفق المادة ١٤٤٢<sup>(١)</sup>.

#### ب- آلية احالة المنازعة الى التحكيم:

في الحقيقة ذهب البند الفرعي (٦/٢١) من عقد الفيديك الى " مالم يكن قد تمت تسوية النزاع وديا، ومع مراعاة احكام الفقرة الفرعية ٥/٧/٣ المتعلقة بعدم الرضا عن قرار المهندس، والفقرة الفرعية ٤/٤/٢١ المتعلق بعدم الرضى عن قرار المجلس، والبند الفرعي ٧/٢١ المتعلقة بالاتفاق في الامتثال لقرار المجلس، والبند الفرعي ٨/٢٠ المتعلقة بحالة وجود المجلس، فان اي نزاع حول قرار المجلس، مما لم يصبح نهائيا وملزما تتم تسويته بواسطة التحكيم الدولي، ومالم يكن قد تم الاتفاق بين الفريقين على غير ذلك...".

وكما بينا فيما تقدم بأن وسائل حل منازعات عقود الفيديك هي وسائل تسلسلية بمعنى لا يجوز تجاوز وسيلة معينة للجوء للتحكيم، وهو الامر الذي اكده البند اعلاه حيث حدد الحالات

١- نصت المادة ١٤٤٢ من قانون المرافعات الفرنسي على انه " شرط التحكيم هو الاتفاقية التي بموجبها يتعهد اطراف عقد واحد او اكثر بتقديم أي نزاعات قد تنشأ فيما يتعلق بهذا العقد او هذه العقود الى التحكيم". وجاء نصها باللغة الفرنسية:

ART 1442 "La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat".

التي يمكن لكل من الاطراف اللجوء للتحكيم، وهي حالة صدور قرار من المهندس ولم يعترض عليه الاطراف واصبح ملزما، إلا أن احد الاطراف اخل بالتزاماته بتنفيذ القرار، عليه يحق للطرف الاخر اللجوء للتحكيم مباشرة<sup>(١)</sup>، أو حالة صدور قرار من مجلس تجنب وفض المنازعات ولم يرضى به احد اطراف التعاقد، وقدم اخطار بعدم الرضا (NOD) خلال ٢٨ يوما من تاريخ استلامه للقرار، ففي هذه الحالة يجب على الطرف المعارض ارسال نسخة من الاعتراض الى الطرف الاخر، والبدء في اجراءات التحكيم، كما يمكن لأطراف التعاقد محاولة حل الموضوع فيما بينهم وديا خلال الثمانية وعشرين يوما واذا لم تفلح التسوية الودية يمكنهم اللجوء الى التحكيم<sup>(٢)</sup>، وقد اشار البند (٥/٢١) من الشروط العامة لعقد الفيديك على انه يجوز البدء في اجراءات التحكيم، في اليوم الثامن والعشرين او بعده من تاريخ ارسال اخطار عدم الرضا ولو لم تتم تسوية النزاع وديا، ووفقا للبند (٧/٢١) من الشروط العامة لعقد الفيديك فانه اذا اصدر مجلس تجنب وفض المنازعات قراره ولم يعترض عليه الاطراف، واصبح القرار ملزما ونهائيا، وتخلف احد الاطراف عن تنفيذه، فانه يحق للطرف الاخر ان يحيل مسألة عدم تنفيذ القرار وليس موضوع القرار الى التحكيم، حتى يصدر فيه حكم واجب التنفيذ، وايضا في حالة نشوء نزاع ولم يكن مجلس تجنب وفض المنازعات موجودا، سواء لعدم تعيين اعضائه او لإنهاء اعماله من قبل الاطراف، فانه يتم احالة النزاع مباشرة للتحكيم<sup>(٣)</sup>.

أما هيئة التحكيم التي تتولى النظر في النزاع حيث حدد عقد الفيديك عدد اعضائها وفقا للبند ٦/٢١ من الشروط العامة لعقد الفيديك بمحكم واحد أو ثلاثة محكمين، وحسنا فعل عقد الفيديك ٢٠١٧ عندما حدد عدد اعضاء هيئة التحكيم بمحكم واحد أو ثلاثة محكمين، وذلك لأنه هناك بعض المنازعات تكون قيمتها بسيطة ولا تستحق ان يتم اللجوء الى حلها بواسطة ثلاثة محكمين مما يوفر كثيرا من الاتعاب والنفقات والوقت في مثل هذا الحال. ويجوز المباشرة بالتحكيم قبل او بعد انجاز الاعمال، ويجب ان لا تتأثر التزامات اي من الفريقين او المهندس او المجلس اذا ما تمت المباشرة بإجراءات التحكيم اثناء تنفيذ الاعمال<sup>(٤)</sup>.

١- البند ٥/٧/٣، ص ٥٥.

٢- البند ٥/٢١، ص ١٦١.

٣- البند ٨/٢١ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٦٢.

٤- د. فؤاد الحرير، اليات تسوية المنازعات في عقود الفيديك النموذجية، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٢، ص ٢٤٢.

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي في وثائق العطاء القياسية حسنا فعل عندما ترك تحديد الاعضاء لاتفاق الطرفين<sup>(١)</sup>، الا ان قانون المرافعات العراقي في المادة ٢٥٧ قد اوجب ان يكون عدد المحكمين عند تعددهم وترا.

أما بخصوص القواعد المطبقة على التحكيم فقد حددت الشروط العامة لعقد الفيديك ان منازعات عقود الفيديك يتم حلها نهائيا وفق قواعد التحكيم الصادرة عن غرفة التجارة الدولية (ICC)<sup>(٢)</sup>، مالم يتفق الاطراف على خلاف ذلك، حيث يكون الاصل ان يتبع اطراف العقد قواعد التحكيم الخاصة بغرفة التجارة الدولية، إلا أن عقد الفيديك اعطى الاطراف مجال اختيار قواعد اخرى وفق ما يتفق عليه طرفي العقد (مثل قواعد اليونسترال للتحكيم)<sup>(٣)</sup>، اما فيما يخص مكان التحكيم فإن هيئة التحكيم هي من تحدد المكان اذا لم يحدد اطراف النزاع المكان<sup>(٤)</sup>.

أما فيما يتعلق بالمشرع العراقي في وثائق العطاء القياسية، فقد جاء بإحكام مختلفة عن عقد الفيديك فيما يتعلق بقواعد ومكان التحكيم، بما ينسجم مع البيئة القانونية السائدة في العراق، من حيث انه ميز بين حالتين بالنسبة الى تسوية المنازعات عن طريق التحكيم، أما الحالة الاولى فهي تتعلق بالعقود المبرمة مع اشخاص اجانب، في حين تتصل الحالة الثانية بالعقود المبرمة مع مقاولين محليين حيث تم وضع تنظيمات خاصة لكل حالة معينة: ١- للعقود المبرمة مع المقاولين الاجانب يتم التحكيم بموجب قواعد التحكيم العالمية المتبعة من قبل هيئة التحكيم الدولية ويكون خاضعا الى موافقة الجهات العراقية المختصة المحددة في بيانات العقد على اي منها كنتك الصادرة عن غرفة التجارة العالمية اوينسترال أو غرفة التحكيم العربية للمقاولين، إلا

١- المادة ٦/٢٠ من وثائق العطاء القياسية، ص ١٦٥.

٢- غرفة التجارة الدولية: تعتبر من اقدم واهم هيئات التحكيم في المنازعات التجارية الدولية، وهي منظمة غير حكومية مقرها باريس في فرنسا، تأسست في عام ١٩٢٣ تم تأسيس المحكمة الدولية للتحكيم، والتي حظيت باقبال واسع باعتبارها هيئة محايدة ولها محكمون ذوو كفاءة وحياد. للمزيد من الاطلاع انظر: ابراهيم الدسوقي ابو الليل، قواعد واجراءات التحكيم وفقا لنظام غرفة التجارة الدولية، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد ١٧، العدد ١، ص ٢، ١٩٩٣. ويمكن الاطلاع على موقع غرفة التجارة الدولية: <http://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history>.

٣- اليونسترال UNCITRAL: هي لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وهي لجنة قانونية رئيسية تابعة لمنظمة الامم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، في عام ١٩٧٦م اعتمدت اليونسترال قواعد نموذجية للتحكيم تشمل المنازعات بين الاطراف التجارية في القطاع الخاص في الحالات التي لا تتدخل فيها مؤسسات التحكيم، والمنازعات بين دولة واخرى، والمنازعات التجارية التي تديرها مؤسسات التحكيم. للمزيد الاطلاع على موقع اللجنة: <http://www.uncitral.org/uncitral/ar/about-us.html>. تاريخ الاطلاع ٢٠٢٢/٢/٢١.

٤- د. محمد محمد سادات، مصدر سابق، ص ٦٣٦.

أن مكان التحكيم يجري في العراق إلا إذا اتفق على خلاف ذلك في بيانات العقد<sup>(١)</sup>. ٢- للعقود المبرمة مع المقاولين المحليين يتم اعتماد قواعد التحكيم وفقا للقوانين العراقية ويكون مكان التحكيم في العراق<sup>(٢)</sup>.

أما اللغة التي يجري بها التحكيم فيعتمد لغة الاتصال المحددة في البند ٤/١ من عقد الفيديك، وفيما يخص القانون الواجب التطبيق على قواعد التحكيم المعتمدة، فإن عقد الفيديك لم يضع معيارا يحدد من خلاله القانون الواجب التطبيق وترك ذلك لاتفاق الطرفين فإن المادة ١٧ من غرفة التجارة ذهبت الى أنه إذا لم يتفق الطرفان على القانون واجب التطبيق تتولى هيئة التحكيم تحديد القانون الواجب التطبيق<sup>(٣)</sup>.

أما بخصوص وثائق العطاء القياسية فقد حددت لغة الاتصال باللغة العربية والكردية مالم يتم الاتفاق على خلاف ذلك في بيانات العقد<sup>(٤)</sup>، كما نصت على خضوع قواعد التحكيم المعتمدة للقوانين العراقية<sup>(٥)</sup>.

#### ج- اتخاذ القرار من قبل هيئة التحكيم:

بعد أن تحال القضية التحكيمية الى هيئة التحكيم المختصة بنظر النزاع وفقا للضوابط القانونية والاجرائية حينئذ تشرع هيئة التحكيم بالإجراءات، اي كانت هيئة التحكيم المعروضة عليها النزاع، فإن اي من الطرفين لا يكون مقيدا بالشهادة والحجج التي طرحت على مجلس تجنب وفض المنازعات<sup>(٦)</sup>، وهذا امر متوقع، ذلك ان التحكيم ليس طعنا في قرار المجلس فالمجلس والتحكيم يؤديان وظائف مختلفة. وقرار المجلس يمكن قبوله كدليل اثناء اجراءات التحكيم، وبالمطبع فانه لن يكون ملزما لها<sup>(٧)</sup>، مع الاشارة الى انه يجوز استدعاء المهندس على

١- المادة ٦/٢٠/أ/ب من وثائق العطاء القياسية، ص ١٦٥.

٢- المادة ٦/٢٠/د/ب من وثائق العطاء القياسية، ص ١٦٥.

٣- د. محمد فؤاد الحريري، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

٤- المادة ٤/١ من وثائق العطاء القياسية، ص ١٠٢.

٥- المادة ٦/٢٠/ب من وثائق العطاء القياسية، ص ١٦٥.

٦- د. احمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣، ص ١٩.

٧- د. محمد فؤاد الحريري، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

الرغم من مشاركته السابقة في تقدير المطالبة كشاهد<sup>(١)</sup>، إلا أن أعضاء مجلس تجنب وفض المنازعات لا يجوز استدعائهم كشهود<sup>(٢)</sup>.

فإذا استوفى اللجوء الى التحكيم شروطه فان اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع من حيث ان قرار مجلس تجنب وفض المنازعات لم يصبح باتا وملزما، فانه يمتد الى كل ما يتعلق بالنزاع مع مراعاة ان هيئة التحكيم تتصدى للنزاع نفسه وليس لقرار المجلس<sup>(٣)</sup>. ولهيئة التحكيم السلطة الكاملة في مراجعة اي قرار لمجلس تجنب وفض المنازعات وكذلك ما اصدره المهندس من قرارات أو تعليمات أو شهادات أو تحديدات أو تقديرات مما يتعلق بتنفيذ الاعمال<sup>(٤)</sup>.

وتجدر الإشارة الى انه يتوجب على هيئة التحكيم اتباع اجراءات حل النزاع بشكل يكون متوافقا مع القانون واجب التطبيق، حيث ان عدم اتفاق هذه القواعد مع النظام العام والتشريعات النافذة في البلد الذي يراد تنفيذ حكم التحكيم فيه، سيؤدي ان يكون لقوانين ذلك البلد الاسبقية على اجراءاتها، وهذا امر مفهوم لأنه اذا كان يراد لقرار هيئة التحكيم ان يكون له الدعم القانوني في البلد الذي تجري فيه الاعمال لابد ان تتفق اجراءاته مع القوانين النافذة، وعليه اذا لم تتفق اجراءات التحكيم مع القوانين النافذة، فان قرار التحكيم لا يكون له قابلية للتنفيذ في هذا البلد<sup>(٥)</sup>. كما هو الحال في العراق حيث ان المادة ٢٧٢ من قانون المرافعات قد نصت انه "لا ينفذ قرار المحكمين لدى دوائر التنفيذ سواء كان تعيينهم قضاءً او اتفاقا مالم تصادق عليه المحكمة المختصة بالنزاع بناءً على طلب احد الطرفين وبعد دفع الرسوم المقررة"، وعليه متى اتضح للمحكمة المختصة ان محكمة التحكيم الدولية اتبعت اجراءات في التحكيم تخالف القوانين العراقية فان لها عدم المصادقة عليه. وبالتالي يتبين لنا ان المواد المذكورة في قانون المرافعات العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل تعالج التحكيم الداخلي فقط ولم تنظم امور التحكيم الدولي، وبالرغم ان قانون الاستثمار العراقي النافذ رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل قد اجاز اللجوء الى التحكيم الداخلي وفقا للقانون العراقي أو التحكيم الدولي من خلال اللجوء الى اي جهة معترف بها دوليا وهذا ما اشارت اليه نص المادة ٢٧ ف١ "تخضع المنازعات الناشئة عن تطبيق هذا

١- البند ٦/٢١، ص ١٦١.

٢- داوود خلف، مصدر سابق، ص ٥٩.

٣- د. احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ٧٦.

٤- البند ٦/٢١، ص ١٦١.

القانون الى القانون العراقي وولاية القضاء العراقي، ويجوز الاتفاق مع المستثمر على اللجوء الى التحكيم التجاري (الوطني او الدولي) وفق اتفاق يبرم بين الطرفين يحدد بموجبه اجراءات التحكيم وجهته والقانون الواجب التطبيق"، وبهذا يكون القانون العراقي يجيز التحكيم التجاري الدولي في عقود المقاولات العامة الخاضعة لأحكام قانون الاستثمار العراقي، والتي تكون الدولة او احدى هيئاتها طرفا فيها، دون ايجاد تنظيم تشريعي يعالج كافة احكام التحكيم الدولي، الا ان نص المادة ٢٧ ف١ من قانون الاستثمار النافذ تصطدم بعائق اخر يتمثل بقانون تنفيذ الاحكام الاجنبية في العراق رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ حيث لا يوجد اي نص يشير بتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية في العراق، حيث انه يشترط في المادة الاولى منه ان يكون الحكم الاجنبي المطلوب تنفيذه في العراق صادرا من محكمة اجنبية مختصة مؤلفة خارج العراق بالإضافة الى الشروط الاخرى التي اشار اليها القانون الاخير، وهذا ما يجعل نص المادة ٢٧ من قانون الاستثمار عديمة الجدوى طالما لا يوجد قانون يسمح بتنفيذ احكام التحكيم الاجنبية. لذلك نقترح على المشرع العراقي تعديل قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية رقم ٣٠ لسنة ١٩٢٨ ليشمل احكام التحكيم ايضا ووفقا للشروط التي يتطلبها.

أما المشرع المصري فان القانون المصري رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤، المعدل بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧، حسم الخلاف الفقهي القضائي بشأن مدى جواز اللجوء الى التحكيم الدولي، اذ نصت المادة الاولى منه على انه "مع عدم الاخلال بأحكام الاتفاقيات الدولية المعمول بها في جمهورية مصر العربية تسري احكام هذا القانون على كل تحكيم بين اطراف من اشخاص القانون العام او الخاص، أياً كانت طبيعة العلاقة القانونية التي يدور حولها النزاع اذا كان هذا التحكيم يجري في مصر، او كان تحكيما تجاريا دوليا يجري في الخارج واتفق اطرافه على اخضاعه لأحكام هذا القانون"، كذلك اجاز قانون المرافعات الفرنسي المعدل اللجوء الى التحكيم الدولي واستند على مبدأين كبيرين هما: مبدأ حرية التعاقد، ومبدأ عالمية قواعد قانون التحكيم الفرنسي. حيث ان المادة ١٥٠٤ عرفت التحكيم الدولي على انه " يكون التحكيم دوليا اذا تعلق بمصالح التجارة الدولية".

ومن الجدير بالذكر ان عقد الفيديك ٢٠١٧ قد حدد الطبيعة القانونية لقرار هيئة التحكيم حيث يعتبر صدور حكم التحكيم المحطة الاخيرة في الفصل في موضوع المنازعة، ويعد الحكم ملزماً ونهائياً وبحق للطرف المحكوم له البدء في اجراءات تنفيذ الحكم<sup>(١)</sup>.

إلا أن وثائق العطاء القياسية العراقية لم تعالج الطبيعة القانونية لقرار هيئة التحكيم، انما تركت ذلك للقواعد العامة في مجال التحكيم حيث سارت هذه القواعد على ان قرار هيئة التحكيم باتاً وملزماً اذ يتعهد الاطراف عند احالتهم للنزاع بتنفيذ اي حكم يصدر دون تأخير<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الاشارة الى أن بعض الفقه ذهب الى ان الفقرة ٦/٢١ التي نظمت التحكيم في عقد الفيديك والوثائق القياسية العراقية تكون منفصلة عن باقي مواد العقد، لأنها فقرة التحكيم في العقد، ولهذا السبب فان هذه الفقرة الفرعية سوف تكون صحيحة حتى لو اعلن بطلان باقي مواد العقد<sup>(٣)</sup>.

## الفرع الثاني

### وسائل المطالبة القضائية على وفق للقواعد العامة

قد يتم حل النزاعات بين رب العمل وبين المهندس حول مخالفة المهندس أوامر التغيير او الاخلال بالالتزامات التعاقدية الناشئة عنها أو بسبب حصول تدهم في البناء او ظهور عيوب فيه، بالطرق الودية دون اللجوء الى القضاء، إلا أن حصول رب العمل أو الغير المتضرر على حقه بالتعويض قد يستدعي اللجوء الى القضاء عن طريق اقامة دعوى، وحيث ان دعوى التعويض لا جديد فيها لذلك لا توجد حاجة لدراستها طالما كل الاحكام هي تطبيق للقواعد العامة وبناءً عليه سوف نبحث في هذا الفرع دعوى الضمان اولا، والدعوى المباشرة ثانياً، وكما يأتي:

#### اولاً- دعوى الضمان:

عندما يقوم المهندس أو المقاول بإجراء تغييرات على اعمال المشروع سواء تعديل في التصميم الاصيلي أو اعمال اضافية، وان هذا التغيير كان السبب في حدوث تدهم كلي او جزئي

١- البند ٦/٢١، ص ١٦١.

٢- د. محمد محمد سادات، مصدر سابق، ص ٦٤٠.

٣- د. محمد فؤاد الحريري، مصدر سابق، ص ٨٧٥-٨٧٦.

في البناء او قيام المهندس او المقاول بتغييرات يعلمان يقينا انها ستؤول بالبناء الى الخراب مما يجعل كل منهما متواطئين بهدف الكسب المادي دون النظر الى عواقب الامور، هل بإمكان رب العمل مطالبة كل منهما بالضمان العشري في عقد الفيديك، ولمعرفة ذلك لابد من معرفة ما الضمان العشري وهل نظمه عقد الفيديك، وما هي شروطه وهل يخضع الى مدة تقادم محددة، وكما يأتي:

### ١- مفهوم الضمان العشري:

يلاحظ من قراءة نصوص عقد الفيديك (الاحمر لعام ٢٠١٧) الشروط العامة أنه لا يوجد في ثنايا نصوصه اية اشارة الى الضمان العشري، ويرجع ذلك الى البيئة التي نشأ بها عقد الفيديك حيث تكون مسؤولية المقاول والمهندس في انكثرا عما يحصل في الابنية من تهدم وما يظهر فيها من عيوب بعد انجازها وتسليمها لرب العمل لا يحكمها قانون معين يحدد مدة لقيامها وانما تعتبر مسؤولية عقدية صرفة يلتزم بمقتضاها المقاول والمهندس في معظم مقاولات البناء والهندسة المعمارية بتعويض رب العمل عن الاضرار الناجمة من التهدم وعن العيوب التي تظهر فيما ينشئه من منشآت خلال الفترة التي يتفق عليها في العقد المبرم بينهما وبين رب العمل في هذا الشأن<sup>(١)</sup>، بمعنى اخر إن مدة الضمان متروكة لإرادة الطرفين فقد تحدد المدة بسنة أو خمس سنوات وفقا لما تقتضيه طبيعة العمل الذي يقدره الطرف المتعاقد أو ما ينصب الاتفاق عليه بالأصل.

وعليه فقد ترك عقد الفيديك ذلك الى قانون الدولة التي يطبق فيها لتحديد المسؤولية، فان ذلك يختلف من دولة الى اخرى فالدول التي تطبق الضمان العشري يسري على العقد الضمان العشري والعكس صحيح<sup>(٢)</sup>، فبعض الدول تحيل في شروطها فيما يتعلق بالضمان العشري الى قواعد القانون المدني، فنصت كراسة الشروط الفرنسية (C.C.A.G) على ان المسؤولية المقررة

١- د. محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقالة البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، دراسة مقارنة، مطبعة عشتار، بغداد، ١٩٨٥، ص ١٧٨.

2 -Rechtsanwalt DR.gotz-sebastian Hok، the civil law decennial(decennial) liability or، published on the website، [www.dr\\_hoek.de/EN/beitrag.asp?t=Decennial-liability-under-FIDIC](http://www.dr_hoek.de/EN/beitrag.asp?t=Decennial-liability-under-FIDIC)، Date of visit 25/9/2021.

في المادتين (١٧٩٢، ٢٢٧٠) من القانون المدني الفرنسي تبدأ من تاريخ التسلم<sup>(١)</sup>، وكذلك ما ذهبت اليه المادة ١٢٠ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ في مصر من احالة الضمان العشري الى القانون المدني حيث نصت (... هذا مع عدم الاخلال بمسؤوليته طبقاً لأحكام القانون المدني او اي قانون اخر).

أما العراق فقد سكتت الوثائق القياسية عن الاشارة الى الضمان العشري فهي لم تحل الى القانون المدني، ولكن في الحقيقة ان عدم الاشارة هذه لا تشكل عقبة امام سريان الضمان العشري وذلك لان احكام الضمان العشري هي من النظام العام فيجب ان تطبق على عقود الانشاءات جميعها في حالة كون المشروع يقع في دولة من الدول محل المقارنة<sup>(٢)</sup>، وقد اكدت الفقرة ١٣/١ من عقد الفيديك على المقاول التقيد بالقوانين الواجبة التطبيق ما لم ينص على غير ذلك في الشروط الخاصة، وعليه فان عدم تنظيم احكام الضمان العشري في الوثائق القياسية لا يلغي ذلك الضمان العشري وانما يبقى محكوماً بالقانون المدني العراقي حيث ذهبت المادة ٨٧٠ الفقرة ١ منه الى النص (...ويكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان) وعليه يعد الضمان من النظام العام الذي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه، وبالتالي يكون المقاول مسؤولاً لمدة عشر سنوات من تاريخ تسليمه للأعمال<sup>(٣)</sup>.

ولا يسري الضمان العشري (decennial liability) أو الضمان الخاص او المسؤولية القانونية، الا بعد تمام تسليم البناء، اما قبل ذلك واثناء تنفيذ عمليات البناء والتشييد فان علاقة المهندس برب العمل تخضع للقواعد العامة في المسؤولية العقدية اذ تتوقف المسؤولية على طبيعة الالتزام الذي تمت مخالفته وما ترتب عليه من اضرار، ذلك ان الغرض من هذه الاحكام

١ - CIT, OP, Clause 45 cahire de clause Administrative general france 1976. وايضا انظر نص المادة ١٧٩٢ بصيغتها المعدلة " كل مشيد يتولى تشييد عمل، يكون مسؤولاً بقوة القانون قبل رب العمل او من يكتسب ملكية العمل عن الاضرار حتى تلك الناتجة عن عيب في الارض التي تعرض للخطر متانة العمل او التي تصيبه في احد عناصره التأسيسية او احد عناصره التجهيزية والتي يترتب عليها ان يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من اجله" وكذلك نص المادة ١٧٩٢ ف٤-البند ثالثاً التي حلت محل المادة ٢٢٧٠ والتي جاء فيها " خارج اطار الدعاوى الخاضعة للمواد ١٧٩٢ ف٣، ف٤، ف١، ف٢-٤ فان دعاوى المسؤولية تقام ضد البنائين المحددة في المادتين ١٧٩٢ والمادة ١٧٩٢ ف١ والمقاولين من الباطن تتقدم بعشر سنوات اعتباراً من تاريخ استلام الاجار".

٢ - وقد نص عقد الفيديك في البند ٤/١ على انه(العقد سوف يحكمه قانون الدولة (او أي قانون اخر) ينص عليه في بيانات العقد (اذا لم ينص عليه، فيكون قانون الدولة)، باستثناء أي تعارض تعارض في القواعد القانونية).

٣- فاضل جبير لفته، الضمان العشري في عقود الاشغال العامة، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الثاني، ٢٠١٢، ص ١١.

الخاصة والتي تتصف بالشدة هو حث المهندسين والمقاولين على اقامة ابنية ومنشآت ثابتة لا يصيبها التهدم ولا يطالها العيب الجسيم خلال فترة محددة تعد من قبيل مدة الاختبار لمتانة وصلابة البناء، خاصة ان كل من المهندس والمقاول هما من اصحاب فن البناء وان رب العمل غالبا ما يكون غير ملم بقواعد واسس هذه المهنة، وهذا ما اكدته محكمة التمييز في العراق<sup>(١)</sup>.

وتقوم فلسفة الضمان العشري على الزام مشيدي البناء بتعويض رب العمل عن العيوب الجسيمة أو التهدم الحاصل في ما اقاموه من مبان دون الزامه بإقامة الدليل على قيام الخطأ من جانبهما، علاوة الى جعل كل من مشيدي المشروع (المهندس او المقاول) رقيبان على بعضهما البعض خلال عملية التشييد، وتقوم كذلك على اعفاء رب العمل من عبء اثبات الخطأ ونسبته الى المسؤول منهما تحديدا، وذلك تفهما لموقفه باعتباره الطرف الاضعف في عقد البناء نظرا لقلة خبرته بأعمال التشييد مقارنة بخبرة المهندسين والمقاولين، والتنبيه على الخطورة التي تشكلها المباني والمنشآت المعيبة على سلامة الافراد، كون تلك المباني والمنشآت من أهم ثروات المجتمع. إن أول من استحدث الضمان العشري هو النظام اللاتيني في فرنسا سنة ١٨٠٤، فقد نظمته المادتان ١٧٩٢ و ٢٢٧٠ بعد اجراءات عدة تعديلات عليهما.

وقد الزم المشرع في العراق وفي دول القانون المقارن، المهندس والمقاول بالضمان عن التهدم الذي يقع في المباني والمنشآت الثابتة الاخرى وعن كل عيب يحدث فيها من شأنه تهديد سلامة تلك المنشآت اذا وقع التهدم أو العيب خلال مدة معينة<sup>(٢)</sup>، لذا فان هذه النصوص تفيد

١ - فقد قضت محكمة التمييز في احد قراراتها على انه " ان تسليم رب العمل للبناء لا يعني اعفاء المقاول والمهندس المعماري من مسؤولية التهدم الذي يحصل فيه بعد ذلك، لان هذه المسؤولية لا تنتهي الا اذا قبل رب العمل بالعيوب بعد انكشافها". قرار رقم ٣٠٨/٣٠٧م/٧٥/١ في ١٠/٩/١٩٧٥. ابراهيم الشاهدي، مصدر سابق، ص ٦٥٥.

٢- نصت المادة ٨٧٠ من القانون المدني العراقي على: ١- يضمن المهندس المعماري والمقاول ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيده من مبان او ما اقاموه من منشآت ثابتة اخرى، وذلك حتى لو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض ذاتها او كان رب العمل قد اجاز اقامة المنشآت المعيبة ما لم يكن المتعاقدان قد ارادا ان تبقى هذه المنشآت مدة اقل من عشر سنوات، وتبدأ مدة السنوات العشر من وقت تمام العمل وتسليمه ويكون باطلا كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من هذا الضمان. ٢- ولا تسري الفقرة المتقدمة على ما قد يكون للمقاول من حق في الرجوع على المقاولين الذين تقبلوا منه العمل. ٣- ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة (١) من هذه المادة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته. ٤- تسقط دعوى الضمان المنصوص عليها في هذه المادة بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم او انكشاف العيب. يقابلها المادة ٦٥١ مدني مصري، اما في القانون الفرنسي فقد نصت المادة ١٧٩٢ بصيغتها المعدلة " كل مشيد يتولى تشييد عمل، يكون مسؤولاً بقوة القانون قبل رب العمل او من يكتسب ملكية العمل عن الاضرار حتى تلك الناتجة عن عيب في الارض التي تعرض للخطر متانة العمل او التي تصيبه في احد عناصره التأسيسية او احد عناصره التجهيزية والتي يترتب عليها ان يصير العمل غير صالح للغرض الذي شيد من اجله" وكذلك نص المادة ١٧٩٢ ف٤- البند ثالثاً التي حلت محل المادة ٢٢٧٠ والتي جاء فيها " خارج اطار الدعاوى الخاضعة للمواد

افتراض مسؤولية مشيدي البناء تجاه رب العمل عن الاضرار التي تؤثر على سلامة المبنى، والمراد بالمشيدين هنا هم المهندس أو المقاول أو المصمم أو أي شخص آخر يرتبط مع المالك بعقد اجارة اعمال (عقد مقاوله)<sup>(١)</sup>، وذلك باعتبار ان التزام المهندس او المقاول هنا هو التزاما بتحقيق نتيجة (obligation de resultat)<sup>(٢)</sup>، مما يعني ان المسؤولية تكون مشددة ومفترضة على مشيدي البناء، الامر الذي يعفي رب العمل من عبء اثبات الالهمال أو الخطأ أو اثبات علاقة السببية بين الالهمال والضرر، فلا يملك المهندس او المقاول نفي مسؤوليته إلا بإثبات السبب الاجنبي.

لذا فانه يلزم لقيام الضمان الخاص وجود عقد مقاوله، وان يحصل التهدم في المباني الثابتة او يقع فيها عيب يهدد سلامتها ومتانتها، ويلزم كذلك وجود مهندس او مقاول او الاثنين معا، وان يقع التهدم او العيب خلال مدة معينة نص عليها القانون<sup>(٣)</sup>، علما اننا لن نتوسع في بحث شروط وطبيعة واشخاص هذا الضمان كونه من المواضيع التي اشبعت بحثا، بل سنبحث في مقارنة احكامه في النظم القانونية المقارنة ومدى انطباقها على عقد الفيديك موضوع الدراسة. ومن الجدير بالذكر ان مدة الضمان الواردة في القوانين المدنية والبالغة عشر سنوات غالبا، تعد مدة اختبار لصلابة البناء وتجربته فلا تعد مدة تقادم بل مدة سقوط<sup>(٤)</sup>، اذ يكتشف من استعمال أو استغلال المنشأ خلال هذه المدة مدى سلامة البناء وملائمه مع النتيجة المبتغاة في التعاقد على انشائه<sup>(٥)</sup>.

أما فيما يتعلق بعقد الفيديك فنحن نؤيد الرأي الذي يذهب الى ابراز نقطة الخلاف فيما يتعلق بمسؤولية المهندس، ذلك ان القانون المدني يتطلب ان يكون التزام المهندس هو التزام بتحقيق نتيجة وليس بذل عناية، بينما يفهم من نصوص عقد الفيديك انها لم تتطلب ان يكون

١٧٩٢ ف٣، ١٤ ف٤، ٢ ف٤ فان دعاوي المسؤولية تقام ضد البنائين المحددة في المادتين ١٧٩٢ والمادة ١٧٩٢ ف١ والمقاولين من الباطن تتقادم بعشر سنوات اعتبارا من تاريخ استلام الاجار".  
١- نصت المادة ١/١/١٧٩٢ على انه "كل مهندس معمار او مقاول او فني او أي شخص آخر مرتبط بعقد اجارة صناعة(او مقاوله)".

2 - Glavinis, Op.Cit.p.271.

٣- د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقود المقاوله، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣، ص ٤٥ وما بعدها.

٤- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٢٩.

٥- احمد سعيد المومني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاوله، ط١، مكتبة المنار للنشر والتوزيع، الزرقاء، الاردن، ١٩٨٧، ص ١٤٥.

التزامه بتحقيق نتيجة بل اكتفت ان يكون التزامه ببذل عناية الا اذا ثبّت غشه او خطأه الجسيم<sup>(١)</sup>، وبالتالي فان فكرة الضمان العشري المفروضة على المهندس باعتباره متضامناً مع المقاول تصبح غير مقبولة من وجهة نظر الفيديك وانه لا يجوز اعمالها لان المهندس يكون قد بذل عناية الشخص المهني ولا يجوز ان يحمل اكثر من ذلك<sup>(٢)</sup>.

أما من حيث المسؤولية عن العيوب فان شروط عقد الفيديك ومن خلال المادة الحادية عشر<sup>(٣)</sup>، قد وضعت اصلاح العيوب او الضرر على عاتق المقاول وحده وطبقا لما يقرره رب العمل او من ينوب عنه، وان اصلاح تلك العيوب يجب ان تكون على عاتق المقاول، ولم تجعل المهندس متضامناً معه على عكس القوانين المدنية التي جعلت المهندس والمقاول متضامنين في ضمان هذه العيوب<sup>(٤)</sup>، بل تعدت الى اكثر من ذلك حين جعلت اي شرط يقصد منه اعفاء المهندس او المقاول من الضمان او الحد منه يعد باطلا<sup>(٥)</sup>، وفي ذلك اكدت احكام محكمة النقض المصرية ان مسؤولية المقاول عن سلامة البناء وامتدادها الى ما بعد التسليم في حالة ما اذا كانت العيوب خفية واعتبارها مسؤولية عقدية تحققها مخالفة المقاول للشروط والمواصفات المتفق عليها او انحرافه عن تقاليد الصناعة وعرفها<sup>(٦)</sup>. وقد يثار التعارض عند بحث المسؤولية عن تصميم الاعمال التي تتضمنها أوامر التغيير، فطبقا لعقد الفيديك الخاص بشروط عقد التشييد للأبنية والاعمال الهندسية المصممة بمعرفة رب العمل، فان هذه المسؤولية تقع على عاتق رب العمل مالم يكن المقاول هو واضع التصميم فيكون في هذه الحالة مسؤولاً عن الجزء الذي صممه، وكذلك اذا كان سبب الضرر يرجع الى خطأ في التصميم والى تصرفات المقاول فان عقد الفيديك يوزع المسؤولية بين صاحب العمل والمقاول، على العكس من ذلك فان المسؤولية عن عيوب التصميم في القوانين المدنية قد جرى وضعها على اساس فكرة الضمان

١- البند ١٥/١ من الاحكام العامة الواردة في ملحق الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٤٥، والخاص بتحديد المسؤولية اذ جاء فيه: " وهذا البند الفرعي لا يحد من مسؤولية الطرف المخل في أي حالة من حالات الاحتيال او الاهمال الجسيم او الاخلال المتعمد او سوء السلوك المتهور من قبل الطرف المخل".

٢- ويكون ذلك في حالة امتداد عمل المهندس الاستشاري ليشمل الاشراف على العمل، اما في حالة اقتصره على وضع التصميم فان التزامه يكون التزاما بتحقيق نتيجة ويكون مسؤولاً عن أي خطأ فيها، لمزيد من التفاصيل، راجع: محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٤١ وما بعدها.

٣- البند ١/١١، والخاص بالمسؤولية عن العيوب واصلاحها، ص ١٠٠.

٤- المادة ٢/٨٧١ مدني عراقي، يقابلها المادة ١/٦٥١ مدني مصري.

٥- المادة ١/٨٧٠ مدني عراقي، مادة ٦٥٣ مدني مصري.

٦- الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٦٩ جلسة ٢٠٠٠/٧/١، اشار اليه: محمد ماجد خلوصي، قضايا تحكيمية، الاحكام الصادرة في قضايا التحكيم التي نظرت في المركز العربي للتحكيم، من ٢٠٠٢/١/١ الى ٢٠٠٦/١٢/٣١، القاهرة، ص ٢٧٥.

فتقع المسؤولية عن اخطاء التصميم على واضعه، فان كان المهندس هو واضع التصاميم المعيبة فإنه يسأل مباشرة تجاه رب العمل عن الاضرار التي تسبب بها.

يتبين مما جاء أعلاه امكانية حصول تعارض ما بين عقود الفيديك والقوانين المدنية وارد، حين يكون قانون هذا البلد هو القانون الواجب التطبيق على ما ينشأ عن العقد من منازعات، إلا أن احكام الضمان العام كما اسلفنا اعلاه هي من النظام العام فيجب ان تطبق على عقود الانشاءات جميعها اذا كان المشروع في دولة من الدول محل المقارنة، وفي جميع الاحوال يكون باطلاً كل شرط يقصد به الاعفاء او الحد من الضمان العشري.

## ٢- شروط العيب الموجب للضمان:

فإذا تحقق سبب الضمان بأن حدث خلل في المبنى فانهدم كله او جزء منه<sup>(١)</sup>، او حدث بها عيب جسيم فالعيب الموجب للضمان يجب ان يتوافر فيه شرطين وفقاً لما جاء في قضاء المحكمة الادارية العليا في مصر<sup>(٢)</sup>، اولهما ان تكون العيوب من الخطورة بحيث تهدد سلامة البناء او متانته، وثانيهما ان يكون العيب خفياً لأنه لو كان ظاهراً يمكن كشفه بالفحص المعتاد، لذا فان تسلم رب العمل للعمل دون اعتراض يعد نزولاً منه عن الضمان، بل ان تسلم العمل دون اعتراض يفترض ان العمل خال من العيوب.

وفيما يتعلق بالعيوب فقد ورد في القانون المدني الفرنسي، بعد صدور القانون رقم ١٢ في ١٩٧٨/١/٤ الذي عدل المادة ١٧٩٢ /١ وعالج الضمان تحت مسمى ضمان الاضرار، فلا يشترط على رب العمل اثبات العيب وانما يشترط عليه اثبات الضرر الناتج عن ذلك العيب وهكذا اعفي رب العمل من عبء اثبات العيب وخطأ المشيدين، وقد الغى هذا القانون التفرقة بين الاعمال الكبيرة والاعمال الصغيرة واستبدلها بالتفرقة بين العناصر الانشائية وعناصر الاعداد والتجهيز، وفي اطار العناصر الاخيرة فقد ميز القانون بين العناصر التي لا يمكن فصلها عن المبنى إلا بضرر والعناصر القابلة للفصل، وعلى هذا تكون مدة الضمان للعناصر

١- وفي ذلك قضت محكمة التمييز العراقية: ان لرب العمل مطالبة المقاول بتعويض ما نشأ من تخريبات في البناء وان تم ذلك بعد تسلم ما دامت المدة التي حددها القانون لمسؤولية المقاول لم تنته وقد رفعت الدعوى خلال الدة القانونية. رقم القرار ٣١٨/ مدنية ثالثة/ ٧٣ في ٧٣/١١/٢٢، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ص ١٥٢.

٢- الطعن رقم ٨٧٥١ لسنة ٤٧ق. عليا- جلسة ٢٠٠٦/٢/١٤م- الدائرة الثالثة. عليا، اشار اليه د. عصام عبد الفتاح مطر، مصدر سابق، ص ٩٥٥.

الانشائية والعناصر غير القابلة للفصل عشر سنوات، بينما تكون مدة ضمان العيب في عناصر الاعداد والتجهيز القابلة للفصل سنتين كحد ادنى يمكن للطرفين زيادتها<sup>(١)</sup>.

كما يعد من قبيل العيب الموجب للضمان والذي يمكن أن يكون سببا للدعوى، عدم مطابقة البناء مع المواصفات التي تم ذكرها في البند المتعلق بالأمر التغييري، مما يؤدي الى تعيب المبنى وجعله غير صالح للاستعمال المقرر له.

أما في القانونين العراقي والمصري فإن العيوب يجب أن تكون من الخطورة بحيث تهدد سلامة البناء ومثانتته<sup>(٢)</sup>، أما العيوب التي تكون بدرجة اقل من الخطورة والفعالية على متانة البناء وسلامته فأنها غير مشمولة بالضمان العشري وانما تخضع للقواعد، لذلك فان اعمال الزخرفة واكساء الجدران والصيغ غير مشمولة بالضمان، ويجب ان يكون العيب خفيا لاعتبارات تتعلق بحماية رب العمل بصفته جاهلا بأمر الفن والبناء، فاذا كان العيب ليس محل خفاء بحيث يستطيع رب العمل كشفه لو بذل في فحصه للبناء عناية الرجل المعتاد فانه لا يستحق هذه الحماية، لان مجرد تسلم رب العمل للبناء دون اعتراض يعد قبولا للعيوب الظاهرة وهذا ما نص عليه عقد الفيديك في جعل الاستلام الاولي بداية لإصلاح العيوب الظاهرة التي يمكن كشفها من قبل رب العمل خلال فترة الصيانة<sup>(٣)</sup>.

ولا يشترط ان يحصل التهدم الكلي أو الجزئي خلال المدة المقررة البالغة عشر سنوات لكي يتحقق الضمان المقرر، وانما يضمن المهندس والمقاول ما يحصل من تهدم اذا ثبت ان العيب الذي ادى الى هذا التهدم قد حصل خلال العشر سنوات، ولكنه انكشف بعد هذه المدة، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية من الضمان يتحقق اذا حدث سببه خلال مدة العشر

١- نصت المادة ١٧٩٢ ف ٢ مدني فرنسي بصيغتها المعدلة " ان قرينة المسؤولية المقررة في المادة ١٧٩٢ تمتد ايضاً الى الاضرار التي تلحق بمتانة عناصر التجهيز عندما تكون هذه العناصر مندمجة بشكل لا يتجزء مع الانشاءات الاساسية او اساس البناء او الهيكل او السقف" كما نصت " يعتبر عنصر التجهيز مندمجا بشكل لا يتجزأ عندما يكون في وضعه او نزعه او استبداله بدون ائلاف له او لمادته" د. علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الانشاء، دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط ١، ٢٠١١، ص ١٤٣.

٢- هذا ما جاء به قانون التعديل الثاني للقانون المدني العراقي، بموجب القانون ٤٢ لسنة ١٩٧٤، للمادة ٣/٨٧٠، ٤/٨٧٠، بإضافة العيب الى النص السابق.

٣- البنود ١/١٠، ٢/١٠ الخاصة بتسليم الاعمال من قبل صاحب العمل. في حين نصت المادة ٨٧٥ من القانون المدني العراقي على انه: متى ما تسلم العمل فعلا او حكما ارتفعت مسؤولية المقاول عما يكون ظاهرا فيه من عيب وعن مخالفته لما كان عليه الاتفاق. يقابلها المادة ٦٥٥ مدني مصري.

سنوات<sup>(١)</sup>، كما يتحقق الضمان أيضاً إذا ظهر العيب في البناء خلال عشر سنوات من وقت التسليم حتى وإن لم ينكشف هذا العيب إلا بعد انقضاء هذه المدة، ولا يجوز الاتفاق على الاعفاء من هذا الضمان كما بيناه سابقاً.

إلا أن الحظر الذي قرره المشرع بعدم الاتفاق على الاعفاء من المسؤولية، لا يشمل التنازل عن هذا الضمان بعد تحقق سببه، وإنما يكون التنازل عن هذا الضمان قبل تحقق السبب الذي يوجبه<sup>(٢)</sup>.

ولابد من الإشارة إلى أن المهندس أو المقاول يضمن العيب أو التهم الذي يلحق بالبناء حتى ولو كان رب العمل قد قبل إقامة مثل هذه المنشآت المعيبة. لأن المهندس أو المقاول ملزم بعدم الانصياع لرغبات رب العمل الخاطئة وذلك نابع من التزامه بالتبصير. وعموماً يمكن القول إن إصرار رب العمل غير الخبير في تدخله بعملية التشييد وطلب أحداث تغييرات على المشروع والتي ستؤدي بالضرورة إلى حصول تهم أو عيوب خطيرة في المبنى أو المنشآت الثابتة، بالرغم من تحذير المقاول أو المهندس، يترتب على عائق المقاول والمهندس التزاما برفض التنفيذ، وإن اخل أي منهما بهذا الالتزام لا يمكن اعفاؤهما من الضمان العشري، بل يسألان عما يحدث في المباني والمنشآت الثابتة من عيوب خطيرة، وقد تكون مسؤوليتهما مشتركة مع رب العمل، كما لو قام المهندس والمقاول بقبول الأمر التغيير الصادر من رب العمل في تعديل أساسات المبنى عن طريق استبدال الشدادات السفلية، وتشغيل الميدة بدلاً منها<sup>(٣)</sup>، دون اعتماد مخططات هندسية معتمدة حسب الأصول وقيام المهندس بالتوقيع على محضر التعديل، دون توضيح خطورته للمقاول ورب العمل غير الخبير<sup>(٤)</sup>.

وبهذا الرأي أخذت المادة ٨٩٢ من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري، فقد جاء فيها "إذا أخبر المهندس المعماري، أو المقاول صاحب العمل قبل التنفيذ، أو في أثناءه، بما ينجم من خطر، من جراء تنفيذ العمل وفقاً للشروط المطلوبة، فإن ذلك لا يعفيه من المسؤولية..."

١- الطعن ٣٢٦٤ لسنة ٦٤ ق. جلسة ١٩٩٥/٤/٢٠. أشار إلى هذا الطعن، د. أحمد عبد العال أبو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، ط١، دار الثقافة الجامعية والقاهرة، ٢٠٠١، ص ١١٤.

٢- لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، ط٢، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٥-٢٠١٦، ص ٢١٩.

٣- الميدة: هي جسر أرضية تربط رقاب الأعمدة، ومهمتها حمل الحوائط في الدور الأرضي. للمزيد من الاطلاع انظر الميدة، مقال منشور في صحيفة الاقتصادية، بتاريخ ١ مايو ٢٠٠٩، تاريخ الزيارة ٢٦ أبريل لسنة ٢٠٢٢.

٤- شوق أحمد الحمزة، مصدر سابق، ص ١٢١ وما بعدها.

حتى بالنسبة للأعمال التي يكون صاحب العمل امر بها، رغم هذا التحذير". لكن التقنين المدني المصري الحالي، جاء خاليا من اي اشارة على الاطلاق، تفيد وجوب الاخذ بمثل هذا الحكم، وقد استقر رأي القضاء المصري والقضاء الفرنسي، في مجموعهما منذ وقت طويل، فيما يصدر من احكام على اتباع مثل هذا الحكم<sup>(١)</sup>.

وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها جاء فيه "الاهتمام بتشديد المبنى بأقل تكلفة هو امر مشروع من جانب رب العمل لا يشكل بذاته خطأ، ويتعين على المهندس ان يستبعد اقتراحات رب العمل اذا بدت له من شأنها ان تعرض للخطر متانة هذا العمل"<sup>(٢)</sup>.

ولكن اذا كان رب العمل خبيرا بأمور البناء والتشييد، وكان لديه من الخبرة ما يفوق خبرة المهندس والمقاول الذين تعاقد معهما، فإن اذعانهما لتعليمات صاحب العمل واوامره لا يعد خطأ منهما، والقرار يعد راجعا الى خطأ صاحب العمل وحده، وتتقفي مسؤولية كل من المهندس او المقاول<sup>(٣)</sup>. واستنادا لذلك، فقد قضت محكمة النقض المصرية بما ورد في نص قرارها "... الا انه اذا كان المقاول قد نبه صاحب العمل، الى ما كشفه من خطأ في التصميم، ولكنه اصر على التنفيذ، وكان لصاحب العمل من الخبرة والتفوق في فن البناء، ما يفوق خبرة وفن المقاول، فان اذعان المقاول لتعليمات صاحب العمل في هذه الحالة، لا يجعله مسؤولا عما يحدث في البناء، من تهدم نتيجة الخطأ في التصميم، اذ الضرر يكون راجعا الى خطأ صاحب العمل وحده، فيتحمل المسؤولية كاملة"<sup>(٤)</sup>.

إن المدعي في هذه الدعوى هو رب العمل فهو الدائن بالضمان العشري، وينتقل الحق الى خلفه العام عند وفاته فيحل ورثته في المطالبة بالضمان، كما يجوز للدائنين في حالة وفاة رب العمل ان يباشروا دعوى غير مباشرة باسم رب العمل للمطالبة بالضمان، ولا يوجد نص في

١- اشار اليه د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٣٤٠. 1- Civ. 13/1/1982 D1982-l-r-20.

٢- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٣.

٣- د. حميد لطيف نصيف، المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري والمقاول في عقود التشييد، دراسة مقارنة، دار الكتب والوثائق ببغداد، ط ١، ٢٠١٨ ص ٣٥٦.

٤- محكمة النقض المصرية، طعن رقم ٤٤٠، لسنة ٣١ قضائية، جلسة ١٩٦٦/١٢/٨، ص ١٧، ص ١٨٣٠، مشار اليه في رسالة ماجستير، عادل عبد العزيز عبد الحميد، مصدر سابق، ص ٩٣.

القانون المدني العراقي او المصري كما هو الحال في القانون الفرنسي<sup>(١)</sup>، يقضي صراحة بانتقال الحق في الضمان العشري من السلف (صاحب البناء) الى الخلف الخاص الذي آلت اليه ملكية البناء المعيب، الا ان الفقه استقر على انه يجوز للخلف الخاص كمشتري البناء او مشتريه من الباطن والمتقايض عليه والموهوب له والموصى له به الرجوع على المهندس والمقاول اعمالا لنظرية الاستخلاف في الحقوق والواجبات<sup>(٢)</sup>.

أما الحكم في عقد الفيديك، فهذه المسألة غير متصورة، ذلك ان البند ٣١/١/١ كما اسلفنا سابقا عرفت صاحب العمل هو الشخص المسمى بصاحب العمل في بيانات العقد وكذلك خلفاؤه القانونيون (اي الخلف العام والخاص)<sup>(٣)</sup>، ولهؤلاء جميعا اقامة الدعوى على المقاول أو المهندس او عليهما معا متضامنين بقوة القانون<sup>(٤)</sup>.

أما الملترمين بالضمان العشري هم المقاول سواء كان هذا المقاول يعمل لوحده ام يوجد الى جانبه مهندس كل حسب اختصاصه. فالنطاق التقليدي للأشخاص المسؤولين عن الضمان العشري ينحصر بالمهندس والمقاول وهو ما نصت عليه المادة ٨٧٠ والمادة ٦٥١. اما المشرع الفرنسي فقد مد نطاق الضمان العشري بحيث لم يعد قاصرا على من يرتبط بعقد مقولة مع رب العمل وانما امتد ليشمل البائع والوكيل والممول العقاري والمستورد لمواد البناء<sup>(٥)</sup>.

وعادة ما يتم التسليم بموجب محظر ينظم لهذا الغرض، وعند ذلك يعد تاريخه هو بداية مدة الضمان، واذا لم يكن هناك محضر فالتسليم واقعة مادية يجوز اثباتها بكافة الطرق القانونية،

١- بموجب قانون ٤ كانون الثاني لعام ١٩٧٨، اصبح لكل من تلقى الملكية خلال عشر سنوات الحق في التمسك بأحكام الضمان بصرف النظر عن الكيفية التي الت بها الملكية من رب العمل نفسه او خلفه العام او الخاص او من ممول عقاري. لزيد من المعلومات، راجع، د. عمرو طه بدوي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦، ص ١٢٢.

٢- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٢٤.

٣- راجع الفقرة ٣١/١/١، ص ٣٢.

٤- الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٢٣ق- جلسة ٢٠٠٤/٤/٦ للمحكمة الاتحادية العليا في الامارات العربية المتحدة، اشار اليه د. علي احمد صالح المهداوي، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري في الضمان العشري في قانون المعاملات المدنية الاتحادية، بحث منشور في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٠، ص ٤٣ هامش رقم ٣١.

٥ - انظر نص المادة ١٧٩٢ من القانون المدني الفرنسي.

وإذا امتنع رب العمل عن التسليم فإن المدة تبدأ من تاريخ اعذاره بوجوب التسليم، وإذا كان البناء مما يجوز تجزئته فتبدأ المدة من وقت تسليم كل جزء على حده<sup>(١)</sup>.

ومن الضروري هنا في دعوى الضمان اجراء الكشف المستعجل ايضا بمعرفة خبير مختص بأمور الهندسة تثبت واقع حال البناء، والغاية من اجراء الكشف هو الرجوع اليه عند اقامة الدعوى لاسيما اذا انهدم البناء وزالت معالمه وتم رفع انقاضه، فيكون تقرير الخبير وما مثبت فيه من تفاصيل هو المرجع لتحديد مسؤولية المهندس او المقاول او مسؤولية احدهما دون الاخر بحسب اسباب التهدم او العيب.

### ٣ - تقادم دعوى الضمان:

سبق أن أوضحنا إنه يجب التمييز بين مدة الضمان ومدة دعوى الضمان، فمدة الضمان هي المدة التي ارتأى المشرع ضرورة مرورها لاختبار قوة ومتانة البناء وخلوه من اي عيوب تؤدي الى تدمره او تهدد متانته او سلامته، اذا جعلها المشرع في كل من العراق ومصر وفرنسا بعشر سنوات. أما مدة دعوى الضمان فهي المدة التي فرض المشرع على رب العمل ان يبادر الى رفع دعواه امام القضاء في حالة حصول ذلك التهدم او العيب في المباني والمنشآت الثابتة بحيث لو حدث هذا التهدم أو العيب ولم يقم رب العمل برفع دعواه انتهت هذه المدة وسقط حقه في مطالبة المهندس أو المقاول بعمل اي اصلاح أو دفع اي تعويض<sup>(٢)</sup>، ومدة تقادم دعوى الضمان تختلف ما بين العراق ومصر وفرنسا، ففي العراق تسقط دعوى الضمان بانقضاء سنة واحدة من وقت حصول التهدم وانكشاف العيب<sup>(٣)</sup>، وفي ذلك قضت محكمة التمييز بانه يجب اقامة الدعوى عن الاضرار الحاصلة في البناء نتيجة التهدم خلال سنة من وقت التهدم، وتسري مدة التقادم بمجرد التهدم دون ربطه بواقعة اخرى، فواقعة التهدم امر قائم بذاته ولا تضاف الى أمر اخر<sup>(٤)</sup>.

١ - لفته هامل العجيلي، مصدر سابق، ص ٢١٨.

٢ - د. عمرو طه بدوي، مصدر سابق، ص ٣٦٥-٣٦٦.

٣ - المادة ٨٧٠/٤ من القانون المدني العراقي..

٤ - رقم القرار ٢٤/هيئة عامة اولى/ ٧٢ في ٧٢/١٢/٩. النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الثالثة، ايلول ١٩٧٤، ص ٩٤.

وبذلك تكون اقصى مدة يمكن رفع الدعوى خلالها هي أحد عشرة سنة من وقت التسلم النهائي للبناء اذا حصل التهدم أو العيب في نهاية السنة العاشرة من وقت التسلم ففي استطاعة رب العمل رفع الدعوى خلال السنة التالية، ان انقضت السنة امتنع سماع الدعوى بسبب سقوطها بالتقادم<sup>(١)</sup>. ويترتب على كون تلك المدة هي مدة التقادم تعرضها للوقف والانقطاع، فتكون عرضة لان تتوقف بالعدر الشرعي اذ لا تسري بحق الصغير والمحجور عليه اذا لم يكن له ولي وكذلك بحق الغائب في بلاد اجنبية نائية، فالمدة التي يقوم خلالها الضرر لا تحتسب ضمن مدة التقادم، استنادا الى المادة ٤٣٥ من القانون المدني العراقي، وفي ذلك قضت محكمة تمييز في العراق في حكم لها: "اذا كان للمدعي ولي اثناء قصره فلا تقف مدة التقادم بالنسبة اليه"<sup>(٢)</sup>.

كما تنقضي مدة السنة اذا أقر المهندس أو المقاول بحق رب العمل في الضمان سواء كان اقراره صراحة او ضمنا فان المدة تنقطع<sup>(٣)</sup>، ومن ثم تبدأ مدة جديدة هي خمس عشرة سنة لا مدة سنة واحدة استنادا الى الفقرة الثانية من المادة ٤٣٩ من القانون المدني<sup>(٤)</sup>، كما تنقطع مدة السنة ايضا بالمطالبة القضائية ولو تم رفع الدعوى امام محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر<sup>(٥)</sup>، كما ويقع الانقطاع بأي عمل يقوم به رب العمل للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى<sup>(٦)</sup>، وفي ذلك نص قرار سابق لمحكمة التمييز " لا يسقط مرور الزمان الا بإقامة دعوى ودفع الرسوم..."<sup>(٧)</sup>. كما وان الكشف المستعجل لا اثر له في قطع التقادم، اذ جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية<sup>(٨)</sup> الكشف المستعجل لا يرقى الى مرتبة المطالبة القضائية فلا يقطع مرور الزمان". كما لا تستطيع المحكمة ان تمتنع عن سماع الدعوى عند مرور السنة، وانما يكون امتناعها بعد طلب المدين (المقاول أو المهندس) بذلك أو بناء على طلب احد دائنيه، او

١ - القاضي صالح عباس صالح، مصدر سابق، ص ٧٧.

٢ - رقم القرار ١٠٥٠/٤م/٧٦ في ٧٧/٥/٣، منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثامنة، ص ٢١.

٣ - نصت المادة ١/٤٣٨ من القانون المدني العراقي: تنقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى اذا اقر المدين بحق الدائن صراحة او دلالة مالم يوجد نص بخلاف ذلك.

٤ - نصت الفقرة ٢ من المادة ٤٣٩ من القانون المدني العراقي: اذا حكم بالدين وحاز الحكم درجة البتات او اذا كانت المدة المقررة لعدم سماع الدعوى سنة واحدة وانقطعت باقرار المدين كانت المدة الجديدة خمس عشرة سنة

٥ - الفقرة ١ من المادة ٤٣٧ من القانون المدني العراقي.

٦ - الفقرة ٢ من المادة اعلاه.

٧ - رقم القرار ١٢٩٢/حقوقية/٦٤ في ١٠/٢٠/١٩٦٤، ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨٨، ص ٥٧٩.

٨ - رقم القرار ٧٢/٢/٣٦٤ في ٧٣/١٠/٤، ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص ٥٨٤.

اي شخص اخر له مصلحة بالتمسك بسقوط الدعوى ولو لم يتمسك المدين بذلك الدفع<sup>(١)</sup>، وفي ذلك جاء قرار لمحكمة تمييز العراق<sup>(٢)</sup>، كما ان انقضاء مدة السنة يعني سقوط دعوى الضمان دون سقوط حق رب العمل بالضمان، وبالتالي اذا اقر المدين بحق رب العمل بالضمان امام المحكمة يؤخذ بإقراره<sup>(٣)</sup>، وان مدة مرور الزمان المانع تحتسب من تاريخ الكشف المستعجل الذي اثبت حدوث الضرر<sup>(٤)</sup>. كما ان المقاول او المهندس قد يستعمل الغش أو الطرق الاحتيالية في اخفاء العيب، فإذا ثبت ان هناك غشا فان رب العمل يستطيع الرجوع على المقاول او المهندس بالضمان من تاريخ اكتشافه للعيب وخلال مدة ثلاث سنوات من كشف العيب لان الرجوع هنا يكون على اساس المسؤولية التقصيرية، وتتقادم في كل الاحوال بمضي خمسة عشر سنة من يوم وقوع الغش واستنادا لنص المادة مدني عراقي ٢٣٢<sup>(٥)</sup>، وبما ان الدعوى التي يقيمها الغير على رب العمل أو على المهندس أو على المقاول للمطالبة بالأضرار التي نجمت من جراء تهدم البناء لا تسمع بعد مضي ثلاث سنوات استنادا الى قواعد المسؤولية التقصيرية، فان الدعوى التي يقيمها رب العمل على المهندس او المقاول رجوعا منه عليهما بما دفعه للغير فإنها لا تتقادم بمضي ثلاث سنوات، بل بمضي سنة واحدة من تاريخ حصول التهدم الذي كان سببا في اصابة الغير بالضرر الذي رجع على رب العمل استنادا لقواعد الضمان العشري في المادة ٨٧٠/٤، لذلك فإننا نرى انه كان من الاجدر على المشرع توحيد مدة التقادم في الدعويين (دعوى الغير على رب العمل ودعوى رب العمل على المهندس او المقاول) وذلك لان دعوى الضمان المحددة بسنة واحدة من تاريخ حصول التهدم قد تتقضي قبل قيام الغير برفع دعواه على رب العمل لان دعوى الغير لا تتقادم الا بمضي ثلاث سنوات من وقت علمه بالضرر وبمن احدثه.

أما مدة دعوى الضمان في القانون المصري فنص عليها المشرع في المادة ٦٥٤ منه، والتي قضت بأن دعوى الضمان تسقط بمرور ثلاث سنوات من وقت حصول التهدم او انكشاف

١ - الفقرة ١ من المادة ٤٤٢ من القانون المدني العراقي.  
٢ - جاء في هذا القرار: " ليس للمحكمة ان تمتنع من تلقاء نفسها عن نظر الدعوى لمرور الزمان بل يجب ان يطلب المدعي عليه ذلك، المادة ٤٤٢ مدني " رقم القرار ٩٥٩/٢م/٧٤ في ١١/٩/١٩٧٤، النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الخامسة، ص ٦٩.  
٣ - المادة ٤٤٠ من القانون المدني العراقي.  
٤ - قرار محكمة التمييز العراقية، المرقم ١٩٧/س/٦٩ هيئة عامة في ١٤/٢/١٩٧٠، ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٥٨٠.  
٥ - د. كمال قاسم ثروت، مصدر سابق، ص ١٤٧.

العييب، ويبدأ سريانها من وقت انكشاف العيب أو حصول التهدم<sup>(١)</sup>، ويستطيع رب العمل اثبات واقعة العيب بكافة طرق الاثبات، إلا أنه لا يكفي لإثبات العلم ان يسكن رب العمل المبنى، فقد لا يظهر العيب إلا بعد السكنى بمدة طويلة، على انه اذا كان قد مضى اكثر من ثلاث سنوات على انكشاف احد العيوب ولم ترفع دعوى بضمانه، ثم ظهر عيب اخر خلال مدة الضمان ادى الى انهزام البناء، فإن مهلة دعوى ضمان التهدم تحسب من تاريخ ظهور العيب الجديد الذي ادى اليه وهذا ما اكدته محكمة النقض المصرية في حكم لها<sup>(٢)</sup>. واذا ظهر العيب واخطر رب العمل المقاول به، فان سكوته بعد ذلك لا يعد نزولا منه من الضمان مادامت مدة التقادم لم تنتقض<sup>(٣)</sup>.

مما جاء اعلاه يثبت ان اقصى مدة لرفع دعوى التقادم هي ثلاث عشرة سنة من تاريخ التسليم النهائي للمشروع، فإذا انقضت مدة التقادم ولم ترفع دعوى الضمان، فان هذه الدعوى تكون قد سقطت بالتقادم ولا يجوز سماعها، على انه يجب ان يكون ما يرفع خلال هذه المدة هو الدعوى الموضوعية للمسؤولية فلا يكفي على سبيل المثال رفع دعوى الى القضاء المستعجل بطلب تعيين خبير لإثبات حالة البناء<sup>(٤)</sup>.

ونحن لا نتفق مع الرأي اعلاه، وذلك لأن المطالبة القضائية بإقامة دعوى امام القضاء المستعجل او مجرد اقامة الدعوى امام محكمة غير متخصصة صادر عن خطأ مغتفر يقطع التقادم، بل حتى ان تقديم الإغذارات الرسمية يقطع التقادم.

١- نقض مدني مصري، في ١٩٩٥/٤/٢٠، مجموعة احكام النقض، س٦، ج٢، رقم ١٣٤، ص ٦٦٩، اشار اليه: د. محمد طه ثروت، مصدر سابق، ص ٣٦٦، هامش ١.

٢- جاء في هذا الحكم: "ان مؤدى نص المادتين ٦٥٢، ٦٥١ من القانون المدني المصري ان ميعاد سقوط دعاوى ضمان المهندس المعماري والمقاول يبدأ من تاريخ التهدم الفعلي الكلي او الجزئي في حالة عدم انكشاف العيب الذي ادى اليه، ومن تاريخ انكشاف العيب دون انتظار الى تفاقمه حتى يؤدي الى تهدم المبنى واضطرار صاحبه لهدمه، واذا كان من الثابت من الاوراق ان الطاعن قد علم بعيوب المبنى من تاريخ رفع دعوى اثبات حالة، ولم يثبت ان عيوباً اخرى غير تلك التي كشفها خبير تلك الدعوى ادت الى اضطراره الى هدم المبنى، فان الحكم اذ قضى بعدم قبول الدعوى لمضي اكثر من ثلاث سنوات بين انكشاف العيب ورفع الدعوى لا يكون قد اخطأ في تطبيق القانون او شابه القصور في التسبيب، ولا يؤثر في النتيجة الصحيحة التي انتهى اليها الحكم المطعون فيه، وما قرره من انه يشترط لتطبيق المادة ٦٥٤ من القانون المدني حصول تهدم تلقائي وليس هدماً بفعل رب العمل. قرار محكمة النقض في ١٩٧٣/٥/٣١، مجموعة احكام النقض، السنة ٢٤، ص ٨٥٣ رقم ٥٦. اشار الى هذا القرار: د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٢٣٥، هامش ٢١٦.

٣- د. محمد طه بدوي، مصدر سابق، ص ٣٦٧.

٤- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٦٥.

ولما كانت هذه المدة مدة تقادم، فإنها يرد عليها اسباب الانقطاع فتقطع برفع الدعوى الموضوعية او بإقرار المهندس او المقاول بحق رب العمل في الضمان وكما هو الحال في القانون العراقي، اما وقف التقادم فلا يرد هنا وذلك لان المدة لا تزيد على خمس سنوات<sup>(١)</sup>، وذلك طبقا للمادة ٢/٣٨٢ من القانون المدني المصري<sup>(٢)</sup>، على النقيض من مدة تقادم الضمان في القانون العراقي التي تقبل الوقف.

أما التقادم في القانون المدني الفرنسي نجد ان التقنين المدني الفرنسي قد حدد في المادة ١٧٩٢ ف٤-١ منه مدة اعفاء المهندس أو المقاول من هذا الضمان بعشر سنوات من وقت تسلم الاعمال، وهذا من شأنه ان يجعل مدة الضمان في فرنسا متداخلة مع مهلة اقامة الدعوى وهذا امر منتقد، والسبب في ذلك هو ان العيب اذا انكشف في اليوم الاخير من السنة العاشرة، فان الضمان يغطيه ولكن رب العمل لا يستطيع رفع الدعوى في اليوم التالي وذلك لسقوطها بالتقادم<sup>(٣)</sup>، إلا أن المشرع العراقي والمصري، قد تلافى هذا الامر، وجعل مدة التقادم تبدأ من تاريخ الهدم أو انكشاف العيب وليس من تاريخ التسليم<sup>(٤)</sup>.

وعلى هذا المبدأ فقد اكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها<sup>(٥)</sup>: انه طبقا لنص المادة ٢٢٧٠، ان المهندسين المعماريين والمقاولين معفوون من الضمان القانوني بعد انقضاء مدة العشر سنوات اعتبارا من تاريخ تسليم الاعمال (انجازها) مالم يكن هناك فعل تدليسي او خطأ خارجي عن العقد، كما يعفيان من الضمان القانوني الوارد في المادة ١٧٩٢ من القانون المدني

١- د. اياد عبد الجبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٧٧.

٢- نصت الفقرة ٢ من المادة ٣٨٢ من القانون المدني المصري: ولا يسري التقادم الذي تزيد مدته على خمس سنوات في حق من لا تتوفر فيه الاهلية في حق الغائب او في حق المحكوم عليه بعقوبة جنائية اذا لم يكن له نائب يمثله قانونا. ولا يوجد مثل هذا النص في القانون المدني العراقي او القانون المدني الفرنسي.

٣- د. عمرو طه بدوي، مصدر سابق، ص ٣٦٦.

٤- لمعرفة الآراء الفقهية بخصوص الفصل بين مدتي الضمان في القانون الفرنسي في خصوص مسؤولية مشيدي البناء من حيث رغبة المشرع الفرنسي في التشديد من هذه المسؤولية وامتدادها الى ثلاثون سنة وفقا للقواعد العامة للمسؤولية العقدية او حساب مدة التقادم من تاريخ التسليم او من تاريخ حدوث الكارثة ومقارنتها مع ما جاء به القانون المصري، راجع د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٢٥٠ وما بعدها.

٥- نقض ١٩٨١/٦/١١، مجلة النقض الدائرة الثالثة، نقلا د. احمد عبد العال ابو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، دراسة تطبيقية في ضوء الفقه مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC، ط١، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١١٣، هامش رقم ٢.

وكذلك يعفيان من المسؤولية التعاقدية وفقا للقواعد العامة بسبب العيوب الخفية في البناء التي تتعلق بهيكل الاعمال مالم يكن هناك غش او خطأ مستقل عن العقد.

واستنادا الى الحكم اعلاه نلاحظ ان محكمة النقض الفرنسية ترفض مد مسؤولية المقاول او المهندس خارج الحدود الزمنية الواردة في نصوص المواد اعلاه الا للخطأ او التدليس المستقل عن العقد، وقد اكدت محكمة النقض الفرنسية في حكم اخر لها هذا الاتجاه ايضا وقررت ان استبعاد التقادم العشري بالنسبة للأضرار العقدية يخالف القانون وان مسؤولية المقاول والمهندس عن العيوب لا يجوز اثارها بعد انقضاء المدة المحددة في المادة ٢٢٧٠، لذا فان الدعوى التي رفعها الطاعن في مواجهة المقاول يجب ردها<sup>(١)</sup>، لذلك فان الفقه الفرنسي يسلم بأن مدة الضمان تختلط مع مدة الدعوى به، مع نظرته الى مدة الضمان باعتبارها تجربة للتحقق من متانة البناء وسلامته فتكون السنوات العشر على هذا النحو مهلة تجربة ومهمة لرفع الدعوى في ان واحد<sup>(٢)</sup>.

#### ثانيا - الدعوى المباشرة:

تعد الدعوى المباشرة من الوسائل المهمة بالنسبة للدائن، إذ بموجبها يستطيع الرجوع مباشرة وباسمه الشخصي على مدين مدينه بالقدر المستحق له من دين في ذمة المدين الاصلي وبحدود ما للمدين الاصلي من حق في ذمة مدين مدينه على الرغم من عدم وجود علاقة قانونية مباشرة تربطه بمدين المدين، فبذلك فهي دعوى استثنائية تتقرر بموجب نصوص قانونية خاصة محددة، فلا يوجد لها نظرية عامة لتطبيقها في القانون العراقي والقوانين محل المقارنة، وانما لابد من صدور نص خاص يمكن الدائن من الرجوع مباشرة على مدين مدينه. ومن هذا المنطلق فهل يستطيع رب العمل مطالبة المقاول من الباطن او العكس في عقد الفيديك؟ ولبيان ذلك لابد لنا أن نبحت مفهوم الدعوى المباشرة وموقف الفيديك منها، وما هي شروطها؟ وهل تخضع لمدة تقادم معينة؟ وكما يأتي:

١- د. احمد عبد العال ابو قرين، مصدر سابق، ص ١٣٢، هامش ١.

٢- د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

## ١- مفهوم الدعوى المباشرة:

سبق لنا القول انه لا يجمع بين رب العمل والمقاول من الباطن علاقة مباشرة لعدم وجود عقد يجمع بينهما. فالأصل هو عدم وجود علاقة مباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن بل تكون العلاقة التي تجمع بينهما علاقة غير مباشرة يتوسطها المقاول الاصلي.

ووفقا للبند ٤/٢١ من عقد الفيديك نلاحظ ان البند قد حدد اطراف الخلاف بأنهم (الفريقين) اي يمكن فهم ذلك بأنهم المقاول الرئيس ورب العمل، ولعل القصد من ذلك كان اخراج الخلافات التي تنشأ بين المقاول الرئيس والمقاول من الباطن سواء كان مسمى او غير مسمى بالعقد من اختصاص مجلس تجنب وفض المنازعات، وكذلك المنازعات الناشئة بين المقاول من الباطن ورب العمل، وهذا يتعارض مع الغاية التي انشئ المجلس لأجلها، فالمجلس انشئ للبت بالمنازعات المتعلقة بالمشروع واخراج بعض هذه المنازعات عن اختصاص المجلس يمكن أن يؤدي الى ارباك وتحجيم الدور الذي يقوم به المجلس، كما انه لا يتصور الرجوع الى المجلس في بعض المنازعات والرجوع الى جهة اخرى في بعضهما الاخر. فالمجلس يكون على اطلاع بجميع جوانب العقد والظروف المحيطة بالتنفيذ، وبالتالي يكون اقدر على صنع قرار مناسب وملائم، والا هم من ذلك ان عقود المقاولات عقود متداخلة ومعقدة في بنيتها القانونية، فمن الممكن ان يتصل نزاع المقاول الرئيس والباطن بنزاع بين المقاول ورب العمل، ومما لا يمكن معه فصل نزاعات ناشئة عن عقد واحد.

بالإضافة الى ان المجلس ينظر المنازعات على وجه السرعة كي لا يؤدي النزاع الى تعطيل وتأخير تنفيذ اعمال المشروع، وبالتالي فان نزاعا بين المقاول الرئيس والمقاول من الباطن قد يؤدي الى هذا التأخير<sup>(١)</sup>، ومن ثم وقف اعمال مهمة من المشروع، حيث كان على عقد الفيديك الاحمر معاملة المنازعات الناشئة بين المقاول من الباطن ورب العمل نفس معاملة المنازعات بين المقاول الرئيس ورب العمل.

وبالرجوع الى القواعد العامة في القوانين المدنية محل المقارنة نجد ان المشرع قد تدخل وأقر للمقاول من الباطن حقوقا في مواجهة رب العمل والمقاول الاصلي فقد نص المشرع العراقي

١ - عبد الراضي السيد حجازي، موسوعة التحكيم الدولي للتحكيم (FIDIC) والبري والبحري والجوي، ج ٢، ص ٩٣ وما بعدها.

في المادة ٨٨٣ من القانون المدني من انه<sup>١</sup> - يكون للمقاول الثاني وللعمال الذين انتقلوا لحساب المقاول الاول، في تنفيذ العمل حق مطالبة صاحب العمل مباشرة، بما لهم في ذمة المقاول بشرط ان لا يتجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي، وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاول الثاني، مثل هذا الحق، قبل كل من المقاول الاصلي وصاحب العمل. ٢- ولهم في حالة توقيع الحجز من احدهم على ما تحت يد صاحب العمل او المقاول الاصلي، امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي، للمقاول الثاني، وقت توقيع الحجز. ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز اداء هذه المبالغ اليهم مباشرة. ٣- وحقوق المقاول الثاني والعمال المقررة في هذه المادة مقدمة على حقوق من يتنازل له المقاول عن حقه قبل رب العمل. وهذا ما اكدته المادة ٦٦٢ من القانون المدني المصري. أما المشرع الفرنسي وبعد صدور قانون رقم ٧٥ - ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥، اعطى المشرع الفرنسي مقاول البناء من الباطن الحق في الدعوى المباشرة سواء في مجال المقاولات العامة أو الخاصة، وقد تقرر ذلك بمقتضى المادة ١٢ من قانون ١٩٧٥، حيث نصت على ان "للمقاول من الباطن الحق بدعوى مباشرة ضد صاحب العمل اذا لم يدفع المقاول الاساسي، خلال مهلة شهر من انذاره، المبالغ المتوجبة نتيجة لتنفيذ عقد المقاولة من الباطن، وكل تنازل عن الدعوى المباشرة يعد باطلا وغير قابل للاحتجاج به، وللمقاول من الباطن الحق في ممارسة هذه الدعوى حتى ولو كان المقاول الاصلي في حالة التصفية قضائية أو افلاس، وتكون احكام الفقرة الثانية من المادة ١٧٩٩/١ من القانون المدني واجبة التطبيق اذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة الحالية"<sup>(١)</sup>.

نستخلص من النصوص السابقة ان الدعوى المباشرة تثبت كحق قانوني في مواجهة رب العمل لصالح المقاول من الباطن بل ولعماله أيضاً الرجوع بما يكون مستحقا لهم في ذمة المقاول الاصلي. وذلك لان هؤلاء العمال لا يقلون في الحاجة الى الرعاية من المقاول من الباطن. كما ويتحدد محل الامتياز بالمبالغ التي تكون واجبة على رب العمل وقت الحجز بمقتضى عقد المقاولة الذي اشترك العمال والمقاولون من الباطن في تنفيذه. كما ان للمقاول من الباطن حق رفع تلك الدعوى ولو كان المقاول الاصلي في حالة تصفية أو تسوية قضائية أو وقف مؤقت.

١ - فرانسواز لابات وسيريل نوبلوت، مصدر سابق، ص ٩٧٤ وما بعدها .

وهو ما يعني ان الدعوى المباشرة تعطى للمقاول من الباطن افضلية على غيره من دائني جماعة الدائنين.

واستنادا لما سبق ففي حال اصدر رب العمل أوامر تغيير الى المقاول او اقترح المقاول اضافة بعض الاعمال او اجراء بعض التغييرات ووافق عليها رب العمل وقام المقاول من الباطن بتنفيذ الاعمال الاضافية، وتقاعس المقاول الاصلي عن دفع اجر هذه الاعمال له فبإمكانه ان يرجع على رب العمل بالدعوى المباشرة للمطالبة بأجر ما قام به من اعمال.

إلا أنه يثار تساؤل حول ما اذا كان التعديل أو الاضافة بناء على طلب المقاول من الباطن وبموافقة المقاول الاصلي فهل يستطيع المقاول من الباطن ان يرجع على رب العمل بالدعوى المباشرة عن الاجر الزائد للأعمال الاضافية التي تمت بالاتفاق بينه وبين المقاول الاصلي؟

للإجابة عن هذا التساؤل يذهب بعض الفقه القانوني<sup>(١)</sup> الى ان تعديل الاجر المحدد جزافا على اساس تصميم معين مشروط في كون عقد المقاولة قد ابرم بين رب العمل والمقاول الاصلي، اما لو حدث وان العقد قد ابرم العقد بين المقاول الاصلي ومقاول من الباطن فلا تسري بينهما المادة ٨٧٧ مدني عراقي او نص المادة ٦٥٨ مدني مصري او المادة ١٧٩٣ مدني فرنسي، فلا محل لتعديل الاجر الجزافي، ولم تنص اي من القوانين المدنية المقارنة على هذا الشرط في حين قضت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه (لا تطبق احكام المادة ١٧٩٣ على اتفاقية مقاوله من الباطن بين مؤسستين)<sup>(٢)</sup> فلو اتفق مقاول اصلي مع مقاول من الباطن على ان يقوم الاخير بعمل على اساس تصميم معين متفق عليه باجر جزافي كان باستطاعة المقاول من الباطن ان يجري تعديلا في التصميم بعد موافقة المقاول الاصلي ولو موافقة ضمنية غير مكتوبة، كما ويجب الاتفاق على مقدار الاجرة الزائدة نتيجة التعديل او الاضافة الحاصلة على التصميم المتفق عليه. كما لا يجوز للمقاول من الباطن اقامة دعوى مباشرة على رب العمل وذلك عن اعمال اضافية تمت بالاتفاق بينه وبين المقاول الاصلي وانما تسري بينهم القواعد العامة.

<sup>١</sup> - د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق، ص ١٦٧ وما بعدها.

2- Cass.3e civ.15 fevrier 1983,Bull.civ.,III,no 44.

اشار اليه فرانسواز لابارت وسيريل نوبلوت ، مصدر سابق، ص ٢٨١.

ومن الجدير بالإشارة ان المشرع في القوانين المدنية محل المقارنة، قيد حق المقاول الاصلي في التصرف في حقه لدى رب العمل، بل واكثر من ذلك. فإن للمقاول من الباطن والعمال، في حالة توقيع حجز تحت يد رب العمل، امتياز بما يكون مستحقا لهم. وبمقتضى هذا الامتياز يكون لهم التقدم على غيرهم من الدائنين.

نفهم مما تقدم ان المشرع في القوانين محل المقارنة قد وفر حماية فعالة للمقاول من الباطن، يستطيع بمقتضاها الحصول على حقه في سهولة ويسر.

## ٢ - شروط الدعوى المباشرة:

من شروط هذه الدعوى عند رفعها من قبل المقاول من الباطن أو عماله يجب ان يكون كل من هؤلاء دائئا للمقاول الاصلي، فالمقاول من الباطن اذ يقوم بمطالبة رب العمل مباشرة عن طريق هذه الدعوى، فانه لا يفعل ذلك لأنه دائئا شخصيا لرب العمل، بل لأنه يطالب بحقه لدى المقاول الاصلي، كما يجب ان ينصب موضوع هذه الدعوى على امور محددة في ذمة رب العمل (مدين المدين) فلا تشمل كل امواله، فهي متعلقة فقط بما يكون للمقاول الاصلي لدى رب العمل او ما يكون للمقاول من الباطن لدى المقاول الاصلي فيما يتعلق بدعوى عمال المقاول من الباطن بشرط ان يكون هذا الدين (الحق في الاجر) قد نشأ عن تنفيذ عقد المقاولة، وليست العبرة بقيمة الحق الاصلي اي (الحق في الاجر ككل) وانما العبرة بالقدر الذي ما زال رب العمل أو المقاول الاصلي في دعوى عمال المقاول من الباطن مدينا به لصالح المقاول الاصلي وقت رفع الدعوى<sup>(١)</sup>.

كما يشترط تطبيقا للقواعد العامة ضرورة اعدار المقاول الاصلي بسداد ما عليه للمقاول من الباطن قبل قيام هذا الاخير برفع الدعوى المباشرة ضد رب العمل<sup>(٢)</sup>، وللاعدار اهمية خاصة في التصرفات التي يقوم بها رب العمل تجاه المقاول الاصلي، فقبل الاعذار يكون وفاء رب العمل للمقاول الاصلي صحيحا، وساريا في حق المقاول من الباطن، ولكنه بعد اعداره يلزم رب العمل بالوفاء للمقاول من الباطن مباشرة. وتجدر الإشارة الى ان المشرع الفرنسي يشترط لممارسة الدعوى المباشرة على المقاول من الباطن اعدار المقاول الاصلي بدفع اجره المستحق،

١ - حميد لطيف نصيف، مصدر سابق، ص ٤٢١.

٢ - المادة ٢٥٧ مدني عراقي تقابلها المادة ٢١٩ مدني مصري.

وتبليغ نسخة من هذا الاعذار لرب العمل، ولا يكفي الاعذار، بل يجب فوات مهلة شهر واحد من تاريخ تبليغه، ولم يسدد خلالها المقابل الأصلي ما عليه، ومن ثم يحق للمقابل من الباطن مباشرة الدعوى المباشرة ضد رب العمل استناداً الى احكام المادة ١٢ من القانون رقم ١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ سالفه الذكر.

كما ان من شروط هذه الدعوى ان يكون حق المقابل من الباطن لدى المقابل الأصلي مستحق الاداء، وغير معلق على شرط او مقترن باجل، كما يجب ان يكون موجوداً وغير متنازع فيه، ويترتب على ذلك ان دعوى المقابل من الباطن، لا تكون مقبولة اذا انقضى حقه لدى المقابل الأصلي سواء بالتقادم او باتحاد الذمة او بالوفاء او بالمقاصة.

ويجب على رافع الدعوى المباشرة (المقابل من الباطن او عماله) ان يثبت حق مدينه (المقابل الأصلي) لدى رب العمل (مدين المدين) ثم يكون على الاخير اذا كان قد وفى بالتزامه ان يثبت انقضاء هذا الالتزام كله او بعضه قبل رفع الدعوى.

ويجدر التنبيه على ان الدعوى المباشرة في هذه الحالة تعد دعوى خاصة، تتقيد بما يكون للمقابل من الباطن، او لعمال المقابل من الباطن، بسبب تنفيذ عقد المقابلة من الباطن، وهو الاجر الزائد حسب اهمية التعديل ومداه وطبيعته ونفقاته وتكاليفه.

### ٣- تقادم الدعوى المباشرة:

تعتبر مدة التقادم هي المسألة الأكثر اهمية في الدعوى المباشرة، وبما ان الدعوى المباشرة التي يرفعها المقابل من الباطن او رب العمل تجد اساسها في نص القانون، فلا يوجد اذا مدة تقادم خاصة قررها القانون بشأنها، لذلك فهي تخضع للقواعد العامة وتكون مدة تقادمها خمسة عشر سنة، في القانونين العراقي والمصري وثلاثون سنة في القانون الفرنسي<sup>(١)</sup>، وعلى ذلك يستطيع المقابل من الباطن وعماله رفع الدعوى المباشرة الى ان تنتضي مدة التقادم. كما تنص المادة ٤٣٧ من القانون المدني العراقي "تتقطع المدة المقررة لعدم سماع الدعوى بالمطالبة القضائية ولو رفعت الدعوى الى محكمة غير مختصة عن غلط مغتفر فان طالب الدائن غريمه في المحكمة ولم تفصل الدعوى حتى مضت المدة فإنها تسمع بعدها ٢- كالمطالبة القضائية

١ - المادة ٤٢٩ من القانون المدني العراقي، يقابلها المادة ٣٧٤ مدني مصري، والمادة ٢٢٤١ مدني فرنسي.

الطلب الذي يتقدم به الدائن لقبول حقه في تفليس او توزيع وبوجه عام اي عمل يقوم به الدائن للتمسك بحقه اثناء السير في احدى الدعاوى" ويقابله نص المادة ٣٨٣ من القانون المدني المصري. فعلى الرغم من ان مقالول البناء من الباطن ليس هو الدائن المباشر لرب العمل، فيرى بعض الفقه<sup>(١)</sup>، ان رفع الدعوى المباشرة من مقالول البناء من الباطن على رب العمل، يقطع التقادم الحاصل لمصلحة الاخير، ولا يمكن الاحتجاج هنا بان رافع الدعوى ليس هو صاحب الحق الاصلي، مما ينفي امكانية قطع التقادم. فاذا كان رفع الدعوى الى محكمة غير مختصة يعد قاطعا للتقادم، على الرغم من عدم اتخاذ هذا الرفع صورة للمطالبة القضائية الصحيحة، فان رفع الدعوى من قبل مقالول البناء من الباطن على رب العمل، يجب ان يقطع التقادم الحاصل على حق المقالول الاصلي قبل رب العمل. وهذا الحل مقبول في الدعوى غير المباشرة، لذا فإن الاولى اعماله في الدعوى المباشرة. واذا اختار مقالول البناء من الباطن مباشرة دعواه عن طريق حجز ما للمدين لدى الغير، فان هذا الحجز ايضا يؤدي الى قطع التقادم الحاصل على حق المقالول الاصلي قبل رب العمل.

### الفرع الثالث

#### دفع دعوى المسؤولية المدنية الناشئة عن أوامر التغيير

الدفع بمعناه العام لا يعدو ان يكون السبب الذي يستطيع من خلاله المدعى عليه ان ينفي مسؤوليته ويدفع بموجبه الدعوى، فمتى ما تحققت المسؤولية المدنية على النحو المبين سابقا، فلا يكون امام الشخص المدعى عليه سواء كان (المهندس او المقالول) من سبيل لدفع المسؤولية عنه الا بإثبات السبب الاجنبي. ويقصد بالسبب الاجنبي كل واقعة تنشأ باستقلال عن ارادة المدين ولا يكون باستطاعته توقعها او منع حدوثها لذلك فان للسبب الاجنبي ركنين هما: عدم امكان التوقع واستحالة الدفع، والركن الاخر هو انتفاء الاسناد بأن يكون خارجا عن ارادة المدعى عليه<sup>(٢)</sup>.

١- عبد الله محمد علي حنظل، مصدر سابق، ص ٣٥١٤.  
٢- د. علي مطشر عبد الصاحب، مصدر سابق، ص ٢٥٠ وما بعدها.

وطبقا للقواعد العامة يعفى المهندس أو المقاول، كأى مدين متعاقد اذا استطاع ان يقيم الدليل على ان تهدم البناء أو الاضرار الحاصلة فيه أو العيوب ترجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه كقوة القاهرة أو حادث مفاجئ أو خطأ من جانب رب العمل أو من قبل الغير<sup>(١)</sup>، كما ان هذه الاسباب يمكن ان تعفى من المسؤولية التقصيرية وبنفس الضوابط. وفيما يتعلق بعقد الفيديو الكتاب الاحمر، فانه لم يضع بنوداً واضحة تحت مسمى حالات انتفاء المسؤولية المدنية، الا اننا يمكننا استخلاص الكثير من حالات انتفاء المسؤولية من خلال بنوده المتفرقة. وسنبحث فيما يلي صور السبب الاجنبي، علما انه سيتم بحث القوة القاهرة بشيء من التفصيل وذلك لخصوصيتها في عقد الفيديو، وكما يلي:

#### اولاً- القوة القاهرة (الحادث الاستثنائي):

يتعرض العقد الى مخاطر وصعوبات تحول دون تنفيذه حسب شروط العقد المتفق عليها، فهي تارة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا بصورة نهائية وتارة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مؤقتة، وفي كلتا الحالتين نكون امام حالة اخلال بالتوازن العقدي بين الطرفين، فلا يكفي ان يكون تنفيذ الالتزام صعبا او مرهقا للمدين بل لابد ان يكون مستحيلا، فإذا جعل الحادث تنفيذ الالتزام مرهقا بحيث يهدد بخسارة فادحة فلا يعد في هذه الحالة قوة القاهرة وانما كان حادثا استثنائيا عاما، فالقوة القاهرة تختلف الظروف الطارئة في ان القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، في حين ان الظروف الطارئة تجعله مرهقا للمدين<sup>(٢)</sup>. والقوة القاهرة هي تعبير عن مفهوم غير شخصي ذلك لأنه حدث لا يتصل بتصرف شخص او مجموعة اشخاص<sup>(٣)</sup>، ويتخذ هذا الحادث هذه الصفة وهذا التكييف عندما يكون غير متوقع، والمقصود بعدم التوقع ليس بالنسبة الى الحوادث الاستثنائية التي لم يسبق وقوعها، وانما الحوادث التي لا يستطيع احد توقع حدوثها مرة ثانية حتى من اشد الناس حيطة<sup>(٤)</sup>. وسوف نبحت في هذه الفقرة لمفهوم (الاحداث الاستثنائية)، وحالاتها، والاثار التي تترتب عليها، وكما يأتي:

١- نصت المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي: اذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لابد له فيه كافة سماوية او حادث فجائي او قوة القاهرة او فعل الغير او خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص او اتفاق على غير ذلك. يقابلها المادة ١٦٥ مدني مصري والمادة ١٧٩٢ مدني فرنسي.

٢- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٣٥ وما بعدها.

٣- د. ماجد احمد الحيارى، مصدر سابق، ص ٨٢.

٤- د. محمد لطيف نصيف، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، مصدر سابق، ص ٢٦٦.

## ١- مفهوم الاحداث الاستثنائية (القوة القاهرة):

عرف عقد الفيديك الاحداث الاستثنائية في البند ١/١٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديك بأنها (حدث او ظرف خارج عن سيطرة اي طرف، لا يمكن للطرف ان يتوخى الحذر منه بشكل معقول قبل الدخول في العقد، وليس بوسع الطرف تجنبه او التغلب عليه بشكل معقول، وان لا يعزى الى حد كبير الى الطرف الاخر)<sup>(١)</sup>.

ووفقا للتحديث الاخير لعقد الفيديك اصدار ٢٠١٧ تم استبدال مصطلح القوة القاهرة بال(الاحداث الاستثنائية) مع الملاحظ ان عناصر التعريف الاربعة للحدث الاستثنائي هي نفس تلك التي كانت مستخدمة للقوة القاهرة في الطبعة السابقة لعام ١٩٩٩. كما يفهم من التعريف المتقدم انه قد نص على شروط تحقق القوة القاهرة وهي (حادث خارجي وغير متوقع وغير ممكن الدفع وان لا يعزى الى الطرف الاخر) ولم ينص على شرط استحالة التنفيذ وذلك لان عقد الفيديك قد ميز بين الاستحالة النسبية (الاثر المؤقت للحدث الاستثنائي) وبين الاستحالة المطلقة (الاثر الدائم للحدث الاستثنائي) ولعل ما يقرر هذا التمييز ما يلي: أ- نص الفقرة ٤/١٨ المتعلقة بآثار الحدث الاستثنائي والتي نصت على حق الما قول في تمديد مدة التنفيذ. فالتمديد هنا يعني اماكن التنفيذ بعد زوال المانع المؤقت. ب- نص الفقرة ٦/١٨ التي قررت انتهاء العقد في حال كان تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلا. وهو الاثر الذي يترتب على الحدث الاستثنائي الدائم الذي يفضي الى استحالة دائمة في تنفيذ الالتزام مما يترتب عليه انتهاء العقد.

وتجدر الاشارة، بهذا الصدد، ومن خلال قراءة بنود الفصل الثامن عشر المتعلقة بالحدث الاستثنائي في عقد الفيديك ان هذا التمييز سببه تأثر عقد الفيديك بالقانون الانكليزي. حيث ان تعريف عقد الفيديك للأحداث الاستثنائية، مع بيان شروطها، وحالاتها، وآثارها كما سنتحدث عن ذلك تباعا عند التطرق لآثار الاحداث الاستثنائية، هو طريقة من طرق صياغة شرط القوة القاهرة المعروف في القانون الانكليزي، فهذا الشرط يتسم بقدر كبير من المرونة، ويؤدي وظيفته الرئيسية المتمثلة بالتخفيف من صرامة مبدأ استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدية، والحيولة دون انفساخ العقد تلقائيا وانقضاء الالتزامات المترتبة عليه وبقوة القانون. وذلك من خلال العديد من الوسائل التي ترمي الى المحافظة على العقد وديمومته، ومن ابرزها وقف العقد وتعليق سريانه،

١- انظر البند ٣٧/١ الذي احوال الى البند ١/١٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٣٣.

وتعطيل تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، حتى زوال اسباب استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية. او تمديد المدة اللازمة لتنفيذ تلك الالتزامات. وعليه يمكن تعريف شرط القوة القاهرة بأنه (نص يدمج بالعقد لإعفاء المدين كلياً من مسؤولية عدم تنفيذه لالتزامه التعاقدى او التخفيف منها، او لإطالة المدة اللازمة لتنفيذ ذلك الالتزام، او ايقاف تنفيذه لمدة معينة، والى حين زوال اثر القوة القاهرة الخارجة عن سيطرة الاطراف المتعاقدة والتي لا يمكن دفعها ولا توقعها)<sup>(١)</sup>. وقد اقتبس قانون الاحكام الانكليزي مصطلح القوة القاهرة (Force Majeure) بالمفهوم الواسع من القانون المدني الفرنسي، وجعله عنواناً لهذا الشرط الذي ارتبط ارتباطاً وثيقاً بمبدأ استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لمعالجة القصور الذي شاب المفهوم الاصلي للقوة القاهرة في ظل قانون الاحكام العام الانكليزي، والذي اقتصر على الحادث الطبيعي (ART OF GOD) وقد سار عقد الفيديك على ما سار عليه القانون الانكليزي كما سنبين ذلك لاحقاً عند الحديث عن حالات الحدث الاستثنائي (القوة القاهرة)<sup>(٢)</sup>.

أما القوانين المدنية محل المقارنة العراقي والمصري فنلاحظ انها لم تتضمن تعريفاً محدداً للقوة القاهرة او معياراً محدداً للقوة القاهرة، وانما اكتفت بالإشارة الى استحالة التنفيذ واعتبرته عنصراً أساسياً في تقييم الحادث على انه حالة من حالات القوة القاهرة، فعرفها جانب من الفقه بأنها: كل فعل لا شأن لإرادة المدين فيه، ولا يمكن توقعه او منعه، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وبالتالي تعد القوة القاهرة مبرراً للإعفاء من التنفيذ وتبرير التأخير فيه، ولولم ينص العقد على ذلك<sup>(٣)</sup>. ومن الجدير بالذكر ان القوانين المدنية محل المقارنة لم تفرق بين القوة القاهرة والحادث الفجائي، إذ جعلت اثرهما واحداً<sup>(٤)</sup>. وفضلاً عن ذلك، فان القانون المدني العراقي والمصري قد اخذا بالمفهوم الواسع للقوة القاهرة ولم يقصراه على الحادث الطبيعي كما هو الحال في القانون الانكليزي. وعلى الخلاف من ذلك نجد ان المشرع الفرنسي وبموجب المادة ١٢١٨ المعدلة بقانون رقم (١٣١-٢٠١٦) فقد اورد تعريفاً للقاهرة جاء فيه " تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يمتنع على المدين تنفيذ التزامه نتيجة حادث خارج عن سيطرته، ولم

1 - Pamela R.tepper R.tepper.Op cit.

2 -Catherine Elliott and Frances Quinn,Tort Law, Eighth Edition, PEARSON ,Longman, 2011, P299 .

٣- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٣٥ وما بعدها.

٤- المادة ٢١١ مدني عراقي، تقابلها المادة ١٦٥ مدني مصري، والمادة ١١٩٥ مدني فرنسي.

يكن بالإمكان، على نحو معقول توقعه عند إبرام العقد، ولم يكن من الممكن تجنب اثاره باتخاذ التدابير المناسبة<sup>(١)</sup>. نستنتج من التعريف المتقدم ان المشرع الفرنسي قد اورد تعريفاً مستقلاً للقوة القاهرة وهذا احد المستجدات بموجب التعديل الجديد وذلك لان تعريف المصطلحات القانونية يتركها المشرع عادة للفقه والقضاء، ونرى كذلك انه قام بتحديد ثلاثة شروط مجتمعة مع بعضها بعضاً لتحقيق القوة القاهرة وهي (حادث خارجي وغير متوقع وغير ممكن الدفع) ولم يرد من بينها الشرط المتعلق باستحالة التنفيذ والسبب في ذلك ان المشرع الفرنسي بموجب التعديل الجديد ومن خلال الفقرة الثانية من المادة ١٢١٨ قد ميز بين الاستحالة النسبية (الآثار المؤقتة للقوة القاهرة) وبين الاستحالة المطلقة (الآثار الدائمة للقوة القاهرة). لذا ندعو المشرع العراقي بوضع مادة خاصة في القانون المدني تشير الى القوة القاهرة بشكل مستقل، ويوضح المفهوم والآثار بشكل عام كما ذهب اليه المشرع الفرنسي في المادة ١٢١٨ من القانون النافذ لعام ٢٠١٦.

مما تقدم نلاحظ القدر الكبير من المرونة التي تتسم بها احكام القوة القاهرة في عقد الفيديك وذلك للتخفيف من حدة وصرامة مبدأ استحالة التنفيذ المعروف في القوانين المدنية محل المقارنة. إلا أنه وعلى الرغم من ان القوانين المدنية محل المقارنة لم تنص على شرط القوة القاهرة صراحة، إلا أن احكام القوة القاهرة ليست من النظام العام وبالتالي يكون للأطراف الحق بتعديل احكامها تخفيفاً او تشديداً<sup>(٢)</sup>.

وعلى ذلك فان اثبات القوة القاهرة لا ينفي خطأ المقاول والمهندس، وانما ينفي علاقة السببية بين الضرر الحاصل لرب العمل، وعملهما المتمثل بعملية التشييد، ومن ثم ينفي مسؤوليتهما ويدفعها. وتطبيقاً لذلك فقد نص المادة (٨٩٨)، من القانون المدني المصري للمشروع التمهيدي على انه "يسقط عن المهندس المعماري والمقاول الضمان المقرر في المادتين السابقتين، اذا تبين من الظروف التي ادت الى كشف عيوب البناء، ان هذه العيوب قد نشأت عن قوة القاهرة، كما لو حصل خلل في استقرار الارض التي اقيم عليها البناء، اذا كان هذا الخلل

<sup>1</sup> - ART 1218 "Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur".

<sup>٢</sup> - تنص من المادة ٢٥٩ مدني عراقي على انه "١- يجوز الاتفاق على ان يتحمل المدين تبعات الحادث الفجائي والقوة القاهرة. ٢- وكذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه....". يقابلها المادة ٢١٧ مدني مصري، والمادة ١١٥٠ مدني فرنسي.

قد نشأ لا عن موقع الارض او عن حركتها الذاتية، بل عن اسباب خارجية لم يكن في الامكان توقعها وقت البناء". ويظهر من هذا القرار ان القضاء جعل عيب الارض قوة قاهرة، في حالة حدوث خلل في استقرار الارض التي اقيم عليها البناء، وكان هذا الخلل ناشئاً عن سبب خارجي لا يمكن توقعه.

في حين ان المشرع العراقي قد جعل العيب في الارض ليس قوة قاهرة، لأنه متوقع الحدوث ومن واجبات المهندس، ان يقوم بجميع الاختبارات اللازمة لفحص التربة، المراد اقامة المنشآت او البناء عليها، قبل البدء بالأعمال، اذ انه من الممكن تلافي العيوب التي تظهر في التربة، من خلال معالجة الاسس وتقويتها، وبذلك تخرج عن كونها قوة قاهرة. وهذا ما اكدته المادة (١/٨٧٠) من القانون المدني والتي جاء فيها "يضمن المهندس المعماري والمقاول، ما يحدث خلال عشر سنوات، من تهدم كلي او جزئي، فيما شيده من مبان او اقاموه من منشآت ثابتة اخرى، وذلك حتى لو كان الخلل او التهدم ناشئاً عن عيب في الارض"<sup>(١)</sup>

ونرى ان العيوب التي تظهر في التربة، التي يشيد عليها البناء والمنشآت الثابتة الاخرى، لا تعد من قبيل القوة القاهرة، الا اذا استحال على المهندس اكتشافها، عن طريق اجرائه جميع الاختبارات اللازمة، فإذا نتج الخلل في البناء عن عيب في الارض، التي اقيم عليها ذلك البناء او المنشآت الثابتة الاخرى، فان ذلك العيب يعد من قبيل القوة القاهرة، التي تنفي مسؤولية المهندس او المقاول.

وأما اذا كان في البناء والمنشآت الثابتة الاخرى، عيب جسيم يهدد متانته، ثم حدثت قوة قاهرة سببت تهدم ذلك البناء، وكان من شأن تلك القوة القاهرة ان تسبب التهدم، حتى ولو لم يكن في البناء اي عيب، فهل يجوز لرب العمل مطالبة كل من المهندس والمقاول، بالتعويض عن الضرر الذي اصابه؟

يذهب الرأي الراجح في الفقه بأنه " اذا كان هناك عيب في البناء ثم تهدم البناء بقوة قاهرة، دون ان يكون للعيب دخل في تهدمه، فان صاحب العمل لا تعود له مصلحة في رفع دعوى الضمان، فان البناء كان سيتهدم ولو لم يوجد فيه هذا العيب" اما اذا كانت له مصلحة

١ - تقابلها المادة ١/٦٥١ من القانون المدني المصري.

جاز له ان يرجع بالضمان، مثل ذلك ان يكون العيب من شأنه ان يزيد من الضرر الناجم عن تهدم البناء. كذلك لشركة التأمين ان تحتج بالعيب في البناء، فتدفع لصاحبه تعويضا اقل، ففي مثل هذه الاحوال يرجع رب العمل بالضمان على المقاول، بالضرر الذي اصيب فيه بضرر من جراء العيب<sup>(١)</sup>.

إلا أننا لا نتفق مع الرأي المتقدم الذي يفيد بانتفاء المسؤولية عن المهندس والمقاول، في حالة الانهدام الكلي او الجزئي، للبناء او المنشأ الثابت الاخر المعيب، نتيجة القوة القاهرة، وذلك لان وجود العيوب في البناء بكل تأكيد سوف يؤدي الى الانهدام، وان تأثير القوة القاهرة ما هو الا تسريع للتهدم، سواء كان جزئيا ام كلياً، وبذلك تكون مسؤولية المهندس والمقاول قد تحققت في الضمان.

وقد سار القضاء الفرنسي سابقاً، على الحكم في مثل هذه الحالة، بتوزيع المسؤولية بين القائمين على عملية التشييد، تبعاً لنصيب كل واحد منهم في احداث الضرر، مقرران وجود القوة القاهرة، وبخاصة في حالة قرينة المسؤولية الخاصة، يؤدي الى انتفاء علاقة السببية بين الخطأ والضرر انتفاءً كاملاً، يمتنع معه الحكم بتقسيم المسؤولية<sup>(٢)</sup>.

وبذلك يكون القضاء الفرنسي قد عدل عن قاعدة السببية الجزئية، ولجأ الى نظرية السبب المنتج، فقد تم اختيار اكثر الاسباب فاعلية في احداث التهدم، أو الخلل في البناء، فإن كانت القوة القاهرة هي السبب المنتج، انتفت مسؤولية المهندس والمقاول، أما ان كان خطأ المهندس أو المقاول هو السبب المنتج في احداث الضرر، فتبقى مسؤوليتهما قائمة تجاه رب العمل<sup>(٣)</sup>.

## ٢ - حالات الحدث الاستثنائي:

إن الاطراف المتعاقدة هي من تقوم بتحديد الحالات التي تعد ان وقعت حدث استثنائي (قوة القاهرة)، لذا يجب على اطراف العقد التفاوض بجدية للتوصل الى اتفاق يسمح بتحديد تلك الظواهر او الحوادث التي يتعرض لها كل منهما وقت تنفيذ العقد، ولقد اشار البند

١- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ١٣٧، هامش رقم ٢.

٢- محمد ناجي ياقوت، عقد المقاولة، من دون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٧، فقرة ١٣١، ص ٢٨١.

٣- راجع قرارات محكمة النقض الفرنسية:

Civ.17/3/1971D1971-1494et not echabas.Civ.5/5/1978 bul.civ.1978p.111 no.135.

١/١٨ من عقد الفيديو سألقة الذكر الى ان حالات الحدث الاستثنائي قد جاءت على سبيل المثال لا الحصر ومنها<sup>(١)</sup>: الحرب أو الاعمال العدائية (سواء اعلنت الحرب ام لا)، وكذلك الغزو أو افعال الاعداء الاجانب، وكذلك التمرد واعمال الارهاب والثورة، أو الاضطرابات الاجتماعية أو القوة العسكرية، أو المغتصبة أو الحرب الاهلية، أو اعمال الشغب أو الاضطراب من جانب الاشخاص، بخلاف موظفي المقاوول وغيرهم من موظفي المقاولين من الباطن، الكوارث الطبيعية مثل الزلزال أو الرياح خارج السيطرة أو النشاط البركاني أو الاعصار... الخ

ويتبين من خلال ما تقدم ان البند اعلاه نص على بعض الحالات التي من الممكن ان تشكل قوة قاهرة مثل الحوادث الطبيعية (الفيضانات والعواصف)، كما بين بعض الحالات التي من الممكن ان تكون تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة، مثل الاضرابات واعمال الشغب، حيث ان معيار التمييز بين القوة القاهرة والظروف الطارئة هو ان الاولى تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا والثانية تجعل تنفيذه مرهقا. وهذا ما استقرت عليه القوانين المدنية محل المقارنة.

### ٣- آثار الاحداث الاستثنائية:

بداية لابد للطرف الذي يتعذر عليه تنفيذ التزاماته العقدية بسبب الحدث الاستثنائي اشعار الطرف الاخر بذلك مبينا كافة الالتزامات التي اصبح او سيصبح متعذرا عليه انجازها نتيجة لتلك الظروف وذلك خلال ١٤ يوما من تاريخ علمه بحدوث الواقعة طبقا للبند الفرعي ٢/١٨، ويعد الطرف الذي قام بإرسال ذلك الاشعار معذورا من اداء التزاماته في العقد طيلة فترة بقاء الحدث الاستثنائي<sup>(٢)</sup>، ويلاحظ من نص المادة انه لم يرقم بإعفاء رب العمل من الاستمرار في دفع مستحقات المقاوول على الرغم من تحقق الحدث الاستثنائي<sup>(٣)</sup>، ويمكن تلخيص اثار الحدث الاستثنائي في عقد الفيديو كالآتي:

- ١- البند ١/١٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديو، ص ١٤٣.
- ٢- الفقرة ٢/١٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديو، ص ١٤٣.
- ٣- داوود خلف شحادة، دليل عقود الفيديو لعقد التشييد الصادر من الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، ط١، اصدار مركز تدريب المهندسين الاردنيين، عمان، الاردن، ص ١٠٦.

## أ- تمديد فترة الانجاز وتعويض المقاول:

منحت الفقرة ١٨/٤<sup>(١)</sup> المقاول الحق في تمديد فترة الانجاز مع تعويضه عن اي خسائر تكبدها بسبب الحدث الاستثنائي وتوقف العمل الذي قدم اخطار به بموجب الفقرة ١٨/٢ من عقد الفيديك، وعلى المهندس بعد تسلمه اشعار اعداد تقديراته بهذا الشأن وتحديد هذا التعويض من خلال الاتفاق على ان يراعى فيه العدل والانصاف<sup>(٢)</sup>. ويتضح من النص المتقدم ان عقد الفيديك قد اخذ بالاستحالة المؤقتة وهي وقف العقد بسبب المانع المؤقت (الحدث الاستثنائي) ومن ثم العودة مباشرة للتنفيذ بعد زواله. حيث ان عقد الفيديك بموجب الفقرة اعلاه ينص على الاثار التي تترتب على وقف العقد. ولكي يترتب هذا الاثر ينبغي ان تكون المدة التي يمكن ان يتوقف فيها العقد مدة معقولة يزول خلالها سبب الاستحالة، ويستأنف بعدها تنفيذ الالتزامات التعاقدية قبل ان يصير تنفيذه غير مجدٍ، ولا يحقق الفائدة المرجوة من تنفيذ الالتزام بعد زوال سبب الاستحالة المؤقتة، وهذا يعني ومن مفهوم المخالفة عدم جواز الاتفاق على وقف العقد واسباغ طابع التأقيت على مدد الاستحالة الطويلة التي يمكن ان تنزل منزلة الاستحالة النهائية. وقد اشار عقد الفيديك الى هذا الحكم وفقا للفقرة ١٨/٥ والتي نصت على انه "في حال تعذر تنفيذ الاعمال بصورة جوهرية لمدة ٨٤ يوما متصلة بسبب حدث الاستثنائي تم الاخطار به بموجب البند الفرعي ١٨/٢ [اشعار الحدث الاستثنائي]، أو لفترات متتالية تتجاوز مجموعها اكثر من ١٤٠ يوما لذات السبب، فعندها يمكن لأي طرف ان يعطي اشعارا للطرف الاخر برغبته في انتهاء العقد اختياريا". نفهم من ذلك ان الانتهاء هنا ليس مقصورا على المتعاقد الذي تعرض للحدث الاستثنائي، وانما ترك الامر للمتعاقدين فلمهم المطالبة بإنهاء العقد بعد مرور المدد المشار اليها سابقا، وبالتالي يصبح انتهاء العقد ساريا بعد مرور سبعة ايام من اعطاء الاشعار الذي يتضمن الرغبة بإنهاء العقد لوجود قوة قاهرة<sup>(٣)</sup>. وبعد انتهاء العقد بهذه الطريقة يتعين على المهندس تقدير الاعمال المنجزة واصدار شهادة الدفع النهائية المتضمنة المستحقات النهائية للمقاول بعد تسوية الخلافات بينه وبين رب العمل، واذا لم يطلب المقاول تلك الشهادة، فان المهندس يصدرها من

١- البند ١٨/٤ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٤٤.

٢- د. ماجد احمد الحيارى، مصدر سابق، ص ٨٨.

٣- د. ماجد احمد الحيارى، مصدر سابق، ص ٨٨.

تلقاء نفسه، وإذا وجدت خلافات بين المهندس رب العمل، فيجوز منح المقاول شهادة الدفع المرحلية عن الاجزاء المتفق عليها الى ان يتم تسوية الخلاف<sup>(١)</sup>.

وطبقا للقواعد العامة في القوانين المدنية محل المقارنة العراقي والمصري فإن اهم اثر من اثار القوة القاهرة هو استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة، وذلك طبقا للمادة ٤٢٥ من القانون المدني العراقي والتي اشارت الى انه في حالة استحالة تنفيذ المدين لالتزامه بسبب اجنبي ينقضي التزام المدين بحكم القانون<sup>(٢)</sup>. وانقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر، وبالتالي انتفاء المسؤولية العقدية كما سبق بيانه عند الحديث في مفهوم الاحداث الاستثنائية(القوة القاهرة).

إلا أنه قد يرى القاضي انه من الممكن إيقاف تنفيذ العقد اذا كانت استحالة التنفيذ ذات صفة مؤقتة، وكان ذلك لا يفوت على رب العمل الفائدة التي يقصدها من وراء انجاز العمل. وقد اتجه القضاء العراقي الى السماح بوقف العقد، اذا كانت استحالة تنفيذ الالتزام ذات صفة مؤقتة. وجاء في احد احكامها بأنه (... ان المدعين اسسا دعواهما البدائية بالمطالبة بفسخ عقد المقاولة والتعويض عن قيمة الاعمال المنجزة بسبب استحالة تنفيذ عقد المقاولة للطرف الامني الذي تمر به محافظة نينوى مما يحول دون الاستمرار بتنفيذ العقد. وحيث ان وكيل المدعين حصر دعواه امام محكمة الاستئناف بفسخ العقد. والاحتفاظ بإقامة دعوى مستقلة بالمستحقات. وحيث ان طلب فسخ العقد يستوجب حصول اخلال من الطرف المتعاقد الاخر عملا بأحكام المادة (١/١٧٧) من القانون المدني، وحيث ان المدعى عليه لم يخل بالتزامه التعاقدي وان توقف العمل خارج عن ارادته لسبب اجنبي، مما تكون المطالبة بفسخ العقد لا سند لها من القانون. وبإمكان المدعين المطالبة بتصفية عقد المقاولة وفقا للمادة (٦٨) من الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية. لذا قرر تصديق الحكم المميز ورد الطعن التمييزي...)<sup>(٣)</sup>.

١- البند ١٨/٥ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٤٤ .

٢ - تقابلها المادة ٣٧٣ مدني مصري.

٣- حكم محكمة تمييز العراق الاتحادية ذو الرقم ٦٨٦ / الهيئة الاستئنافية منقول / ٢٠١٥ في ٢٠١٥/٣/١٧. منشور في مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة ، العدد الثاني(تموز- كانون الاول) ٢٠١٥، ص ٢٢٠.

كذلك نجد ان محكمة النقض المصرية ايضا سمحت بوقف التنفيذ اثناء الحرب في قرار له جاء فيه (ان قيام الحرب وصدور التشريعات الاستثنائية يعتبر قوة القاهرة يستحيل معها تنفيذ العقود من شأنها وقف التنفيذ مؤقتاً)<sup>(١)</sup>.

أما المشرع الفرنسي وتطبيقاً للمادة ١٢١٨ ، والتي اشارت الى انه عندما يكون العائق وقتياً فلا تشكل حالة القوة القاهرة عقبة الا بقدر ما تمنع المدين من تنفيذ اداء ما يتوجب عليه من التزام، لذا اذا كان العائق مؤقتاً لا يتحرر المدين من الالتزام، وانما يوقف تنفيذ العقد الى وقت زوال العائق الوقتي<sup>(٢)</sup>. وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية على انه (في حالة العائق المؤقت يكون تنفيذ الالتزام معلقاً فلا يجوز فرض اي مخالفات او جزاء على المدين، وعند انتهاء العائق المؤقت يبدأ المدين من جديد بتنفيذ التزاماته التعاقدية التي توقفت خلال تلك الفترة بشكل طبيعي واعتيادي)<sup>(٣)</sup>.

إلا أنه مبدأ وقف العقد للاستحالة المؤقتة في القوانين المدنية محل المقارنة يرد عليه استثناء، وهو عندما يكون عامل الوقت عنصراً جوهرياً في تنفيذ العقد، فعند حدوث تأخير أو تعليق لالتزامات المدين يستطيع الدائن عندئذ طلب الغاء العقد ويكون الاثر عندها رجعي<sup>(٤)</sup>.

#### ب- التزام تقليل التأخير:

اذ يتعين على كل طرف بذل قصارى جهده في كل الاوقات للتقليل من التأخر في اداء التزاماته كنتيجة للقوة القاهرة، وهذا ما اشارت اليه الفقرة ٣/١٨ من عقد الفيديك<sup>(٥)</sup>. ولا بد من القول ان نجاح الوقف، بحد ذاته مرهون بمدى نجاح المتعاقدين في استئناف العقد مرة اخرى. لذلك يلزم اطراف العقد بالقيام بكافة الاعمال والاجراءات الضرورية وبذل الجهود اللازمة التي تساعد على استئناف سريان وتنفيذ العقد. ويتحقق ذلك في الواقع من خلال السعي للتخلص من

١ - نقض مدني مصري، رقم ٤٨٦، في ١٩/١١/١٩٥٩، منشور في مجلة المحاماة، س ٤٠، ٤٤، القاهرة، ١٩٦٠، ١٨٣.

٢ - المادة ١٢١٨ مدني فرنسي ".... اذا كان المانع مؤقتاً يوقف تنفيذ العقد ما لم يكن التأخر الناجم عنه مبرراً لفسخ العقد....".

٣ - نقلاً عن د. هوزان عبد المحسن عبد الله، مفهوم القوة القاهرة في تنفيذ العقد: دراسة مقارنة في ضوء التعديل رقم ١٣١-٢٠١٦ للقانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد ٢، ٢٠١٢، ص ٥٢١.

٤ - انظر د. حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، بغداد، ١٩٨٨، ص ١٣٣.

٥ - البند ٣/١٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٤٤.

الحدث او اثار الحدث الذي كان مبرراً لإعمال شرط القوة القاهرة. وقد يحدد الاطراف في شروطهم العقدية نوع وطبيعة الاعمال والاجراءات التي يلزم كل طرف بالقيام بها تنفيذاً لهذا الالتزام. وهذا لا يخرج عن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد طبقاً للمادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي<sup>(١)</sup>.

### ج- الاعفاء من الاداء بموجب القانون:

اعفى البند ٦/١٨ من الشروط العامة لعقد الفيديك<sup>(٢)</sup>، طرفي العقد من الاستمرار في اداء اي التزام اخر ودون الاجحاف بحقوق اي منهما بموجب نصوص العقد، وذلك عند تعذر استمرار او وفاء احد الطرفين او كليهما بالالتزامات العقدية نتيجة حدوث ظروف القوة القاهرة، او بسبب مخالفة تنفيذ الاعمال للقانون، او بمقتضى نصوص قانون دولة العقد وفي هذه الحالة يكون المبلغ الذي ترتب على رب العمل مستحقاً دفعه للمقاول مقابل ما تم انجازه من اعمال. وهذا ما يتفق مع القواعد العامة في القوانين المدنية محل المقارنة والتي تنص على انه اذا كان استحالة تنفيذ الالتزام مطلقة، فان العقد يلغى بقوة القانون دون الحاجة لان يطلب الدائن من القاضي انهاء العقد<sup>(٣)</sup>.

وكذلك يتفق مع القواعد العامة بانقضاء عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه<sup>(٤)</sup>.

### ثانياً - خطأ صاحب العمل:

ان خطأ صاحب العمل المتضرر يكون سبباً اجنبياً بنفي علاقة السببية ما بين نشاط المهندس او المقاول والضرر الذي اصابه، ويشترط لاعتبار خطأ صاحب العمل سبباً اجنبياً ان ينفرد الخطأ الصادر عنه في احداث الضرر، كما لو قام رب العمل بعمل حفرة بالقرب من الاعمدة الحاملة للبناء مما تسبب في تعييبه، وبالتالي يكون فعل رب العمل هو السبب الوحيد

١ - انظر المادة ١٥٠ مدني عراقي، تقابلها المادة ١٤٨ مدني مصري والمواد ١١٩٤ و ١١٠٤ مدني فرنسي.

٢ - البند ٦/١٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٤٥.

٣ - المادة ٤٢٥ مدني عراقي، تقابلها المادة ٣٧٣ مدني مصري.

٤ - المادة ١/٨٨٦ من القانون المدني العراقي، يقابلها المادة ٦٦٤ مدني مصري، ١٢١٨ مدني فرنسي.

الذي ادى الى التهدم او ظهور العيب<sup>(١)</sup>، او اذا قدم رب العمل مواد بناء غير مطابقة للمواصفات ففي هذه الحالة يكون خطأ رب العمل هو السبب الذي ادى الى ظهور العيب او التهدم في البناء وهو سبب اجنبي ينفي مسؤولية المهندس او المقاول ولكن يجب على اي منهما ان يثبت خطأ رب العمل كسبب اجنبي<sup>(٢)</sup>.

أما اذا كان خطأ رب العمل لا يشكل سببا اجنبيا لقطع علاقة السببية ، كما لو قدم مواد بناء وهو لا يعلم بعدم صلاحيتها ولم يرق المهندس أو المقاول بفحصها قبل استعمالها، ففي هذه الحالة يكون اهمال المهندس أو المقاول هو السبب في التهدم أو العيب الذي يهدد سلامة المنشأ ولو اثبتنا ان رب العمل هو الذي قام بتقديم مواد البناء المعيبة بسبب عدم قيامهما بفحص تلك المواد، مع العلم ان عملية اجراء الفحوصات المختبرية هي من مسؤولية المقاول والمهندس في عقود الانشاءات<sup>(٣)</sup>.

ويجب الاشارة الى ان المادة ٨٧٠/١<sup>(٤)</sup>، من القانون المدني العراقي الخاصة بالضمان العشري نصت على ان الالتزام بالضمان يبقى قائما ولو اجاز رب العمل اقامة المنشآت المعيبة، فعلى سبيل المثال عند قيام رب العمل بوضع التصميم كما هو الحال في عقد الفيدك موضوع الدراسة، ونشأ عن ذلك عيب يهدد متانة البناء وسلامته يمكن كشفه من قبل المقاول فانه يشترك في المسؤولية مع رب العمل، ولكن اذا قام رب العمل وكادره الهندسي بوضع تصاميم لا يمكن كشف عيوبها من قبل المقاول، فيكون في هذه الحالة قد قام بعمل يشكل سببا اجنبيا ينفي مسؤولية المقاول<sup>(٥)</sup>.

١ - والى ذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها سابق: ان المميز عليه رب العمل قد استعمل الاحواض دون ان يتخذ الحيطة الكافية في سد المنافذ وربط الانابيب بصورة صحيحة، وان هذا الاستعمال المعيب من قبله للمشروع هو الذي ادى الى هذا التهدم والتشققات وازديادها بمرور الزمن حسب ما ورد في تقرير الخبراء، ولما كان استعمال ابنية المشروع بصورة معيبة وغير صحيحة امرا خارجا عن ارادة المميز عليه المقاول، فانه لا يكون مسؤولا عما ادى اليه من نتائج، اذ ان المسؤولية تكون على عاتق من قام بالفعل او تسبب بالضرر... قرار محكمة التمييز رقم ٨ / استئنافية / ١٩٧١ بتاريخ ١٩٧١/٥/٦، منشور في النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الثانية، تشرين الثاني ١٩٧٢، ص ١٦٦، اشار اليه د. محمد جابر الدوري، مصدر سابق، ص ٢٦٢.

٢ - د. حميد لطيف نصيف، المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري والمقاول في عقود التشييد، دراسة مقارنة، ط١، دار الكتب والوثائق ببغداد، ٢٠١٨، ص ٢٧٢.

٣ - نوري يوسف عبيدات، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري في القانون المدني الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، الجامعة الاردنية، ١٩٨٧، ٢٧٣.

٤ - يقابلها المادة ٦٥١ مدني مصري، والمادة ١٧٩٢ مدني فرنسي.

٥ - نوري يوسف عبيدات، المصدر سابق، ص ٢٧٣.

وقد يكون الخطأ مشتركاً بين رب العمل من جهة والمهندس أو المقاول من جهة أخرى، ففي هذه الحالة تتوزع المسؤولية على الطرفين، كما لو كان العيب قد نتج بسبب اتباع تعليمات أصدرها رب العمل وأصر على تنفيذها سواء كان بفرض مواصفات خاطئة أو تقديم مواد معيبة، فيتحمل رب العمل بعض الضرر ويتحمل المهندس والمقاول تعويض البعض الآخر<sup>(١)</sup>.

أما عن خطأ صاحب العمل في عقود الفيديك، فنجد أن العقد لم ينص بصورة صريحة على خطأ صاحب العمل كسبب ينفي مسؤولية المقاول أو المهندس إلا أننا يمكننا استخلاص ذلك من بعض بنوده المتفرقة، منها البند ١٤/١٤ الذي يلزم رب العمل بتعويض المقاول متى ما تورط في حالة غش أو تقصير متعمد أو سلوك غير مسؤول أضر بالأعمال، فنص البند تحت مسمى (توقف مسؤولية رب العمل) على أنه " لا يكون رب العمل مسؤولاً قبل المقاول عن امر أو شيء بموجب العقد أو متصل به أو بتنفيذ الأعمال، عدا إلى الحد الذي يكون المقاول قد ضمن صراحة مبلغاً خاصاً به: أ- في المستخلص الختامي أو المستخلص المتفق عليه جزئياً ب- (باستثناء الأمور أو الأشياء التي تحدث بعد إصدار شهادة تسلم الأعمال) البيان الوارد تحت البند الفرعي ١٠/١٤ [بيان الانتهاء].

ومع ذلك يجب ألا يحد هذا البند الفرعي من مسؤولية رب العمل في أي حالة غش أو التقصير المتعمد أو سوء السلوك المتهور من قبل صاحب العمل.

### ثالثاً - فعل الغير:

يقصد بالغير هو كل شخص اجنبي عن المهندس أو عن المقاول، ويعد فعل الغير سبباً اجنبياً يقطع علاقة السببية بين عمل المهندس أو المقاول والضرر اللاحق برب العمل، ويقع عبء اثبات فعل الغير على عاتق المهندس أو المقاول (المدين) بأن يثبتوا أن خطأ الغير هو الذي أحدث النتيجة المتمثلة بالضرر اللاحق برب العمل. ويلحق بحكم المهندس أو المقاول أي لا يعد من الغير كل من العمال والمستخدمين المرتبطين مع المهندس أو المقاول بعقود عمل والمكلفين بأعمال البناء الذي تضرر أو انهدم أو تعيب، وكذلك المقاولين من الباطن وممثل

١- د. محمد لبيب شنب، مصدر سابق، ص ١٣٧.

المهندس ومساعديه وكذلك ممثل المقاول وتابعيه، بشرط الا يكون المهندس او المقاول قد اشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع فيه<sup>(١)</sup>.

وفيما عدا ما تقدم الاشارة اليهم من الاشخاص، تنتفي صفة الغير عن الشخص الذي يكون فعله قد سبب ضرراً او تعيباً في البناء، كما لا يهتم في مسؤولية المهندس او المقاول ان يكون فعل الغير خاطئاً ام غير خاطئ مادام كان فعله هو السبب الوحيد فيما حدث من تدهم او تعيب في البناء. ومن امثلة فعل الغير في عملية التشييد قيام الجار بحفر حفرة عميقة بالقرب من الاعمال الاضافية مما يؤدي الى تسرب مياه الامطار الغزيرة من خلال تلك الحفرة الى اساسات البناء فتعيبه، وهذا الغير هنا هو اجنبي عن عملية التشييد.

أما الغير المتصل بعملية التشييد (الذي له علاقة بالبناء أو بمواده) فغالبا ما تكون اخطائهم شائعة ويشمل هذا الغير كل من منتج المواد او المصنع او المستورد، أو شركة مقاولات التي تركت العمل وحلت محلها شركة جديدة، أو مهندس كان قد ترك العمل وحل محله مهندس جديد، أو المراقب الفني أو العمال غير التابعين للمهندس أو المقاول، أو مستأجر البناء، أو قد يقع الخطأ من المهندس أو المقاول ذلك ان كل منهما يعد من الغير في علاقة السببية بالنسبة للآخر، إلا أنهما متضامنين امام رب العمل<sup>(٢)</sup>. وعليه فإن مسؤولية المهندس أو المقاول تنتفي اذا كان فعل الغير هذا هو السبب الوحيد في احداث الضرر في البناء، ولكن لا تنتفي مسؤوليتهما الا بإثباتهما ان الضرر الحاصل كان سببه فعل الغير، اي ان المسؤولية هنا مفترضة لا تقبل اثبات العكس وانما تنتفي بإثبات السبب الاجنبي.

أما عن خطأ الغير في عقود الفيديك فلم نجد نصا صريحا يعفي المهندس والمقاول من المسؤولية متى ما كان الضرر بفعل الغير، ولكن يمكننا القول ان انتفاء المسؤولية بسبب خطأ الغير يعد مبدأ عام مذكور في القانون ويجب مراعاته، ويطبق حتى وان لم يذكر في عقد الفيديك كقاعدة عامة.

١- المادة ٢/٢٥٩ (وكذلك يجوز الاتفاق على اعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدى الا التي تنشأ عن غشه او عن خطاه الجسيم، ومع ذلك يجوز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته من الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه)، تقابله المادة ٢/٢١٧ مدني مصري. لمزيد من التفاصيل، انظر هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩، ص ١٤٨.

٢- لمزيد من المعلومات حول مسؤولية الغير المتصل بعملية التشييد، راجع د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٣٥١ وما بعدها.

## المطلب الثاني

### حكم تحقق المسؤولية المدنية

غني عن البيان ان حكم تحقق المسؤولية المدنية عن اوامر التغيير في عقد الفيديك هو الحكم بالتعويض على نفقة المسؤول عن ارتكاب الخطأ سواء كان الخطأ عقدي ام تقصيري<sup>(١)</sup>، ولم يتعرض عقد الفيديك لتعريف التعويض ضمن قائمة التعاريف الواردة في الفصل الاول من الشروط العامة، كما ولم تتعرض القوانين المدنية لتعريف التعويض في نصوصها التشريعية، وانما تطرق الفقهاء لتعريفه فمنهم من عرفه بأنه<sup>(٢)</sup>، بأنه "مبلغ من النقود او اية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن لو نفذ المدين التزاماته على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات"، في حين عرفه اخر بأنه: "جبر الضرر أو الخلل أو الاذى الذي يلحق بالمضرور بسبب فعل المدعى عليه المتسبب بالضرر، سواء كان الضرر ماديا او ادبيا"<sup>(٣)</sup>. وعليه فان التعويض يكون عن الاضرار والخسائر التي تلحق بأطراف العقد من جراء اصدار تلك الأوامر أو تنفيذها وبما يتناسب مع حجم الضرر الذي اصاب المضرور. والقاعدة ان يشمل التعويض الخسارة اللاحقة والكسب الفائت. كما ان خير وسيلة لتعويض الضرر هو ازالته ومحوه متى كان ذلك ممكنا بحيث يعود المتضرر الى الحالة التي كان عليها وقت وقوع الضرر وهذا هو التعويض العيني، فإذا كان التعويض العيني غير ممكن فيصار الى التعويض بمقابل او المطالبة بإنهاء العقد ان كان له مقتضى، كما ان البحث في موضوع التعويض يتطلب منا معرفة شكل التعويض وتحديد مقداره، عليه سنقسم البحث الى ثلاث فروع وكالاتي:

١- فقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية ذو العدد ٦١٣/تعويض/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٧، منشور، ان (التعويض عن المسؤولية العقدية او التقصيرية يستوجب توافر عنصر اخلال التعاقد في المسؤولية العقدية بالتزامه او الخطأ الصادر من المدعى عليه في المسؤولية التقصيرية وينبغي على طالب التعويض تحديد عن أي من المسؤوليتين ثم تكلفه المحكمة بإثبات ذلك).

٢- عبد المجيد الحكيم واخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج٢، مصادر الالتزام، دار السنهوري، ٢٠١٥، ص ٤٣

٣- د. ماجد احمد الحيارى، مصدر سابق، ص ٢٧٥

## الفرع الاول

### صور التعويض

إن التعويض في عقد الفيديك يدخل ضمن مفهوم المطالبات الواردة في البند ١/٢٠ من الشروط العامة، وبالرجوع الى هذا البند يتبين لنا ان التعويض اما ان يكون في صورة اعادة حال الطرف المتضرر الى الوضع الذي كان عليه قبل مخالفة الطرف المسؤول لشروط العقد، او حصول الطرف المتضرر على اقل ما يمكن ان يقبله بمطالباته، كما ان القوانين المدنية محل المقارنة لم تحدد على وجه الدقة او الخصوص ما يترتب لرب العمل في ذمة المهندس او المقاول عند تحقق مسؤوليتهما بل تركت الامر للقواعد العامة الواردة في القانون المدني.

مما تقدم يتبين لنا ان التعويض عن الاضرار التي لحقت بالمتضرر جراء الاخلال بالالتزام العقدي في عقد المقاولة الانشائية هو اما تعويض عيني او تعويض بمقابل، وسواء كان نقدا او غير النقد وكما يأتي:

#### اولاً- التعويض العيني:

يقصد بالتعويض العيني اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل ان يرتكب المسؤول الخطأ الذي ادى الى وقوع الضرر ويعد افضل انواع التعويض لأنه يؤدي الى محو الضرر وازالته<sup>(١)</sup>.

وفيما يتعلق في عقد الفيديك فقد نص في بنوده على التعويض العيني كصورة من صور التعويض فقد بينت الفقرات ١/١١ و ٢/١١<sup>(٢)</sup>، على ضرورة اصلاح العيب في الاعمال اذا ما ظهر بها عيب او ضرر واعادتها الى الحالة التي كانت عليها قبل وقوع هذه العيب او الضرر، الا ان عقد الفيديك اوجب ان تكون تكلفة اصلاح هذه العيوب على نفقة ومسؤولية المقاول اذا كانت تلك العيوب عائدة الى خلل من جانب المقاول او كانت ناجمة عن تجهيزات او مواد مصنعية غير مطابقة للعقد، او عدم امتثال المقاول لتعليمات المهندس هو الذي ادى الى حدوث الضرر أو العيب، وبينت الفقرة ٤/١١<sup>(٣)</sup>، من عقد الفيديك أيضاً ان لرب العمل ان يقوم بإصلاح

١- د. سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١، ص ١٤٩.

٢- البند ١/١١، ٢/١، ص ١٠٠.

٣- البند ٤/١١ ص ١٠١.

هذا العيب بنفسه او من خلال آخرين على نفقة المقاول أو ان يطلب من المهندس ان يحدد خصما معقولا من قيمة العقد، فرب العمل يملك الاختيار بين اي من هذه الخيارات ولكنه لا يجوز الجمع بينهما.

كما ان العقد قد اشار الى ان التعليمات التي تصدر من قبل المهندس او اي من مساعديه المفوضين والتي غالبا ما تشكل اوامر تغييرية هي ملزمة للمقاول ويتعين عليه الاخذ بها والعمل بمقتضاها، فما هو الجزاء المترتب على عدم الالتزام بها، خاصة وان نص البند ٥/٣ لم يشر الى الجزاء المترتب على عدم التزام المقاول بها؟

ان نص البند ٥/٣ من العقد لم يعالج هذه الحالة، غير ان قراءة متأنية لبنود العقد، تشير الى معالجة هذه الحالة ضمن بند خاص وهو البند ٦/٧ من العقد، ومفاده انه اذا اخفق المقاول في التقيد بالتعليمات الصادرة له من قبل المهندس، فان صاحب العمل (والحالة هذه) هذه يكون مخولا باستخدام شخص اخر لتنفيذ العمل على نفقة المقاول الخاصة.

وقد قررت المحكمة الادارية العليا في مصر في هذا الصدد في حكم لها جاء فيه " ان هناك التزاما عقديا وقانونيا على المقاول المتعاقد مع الجهة الادارية هو ان ينفذ الالتزامات الموكولة اليه بموجب العقد وما يطرأ عليها من زيادات في الحدود المشار اليها خلال المدة او المدد المحددة ويجوز سحب العمل من المقاول في العديد من الحالات، منها البطء في سير التنفيذ لدرجة يظهر معها بغير شك انه بهذا المسلك لن يستطيع اتمام تنفيذ الاعمال خلال المدة المحددة لانتهائه،..."<sup>(١)</sup>.

وبالمقابل فقد اقر عقد الفيديك في ان يكون للمقاول الحق بالتعويض نتيجة اصدار اوامر التغيير من قبل رب العمل. حيث يستحق المقاول تعويضا من رب العمل عما انفقته الاول في

١ - حكم المحكمة الادارية العليا في مصر، في الطعن رقم ٤٣٩٣ لسنة ٣٧ق، عليا، الصادر بجلسة ١٩٩٤/٢/٨، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، ص ٦٠٦، بند ٣٨٠. اشار اليه د. حميد لطيف نصيف، الاوامر التغيير في عقود المشاريع الانشائية واثارها على الكلفة والمدة، مصدر سابق، ص ٧٦. وفيما يخص سحب العمل لم يعط عقد الفيديك لرب العمل صلاحية في سحب العمل اذا ما تأخر المقاول في انجاز التغييرات عن الموعد الفعلي وانما اعطى المهندس صلاحية توجيه المقاول بتعديل برنامجه للإسراع في انجاز الاعمال فإذا لم يفعل ، كان لرب العمل انتهاء العقد وفق البند ١٥/١ من عقد الفيديك، وكذلك الحال في وثائق العطاء القياسية العراقية، كما لا يوجد في احكام عقد المقاولة الواردة في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة ما يشير الى امكانية رب العمل بسحب العمل، وانما اشار الى الفسخ لأسباب معينة، الا ان سحب العمل ورد في المادة ٦٥ من الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية الملغية.

تنفيذ اوامر التغيير من تاريخ البدء بالتنفيذ حتى انتهاء الرابطة العقدية في حالة اذا اخل رب العمل بالالتزامات المفروضة عليه عن اوامر التغيير بموجب العقد<sup>(١)</sup>.

ولذلك يتعين على الماقل في جميع الاحوال، ان يقوم باثبات الضرر الموجب للتعويض في كل حالة على حدة، فلا يجوز افتراض وجود الضرر. وعلى اساس هذا الضرر يقدر القاضي التعويض المطلوب. وبالتالي يتعين على الماقل ان يحتفظ بكل الاوراق والمستندات المتعلقة بأوامر التغيير، والتي تثبت قيامه بتنفيذ الاعمال المطلوبة طبقا لهذه الاوامر لكي يتمكن من اثبات احقيته فيما يدعيه امام القضاء<sup>(٢)</sup>.

لذا نرى من خلال ما سبق ان عقد الفيديك اخذ بالتعويض العيني، ذلك ان التعويض العيني يسهم باستقرار الرابطة العقدية وحسن النية المفترض وجوده بين اطراف العقد لإنجاز الاعمال بصورة مرضية.

أما في القوانين المدنية محل المقارنة حيث يذهب جانب من الفقه الى انه متى كان التعويض ممكنا كان للدائن ان يطلبه، ويتعين عندئذ اجبار المدين عليه، كما يمكن للمدين ان يعرضه على الدائن فلا يمكن للأخير رفضه، وفي كلا الفرضين لا تملك محكمة الموضوع ان تستبدله بالتعويض النقدي<sup>(٣)</sup>، إلا أنه قد لا يكون من الممكن في بعض الاحيان تطبيق هذا النوع من التعويض، فقد يصر المشيد على عدم القيام بعمليات الاصلاح بنفسه، وفي حالة عدم امكانية اجباره على ذلك فلا بد من اجراء هذه الاصلاحات عندئذ على نفقته عن طريق فني اخر، وعلى العكس من ذلك ايضا فقد يرفض رب العمل قيام المشيد (المهندس او الماقل) بأعمال الاصلاح او اعادة البناء بنفسه كون العيوب التي ظهرت في البناء كشفت عن عدم كفاءة المشيد، وفي هذه الحالة تتجه رغبة رب العمل الى اعطاء الاصلاحات الى مشيد اخر<sup>(٤)</sup>.

ان هذه الاعتبارات العملية هي التي جعلت محكمة النقض الفرنسية ان تترك لقضاة الموضوع سلطتهم المطلقة في الاختيار بين طريقتي التعويض في كافة الفروض وتبعا لظروف

١- افتخار رشيد خليل، مصدر سابق، ص ٨٥.

٢- رقم القرار ١٤٦/هيئة عامة/٧٩ في ١٩٧٩/٤/٧، منشور في مجموعة الاحكام العدلية، العدد الثاني، السنة العاشرة، ١٩٧٩، ص ٥١.

٣- د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٣٦٣.

٤- د. اياد جبار ملوكي، مسؤولية الماقل والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه، مكتبة السنهاوري، بغداد، ٢٠١٢، ص ٧٩.

الحال المعروضة عليهم، وفي ذلك قضت تلك المحكمة في العديد من احكامها بإمكانية ادانة المهندس بإصلاح العيوب بمعرفته، لان الالتزام بالتعويض منفصل عن الالتزام العقدي الذي ادى الاخلال به الى حدوث الضرر<sup>(١)</sup>.

وسارت محكمة النقض المصرية على نفس المنهج في ترك الاختيار بين طريقتي التعويض لمحكمة الموضوع، فقد جاء في احد احكامها انه لا وجه لتضرر الطاعن (المشيد) من تقدير التعويض على اساس من هدم المنزل ما دامت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية الى ان اصلاح العيب الموجود في اساسات المبنى، وهو ما كان يقتضيه الحكم بالتنفيذ العيني، يتكلف اضعاف ما انتهت المحكمة الى القضاء به من تعويض<sup>(٢)</sup>.

أما محكمة التمييز في العراق، فقد ذهبت الى الزام المقاول بالتعويض العيني متى كان هذا (التنفيذ العيني) ممكنا وليس مستحيلا، وليس فيه ارهاق للمدين او فيه ارهاق ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضررا كبيرا، وان يطلب الدائن او المدين التنفيذ العيني، وفي ذلك ذهب قرار سابق لتلك المحكمة ان المدين مجبر على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا بحكم القانون في حالة تحقق تلك الشروط<sup>(٣)</sup>.

نفهم مما تقدم ان التعويض العيني هو الاصل لأنه الاصلح للمتضرر، ولذلك يلجأ اليه القاضي كلما كان ذلك ممكنا، ومتى ما توافرت شروطه فليس للمقاول او المهندس ان يمتنع او يعرض التنفيذ بطريق التعويض، وفي هذا قضت محكمة التمييز في العراق في قرار لها بانه: اذا طلب رب العمل اصلاح الخلل في البناء الذي شيده المقاول فيجب الحكم له بما طلب. الا ان

١- اشار اليها د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٣٦٤ وما بعدها، هامش رقم ٦، ٨  
٢- نقض في ١١/٦/١٩٦٥، مجموعة احكام النقض، السنة السادسة عشر، ص ٧٣٧، رقم ١١٧، بند ٢، اشار اليه دكتور محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٣٦٦  
٣- جاء في قرار لمحكمة التمييز في العراق "... ان العيوب في سقوف الدور التي انشأها المقاول، حصلت خلال مدة الصيانة المذكورة في المادة ٨٧٠ مدني، كما ان الدعوى اقيمت خلال السنة المشار اليها في تلك المادة من وقت التهم الذي ثبته تقرير الكشف المؤرخ في ١٩٦٨/١١/٢١. وحيث ان المميز عليه قد طلب من المدين تنفيذ التزامه عينيا، وقد انذره بالقيام بتصليح السقوف المتشققة، وكان التنفيذ العيني ممكنا وليس مستحيلا حسب طبيعة الالتزام والوسائل المادية اللازمة لهذا التنفيذ، وليس في هذا التنفيذ ارهاق للمدين، لذلك فان المدين المميز مجبر على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا بحكم القانون..." قرار محكمة التمييز رقم ٥٧٩/ح ٧٠/٣ في ١٩٧٠/٦/١٨، النشرة القضائية، السنة الاولى، العدد الاول، ص ١٥٦

هذا التعويض لا يقتصر على المسؤولية العقدية، بل انه الاصل العام في جميع الالتزامات اي كان مصدرها بما في ذلك المسؤولية التقصيرية<sup>(١)</sup>.

## ثانياً- التعويض بمقابل

اذا تعذر الحكم بالتعويض العيني فيصار الى التعويض بمقابل وهو يكون بأحد امرين اما ان يكون نقديا او غير نقدي، وسنتناول هاتين الصورتين للتعويض فيما يأتي:

### ١ - التعويض النقدي:

وهو الطريق الشائع من طرق التعويض<sup>(٢)</sup>، وهو الاكثر ملائمة لإصلاح الضرر، اذ تعد النقود وسيلة تقويم فضلا عن وظيفتها الاساسية كوظيفة للتبادل، ففي الاحوال التي يتعذر فيها محو الضرر وازالته عن طريق التعويض العيني سيصار اللجوء للتعويض النقدي<sup>(٣)</sup>.

والتعويض النقدي لا يعدو أن يكون مبلغا من النقود يقضى به على المسؤول سواء كنا بصدد مسؤولية عقدية او تقصيرية، وفي عقد الفيديك يعد التعويض النقدي الصورة الاكثر انتشارا لتعويض الطرف المتضرر عن الضرر الذي لحق به من جراء اصدار اوامر التغيير، حيث ان البند ٤/١١ والبند ٦/٧ السالف الذكر قد خير رب العمل بين التعويض العيني وبين التعويض بمقابل نقدي استنادا الى البند ١/٢٠ (المطالبات). ولذلك فإن اي تعويض يدفعه رب العمل لكل من تضرر سواء كان شخصا مارا او جارا لصاحب البناء وذلك على اساس من مسؤولية حارس البناء، أو مالكه، يدخل في تقدير التعويض الذي يتوجب على المقاول والمهندس دفعه لصاحب البناء.

كما يعد التعويض النقدي بموجب القوانين المدنية محل المقارنة هو الاساس في المسؤولية التقصيرية وقد اشار اليه القانون المدني العراقي في المادة ٢٠٩ سالف الذكر ويبدو ان توجه المشرع العراقي في ذلك يستند على كون النقود هي وسيلة التبادل كما تعد الوسيلة الاساس للتقويم، فهي القيمة التي تنتسب اليها اغلب الاشياء، كما ولا يخفى ما للتعويض النقدي من

١- د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٤٦.

٢- ١٤٦/٢، وكذلك المادة ٢٥٥. وكذلك المواد ٢١٥، ٢٠٣ مدني مصري، المادة ١٢٢١ مدني فرنسي.

٣- د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥٣.

اهمية كبيرة في جبر اثار الفعل الضار، وكذلك يؤدي دورا تكامليا مع التعويض العيني في لملمة اضرار اوامر التغيير، كما اشار اليه القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة ٢٠٣. وفي هذا الشأن يرى الفقه الى جواز تعويض رب العمل نقديا فضلا عن التنفيذ العيني، ذلك ان التعويض المستحق لرب العمل لا يقتصر على ما يعادل تكاليف البناء المتهدم او اصلاح العيوب او الاضرار التي تظهر فيه وانما يضاف اليه تعويضا تكميليا عن الاضرار التبعية مثل تعطل الانتفاع بالمبنى بسبب عملية الاصلاح، كذلك قد تبقى بعض العيوب في البناء بعد اكمال الاصلاح يكون من شأنها ان تؤدي الى نقص في قيمة المبنى أو ينقص من ريعه، وهذا ما يطابق القواعد العامة باعتبار ان التعويض يكون شاملا لما لحق رب العمل من خسارة وما فاتته من كسب بسبب الاضرار، ولكي يكون التعويض معادلا لما اصاب رب العمل من ضرر وخسارة في مبناه<sup>(١)</sup>.

لذلك نرى ان التعويض العيني للالتزام هو الاصل والعدول عنه الى التعويض النقدي هو رخصة لقاضي الموضوع يستعملها كلما رأى في التعويض العيني ارهاقا بشرط ان لا يلحق ذلك ضررا جسيما بالدائن<sup>(٢)</sup>، غير انه يجدر بنا التنويه هنا، الى ان الجزاء الذي رتبته عقد الفيديك في حال اخفاق المقاتل بإصلاح العيوب وفق البند ٤/١١، او تنفيذ التعليمات وفق البند ٦/٧، قد يؤخذ عليه انه جاء بترتيب مختصر اذا ما قورن مع حكم القواعد العامة في القوانين المدنية محل المقارنة، حيث ان هذه الاخيرة قد اتبعت تسلسلا دقيقا ومسلكا محددا يجب السير به قبل الوصول الى الحكم بالتنفيذ على نفقة الدائن. اما البند ٤/١١ والبند ٦/٧ من عقد الفيديك قد اقتصر على انه اذا اخفق المقاتل في اصلاح العيب او تنفيذ التعليمات فانه يصح لرب العمل ان ينفذ على نفقة المقاتل، ودون بحث فيما اذا كان التنفيذ بمقابل نقدي قد يلحق ضررا برب العمل، او محاولة اعدار المقاتل بضرورة التنفيذ طبقا للمعنى الوارد في المادة ٢٥٦ من القانون المدني العراقي حيث اشترط الاعذار في حالة التنفيذ بطريق التعويض فقط<sup>(٣)</sup>، في حين ان القانون المصري اشترط الاعذار في حالتي التنفيذ العيني والتنفيذ بطريق التعويض وذلك في

١- د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٣٧٤ وما بعدها.

٢- د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ١٤٦ وما بعدها.

٣- المادة ٢٥٦ من القانون المدني العراقي.

المادة ١/٢٠٣ منه<sup>(١)</sup>، وهذا هو موقف القانون الفرنسي الذي يعد الاعذار اجراءً ينبغي استيفاءه في التنفيذ بنوعيه، العيني والتنفيذ بمقابل<sup>(٢)</sup>.

لذلك فإذا لجأ رب العمل الى التنفيذ بطريق التعويض عما اصابه من ضرر نتيجة الهدم والعيب الذي اصاب الابنية محل عقد المقاولة او اي منشآت ثابتة اخرى، فيجب عليه اصدار المقاول والمهندس<sup>(٣)</sup>، وجرى العمل في العراق على ان الاعذار يتم بتوجيه اذار عن طريق كاتب العدل وفق نموذج خطي اعد لهذا الغرض ويتضمن اسم دائرة الكاتب العدل وتسلسل الانذار واسم المقاول او المهندس الموجه اليهما الانذار مع محضر عن واقعة التهدم او العيب، ومبين فيها كذلك المطالبة بمبلغ التعويض، مع تحديد اجل لغرض السديد<sup>(٤)</sup>، فاذا تم تحديد مدة معينة وجب عليه الانتظار لحين انتهاء تلك المدة ولا يجوز له اقامة الدعوى قبل انتهاء تلك المدة، وهذا ما اكدته احدى محاكم البداة في العراق اذ قضت برد الدعوى شكلاً<sup>(٥)</sup>. ولعل استبعاد فكرة الاعذار بين المقاول ورب العمل في عقد الفيديك مرجعها الى طبيعة العمل الانشائي وخصوصية عامل الزمن الذي قد يفقد قيمته اذا ما طلب الاعذار.

وفي مجال الضمان العشري في كل من مصر وفرنسا، فان التعويض لا يقتصر على الضرر الحال وانما يمتد ليشمل الضرر المستقبل ما دام وقوعه امر مؤكد، ومن الامثلة البارزة في هذا الشأن ان يكون تهدم البناء امراً مؤكداً في المستقبل، على اثر ما ظهر به من عيوب جسيمة، عندئذ يكون لرب العمل الحق في الحصول على التعويض على اساس من هذا التهدم دون انتظار وقوعه بالفعل<sup>(٦)</sup>، وفي هذا فقد جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية "ان التعويض لا يكون عن ضرر حال فانه يكون ايضاً عن ضرر مستقبل متى كان محقق الوقوع، واذا كانت محكمة الموضوع قد انتهت في حدود سلطتها التقديرية الى ان هدم المبنى امر محتم لا محيص من وقوعه، فإنها اذا قدرت التعويض المستحق لصاحب البناء على اساس وقوع هذا الهدم لا

١- المادة ٢٠٣ من القانون المدني المصري.

٢- المادة ١٢٣١ مدني فرنسي .

٣- المادة ٢٥٧ مدني عراقي.

٤- المادة ١٢/٢٥ من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

٥- جاء في حيثيات هذا القرار: ان تبليغ المدعي عليه بالإنذار كان بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٢٢ وان تاريخ اقامة الدعوى كان بتاريخ ٢٠٠٧/٥/٢٣ وبالتالي يكون الإنذار غير مستوفي للشكلية القانونية الموجبة للتعويض. قرار محكمة بداءة القاسم رقم ٢٧٧/ب/٢٠٠٧. هذا وقد صدق القرار تمييزاً من حيث النتيجة بقرار محكمة التمييز رقم ٨٦١/مدنية عقار/ ٢٠٠٨ في ٢٠/٥/٢٠٠٨، قرار غير منشور.

٦- د. محمد شكري سرور، مصدر سابق، ص ٣٦٩.

تكون قد قدرته عن ضرر احتمالي، وإنما عن ضرر مستقبل محقق الوقوع<sup>(١)</sup>. في حين قضت محكمة النقض الفرنسية في نفس هذا المعنى بحكمها الصادر عام ١٩٨١<sup>(٢)</sup>، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي بالزام المهندس بدفع تكاليف هدم المبنى وإعادة انشائه بناء على ما ثبت من عدم كفاية الاساسات<sup>(٣)</sup>.

أما في العراق فان المادة ٨٧٢ من القانون المدني جعلت المقاول مسؤولاً تجاه رب العمل عن الاضرار التي تنشأ من اسباب متوقعة وقت اقامة البناء<sup>(٤)</sup>، وهذا ما قضت به محكمة التمييز في العراق في حكم سابق لها اذ قضت "الضرر المطالب به يجب ان يكون محققاً ولا يكفي ان يكون محتمل الوقوع"<sup>(٥)</sup>.

## ٢ - التعويض غير النقدي:

وهو تعويض لا يقدر بمبلغ من النقود، بل يكون في صورة ترضية كافية لرب العمل من جنس ما لحقه من ضرر، بحيث يعد مناسباً لجبر الاضرار التي تصيب رب العمل وحسب ما تأمر به المحكمة، وهذا النوع من التعويض لا هو بالتعويض العيني ولا هو بالتعويض النقدي ولكنه انسب ما تقتضيه الظروف في بعض الاحيان<sup>(٦)</sup>. ولم يرد في القانون المدني العراقي ما يحول دون جواز التعويض غير النقدي، اذ جاء نص المادة ٢٠٩ من القانون المدني العراقي تاركاً للمحكمة مهمة تعيين طريقة التعويض<sup>(٧)</sup>.

ومن امثلة ذلك التعويض في عقود الانشاءات، قيام رب العمل بالتسبب بأضرار ينجم عنها عدم امكانية المقاول اتمام الاعمال المتعلقة بالأعمال الاضافية او التغييرات بالوقت المحدد مع عدم رغبة رب العمل بتمديد مدة العمل، فيستطيع رب العمل الاتفاق مع المقاول على

١ - المصدر ذاته، الصفحة ذاتها.

٢ - حكم محكمة النقض الفرنسية:

Civ.6/5/1981G.p. 1981-2-som p

3 -C.E6/11/1970 et en meme sens: C.E29/5/1970 cites par LABIN p.252 notr2.

نقلاً عن د. محمد شكري سرور، ص ٣٦٩ هامش ٢٨.

٤ - المادة ٨٧٢ من القانون المدني العراقي.

٥ - قرار محكمة التمييز رقم ١٤٤٦/م/حقوقية/٦٤ في ٢٧/٢/٦٥، ابراهيم المشاهدي، مصدر سابق، ص ٢٥.

٦ - د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ١٥١.

٧ - نصت المادة ٢٠٩ مدني عراقي على: ١- تعين المحكمة طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح ان يكون التعويض اقساطاً او ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بان يقدم تأميناً. ٢- ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر ان تأمر بإعادة الحال الى ما كانت عليه او ان تحكم بإداء امر معين او برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض. يقابلها المادة ١٧١ مدني مصري.

تعويضه عن المدة التي هدرت وأعيقت بها الاعمال، وذلك بان يضع رب العمل تحت تصرف المقاول اليات ومعدات اضافية وعمال ومستخدمين فضلا عن اليات ومعدات المقاول بحيث تؤدي الى زيادة كمية الاعمال المنجزة وبالتالي يعوض المقاول عن المدة التي تأخرها<sup>(١)</sup>. وهذا منتشر بشكل ملحوظ في عقد الفيديك موضوع الدراسة فيما يتعلق بأوامر التغيير، فعندما يتأخر تنفيذ الاعمال الاضافية بسبب فعل صادر عن رب العمل أو الغير أو احداث خارجية فانه يصار الى التعويض من خلال زيادة مدة انجاز الاعمال عن الموعد المقرر لإنجازها وهو ما يسمى في عقد الفيديك بوقت الاتمام أو الاكمال<sup>(٢)</sup>.

ويرى جانب من الفقه<sup>(٣)</sup>، ان صور التعويض غير النقدي الوارد في المادة ٢٠٩ من القانون المدني العراقي سالفه الذكر والمتعلقة بالعمل غير المشروع (صورة الامر بإعادة الحال الى ما كانت عليه، وصورة الحكم بإداء امر معين، وصورة المثل في المثليات) قد لا تتحقق في دائرة المسؤولية العقدية او الضمان الخاص، وان التعويض غير النقدي في مجال مسؤولية المهندس او المقاول لا يمكن ان يكون الا تعويضا عينيا، فيجوز للمحكمة ان تحكم لرب العمل الذي انهار ببناءه انهيارا تاما ببناء مشابه مشيد على قطعة ارض تمتاز بنفس مواصفات القطعة التي شيد عليها البناء المنهار، اما اذا كان التهدم او العيب في الشيء جزئيا بحيث يمكن ابداله بغيره من نفس النوع والمتانة والصفات يعد تعويضا عينيا.

## الفرع الثاني

### مقدار التعويض

يتعرض هذا الفرع الى كيفية تحديد التعويض الذي يستحقه الطرف المتضرر نتيجة اصدار اوامر التغيير، وكذلك العناصر التي تكون منها هذا التعويض، وكما يأتي:

١- د. ماجد احمد الحياوي، مصدر سابق، ٢٧٩.

٢- البند ٨٤/١/١، من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ٣٨.

٣- د. محمد جابر الدوري، مصدر سابق، ص ٢٣٥ وما بعدها.

## أولاً - عناصر التعويض:

إن التعويض الذي يجبر الضرر في عقد الفيديك هو من المسائل التي تم الخروج فيها على القواعد العامة وعلى الدور الذي يستقل به القاضي الذي يقرر التعويض مالم يوجد نص في القانون يلزمه باتباع معايير معينة بخصوصه، ذلك ان نص المادة ٢/٧/٣ من عقد الفيديك الذي تم التوقيع عليه من قبل الاطراف وارتضوا بنوده التي تقضي بنقل مهمة تقدير التعويض الى المهندس مع وجود الرقابة على قراراته سواء هيئات التحكيم او القضاء، حالة اثار النزاع على مقدار التعويض<sup>(١)</sup>.

ونظرا لصعوبة تحديد تلك الاضرار فان غالبية عقود التشييد تحتوي على اتفاق يتم فرض غرامة تأخيرية عن كل يوم تأخير أو التخلي عن المشروع، وهذا ما يسمى في عقد الفيديك ٢٠١٧ موضوع دراستنا بالتعويض الاتفاقي وهو عبارة عن مبلغا معقولا من المال يتناسب مع حجم المشروع والاضرار الناتجة عنه والتي من الصعب تحديدها عند توقيع العقد، هذا وتؤكد عقود الفيديك دائما على ان التعويض المقرر باتفاق الطرفين هو تعويض اتفاقي وليس شرطا جزائيا، فهو تعويض عن كل يوم او جزء من اليوم يمر بين التاريخ المحدد وتاريخ صدور شهادة الانجاز، ولرب العمل الحصول على حقه عن طريق انقاص مستحقات المقاول بقدر ما يستحق من تعويض، وهذه التفرقة التي يأخذ بها عقد الفيديك تجد اساسها في القوانين الانكلوسكسونية التي تقضي بالزامية التعويض الاتفاقي (الجزافي)، بحيث لا يجوز للطرفين انقاصه او زيادته، في حين ان الشرط الجزائي العقابي يخضع لتقدير القاضي من ناحية، كما ان عبء اثبات الضرر الفعلي يقع على المدعي من ناحية اخرى<sup>(٢)</sup>.

أما في القوانين اللاتينية، فان الشرط الجزائي هو الشرط الذي يدرجه المتعاقدان في بنود العقد لتحديد التعويض الذي يستحق عند اخلال احد اطراف العقد بالتزاماته، وهذا يعني ان التعويض الاتفاقي هو ذاته الشرط الجزائي لأنه عادة يكون ضمن الشروط التي يتضمنها العقد، ويجب لاستحقاق التعويض ان تتوافر شروط المسؤولية العقدية، وبذلك لا يكون التعويض مستحقا اذا اثبت المدين ان الدائن لم يلحقه ضرر من جراء التأخير أو عدم التنفيذ، وكذلك يجوز

١- د. ماجد احمد الحياوي، مصدر سابق، ص ٢٨٣.

٢- د. محمد محمد بدران، مصدر سابق، ص ٤٤٧.

للقاضي ان يخفض التعويض المشروط اذا كان التقدير مغالى فيه او ان الالتزام نفذ في جزء منه وذلك لجعله متناسبا مع الضرر وليس مساويا له، وكذلك للقاضي ان يزيد التعويض عن ما هو مقدر في الشرط الجزائي اذا زاد الضرر عنه وكان ناجما عن غش المدين او خطأه الجسيم<sup>(١)</sup>.

وسبق الاشارة الى ان القاضي هو الذي يقوم بتقدير التعويض المادي الا ان في عقود الفيديك اعطيت هذه المهمة للمهندس، ذلك ان تقدير التعويض المادي اسهل من غيره وخاصة اذا تم تعيينه وتقديره من قبل خبير مثل المهندس المشرف على تنفيذ المشروع والذي يستوجب عليه الموازنة بين مصالح كل من رب العمل والمقاول كونه الاقرب لهما ولما يحدث في ارض المشروع، وهذا ما جاءت به الفقرة ٢/٧/٣ سالفه الذكر<sup>(٢)</sup>. وفي وجوب قيام المهندس بإصدار قرار عادل يتضمن تعويضا بمدة زمنية او خصم من مبلغ العقد او الاضافة اليه. ويجب على المهندس ايضا عند تقديره للتعويض النقدي الذي يجب ان يكون مساويا للضرر المباشر والذي يشمل الخسارة التي لحقت بالمتضرر والكسب الذي فاتته<sup>(٣)</sup>.

ففي حال تضرر المقاول بسبب عائد الى المهندس كما في حالة اخفاق المهندس او عدم تمكنه من اصدار مخططات او تعليمات كان المقاول قد أخطره بشأنها مما يلحق ضررا بالمقاول، فيحق له المطالبة بالتعويض أما بتمديد مدة الانجاز أو تسديد كلفة اضافية له نتيجة هذا الخطأ فضلا عن ربح معقول يتم اضافته الى قيمة العقد، اي ان المهندس في عقد الفيديك هو الذي يحكم على نفسه بالتعويض الناتج عن تقصيره تجاه المقاول<sup>(٤)</sup>.

١- المادة ١٧٠ من القانون المدني العراقي والمقابلة للمواد ٢٢٣-٢٢٤ مدني مصري والمادة ١١٥٢ مدني فرنسي، ومن الجدير بالإشارة الى الوثائق القياسية العراقية لسنة ٢٠١٦ قد جاءت متناغمة مع احكام عقد الفيديك في معالجة الغرامة التأخيرية. انظر المادة ٧/٨ من الوثائق القياسية والتي تنص على انه (اذا اخفق المقاول في الالتزام باكمال الاشغال وفقا لاحكام الفقرة ٢/٨، فينبغي عليه ان يدفع لصاحب العمل اعمالا لاحكام الفقرة ٥/٢ الغرامات التأخيرية المترتبة على هذا الاخفاق، وتكون هذه الغرامات بالمقدار المنصوص عليه في بيانات العقد، وذلك عن كل يوم يمر بين المدة المحددة للانجاز والتاريخ المحدد في شهادة الاستلام الاولى للاشغال، الا ان مجموع الغرامات المستحقة بموجب هذه الفقرة، يجب ان لا تتجاوز الحد الاقصى للغرامات التأخيرية (ان وجدت) كما هو منصوص عليه في بيانات العقد...)، ص ١٢٨.

٢- د. ماجد احمد الحياوي، مصدر سابق، ص ٢٨٢.

٣- البند ١/٢٠، ص ١٥١.

٤- البند ٩/١ "... واذا عانى المقاول تأخيراً و/او تكبد تكلفة نتيجة اخفاق المهندس في اصدار الرسومات والتعليمات المخطر بها في خلال وقت معين، الذي يكون معقولاً ومنصوصاً عليه في الاخطار مصحوباً بالتفاصيل المعززة، يكون مخولاً، مع مراعاة البند الفرعي ٢/٢٠ [المطالبات بالدفع و/او امتداد الوقت المطلوب]، للحصول على امتداد الوقت و/او التكلفة الزائدة..."

أما دعاوى التعويض المرفوعة على رب العمل أو المقاول من قبل الغير للمطالبة بالتعويض عن الاضرار التي لحقت بهم من جراء الاعمال الانشائية، فهذه تقدر من قبل القاضي ولا علاقة للمهندس بها<sup>(١)</sup>.

### ثانيا - وقت تقدير التعويض:

نظرا لان اجراءات عقد الفيديك موضوع الدراسة، تتسم بالسرعة فلا يكون هناك حاجة الى تقدير التعويض وقت الحكم به، بل من الانصاف ان يكون وقت وقوعه وقيام المهندس بتقديره، وبالتالي عند الاحتجاج على هذا التعويض امام مجلس تجنب وفض المنازعات أو التحكيم فيكون تقدير التعويض وقت تقدير المهندس له ويكون بالتالي اما المصادقة على قرار المهندس أو تعديل مقدار التعويض اذا تبين له انه غير عادل<sup>(٢)</sup>.

أما في القوانين المدنية محل المقارنة فالأصل بحسب ما يذهب اليه فقهاء القانون المدني ان يقدر التعويض في وقت حصول الضرر لان العدالة تقتضي اعادة الحال الى ما كانت عليه قبل حصول الضرر، ولكن هذا الحكم صحيح لو كانت دعاوى المسؤولية تنظر من قبل القضاء بالسرعة اللازمة، اما وقد تطول اجراءاتها على النحو الذي يتفاقم معه الضرر، مما يؤدي الى عدم التعويض الكامل عن الضرر وفي ذلك مساس كبير في عدالة التعويض<sup>(٣)</sup>.

وعلى هذا الاساس سار القضاء في العراق ومصر، اذ قضي في العديد من الاحكام بانه اذا كان الضرر متغيرا تعين على القاضي عند الحكم بالتعويض، النظر في هذا الضرر، لا كما كان قد وقع بل كما صار اليه عند الحكم مراعي التغيير في الضرر ذاته من زيادة راجع اصلها الى خطأ المسؤول او نقص كائنا ما كان سببه<sup>(٤)</sup>. وجاء في احكام محكمة النقض المصرية ان تقدير قيمة الضرر يكون وقت الحكم بالتعويض لا وقت حدوث الضرر<sup>(٥)</sup>.

ومن الملاحظ انه قد يكون سبب التأخير في اصدار الاحكام راجعا الى المتضرر نفسه عن تعمد حتى يحصل على تعويض اكبر، ففي هذه الحالة لا بد للمحكمة من الاخذ بعين

١- د. ماجد احمد الحياوي، مصدر سابق، ص ٢٨١.

٢- د. ماجد احمد الحياوي، المصدر ذاته، ٢٨٤.

٣- د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٥٩.

٤- المصدر ذاته، الصفحة ذاتها.

٥- منها الحكم ٢٩٥٣ س ٦٠ جلسة ١٩٩٥/٩/١، والطعن رقم ٤٧٣ س ٥٦ جلسة ١٩٩١/٧/٢٢.

الاعتبار هذا التعمد في التأخير من قبل المتضرر وبالتالي فإن المحكمة تحكم بتعويض عادل مساوٍ للضرر في اليوم الذي كان سيصدر فيه الحكم لولا ذلك التأخير المتعمد<sup>(١)</sup>.

### الفرع الثالث

#### انتهاء العقد

انتهاء العقد قد يحدث نتيجة لاسباب خاصة بالمقاول، وقد يحدث لأسباب خاصة برب العمل، وفي كل حالة من هذه الحالات يحق للطرف المتضرر من انتهاء العقد مطالبة الطرف الآخر بمستحقاته الناشئة عن انتهاء العقد. ويمكن ملاحظة ان حالات انتهاء العقد في عقد الفيديك يتفق بعضها مع القواعد العامة في القوانين المدنية بينما يختلف البعض الآخر عنها:

#### أولاً- انتهاء العقد من قبل رب العمل:

يجوز لرب العمل إنهاء عقد الفيديك في حالة اخلال المقاول بأوامر التغيير على نحو يحتوي على قدر من الجسامة فتوجد عدة خيارات امام رب العمل منها انتهاء العقد وما يترتب على ذلك عدة اثار.

ووفقاً للشروط العامة لعقد الفيديك ٢٠١٧ يحق لرب العمل إنهاء العقد اذا اخفق المقاول في تقديم ضمان حسن الاداء، او تخليه عن تنفيذ الاعمال او اخفاقه بدون عذر في مواصلة العمل أو افسار المقاول وشهر افلاسه أو غيرها من الحالات<sup>(٢)</sup>. وقد بين عقد الفيديك انه يمكن لرب العمل إنهاء العقد بالإرادة المنفردة في اي وقت بعد اصداره اخطاراً بذلك الى المقاول ويعد هذا الانهاء نافذاً بعد مرور ٢٨ من تاريخ تسلم المقاول لهذا الاخطار او من تاريخ اعادة ضمان حسن التنفيذ الى المقاول ايهما ابعده<sup>(٣)</sup>، وهذا يتفق مع ما جاء به عقد المقاول في القوانين المقارنة التي بينت انه يجوز لرب العمل ان يتحلل من المقاول ويوقف التنفيذ في اي وقت قبل تمامه على ان يعوض المقاول عن جميع نفقاته وعن ما انجزه من الاعمال وعلى ما فاتته من

١- د. سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٢٠٦.

٢- البند ٢/١٥ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٣٠، والمتعلقة بحالات انتهاء العقد من قبل صاحب العمل، وهذا المصطلح يقابل الفسخ في القوانين المدنية محل المقارنة.

٣- البند الفرعي ٥/١٥ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٣٣.

كسب لو انه انجز المقاولة بالكامل<sup>(١)</sup>، كما يمكن لرب العمل ان يتحلل من المقاولة اذا رأى ان الزيادة الجسيمة في الاجر مرهقة له اذا كان الاجر قد حدد بمقتضى مقياسة على اساس سعر الوحدة ولكن على رب العمل في حالة انتهاء العقد لهذا السبب ان يعوض المقاول عما انفق من مصروفات وما انجزه من اعمال<sup>(٢)</sup>، هذا وان التحلل بالإرادة المنفردة يقتصر على رب العمل فقط دون المقاول الذي لا يجوز له التحلل من عقد المقاولة، ولرب العمل اجبار المقاول على التنفيذ العيني علاوة على التنفيذ بطريق التعويض<sup>(٣)</sup>.

ويجوز انتهاء عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المتعاقد عليه، اذ بين عقد الفيديك بأحقية رب العمل انتهاء العقد، او اذا اخفق المقاول بدون عذر في مواصلة العمل او القيام بالإصلاحات<sup>(٤)</sup>، وهذا ينطبق ايضا على ما جاء في القوانين المقارنة من امكانية انتهاء عقد المقاولة اذا اصبح تنفيذ الالتزامات غير مجدية بفعل المقاول، وفي هذه الحالة يجوز فسخ العقد دون الحاجة لإعذار المدين<sup>(٥)</sup>.

كما ينقضي العقد بإنجاز العمل المتفق عليه او بفسخه رضائيا او قضائيا، اذ يجوز انتهاء العقد بالتقابل منه باتفاق المتعاقدين، فكما تتعقد المقاولة بتراضي الطرفين فإنها تنتهي بتراضيهما كذلك<sup>(٦)</sup>، فاذا تبين ان المقاول يقوم بإنجاز العمل على وجه معيب او مناف لشروط العقد، فانه يجوز لرب العمل أن يطلب فسخ العقد في الحال اذا كان اصلاح العمل غير ممكن، واما اذا كان اصلاح العمل ممكنا جاز لرب العمل الطلب من المقاول الالتزام بشروط العقد وبتصحيح العمل خلال مدة معقولة، فاذا انتهت هذه المدة دون اكمال التصحيح جاز لرب العمل الطلب من القاضي فسخ العقد او ان يعهد بالعمل الى مقاول اخر على نفقة الاول<sup>(٧)</sup>.

١- المادة ٨٨٥ مدني عراقي، تقابلها المادة ١/٦٦٣ مدني مصري، والمادة ١٧٩٤ مدني فرنسي.  
٢- المادة ٢/٨٧٩ مدني عراقي، تقابلها المادة ٢/٦٧٥ مدني مصري، ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي.  
٣- د. قدرى عبد الفتاح، مصدر سابق، ص ٢٦٧.  
٤- البند ٥/١٨ من الترجمة العربية لعقد الفيديك المتعلقة بالإنتهاء الاختياري في حال تعذر التنفيذ بسبب القوة القاهرة او الحدث الاستثنائي، ص ١٤٤.  
٥- المادة ٨٨٦ مدني عراقي، تقابلها المادة ٦٦٤ مدني مصري .  
٦- نظمت احكام الفسخ المواد ١٧٧-١٨٣ مدني عراقي، تقابلها المواد ١٥٧-١٦٠ مدني مصري، والمواد ١٢٢٤-١٢٣٠.  
٧- المادة ٨٦٩ مدني عراقي وتقابلها المادة ٦٥٠ مدني مصري.

أما الحالات التي يختلف فيها عقد الفيديك عن القواعد العامة في انتهاء العقد فمنها على سبيل المثال عدم نص عقد الفيديك على انتهاء العقد بموت المقاول بينما نصت القواعد العامة بانقضاء عقد المقاولة بوفاة المقاول اذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد<sup>(١)</sup>.

وينص عقد الفيديك على انتهاء العقد قبل رب العمل في حالة افلاس المقاول أو اعساره أو تصفية امواله<sup>(٢)</sup>، وهذا الحكم يختلف مع القواعد العامة، إذ لا يمنع افلاس احد الطرفين من تنفيذ العقد بل يستمر تنفيذه بواسطة امين التفليسة.

ويجوز انتهاء عقد الفيديك ايضاً من قبل رب العمل اذا عهد المقاول الاصيلي بأعمال البناء كلها الى مقاول ثانوي، إذ لا يجوز اسناد كافة الاعمال الى المقاولين الثانويين وانما فقط جزء من هذه الاعمال<sup>(٣)</sup>، إلا أن هذا يخالف ما جاء في القواعد العامة في القوانين محل المقارنة التي اجازت للمقاول ان يحيل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه الى مقاول الباطن اذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي ان يقوم به المقاول الرئيسي بنفسه<sup>(٤)</sup>.

كما ينص عقد الفيديك في البند ١/١٥ فقرة ب على حالة انتهاء العقد بسبب عدم تنفيذ المقاول للأعمال ومنها اوامر التغيير، ففي بعض الحالات قد يرفض المقاول تنفيذ اعمال اضافية صدر فيها امر تغيير كوسيلة للضغط على رب العمل للحصول على المبالغ التي يريدتها المقاول وذلك قبل انتهاء تنفيذ المشروع لأنه لا يمكن للمقاول ان يطالب بتلك المبالغ بعد انتهاء التنفيذ. فاذا امتنع المقاول عن تنفيذ تلك الاعمال فيحق لرب العمل الغاء اوامر التغيير أو انتهاء العقد مع المقاول، الا ان خيار انتهاء العقد مع المقاول ليس في صالح رب العمل دائماً، إذ يجوز للمحكمة التي تنظر في النزاع ان تعتبر رفض المقاول لأوامر التغيير امر مبرر وبالتالي يكون رب العمل قد اخل بالتزاماته عند انتهاء العقد مع المقاول<sup>(٥)</sup>.

١- المادة ٨٨٨ مدني عراقي، تقابلها المادة ٦٦٦ مدني مصري، والمادة ١٧٩٥ مدني فرنسي.

٢- البند ٢/١٥ ز من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٣١.

٣- البند ٢/١٥ و، ص ١٣١.

٤- المادة ١/٨٨٢ مدني عراقي، تقابلها المادة ٦٦١ / ١ مدني مصري.

٥- د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ١٣.

أما الاثر الذي يترتب في هذه الحالة انه يجب على المقاول تسوية حساباته ومغادرة الموقع، ويقوم بتسليم اللوازم المطلوبة وجميع وثائقه الى المهندس، ويحق لرب العمل ان يستخدم اي اشخاص اخرين لاستكمال الاعمال، ويجوز عندئذ لرب العمل وهؤلاء الاشخاص الاخرين ان يستخدموا أيا من لوازم المقاول ووثائقه<sup>(١)</sup>.

ويتعين على رب العمل ان يرسل اخطارا للمقاول بشأن تسليمه المعدات سواء في الموقع او بجواره، وعلى المقاول ان يقوم فوراً على ازالته على مسؤوليته واذا امتنع عن تسديد اية مستحقات جديدة عليه لرب العمل فان يمكن للأخير ان يبيع المعدات للحصول على مستحقاتهم واذا تبقى رصيد من حصيلة البيع بعد استرداد المستحقات، فيدفع ذلك الرصيد الى المقاول<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً - التعليق والانتهاء من قبل المقاول:

إن من الحقوق التي بينها عقد الفيديك ٢٠١٧، في شروطه العامة، هي حق المقاول في تعليق العمل، وانتهائه، وقد وضحاها الفصل السادس عشر، وبين احكامها، وعليه سنبحث الحالات التي يحق للمقاول تعليق العمل وآثارها، بالإضافة الى الحالات التي يحق له بموجبها انتهاء العقد، والاحكام المتعلقة بها، وكما يأتي:

#### ١- تعليق أو ابطاء العمل من قبل المقاول:

من الصلاحيات التي يتمتع بها المقاول تجاه رب العمل المخل بتنفيذ التزاماته هي حق المقاول في تعليق العمل اذا لم يحصل على قيمة العقد، أو عدم دفع قيمة الاعمال اللازمة لتنفيذ أوامر التغيير، والذي يعني حق المقاول في الايقاف المؤقت لأعمال المشروع نتيجة اخلال رب العمل بالالتزامات المفروضة عليه، ويستعمل هذا الاجراء كوسيلة للضغط على رب العمل من اجل قيامه بتنفيذ تلك الالتزامات<sup>(٣)</sup>.

وقد نص عقد الفيديك على هذا الحق الممنوح للمقاول في البند ١٦/١ اذ نص على انه "يحق للمقاول ايقاف العمل اذا... اخفق صاحب العمل في تقديم ادلة معقولة وفقاً للبند

١ - البند الفرعي ٣/٢/١٥، ص ١٣١.

٢ - البند الفرعي ٤/٢/١٥ من الترجمة العربية لعقد الفيديك، ص ١٣٢.

٣ - افتخار رشيد خليل، مصدر سابق، ص ٨٧.

٤/٢ [الترتيبات المالية لصاحب العمل] او اذا اخفق صاحب العمل في الامتثال للبند الفرعي ٧/١٤ [الدفع] فانه يجوز للمقاول، خلال فترة لا تقل عن ٢١ يوما من تقديم اخطار الى صاحب العمل (الي يجب ان يذكر انه تم تقديمه بموجب هذا البند الفرعي ١/١٦ ايقاف العمل او ان يبطأ من معدل التنفيذ الا اذا كان صاحب العمل قد عالج هذا التقصير، ولا يخل هذا الاجراء باستحقاق المقاول لرسوم التمويل بموجب البند الفرعي ٨/١٤ [الدفعات المتأخرة] والانهاء بموجب البند الفرعي ٢/١٦ [الانهاء من قبل المقاول].

وقد اشارت المحكمة الادارية المصرية في حكم حديث لها الى هذا المعنى " حيث اجازت للمتعاقد مع الادارة بان يدفع بعدم تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، اذا كانت مستحقاته المتأخر سدادها لدى الادارة تبلغ درجة من الضخامة، بحيث لا يستطيع معها الاستمرار في تنفيذ تعاقدته لذلك يستحق مقاول الاشغال العامة المتعاقد مع الادارة في كل الاحوال الحصول على ثمن الاعمال الاضافية، التي انجزها تنفيذا لأوامر التغيير الصادرة اليه من الادارة اثناء تنفيذ العقد مما يحقق له زيادة في المقابل المالي"<sup>(١)</sup>.

إلا أنه يمكن للأطراف الاتفاق في الشروط الخاصة لعقود الفيديك على انه في حالة وجود نزاع بشأن أوامر التغيير، يجب على المقاول الاستمرار في اداء العمل ورفع دعوى للمطالبة بالتعويض، ولا يجوز له تعليق العمل. وذلك لتجنب اخلال المقاول بالتزاماته العقدية، حيث اثبت الواقع العملي ان عدم دفع رب العمل لقيمة التغييرات هو امر مبرر في بعض الحالات لرفض المقاول اجراء مزيد من العمل بغية تنفيذ التغييرات على النحو المنشود من المشروع. كما ان استراتيجية منح المقاول الحق في تعليق العمل اذا لم يتم دفع قيمة تنفيذ اوامر التغيير هو امر محفوف بالمخاطر، لأنه يمنح المقاول نوعا من استغلال النفوذ في اجراء التغييرات، ويعرض صاحب العمل لنوع من الاكراه الاقتصادي<sup>(٢)</sup>.

## ٢ - انهاء العقد من قبل المقاول:

لقد حددت عقود الفيديك الحالات التي يجوز فيها انهاء العقد من قبل المقاول وتتفق هذه الحالات مع القواعد العامة في القوانين المدنية بينما تختلف في حالة واحدة فقط فقد بينت الفقرة

١ - اشار اليه احمد بن سالم بن شامس الحجري، مصدر سابق، ص ١٣٣.

٢ - د. سمير جمال، مصدر سابق، ص ١٠٥.

٢/١٦ من عقد الفيديك موضوع دراستنا (البند من أ-ح)<sup>(١)</sup>، حالات انتهاء العقد من قبل المقاول والتي تتفق مع القواعد العامة الواردة في عقد الفيديك، فاذا لم يستلم المقاول الاثبات المعقول على تأمين رب العمل الترتيبات المالية اللازمة للأعمال الإضافية خلال ٤٢ يوماً من تاريخ تقديمه اشعاراً بذلك الى رب العمل عملاً بأحكام الفقرة ١/١٦ من عقد الفيديك ٢٠١٧ حق المقاول في تعليق العقد<sup>(٢)</sup>، وكذلك اذا اخفق المهندس في اصدار شهادة دفع مرحلية خلال ٥٦ يوماً من تاريخ تسلمه لكشف تلك الدفعة، وايضا يحق للمقاول انتهاء العقد في حالة عدم استلامه اي مبلغ استحق له كدفعة وبموجب شهادة دفع مرحلية خلال ٤٢ يوماً من انقضاء المدة التي يتعين على رب العمل الدفع خلالها بموجب احكام الفقرة ٦/١٤ (الدفع) من عقد الفيديك<sup>(٣)</sup>، واذا اخل رب العمل بصورة جوهرية في اداء التزاماته الناشئة عن اوامر التغيير بصورة قد تتسبب بالتأثير المادي والمعاكس على التوازن الاقتصادي للعقد وعلى قابلية المقاول لتنفيذ العقد، او اذا اخل رب العمل في الالتزام بالأحكام المتعلقة باتفاقية العقد وفق الفقرة ٦/١، او المتعلقة بالتنازل وفق الفقرة ٧/١<sup>(٤)</sup>، وكذلك اذا حدث تعليق ممتد للعمل يؤثر على تنفيذ الاعمال بكاملها لمدة تتجاوز ٨٤ يوماً وطلب المقاول من المهندس التصريح باستئناف العمل ولم يصرح المهندس بذلك خلال ٢٨ يوماً من تاريخ الاخطار وبموجب الفقرة ١٢/٨ التعليق المطول من عقد الفيديك<sup>(٥)</sup>. ان جميع الحالات اعلاه تتفق مع القواعد العامة التي تنظم فسخ العقد، اذ يجب على رب العمل تنفيذ التزاماته بموجب شروط العقد فاذا اخل بهذه الالتزامات فيجوز للمقاول ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى<sup>(٦)</sup>. الا ان القواعد العامة لم تحدد اجلا او مددا معينة على النحو الوارد في عقد الفيديك.

أما حالة انتهاء العقد من قبل المقاول والتي يختلف فيها عقد الفيديك عن القواعد العامة فهي حالة افلاس او اعسار رب العمل او وقوعه تحت التصفية وفقد السيولة او اجراءه لتسوية

١- البند ٢/١٦ المتعلق بالإنهاء من قبل المقاول، ص ١٣٥.

٢- البند ٢/١٦ ب، الصفحة ذاتها.

٣- البند ٦/١٤، ص ١٢٣.

٤- البند ٦/١ والبند ٧/١، ص ٤١.

٥- البند ١٢/٨، ص ٩٢.

٦- المواد ١٧٧- ١٨٠ مدني عراقي، والمقابلة للمواد ١٥٧-١٦٠ مدني مصري، والمقابلة للمادة ١١٨٤ مدني فرنسي... هذا وقد دأبت محكمة التمييز العراقية على تطبيق القواعد الخاصة بالفسخ في عقود الانشاءات اذ بينت ان طلب الفسخ يرد على العقد حتى بعد انتهاء مدته، الا انه ليس للمدعي المطالبة بالتعويض دون طلب الفسخ اذ تكون الدعوى قد اقيمت بدون سند من القانون، وذلك حسب ما جاء في القرار ٩٥٠/ الهيئة الاستئنافية منقول/ ٢٠١٣، تاريخ القرار ٢٢/٤/٢٠١٣.

مالية مع دائنيه او استمراره بإداء اعماله تحت اشراف حارس قضائي، وغيرها من الحالات المماثلة التي ذكرتها الفقرة (ز من البند ١٦/٢)، بينما نجد في القواعد العامة ان افلاس احد الطرفين لا يمنع من تنفيذ العقد ويستمر التنفيذ بواسطة امين التفليسة<sup>(١)</sup>.

أما عن آثار انتهاء العقد من قبل المقاول هي يجب أن لا يؤدي اختيار المقاول لإنهاء العقد الى حرمانه من اية حقوق اخرى تتقرر له بمقتضى العقد، ويتعين على رب العمل بعد انتهاء العقد اعادة ضمان الاداء الى المقاول وان يدفع مستحقاته المالية وبدل اي ربح فائت أو خسارة تكبدها نتيجة لهذا الانهاء<sup>(٢)</sup>.

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي في وثائق العطاء القياسية قد تبني ذات حالات الانهاء المنصوص عليه في الفيديك الشروط العامة و اضاف الى الحالات التي يحق فيها للمقاول انتهاء العقد وفقاً للفيديك، حالة عدم استلامه لتبليغ المهندس بالمباشرة خلال ١٨٠ يوماً من صدور كتاب الاحالة، حيث يحق للمقاول الطلب بإنهاء العقد، وحسنا فعل المشرع العراقي بهذه الاضافة إذ انه لم يجعل المقاول تحت رحمة رب العمل في تحديد تاريخ المباشرة<sup>(٣)</sup>.

١- د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ص ٢٣٩ هامش رقم ٢.

٢ - البند ١٦/٤ ، ص ١٣٧.

٣- البند ١/٨ من الوثائق القياسية العراقية، ص ١٢٥.

## الخاتمة

بعد أن وصلنا الى نهاية دراستنا هذه الموسومة "المسؤولية المدنية الناشئة عن اصدار أوامر التغيير في عقد البناء والانشاءات(فيديك)", لابد لنا أن نبين أبرز النتائج التي تمخضت عنها هذه الدراسة، ومن ثم بيان اهم التوصيات التي خلصنا اليها، وكما يلي:-

### اولا- النتائج

١- إن تعريف عقد الفيديو لأوامر التغيير في الفقرة ٨٦/١/١ من الشروط العامة لم يكن تعريفاً منضبطاً جامعاً مانعاً، حيث لم يحدد ماهية الامر التغييري، كما لم يحدد السلطة المختصة بإصداره واحال الى الفصل الثالث عشر بشأن الضوابط الحاكمة له. كما قد تم تعريف أوامر التغيير بتعريفات متعددة سواء فقهية أم قانونية إلا أنها لم تكن جامعة مانعة فبعضها ركز على ماهية الأمر التغييري نفسه، من دون بيان من له الحق في اصداره أو اسبابه، في حين ركز البعض الآخر على صفة المهندس في اصدار الأمر التغييري مع ان العقد جعله حقا، ايضا لرب العمل، أو مقترحا للمقاول، وبعضها ركز على الجانب الشكلي للأمر التغييري. وتبعاً لما تقدم يمكننا تعريف أوامر التغيير هي (كل امر يصدر من المهندس الاستشاري بشكل كتابي الى المقاول، وذلك بناء على طلب رب العمل او اقتراح المقاول او بمبادرة من المهندس نفسه، يهدف الى اضافة او حذف او تعديل الاعمال محل العقد، وذلك اثناء تنفيذ العقد وقبل صدور شهادة تسلم الاعمال، شرط الا تؤدي هذه التغييرات الى الاخلال بجوهر العقد واركانه الاساسية، مع عدم الاخلال بالتوازن المالي للعقد).

٢- لا يوجد في النصوص النازمة لعقد المقاولة النمطي في القوانين المدنية محل المقارنة قواعد خاصة تنظم أو تحدد أحكام أوامر التغيير، وإنما اكتفت بتناول مقتضب لموضوع الاضافة أو التعديل الذي يحدث في تنفيذ اعمال المقاولة عند بيان التزام رب العمل بدفع الاجرة للمقاول حيث بينت تبعات التغيير في الكميات.

٣- إن أوامر التغيير طبقاً لعقد الفيديو هي تعديل على محل العقد من جانب واحد هو رب العمل(او وكيله المهندس) الذي يكون له الحق بإدخال تغييرات أو تعديلات بالزيادة أو النقصان على الاعمال محل العقد وبحدود معينة. وتؤدي أوامر التغيير دوراً مهماً ومؤثراً في استمرار

عقود الانشاءات، وذلك من خلال تجنب الحاجة لإلغاء العقد الاصلي أو إبرام عقد جديد كلما استجد ظرف يدعو للتغيير، وعليه تعد أوامر التغيير هي تغيير ضمن العقد وليس تغييراً بالعقد، اذ تنصب على الاساس الذي تم الاتفاق عليه عند توقيع العقد، فهي تعديلات تطراً على نطاق العقد، وليست تغييرات في العقد نفسه، وتتضمن تغييرات بالأعمال والبنود والشروط محل العقد المتفق عليها، ولا يمس بأي حال طبيعة العقد ونوعه.

٤- المهندس وان كان له دور بارز في عقد الفيديك إلا أنه لا يعد طرفاً مباشراً في العقد المبرم بين رب العمل والمقاول، فهو يكتسب صفة الوكيل أو الممثل لرب العمل وعلاقته المباشرة تكون بينه وبين رب العمل بموجب عقد مستقل عن العقد المبرم مع المقاول. ومن كان ليس طرفاً في العقد لا يملك ان يعدل فيه، ويترتب على هذه الحقيقة أن المهندس لا يملك بالأصل الحق بتعديل العقد أو التغيير فيه، إلا أن الشروط العامة لذلك العقد منحتة سلطة تقديرية في التدخل المناسب لإجراء تغييرات على الاعمال محل العقد، فسلطة المهندس في اصدار أوامر التغيير لا تظهر للعلن إلا من خلال وجود شرط صريح في العقد يخوله هذه الصلاحية.

٥- إن الاوامر التغييرية اوسع مفهوماً ونطاقاً من الاعمال الاضافية ذلك إن العمل الاضافي يحمل دوماً مفهوم الزيادة على المشروع، فيما قد تنصرف الاوامر التغييرية الى الازالة أو الهدم أو الالغاء لعمل قائم.

٦- لم يكن الفيديك موفقاً بتحديد اصدار الأمر التغييري بوقت محدد وكان من الافضل ان يجعله لمدة معقولة بعد تسليم المشروع، وذلك حتى لا يؤدي ذلك الى اشكالية حقيقية تنتج عنها آثار سلبية على سير المشروع سواء بالتكلفة الاضافية والاختلاف في وجهات نظر المقاول الاول والمقاول الثاني، الامر الذي يحتاج الى ابرام عقد جديد والبحث عن مقاول جديد اضافة الى اختلاف الاسعار وعدم معرفة الاخطاء التي ستحصل بالمشروع والى اي جهة تعود. كما انه هناك حالات استثنائية قد يضطر فيها لإصدار اوامر التغيير تتعلق بالالتزامات غير المستوفاة والتي يبقى المقاول مسؤولاً عن الوفاء بها حتى بعد صدور شهادة الاداء، اذ يبقى العقد ساري المفعول بين رب العمل والمقاول فيما يتعلق بتلك الالتزامات وباعتبار ان المقاول ما زال مسؤولاً عن بعض الالتزامات العقدية الغير منجزة، فان تلك الالتزامات تبقى عرضة لتطبيق احكام الفصل الثالث عشر من الشروط العامة لعقد الفيديك والخاصة بأوامر التغيير. اما غير ذلك تبقى

القاعدة العامة المعمول بها في هذا الشأن هي اقتصار الحق في اصدار الاوامر التغييرية على فترة تنفيذ الاعمال حتى الاستلام الابتدائي ودون فترة الضمان التالية.

٧- لقد وسع عقد الفيديك من نطاق أوامر التغيير الى حد كبير، خاصة وان العقد لم ينص على قيد يفرض على المهندس عند اتخاذه للأمر التغيير، كأن يقيد بفكرة الغرض العام أو الهدف العام للعقد، وإن كل ما جاء به العقد هو امثلة على ما يمكن ان يكون محلا للتغيير، على خلاف ما هو عليه الأمر في القوانين المدنية محل المقارنة لم تتطرق لذلك وانما تاركة المسألة للقواعد العامة في عقد المقاولة وهي لا تغطي كافة الجوانب.

٨- إن هناك اعلاء لدور المهندس في اصدار اوامر التغيير في عقد الفيديك فحتى في الحالات التي يشترط فيها رب العمل ذلك لنفسه، فهو لا يملك ان يصدرها إلا عن طريق المهندس، ويطبق ذلك الامر على المقاول ايضا، فان كان يجوز له اقتراح امر تغيير فان نفاذه لا يتم إلا بموافقة المهندس، لكن لا نجد لها مقابلا في القوانين المدنية محل المقارنة اعطت صلاحية التعديل لرب العمل وسمحت للمهندس أن يمارس سلطة التعديل لكن بعد أن يحصل على الموافقة الخطية من رب العمل.

٩- إن فكرة المسؤولية في عقد الفيديك تقوم على اساس التوزيع العادل للالتزامات والمخاطر في عقد الفيديك وفقا لفكرة اساسية مؤداها ان المقاول يتحمل المخاطر المعروفة لديه فضلا عن المخاطر التي يفترض في أي مقاول أن يكون قد اخذها بحسابه عند التقدم بالعطاء.

١٠- بينت الدراسة انه من الممكن تصور الخطأ والمسؤولية عن اصدار أوامر التغيير عقدياً، طالما كان هناك عقد قد اخل احد المتعاقدين بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، ومن ثم فان الاخلال بها يقيم اركان المسؤولية العقدية. وقد بينت الدراسة أهم مظاهر الخطأ التي يكون فيها اساس مسؤولية كل من رب العمل والمهندس والمقاول عن اصدار اوامر التغيير عقدياً. ملتمسين هذا الاساس في الشروط العامة لعقد الفيديك والقوانين المدنية محل المقارنة. فعلى الرغم ان بنود عقد الفيديك لم تتناول مسؤولية المهندس المدنية، كما هو منصوص عليه في القوانين المدنية محل المقارنة والتي لم تعف المهندس من المسؤولية سواء كان مشرفا على الاعمال او مصمما لها ففي جميع الحالات يعد المهندس الاستشاري مسؤولاً عن العيوب التي تظهر في الاعمال

مسؤولية مدنية بموجب نصوص القوانين محل المقارنة حتى ولولم تشر الى ذلك بنود عقد الفيديك.

١١- بينت الدراسة أنه من الممكن التأسيس للمسؤولية التقصيرية في علاقة المهندس بكل من المكاول والغير؁ وقد بينا انها تقوم تارة على اساس الخطأ الشخصي الثابت وتارة اخرى على اساس الخطأ المفترض.

١٢- إن تطبيقات عقود الفيديك في العراق قد بدأت مؤخرًا على نطاق محدود عن طريق البنك الدولي والجهات المانحة الاخرى التي تلزم كشرط لتمويل مشاريعها في العراق ان يتم التنفيذ بشروط الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك).

١٣- وسائل تسوية المنازعات الناشئة عن أوامر التغيير في عقد الفيديك هي وسائل يحكمها التسلسل بحيث لا تحال المنازعة الى مجلس تجنب وفض المنازعات الا بعد عرضها على المهندس ولا يتم اللجوء الى التحكيم الا بعد عرض المنازعة على المجلس.

١٤- إن المنازعة تختلف عن المطالبة مفهوما وتنظيمًا في عقد الفيديك ٢٠١٧؁ حيث أن المطالبة لا تعد في حد ذاتها منازعة؁ فقد يتم حل موضوع المطالبة برضا الاطراف أو بالرضا بقرار المهندس؁ فالمنازعة لا تنشأ إلا بعد عدم التوصل لاتفاق لحل المطالبة.

١٥- اخذ عقد الفيديك بصور التعويض المنصوص عليها في القوانين المدنية محل المقارنة حيث توجد بعض المساحة للتعويض العيني في عقد الفيديك ولكن يبقى التعويض النقدي هو الاصل؁ كما بينا ان للتعويض غير النقدي انتشار ملحوظ في عقد الفيديك خصوصا فيما يتعلق بأوامر التغيير موضوع الدراسة على سبيل المثال زيادة مدة انجاز الاعمال عن الموعد المقرر لإنجازها عندما يحصل هناك تأخير في تنفيذ الاعمال بسبب فعل رب العمل او الغير او احداث خارجية. الا ان تقدير التعويض في عقد الفيديك يعتبر من المسائل التي تم الخروج فيها على القواعد العامة وعلى الدور الذي يستقل به القاضي؁ حيث تقضي بنود عقد الفيديك بنقل هذه المهمة الى المهندس مع وجود رقابة عليه من قبل هيئات التحكيم.

## ثانيا - التوصيات

١- نظرا للتطورات الحديثة في قطاع البناء والتشييد، نوصي المشرع العراقي بضرورة الاسترشاد ببنود الفصل الثالث عشر من الشروط العامة لعقد الفيديك والخاصة بإصدار اوامر التغيير وذلك لتنظيم قواعد التغيير والتعديل الخاصة بعقود المقاولات وتقنياتها ضمن القواعد العامة في القانون المدني بما يسهم بمواكبة التطورات السريعة في مجال المقاولات وعدم ترك موضوع التغيير والتعديل دون تقنين بما يحقق التوازن العادل والمنشود بين حقوق والتزامات كل من رب العمل والمقاول، ويكون وجه التنظيم بإدراج نص في عقد المقولة يسمح لصاحب العمل أو المهندس ضمن حدود صلاحياته بإجراء تغيير في شكل أو نوع أو كمية الاعمال أو جزء منها على ان يحدد مقدار أو نسبة زيادة الاعمال أو نقصانها والالية التي يجوز فيها للمقاول اجراء مثل هذه التعديلات او التغييرات لتكون بالشكل الاتي ( للمهندس - خلال تنفيذ العقد وبعد الحصول على موافقة صاحب العمل او في حدود الصلاحيات المخولة له - اجراء اي تغيير في شكل او كمية الاعمال، وعلى المقاول تنفيذ ذلك على الا يؤدي هذا الامر الى تغيير في محل العقد او تجاوز للحدود المتفق عليها).

٢- ندعو المشرع العراقي الى تقييد حق صاحب العمل أو المهندس بالتغيير خلال فترة تنفيذ الاعمال بعدة شروط هي (١- ان تحقق التعديلات رغبة في تطابق الاداء ومع البقاء في اطار الحاجات الاساسية المذكورة في العقد. ٢- ان تكون هذه التعديلات متوافقة مع قواعد الفن اذ ان مخالفة هذه القواعد من شأنها ان ترتب المسؤولية على المقاول نتيجة اخلاله بالتزام النصيحة والمشورة ٣- ان تكون هذه التعديلات متناغمة مع بعضها البعض بحيث لا يتبين وجود تنافر فيما بينها).

٣- اذا كان المشرع قد اجاز لصاحب العمل التعديل في التصميم أو ادخال اضافة عليه، إلا أنه لم يحدد نسبة مئوية معينة يجوز لصاحب العمل او ممثله (المهندس) التعديل في حدودها لكميات وحجم الاعمال مما قد يضر بالمقاول ويمس مصالحه المالية لا سيما انها تظل تهدده طوال مدة تنفيذ العقد وفي سبيل تحقيق ذلك ندعو المشرع الى تحديد سقف معين للتغييرات كأن ينص (يجوز لصاحب العمل او ممثله اثناء تنفيذ العقد - زيادة مقدار الاعمال بنسبة لا تتجاوز

١٠% من مجموع قيمة العقد كما يجوز له انقاص مقدار الاعمال بنسبة ٢٠% من مجموع قيمة العقد على ان يجري في هذه الحالة تعديلا لقيمة العقد بالزيادة او بالانقاص تبعا لذلك).

٤- تصحيحا لمسار نص المادة (٨٧٧) من القانون المدني العراقي التي قالت (اذا ابرم العقد بأجرة حددت جزافا على اساس تصميم اتفق عليه مع رب العمل، فليس للمقاول ان يطالب بأية زيادة في الاجرة حتى لو حدث في هذا التصميم تعديل او اضافة، الا ان يكون ذلك راجعا الى خطأ رب العمل او يكون مأذونا له منه وقد اتفق مع المقاول على اجريته ويجب ان يحصل هذه الاتفاق كتابة الا اذا كان العقد الاصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة) نقترح على المشرع العراقي ان يشترط الكتابة في اتفاق التعديل حتى وان كان عقد المقاولة قد ابرم شفاهة وذلك قطعا للمنازعات التي من الممكن ان تحدث، ويكون وجه التعديل بحذف العبارة الاخيرة من المادة (٨٧٧) والتي مؤداها: (الا اذا كان العقد الاصلي ذاته قد اتفق عليه مشافهة) .

٥- ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة ٨٧٩ التي قالت (اذا ابرم العقد على اساس مقايسة بسعر الوحدة وتبين اثناء العمل انه من الضروري لتنفيذ التصميم المتفق عليه مجاوزة المصروفات المقدرة في المقايسة مجاوزة محسوسة، وجب على المقاول ان يخبر رب العمل كتابة في الحال بواسطة كاتب عدل او بوسيلة مسجلة مبينا مقدار ما يتوقعه من المصروفات، فإن لم يفعل سقط حقه في استرداد ما جاوز به من نفقات) وذلك لمعالجة عدم تحديد المشرع العراقي لشكل الاخطار.

٦- نقترح ايراد فقرة ثانية لنص المادة ٨٧٩ من القانون المدني العراقي لتتضمن الاتي (يكون رب العمل ملزما اتجاها المقاول في حدود الزيادة في المصروفات التي اوردها المقاول في اخطاره وان كانت مختلفة عن قيمة المصروفات الفعلية) وذلك لتلافي اغفال المشرع العراقي لحالة ما اذا كان هناك تفاوت بين قيمة الزيادة في المصروفات التي ثبتها المقاول في اخطاره لرب العمل وبين قيمتها الفعلية عند تحديد الاجر بمقتضى مقايسة على اساس سعر الوحدة.

٧- يجب على اطراف عقد البناء والانشاءات الحرص على مراعاة الشروط والضوابط المقررة لإصدار اوامر التغيير حتى تترتب اثارها القانونية بشكل سليم، وعلى المقاول ان يتمسك بأن تكون اوامر التغيير الموجهة اليه صادرة من السلطة المختصة، وان تكون مكتوبة، وينبغي على

كل من طرفي العقد ان يحتفظ بكل الاوراق والمستندات المتعلقة بالتغييرات حتى يستطيع اثبات احقيته فيما يطالب به اذا ثار خلاف بشأن تنفيذ اوامر التغيير، كما أن هذه المستندات تساعد على سرعة تصفية المطالبات وتسوية المنازعات المتعلقة بالأعمال المغيرة التي تم تنفيذها، مما يوفر كثيرا من الوقت والجهد والمال اللازم لفحص المطالبات والمنازعات المذكورة.

٨- - ضرورة قيام الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين بوضع قواعد واضحة لتحديد مسؤولية المهندس تجاه المقاول طبقا لعقد الفيديك، فهي ما تزال في حاجة لعناية ودراسة، ذلك ان الدور البارز والريادي للمهندس طبقا للفيديك يؤدي الى التساؤل عما قد يثور بصدد مسؤولية المقاول عن تقديرات واوامر وارااء المهندس، وبذلك يتم تجنب او تقليل التعارض بين القواعد العامة وقواعد عقد فيديك.

٩- - احالة المطالبات الى المهندس للفصل بها قبل احوالها للتحكيم هو طريق اجباري ولا بد من اتباعه، الا ان الواقع العملي يشكك في حيادية واستقلال المهندس كونه ممثل صاحب العمل وفي احيان كثيرة يكون احد موظفيه، وفي بعض الاحيان يكون النزاع بسبب خطأ المهندس فيغدو هو الخصم والحكم في ان واحد، وهذا الامر يسبب في اطالة امد النزاع، لذلك احالة عقود الفيديك مسألة الفصل في المطالبات الى مجلس تجنب وفض المنازعات DAAB، عليه نقترح على المشرع العراقي تفعيل فكرة مجلس تجنب وفض المنازعات وتضمينها كوسيلة من وسائل تسوية المنازعات لما لها من دور فعال في الحفاظ على استمرارية تنفيذ العقد.

١٠- - نتمنى من المشرع العراقي أن يعيد النظر في نصوص القانون المدني المتعلقة بالمهندس المعماري بما ينسجم وواقع الحال والتطور الحاصل في مجال البناء والتشييد، وحذف لفظ المعماري من النصوص لكثرة تدخل مهندسي الكهرباء والميكانيك والمهندسين المدنيين وغيرهم في عمليات البناء، وذلك لأن هذه النصوص وضعت في وقت كان فيه المقاول والمهندس هما الشخصان الوحيدان المشتغلان في مقاولات البناء.

١١- - نرى أنه من الافضل عقد الاختصاص لمجلس تجنب وفض المنازعات لحل الخلافات التي تنشأ بين المقاول الاصلي والمقاول من الباطن، وذلك لسببين الاول معرفة المجلس بكافة جوانب العقد واحاطتهم بظروف التنفيذ، وبالتالي يكون اقدر على صنع قرار مناسب وملائم، السبب

الثاني مفاده ان عقود المقاولات عقود متشابكة ومعقدة في طبيعتها القانونية فمن الممكن ان يتصل نزاع الماقل الاصلي والمماقل من الباطن بنزاع بين المماقل ورب العمل ومن الصعب تصور الفصل في نزاعات ناشئة عن عقد واحد.

## المصادر والمراجع

### أولاً- الكتب

- ١-د. ابراهيم صالح عطية، النظام القانوني لعقد الاستشارات الهندسية، دراسة مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣.
- ٢-احمد سعيد المومني، مسؤولية المقاول والمهندس في عقد المقاولة، ط١، مكتب المنار للنشر والتوزيع، الزرقاء، الاردن، ١٩٨٧.
- ٣- احمد شرف الدين، دراسات في التحكيم في منازعات العقود الدولية، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٩٣.
- ٤-احمد شرف الدين، تسوية منازعات عقود الانشاءات الدولية(نماذج عقد الفيديك)، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٥- احمد عبد العال ابو قرين، المسؤولية العقدية للمقاول والمهندس المعماري، البحث عن مضمونها وصورها وحدودها مع الضمان القانوني، دراسة تطبيقية في ضوء الفقه مع التعليق على شروط عقد مقاولات الهندسة المدنية الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين Fidic، ط١، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ٢٠٠١.
- ٦-ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، بيروت، ط١، دار السنهوري، ٢٠١٥.
- ٧-اكرم فاضل قصير، المعين في دراسة قواعد اللجوء الى التحكيم التجاري بموجب احكام القانون العراقي، مكتبة صباح القانونية، بغداد، ٢٠١٥.
- ٨-المستشار انور العمروسي، المسؤولية المدنية والمسؤولية التقصيرية في القانون المدني، دار الفكر الجامعي، مصر، ٢٠٠٤.
- ٩-اياد جبار ملوكي، مسؤولية المقاول والمهندس المعماري بعد اكمال العمل وتسليمه، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠١٢.

- ١٠- د. جعفر جواد الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع-الايجار - المقاوله، دراسة في ضوء التطور القانوني ومعززا بالقرارات القضائية، القاهرة، العاتك لصناعة الكتاب، ٢٠٠٧
- ١١- = = = =، الوجيز في عقد المقاوله، مكتبة زين الحقوقية والادبية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣
- ١٢- حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دراسة قانونية لعقد تقديم الاستشارات الفنية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨
- ١٣- حسن فليح حسن ود. حميد لطيف نصيف، المطالبات والخلافات في عقود المشاريع الانشائية، دار ميزوبوتاميا، بغداد، ٢٠١٢
- ١٤- د. حسن علي الذنون، دور المدة في العقود المستمرة، بغداد، ١٩٨٨.
- ١٥- د. حميد لطيف نصيف ، الاوامر التغييرية في عقود المشاريع الانشائية واثارها على الكلفة والمدة، دار ميزوبوتاميا، بغداد، شارع المتنبى، ٢٠١٣
- ١٦- = = = =، المسؤولية الجنائية الناتجة عن عقود التشييد، دار ميزوبوتاميا، بغداد، ٢٠١٣
- ١٧- = = = =، المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري والمقاول في عقود التشييد، دراسة مقارنة، دار الكتب والوثائق ببغداد، ط١، ٢٠١٨
- ١٨- د. خالد عبد الله الرشيد، جوانب تعاقدية في مشاريع التشييد، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ط١، ٢٠٠٤
- ١٩- داوود خلف شحادة، المستجدات في عقود الفيديك النموذجية(٢٠١٧)، عمان، بدون دار نشر، ٢٠١٨
- ٢٠- = = = =، دليل عقود الفيديك لعقد التشييد الصادر عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، ط١، اصدار مركز تدريب المهندسين الاردنيين، عمان، الاردن، بدون سنة نشر
- ٢١- سري الدين وهاني صلاح، التنظيم القانوني لمشروعات التشييد الممولة عن طريق القطاع الخاص، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠١

٢٢- سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المسماة مقالة- بيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩

٢٣- = = = ، الالتزام بالافصاح في العقود، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٠

٢٤- سعدون العامري، تعويض الضرر في المسؤولية التقصيرية، مركز البحوث القانونية في وزارة العدل، بغداد، ١٩٨١

٢٥- د. سعيد مبارك وآخرون، الموجز في العقود المسماة البيع- الايجار- المقالة، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١٨

٢٦- سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقد الاداري، دار الفكر العربي، ٢٠١١

٢٧- سمير عبد السميع الاودن، المسؤولية القانونية للمهندس الاستشاري والتنفيذي ومقاول البناء، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠١٤

٢٨- سهير منتصر، الالتزام بالتبصير في العقود المدنية، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر

٢٩- صالح عباس صالح، مسؤولية المقاول عن الانهدام الكلي او الجزئي للبناء بعد اكمال العمل وتسليمه، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، بغداد، ٢٠٠٩.

٣٠- عبد الراضي السيد حجازي، موسوعة التحكيم الدولي للتحكيم Fidic، البري والبحري والجوي، بدون سنة نشر

٣١- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل والمقولة والوكالة والوديعة والحراسة ، الجزء السابع ، دار النهضة ، القاهرة، ١٩٨٩.

٣٢- = = = الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، المجلد الاول، القسم الاول والثاني ، مصادر الالتزام، ط 3 الجديدة والمنقحة ، دار نهضة مصر، ٢٠١١

٣٣- د. عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها ونطاق تطبيقها والضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط ١ ، كلية الحقوق، جامعة اسيوط ١٩٨٧

٣٤- عبد العزيز منعم خليفة، التحكيم في المنازعات الادارية العقدية وغير العقدية، بلا نشر، ط١، ٢٠١١

٣٥- عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، ج١، ج٢، مصادر الالتزام، طبعة منقحة، بيروت، الناشر مكتبة السنهوري بغداد، ٢٠١٨

٣٦- د. عصام احمد البهجي، التزامات المهندس والمقاول ورب العمل في عقود الانشاءات الدولية (fidic)، ط ١، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠١٤.

٣٧- د. عصام عبد الفتاح مطر، عقود الفيديك لمقاولات واعمال الهندسة المدنية ووسائل فظ المنازعات الناشئة عنها، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، مصر، ٢٠١٥

٣٨- عثمان سليمان غيلان العبودي، الاحكام التفصيلية في شرح التعاقدات الحكومية، الطبعة الاولى، مطبعة السيماء، بغداد، ٢٠١٥

٣٩- عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المسماة، المقاوله والوكالة، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت - لبنان، ٢٠١٥.

٤٠- علي الفحام، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٧٦

٤١- علاء حسين علي، عقد بيع المباني تحت الانشاء، دراسة قانونية مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط١، ٢٠١١

٤٢- د. عمرو طه بدوي محمد علي، الالتزام بالضمان في عقود البناء والتشييد، دراسة تطبيقية على عقود الانشاءات الدولية، دار النهضة، العربية، مصر، ٢٠٠٦

٤٣- د. فتحية قرة، احكام عقد المقاوله، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٩٢

٤٤- فخرالدين الحسيني، عقد المقاوله في القانون المدني العراقي، ط١، بغداد، مكتبة دار النهضة.

- ٤٥-فرانسواز لابارت وسيريل نوبلوت، المطول في العقود بإشراف جاك غستان، عقد المقاوله، ترجمة د. عبد الامير ابراهيم شمس الدين، المؤسسة الحديثة للكتاب لبنان، ط١، ٢٠١٨
- ٤٦- د. قدري عبد الفتاح، عقد المقاوله في التشريع المصري والمقارن، منشأة المعارف، الاسكندرية قدري، ٢٠٠٤
- ٤٧- د. كمال قاسم ثروت، الوجيز في شرح احكام عقد المقاوله، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى، بغداد، مطبعة اوفيسست الوسام ، ١٩٧٦.
- ٤٨-القاضي لفته هامل العجيلي، دراسات في القانون المدني، ط٢، مطبعة الكتاب، بغداد، ٢٠١٥-٢٠١٦
- ٤٩-د. مصطفى الحبشي، التوازن المالي في عقود الانشاءات الدولية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨
- ٥٠- محمد جابر الدوري، مسؤولية المقاول والمهندس في مقاوله البناء والمنشآت الثابتة بعد انجاز العمل وتسليمه، دراسة مقارنة، مطبعة عشتار، بغداد، ١٩٨٥
- ٥١-د. مهندس هشام محمد قنديل والمهندس الاستشاري محمد ماجد خلوصي، المطالبات في العقود الهندسية وعقود الفيديك والوسائل البديلة لفض المنازعات، بدون دار نشر، ٢٠١٨
- ٥٢- محمد محمد بدران، عقود الانشاءات في القانون المصري، دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١
- ٥٣- محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في القانون المدني، عقد المقاوله، المجلد التاسع، دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، بدون سنة نشر.
- ٥٤- م. محمد ماجد خلوصي وسليم عبد الكريم فردوس، الموسوعة الشاملة لعقود الفيديك الصادرة عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، بدون سنة نشر، ٢٠٢١

٥٥- د. محمد ماهر ابو العينين، القاضي الاداري وتطبيق قوانين المزايدات والمناقصات على العقود الادارية وفقا لأحكام وفتاوى مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٩، الكتاب الثالث، بدون دار نشر، ٢٠٠٩

٥٦- د. محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية في حوادث وانهييار المباني اثناء وبعد التشييد والتأمين الاجباري عنها، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٨٩٣

٥٧- د. محمد محسن ابراهيم، عقود الانشاءات الدولية (fidic)، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، الاسكندرية، ٢٠١٥

٥٨- د. ماجد احمد الحياوي، الاثار الناجمة عن ابرام عقد المقولة الانشائية فيديك طرق تسوية المنازعات الناشئة عنها، دراسة مقارنة بين القانونين الاردني والمصري، دار يافا العلمية، عمان، الاردن، ٢٠١٢

٥٩- د. محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الاخرى، دراسة مقارنة في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري، دار الفكر العربي، ٢٠٠٧

٦٠- المستشار الدكتور محمد فؤاد الحريري، آليات تسوية المنازعات في عقود الفيدك النموذجية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٢

٦١- المستشار الدكتور محمد فؤاد الحريري وأستاذ الهندسة محمد سعد عبد الله، أهم الجوانب العملية بشأن اوامر التغيير في عقود الانشاءات (دراسة قانونية وهندسية متخصصة في عقود تسليم المفتاح وعقود الفيدك)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٣

٦٢- د. محمد لبيب شنب، شرح احكام عقد المقولة، منشاة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٨

٦٣- محمد ماجد خلوصي، قضايا تحكيمه، الاحكام الصادرة في قضايا التحكيم التي نظرت في المركز العربي للتحكيم من ٢٠٠٢/١/١ الى ٢٠٠٦/١٢/٣١ القاهرة.

٦٤- مهندس هشام محمد قنديل والمهندس الاستشاري محمد ماجد خلوصي، المطالبات في العقود الهندسية وعقود الفيدك والوسائل البديلة لفض المنازعات، بدون دار نشر، ٢٠١٨

- ٦٥- المهندس محمد ماجد خلوصي والمهندس نبيل محمد عباس، المطالبات ومحكمة التحكيم وقوانين التحكيم العربية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر ٢٠٠٨
- ٦٦- د. محمد ناجي ياقوت، عقد المقاوله، من دون دار نشر، القاهرة، ١٩٩٩.
- ٦٧- د. محمد فؤاد الحريري، تعديل عقود الانشاءات العامة وفقا لنظام اوامر التغيير، دراسة مقارنة بين القانون المصري وعقود الفيديك، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
- ٦٨- د. نزار جابر الجاد، الوجيز في العقود الادارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.
- ٦٩- نبيل عبد الرحمن، مبادئ التحكيم، ط٣، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٧٠- هاشم علي الشهوان، المسؤولية المدنية للمهندس الاستشاري في عقود الانشاءات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩.

٧١- د. وسام صبار العاني، القضاء الاداري، مكتبة السنهوري، العراق، ٢٠١٥

## ثانيا- الرسائل والأطاريح

- ١- احمد بن سالم بن شامس، الاوامر التغييرية في عقد الاشغال العامة في ضوء عقد الفيديك النموذجي، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة اليرموك ٢٠١٣.
- ٢- احمد دادة حسنية، احكام التزام رب العمل في عقد المقاوله، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولاي الطاهر، ٢٠١٧.
- ٣- افتخار رشيد خليل، النظام القانوني لعقد الفيديك، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، مصر، ٢٠١٣٤.
- ٤- الياس البسيري، الاثار الناشئة عن عقد مقاوله البناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية والادارية، الجامعة اللبنانية، ٢٠١٩.
- ٥- بلمختار سعاد دنوني هجيرة، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاولي البناء، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة ابي بكر بلقاية- تلمسان، ٢٠٠٩.

٦- تامر خلف عبد ربه الدروع، سلطة الادارة في تعديل العقد الاداري بارادتها المنفردة، رسالة ماجستير، جامعة بيروت العربية، ٢٠١٧.

٧- رياض عبد عيسى الزهيري، مظاهر سلطة الادارة في تنفيذ مقاولات الاشغال العامة، رسالة ماجستير، كلية القانون والسياسة، جامعة بغداد، ١٩٧٥.

٨- عبد العزيز محمد اللحيدان، احكام الاخطار في عقود الفيديك الانشائية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، المعهد العالي للقضاء، جامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية، ٢٠١٢.

٩- عبد العزيز عبد الحميد سمارة، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون الاردني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، ٢٠٠٧.

١٠- علي داوود حسين، المركز القانوني للمهندس الاستشاري، رسالة ماجستير، كلية القانون ، جامعة بغداد، ٢٠١٦.

١١- علاء الدين ابراهيم احمد البغدادي، مدى تسوية منازعات عقود الفيديك بالوساطة ودور مجلس فض المنازعات فيها، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الاردن.

١٢- علي سعيد اليامي، فض المنازعات في عقد الفيديك، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، ٢٠١١.

١٣- علاء الدين ابراهيم احمد البغدادي، مدى تسوية منازعات عقود الفيديك بالوساطة ودور مجلس فض المنازعات فيها، رسالة ماجستير، جامعة جرش، الاردن.

١٤- عهود بنت يحيى بن سعود المعشرية، اليات حل منازعات عقود الفيديك وفقا للكتاب الاحمر اصدار (٢٠١٧)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة السلطان قابوس، ٢٠١٩.

١٥- لارا مارون، المقولة من الباطن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم الساسية والادارية، الجامعة اللبنانية، ٢٠١٩.

١٦- مها اشقر عبد الله العطار، مدى كفاية التنظيم القانوني لمجلس فض المنازعات في عقد الفيديك الاحمر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، ٢٠١١.

١٧- نادر خير حسن بني فضل، اثار اعتماد عقد مقاولات اعمال التشييد fidic كمصدر للتنظيم القانوني لعلاقة الاطراف في فلسطين، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، ٢٠١٥.

١٨- هديل سعد احمد العبادي، عقد المقاولة من الباطن في مقاولات البناء والمنشآت الثابتة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ٢٠٠٧.

١٩- احمد معاني عثمان محمد ، المسؤولية القانونية للمقاول والمهندس الاستشاري في عقود الفيديك ، اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة النيلين ، ٢٠١٨.

٢٠- بو حالة الطيب، عقود الانشاءات الهندسية الدولية المبرمة وفقا لشروط عقد الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (الفيديك) واليات تسوية المنازعات الناشئة عنها، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، ٢٠١٧.

٢١- زالة انور علي، مسؤولية المهندس المعماري والمقاول عن التنفيذ المعيب في نطاق عقود مقاولات المباني والمنشآت الثابتة(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه، جامعة بغداد، ١٩٩٧.

٢٢- شمس الدين قاسم محمد ، اشكاليات تنفيذ الاوامر التغييرية في عقود الفيديك وآلية تسويتها، اطروحة دكتوراه ، كلية الدراسات العليا، جامعة العلوم الاسلامية العالمية ، ٢٠١٣.

٢٣- ممدوح محمد ممدوح الرشيدات ، الاوامر التغييرية في عقد المقاولة ،دراسة مقارنة في كل من القانون الاردني والمصري وشروط عقد المقاولة فيديك ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق، القاهرة، جامعة عين الشمس ، ١٩٩٢.

٢٤- هنادي فوزي حسين، رقابة القضاء الاداري في مرحلة تنفيذ العقود الادارية، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهدين، ٢٠١٥.

٢٥- ياسر محمد عبد السلام، عقود الانشاءات في القانون المصري، دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠١.

### ثالثاً - والبحوث /

١- د. ابراهيم عنتر فتحي ود. عامر عاشور عبد الله، نطاق الضمان الخاص في عقد المقاولة، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٤، العدد ١٢، ٢٠١٥.

٢- د. ايمان طارق شكري، نطاق الالتزام بضمان سلامة البناء، مجلة جامعة بابل، العلوم الانشائية، المجلد ٢٠، العدد ٢، كلية القانون، جامعة بابل.

٣- د. رائد سليم عبد علي ونوران كنعان ياسين، دراسة واقع حال تسوية نزاعات العقود الاستشارية في العراق عن طريق القضاء، مجلة واسط للعلوم الهندسية، الجامعة التكنولوجية، العدد ١. مايو، ٢٠١٧.

٤- د. سمير حامد الجمال، القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الامارات العربية، العدد الثاني والخمسون، السنة السادسة والعشرون، تشرين الاول، ٢٠١٢.

٥- فاضل جبر لفته، الضمان العشري في عقود الاشغال العامة، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون، والعلوم السياسية، العدد الثاني، ٢٠١٢.

٦- د. عبد الحميد عثمان، المسؤولية المدنية للمقاول من الباطن، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، العدد ٣٢، اكتوبر، ٢٠٠٢.

٧- عبد علي حنظل، الدعوى المباشرة لمقاول البناء من الباطن تجاه رب العمل، المجلة القانونية، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، المجلد ٨، العدد ١٠، ٢٠٢٠.

٨- علي احمد صالح المهداوي، مدى مسؤولية المهندس الاستشاري في الضمان العشري في قانون المعاملات المدنية الاتحادية، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، العدد الثاني، ٢٠١٠.

٩-د. علي مطشر عبد الصاحب، المطالبات في عقود الانشاءات (الفيديك) ، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٩، العدد ٢.

١٠-د. نسرین محاسنة ، اصدار اوامر التغيير من قبل المهندس في عقد المقاوله دراسة في عقد الفيديك النموذجي (الكتاب الاحمر) ، مجلة المنارة للبحوث والدراسات ، جامعة آل البيت ، العدد السادس عشر ، كانون الثاني، ٢٠١٦.

١١- محمد محمد سادات، الجوانب القانونية لعقود الانشاءات الدولية، دفاتر الساسة والقانون، العدد ١٩، ٢٠١٨.

١٢-مراد علي محمد الطروانة، دور مجلس فض المنازعات في عقود الفيديك، مجلة كلية الشريعة والقانون ، العدد ٣٠، جامعة الازهر، كلية الشريعة والقانون بطنطا.

١٣- مشاعل عبد العزيز الهاجري، اثر ظهور مجلس تسوية المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقد الفيديك لمقاولات اعمال الهندسة المدنية(دراسة وفقا لتعديلات الاصدار الاخير لعقد الفيديك)، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، اذار ٢٠٠٧.

١٤- === دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات كما نظمتها الطبقات السابقة من عقد الفيديك، بحث مقدم في دوره عن المسؤولية المدنية للمهندسين والمقاولين، وحدة الدورات التدريبية، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ٢٠٠٧.

١٥- هناء حسن العمري، دور فض الخلافات في تسوية المنازعات الناشئة عن عقود التشييد والبناء وفقا لعقد المقاوله الموحد للمشاريع الانشائية، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٩٩٥، ديسمبر، ٢٠١٢.

١٦- د. هلال مصطفى عبد الله ود. زياد جميل موسى، دراسة مقارنة بين شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية وشروط الفيديك-الكتاب الاحمر-، مجلة الهندسة، العدد ٤، المجلد ١٨، جامعة بغداد، العراق، ٢٠١٢.

١٧- د. هوزان عبد المحسن عبد الله، مفهوم القوة القاهرة واثاره في تنفيذ العقد: دراسة مقارنة في ضوء التعديل رقم ١٣١-٢٠١٦ للقانون المدني الفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة التاسعة، العدد ٢، يونيو، ٢٠٢١.

#### رابعاً- المجموعات والنشرات القضائية/

١- مجلة ديوان التدوين القانوني ، العدد الثاني / السنة الخامسة، الصادرة عن ديوان التدوين القانوني، وزارة العدل ،العراق.

٢- النشرة القضائية الاعداد(الاول /السنة الاولى، الرابع/ السنة الثالثة، والعددان الاول والثالث /السنة الخامسة) تصدر عن مجلس القضاء الاعلى ، العراق.

٣-مجموعة الاحكام العدلية العدد الاول، السنة السابعة ١٩٧٦ و العدد الثاني السنة الثامنة 1977 و العدد الثاني السنة العاشرة ١٩٧٩، تصدر عن وزارة العدل العراقية.

٤- القاضي ابراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية التي أقرتها محكمة التمييز، القسم المدني، منشورات مركز البحوث القانونية(بغداد، ١٩٨٨.

٥- مجلة التشريع والقضاء، السنة السابعة، العدد الثاني(تموز-كانون الاول)، ٢٠١٥.

٦- مجلة المحاماة المصرية، السنة ٤٠، العدد ٤، القاهرة، ١٩٦٠.

#### خامساً- القوانين والانظمة والتعليمات/

أ-القوانين والانظمة والتعليمات العراقية:

١-نظام الطرق والابنية العراقي رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٥ المعدل

٢- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

٣-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٦ المعدل.

٤- قانون نقابة المهندسين العراقيين رقم ٥١ لسنة ١٩٧٩ ونظامها الداخلي.

٥- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط العراقية عام ١٩٨٨

٦- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ النافذة، وكذلك التعليمات لسنة ٢٠٠٨ و ٢٠١٠ الملغاة.

٧- وثائق العطاء القياسية للمناقصات التنافسية العامة لعقود تنفيذ الأشغال العامة، القسم السابع والثامن ، وزارة التخطيط ، بغداد، ٢٠١٤

٨- قانون الاستثمار العراقي رقم ١٣ لسنة ٢٠٠٦ المعدل

٩- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل

ب -القوانين والانظمة والتعليمات الاجنبية:

١- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

٢- قانون نقابة المهندسين المصرية رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٤ ولائحة آداب المهنة.

٣- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ المعدل

٤- اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات المصرية رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨

٥- قانون تنظيم التعاقدات الحكومية التي تبرمها الجهات العامة المصرية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨

٦- الشروط العامة لعقد اعمال المقاولات نموذج استرشادي رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٤

٧- قانون البناء المصري رقم ١١٩ لسنة ٢٠٠٨

٨- قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ المعدل

٩- قانون الاثبات المصري في المواد المدنية والتجارية رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٨ المعدل

١٠- القانون المدني الفرنسي رقم ١٨٠٤ المعدل بتاريخ ١٠/٢/ لسنة ٢٠١٦

١١- قانون المرافعات الفرنسي رقم ١١٢٣ لسنة ١٩٧٥ المعدل بالمرسوم رقم ٤٨ لسنة ٢٠١١

١٢- قانون الشروط الادارية Code des Marches public، ويرمز لها (C.C.A.G)،  
الصادرة بموجب المرسوم المرقم ٧٦-٨٧ في ٢١ / ١ / ١٩٧٦ وتعديلاتها المتعاقبة

### سادسا-مواقع الانترنت:

١-موقع وزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية:

<http://www.mop.gov.iq/mop>

٢-موقع الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين:

[http:// fidic.org/](http://fidic.org/)

٣-موقع غرفة التجارة الدولية:

<https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/history>،

٤- موقع لجنة الامم المتحدة لقانون التجارة الدولي (اليونسترال):

<http://www.uncitral.org/uncitral/ar/about-us.html>

### المصادر الاجنبية:

#### المصادر باللغة الانكليزية/

1-Cos، Robert ، the liability of Architects/ Engineer and consultants for economic loss in the USA،international construction law Review،vol2 ،july، 1985

2-John G. Sawyer and C.Arthur GillollOtt، The Fidic Digest

Contractual relationships ،responsibilities and claims under the fourth edition of the Fidic condition، Thomas telford، London،1990

3-NaelG.Bunni ،The FIDIC Forms of Contract ، Blackwell Publishing،3rd edition، 2005

4- Catherine Elliott and Frances Quinn، contract law، seventh Edition، Longman، PEARSON، 2009

5- Pamela R. Tepper. The Law of Contracts and the Uniform Commercaill Code، second Edition،DELMAR CENGAGE learning. New York. 2012

#### ثانيا- المصادر باللغة الفرنسية/

1-Jean pierre Gride ،note sous cir.1،3 Juillet 2002 ، Bulletim 2002 ، 1، Le dalloz 3/10/2002. n 34 ، Tutisorudence .

2-Panayotis Glavinis (Author) ، Le Contrat international de construction، (French Edition) (French) Hardcover – January 1، 1995

3- Cass. Civ. LereCh، 17 Octobre،1966،D 1967

4- Civ.3<sup>e</sup>،22 fev; RTD civ.2006.764

5- (Cahier de Clauses Adminstratives Generales 1976)

العامة الفرنسية الادارية الشروط كراسة

## **ABSTRACT**

The construction projects are not free from the occurrence of difficulties, problems or disputes, especially if they last for a long period, so it is rare for any project to be completed without changes or an increase in the permanent works of the original contract, and one of the most important causes of disputes and claims in the FIDIC contract are those arising from Change orders, which are an order issued by the consulting engineer in writing to the contractor, at the request of the employer or the contractors, proposal or on the initiative of the engineer himself, with the aim of deleting, adding or modifying the works subject of the engineering construction contract in terms of time, price or dimensions and measurements, or in terms of the quantity of materials allocated to it, or their technical specifications and quality And this is during the execution of the contract and before the issuance of the certificate of receipt of the works, provided that these changes do not lead to a breach of the essence of the contract and its basic pillars, and its financial balance, as the change orders are an integral part of the contract, and the FIDIC contract stipulated a set of conditions and obligations that must be taken into account when Issuing and executing change orders, and doing everything necessary to complete the work in the fullest manner intended by the parties when contracting. If, for one reason or another, one of the parties fails to follow these conditions and obligations in the required manner in a way that results in harm to the other party, this leads to the emergence of disputes between the parties to the contracting. Contract These disputes, including those related to

the cause of errors arising from the designs and plans prepared for these orders, including those related to the delay in fulfilling these orders, including those related to the payment of financial dues stipulated in the contract corresponding to those orders, including those related to the abuse of issuing change orders.

In view of the issuance of a new edition of the FIDIC contract (the Red Book) in 2017, this research aims to show the updates contained in the new edition and how these amendments contributed to addressing many of the problems experienced by the practical reality of the users of these contracts, especially with regard to change orders and rules for resolving disputes.

Accordingly, despite the importance of the FIDIC contract, there is a lack of legal literature that deals with FIDIC contracts and regulating change orders, especially at the Iraqi and Arab levels, and the absence of legal studies that are concerned with determining civil liability for change orders, and if any, it looks at the old versions of the FIDIC contract, and despite The sources of civil responsibility are abundant, but they do not search for the terms and concepts that the FIDIC contract came with, which are relatively recent, in addition to the lack of knowledge of some business owners, engineers, contractors, and legal professionals with its provisions.

This study has reached a set of results and recommendations, which we hope will be of assistance and contribution to urging the legislator in the civil laws under comparison to regulate the rules of change and amendment of contracting contracts and codify them within

the general rules of civil law, which contributes to reducing the differences arising from the difficulties and risks associated with implementation.

Therefore, we preferred to research (civil responsibility arising from issuing change orders in the building and construction contract FIDIC), provided that the purpose of this study is to follow the (analytical – comparative) approach, between the position of the FIDIC contract and what it provides of terms and concepts related to the study first, and the extent of compatibility These terms and concepts with the provisions of the Iraqi, Egyptian and French civil laws Second, as well as the local legislation and laws related to construction contracts, a study reinforced by the provisions approved by the judiciary in these countries.es arising from the difficulties and risks associated with implementation.

*Republic of Iraq*

*Ministry of Higher Education and Scientific  
Research*

*University of Babylon/ College of Law*

*Special Law Branch/High Study*



***Civil liability arising from the issuance of orders change  
For changes to the Building and Construction Contract  
(fidic)***

***Comparative Study***

*Master thesis prepared by:*

***Samarah Aoda Mitiib***

***To Law College Board in University of Babylon as Part of Master Degree of private Law***

*Supervisor:*

***p.dr.Mohammed Jaafar Hadi***

**1444**

**2022**