
بداية النهاية:

أثر ظهور مجالس تسوية المنازعات على اضمحلال الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري في عقد الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية

دراسة في آليات المنازعات العقدية وفقاً لتعديلات الإصدار الأخير من عقد الفيديك(*)

الدكتورة / مشاعل عبد العزيز الهاجري
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

ملخص:

تتناول هذه الدراسة نظام مجالس تسوية المنازعات وسيلة لتسوية المنازعات في عقود مقاولات الهندسة المدنية، وذلك على النحو الذي يقدمه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين المعروف اختصاراً بالفيديك (FIDIC)، من خلال التعديلات الأخيرة لعقد الفيديك النموذجي لمقاولات أعمال الهندسة المدنية. وتقدم الدراسة نتيجة أساسية مفادها أن الأثر المباشر لهذا النظام الجديد هو التقليل من التعقيدات التي كثيراً ما ارتبطت بمنازعات الأطراف في المشروع الإنشائي، وذلك من خلال تحجيم الدور شبه التحكيمي للمهندس الاستشاري للمشروع الإنشائي - كما كان معروفاً في السابق - الذي سوقته الطبقات السابقة من عقود الفيديك، وهي النتيجة التي تم الانتهاء إليها من خلال اتباع المنهج التحليلي، بواسطة تبني التقسيم التالي:

القسم الأول: عقد الفيديك وثقافة المطالبات / المنازعات العقدية.

(*) أجزى البحث بتاريخ ٣٠/٥/٢٠٠٦م.

القسم الثاني: دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات كما نظمتها الطبقات السابقة من عقد الفيديك.

القسم الثالث: مجالس تسوية المنازعات على النحو الذي تنظمها الطبعة الجديدة من عقد الفيديك.

كما تتضمن الدراسة ملحقين؛ الأول هو دراسة حالة لدور مجلس تسوية المنازعات على النحو الذي اتبع في أحد عقود الإنشاءات الكبرى (وهو مشروع نفق القنال الإنجليزي)، بينما يتمثل الثاني في مخطط بياني يوضح بالشكل آلية حل المنازعات المحالة إلى مجلس تسوية المنازعات، وفقاً للبند ٢٠ فيديك.

القسم الأول

عقد الفيديك وثقافة

المطالبات / المنازعات العقدية

التحدي – المنازعات العقدية (The Challenge - Contractual Disputes):

تتميز صناعة الإنشاءات بكثرة المطالبات العقدية والمنازعات المقترنة بها. وتشير الإحصاءات إلى أنها في حدود ١٠٪ من المشروعات، وأن نسبةً تراوح من ٨٪ إلى ١٠٪ من التكلفة الإجمالية للمشروع هي نفقات قانونية، وأن ٥٠٪ من إجمالي تلك النفقات القانونية هي مبالغ ذات علاقة بمنازعات الأطراف تحديداً^(١) بل إن هذه النفقات على المنازعات العقدية، التي تشكل مبالغ هائلة من المنظور الدولي، سوف تأخذ حجماً أكثر ضخامة لو أن تقديرها شمل كذلك الخسائر "الخفية" التي عادةً ما تقترن بمثل هذه المنازعات، كالمساس بالسمعة، الإضرار بالعلاقات التجارية، تكلفة الفرص الفائتة، ناهيك عن قيمة الوقت والجهد المبذولين من قبل الجهازين الفني والإداري للأطراف.

ولعل أعظم تحد يواجه صناعة الإنشاءات اليوم هو كيفية حل المنازعات بمجرد قيامها، أو على الأقل السيطرة على النزاع والتكاليف المترتبة عليه؛ إذ إنه في سبيل تحقيق ذلك، يتعين على الأطراف التثبت من أن العمل يجري وفق

Peter Chapman, Disputes Boards, 2002, online: < <http://www.oxfordinform.com> > (١) (as accessed on 2/12/2004 2005).

الميزانية المقررة والجدول الزمني الموضوع، وعدم وجود أمورٍ عارضةٍ يكون من شأنها عرقلة المشروع وخلق المشكلات فيما بعد. والهدف، في النهاية، هو الوصول بالمشروع إلى بر الأمان من حيث تمام التنفيذ وجودته أولاً، ومن حيث السيطرة على التكلفة ثانياً.

وفي الحقيقة، فإن من الصعوبة بمكان الوصول إلى مثل تلك النهايات السعيدة دائماً، نظراً لصفة الندية التي يتسم بها أسلوب صياغة نماذج العقود (forms of contract) السائدة في هذه الصناعة، التي غالباً ما تقود إلى مواجهات تحكيمية، بل قضائية أحياناً.

وعادةً ما تبدأ المواجهة بين طرفي المشروع الإنشائي، المالك والمقاول، على صورة شكوى يبديها أحدهما تأسيساً على أسباب عقدية أو قانونية أو واقعية يرفضها الطرف الآخر، وهو الوضع الذي يشير إليه نموذج الفيديك العقدي بلفظي "خلاف" أو "منازعة". ومن الأهمية بمكان بيان الفرق ابتداءً في استخدام عقد الفيديك لهذين المصطلحين وضبطهما. فكل حالةٍ تنتهي بعدم اتفاق بين الأطراف يجب الإشارة إليها باعتبارها "خلافاً" (difference)، وذلك ما لم يعد من الممكن التوصل إلى حل ودي لها (amicable settlement)، إذ تتحول عندها إلى "منازعة" (dispute) فتتحرك بذلك آليات بنود حل النزاع ذات العلاقة.^(٢) وعادةً ما يكون الـ "نزاع" نتيجة "خلافٍ" ناجمٍ عن رفض مطالبةٍ عقديةٍ (claim) أو المجادلة فيها من قبل الطرف الآخر.^(٣)

(٢) Michael Mortimer Howkins, 'FIDIC: An Engineer's View of Engineer's Role', ICLR, 2 (October 1984), 4.

(٣) Duncan Wallace, The International Civil Engineering Contract (London: Sweet & Maxwell, 1974), 169.

ويترجم لفظ "dispute" بأنه نزاع أو خصومة أو جدل، فيما يترجم لفظ "claim" بأنه ادعاء، مطلب، حق ادعائي، مطالبة بشيء، حق، ادعاء بحق أو التزام على الغير.
راجع:

Harith Suleiman Faruqi, Faruqi's Law Dictionary, 3rd edn (Beirut: Librarie du Liban, 1991), pp. 127, 223.

ومن المسلم به أن لكل مشروع إنشائي طبيعةً فريدةً تميزه عما عداه من المشروعات، ومع ذلك، فإن المنازعات التي تثور في المشروعات المختلفة كثيراً ما تكون ذات طبيعةٍ متماثلةٍ، إذ عادةً ما ترتبط هذه المنازعات بالمطالبات العقدية التالية:

- استحقاق تمديد في الوقت (entitlement to an extension of time).
 - استحقاق دفعات مالية إضافية (entitlement to additional payments).
 - استحقاق استرداد مصروفات مدفوعة (entitlement to the recovery of costs).
 - سوء تنفيذ الالتزامات العقدية (malperformance of contractual obligations).
 - عدم تنفيذ الالتزامات العقدية (non fulfillment of contractual obligations).
- وعلى الرغم من إمكان تصنيف مسببات المنازعات وإرجاعها إلى الأسباب المذكورة أعلاه، فإن صناعة الإنشاءات تفتقد ما يمكن تسميته بـ "الذاكرة الجمعية" التي تمكن المشتغلين فيها من الاستفادة من التجارب السابقة للمشروعات المشابهة،^(٤) الأمر الذي يلاحظ معه وجود شيء من التكرار النمطي للمشكلات العقدية ذاتها في عقود لا تربط بينها أية علاقة عضوية.

وفي معرض البحث المستمر عن حل لإشكالية المنازعات العقدية هذه، يكثر في الأدبيات القانونية الحديث عن ضرورة الصياغة المحكمة للعقود وترجمتها بالصورة المثلى لتجنب نشوب النزاع بين الأطراف. وعلى الرغم من الأهمية العملية لحسن الصياغة ودقة الترجمة، فإن مثل هذه الأطروحات، في حقيقة الأمر، لا تخلو من تبسيط مخل بالمشكلة موضوع النظر. فالمنازعات الإنشائية - للأسف الشديد - هي إحدى حقائق الحياة التي لا يمكن تجنبها مهما بلغ حجم الجهد المبذول ومهما حسنت النوايا. إن ما يحتاج إليه الأطراف في العقود الإنشائية هو أداة فعالة، اقتصادية وعادلة لحل المنازعات، ولا سيما

(٤) "الذاكرة الجمعية (collective memory)"، في علم الاجتماع، هي الذاكرة الكلية التي

تنتقل من جيل لآخر لمجموعة من الأفراد. انظر: Maurice Halbwachs, On

Collective Memory (Chicago: University of Chicago Press, 1992).

في المشروعات الكبرى التي يمتد تنفيذها على مدى فترات زمنية طويلة، ويكون فيها التفاعل الإيجابي بين الأطراف أمراً جدياً حيوي لاطراد سير العمل. فواقع العمل يظهر أن العقود لا توفر عادةً الآليات التي تحقق ذلك الهدف على الوجه الأكمل؛ إذ إن كثيراً من المنازعات الإنشائية تتعلق باستحقاقات غير مطلقة تترك هامشاً كبيراً للشك وعدم التيقن.

وفي عقد الفيديك لمقاولات أعمال الهندسة المدنية تحديداً، جرى العمل في الطبقات السابقة على أفراد بند خاص لمعالجة موضوع حل المنازعات، من خلال آلية توكل إلى المهندس الاستشاري للمشروع دوراً ملحوظاً من حيث الأهمية، إلا أن هذا الوضع لم يعد قائماً الآن مع التغييرات الأخيرة التي أدخلت على هذا العقد النموذجي، والتي تضمنت تشكيل ما يعرف بمجالس تسوية المنازعات والجهود إليها بدور كبير في تسوية المنازعات العقدية التي قد تقوم بين كل أطراف المشروع الإنشائي من مالك ومقاول.

والدراسة الماثلة هي محاولة لتعرف التعديلات الأخيرة للفيديك في هذا المجال، من خلال دراسة الآليات السابقة والحالية لتسوية المنازعات، وتحليلها من واقع المشروعات الكبرى التي تطرحها جهات التمويل المختلفة.

وقد تم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة أقسام:

- القسم الأول: عقد الفيديك وثقافة المطالبات/ المنازعات العقدية.
- القسم الثاني: دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات كما نظمتها الطبقات السابقة من عقد الفيديك.
- القسم الثالث: مجالس تسوية المنازعات كما تنظمها الطبعة الجديدة من عقد الفيديك.

ويلي ذلك خاتمة تعرض فيها نتائج الدراسة، ثم ملحقان، يتضمن الأول دراسة لحالة تطبيقية (case study) تتمثل في مشروع إنشائي ضخم تم فيه تبني فكرة مجلس تسوية المنازعات، فيما يتضمن الثاني مخططاً بيانياً يوضح إجراءات إحالة المنازعة إلى المجلس المذكور.

التعريف بالفيديك ودوره في صناعة الإنشاءات (FIDIC and its Role in the Construction Industry)

يعتبر الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين (أو ما يعرف اختصاراً بـ "الفيديك" ^(٥)) من أبرز الكيانات التجارية التي تصدت لمشكلة المنازعات العقدية في عقود الإنشاءات. ففي مجال أعمال إنشاءات الهندسة المدنية، وفي عام ١٩٥٧ تحديداً، قام الفيديك بإصدار عقد نموذجي كان بمنزلة الشروط العقدية الوحيدة في هذا المجال، المعدة للاستخدام على المستوى الدولي، وهو العقد المعلنون "الشروط العقدية لمقاولات أعمال الهندسة المدنية" (Condition of Contract for Works of Civil Engineering Construction) ^(٦) وقد بلغ هذا العقد من الانتشار حداً أصبح يعرف معه بـ "عقد الفيديك" أو بـ "الكتاب الأحمر" ^(٧). ويذكر أن هذا الاتحاد الهندسي يصدر كذلك نماذج أخرى لعقود مستخدمة في مجالات هندسية شتى.

وفي الواقع، فإن هذه الشروط العقدية غالباً ما تتبع في المشاريع الإنشائية ذات الصبغة الدولية وتلك التي تنفذ في الدول النامية. وتجدر الإشارة إلى أن دولة الكويت قد اعتمدت نموذج الفيديك ضمن الشروط العامة لمناقصات الأشغال العامة، تحت تسمية "الشروط الحقوقية لسنة ١٩٧١" وذلك إضافةً إلى القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة، ^(٨) باعتباره القانون العام لعقود الأشغال والتوريد، وقد أدخلت على هذه الشروط بعض التعديلات التي تتوافق مع القوانين الكويتية. ^(٩)

(٥) يعرف رسمياً بـ Fédération internationale des ingénieurs-conseils، و يقع مقره في مدينة Lausanne في سويسرا. انظر: < <http://www.fidic.org> >.

(٦) وقد تلت ذلك طبعات جديدة منقحة ومراجعة في السنوات ١٩٦٩، ١٩٧٩، ١٩٨٧ و ١٩٩٩ تبعاً.

(٧) نسبةً إلى لون غلاف الكراسة التي طبع عليها هذا النموذج العقدي.

(٨) منشور في "الكويت اليوم" (الجريدة الرسمية)، ٢ أغسطس ١٩٦٤، العدد ٤٨٨.

(٩) أدخلت بعض التعديلات على الشروط الحقوقية في عام ١٩٨٥، وهذه الطبعة المعدلة ما زال معمولاً بها في الكويت حتى الآن.

ويلاحظ أن الهدف من تبني الحكومات المختلفة، ومنها الكويتية، لعقد الفيديك بوصفه نموذجاً استقرت أحكامه على المستوى الدولي، هو إبعاد الحرج الذي قد يتولد لدى معظم المقاولين الدوليين الذين تتوفر لديهم الإمكانيات الفنية لتنفيذ المشاريع الضخمة، والذي قد ينجم من جراء التخوف من تطبيق أحكام القوانين الوطنية لتنظيم تنفيذ تلك المشاريع؛ إذ عادة ما يفضل هؤلاء التعاقد وفقاً لأحكام عقود نموذجية تتحقق لهم المعرفة الجيدة ببندوها، مع ما يرتبط بذلك من ثبات واستقرار للعلاقة العقدية.^(١٠) ويذكر أن فكرة العقد النموذجي ليست بالغريبة على النظام القانوني في دولة الكويت؛ إذ تناولها القانون المدني في بعض نصوصه، مقررّاً صحة هذا النوع من العقود وسريان أحكامه عند الاتفاق على الإحالة إليه.^(١١)

فيديك و "قوس قزح" جديد من الألوان (The New FIDIC Rainbow):

في سبتمبر من عام ١٩٩٩ أصدر الفيديك طبعة جديدة ومطورة من نماذجه العقدية، تضمنت أربع كراساتٍ للشروط العقدية النموذجية. وقد عرفت هذه المجموعة باسم "قوس قزح الفيديك" (the FIDIC rainbow)، نسبة إلى تعدد ألوان أغلفة كراسات هذه النماذج. وقد صدرت هذه النماذج العقدية الأربعة على نمطٍ موحدٍ من حيث الفلسفة القانونية،^(١٢) اللغة، الصياغة، والإخراج الفني.

(١٠) طعمة الشمري، ملاحظات عامة على الشروط الحقوقية لعقود المقاولات، محاضرة أقيمت في دورة مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء (الكويت: كلية الحقوق، ١٩٩٥)، ص ٢.

(١١) المادة ٥١ من القانون المدني الكويتي، وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون "أن العقد النموذج تضعه، في العادة، منظمات جماعية خاصة، كالنقابات وغيرها من الهيئات المهنية والغرف التجارية واتحادات البنوك، وقد تعتمد الدولة نفسها أو غيرها من الأشخاص المعنوية العامة لوضع نموذج الشروط التي تتعاقد عليها مع الأفراد، كما تضع نموذجاً للشروط التي يتضمنها بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها، أو لمنح امتياز المرافق العامة. وقد يطلق على جماع الشروط التي تضعها الإدارة اصطلاح اللائحة النموذجية". وحول ذلك، انظر: أحمد الملحم، "نماذج العقود ووسائل مواجهة الشروط المجحفة فيها"، مجلة الحقوق، العدد الأول والثاني، مارس / يونيو ١٩٩٢.

(١٢) فالطبعة الجديدة تظهر استقلالاً عن التأثير التقليدي لعقد ICE الإنجليزي الذي كان تأثر الطبقات السابقة به واضحاً.

ومحور موضوع هذه العقود الآن هو تحديد الطرف الذي تقع عليه مسؤولية تصميم الأعمال (design responsibility) عوضاً عن الاستناد إلى طبيعة هذه الأعمال (هندسة مدنية، هندسة ميكانيكية وإلكترونية، وغيرها)، كما كان عليه الحال بالنسبة للطبعات السابقة منها.

إن "قوس قزح الفيديك" يتكون الآن مما يلي:^(١٣)

١	الكتاب الأحمر (The Red Book)	نموذج عقدي لأعمال الهندسة المدنية المصممة من قبل المالك (The Red Book: works designed by the Employer).
٢	الكتاب الأصفر (The Yellow Book)	نموذج عقدي لأعمال المشروعات الصناعية ومشروعات أعمال الهندسة الميكانيكية والإلكترونية المصممة من قبل المقاول (The Yellow Book: Plant or M/E designed by the Contractor).
٣	الكتاب الفضي (The Silver Book)	نموذج عقدي لأعمال تسليم المفتاح المصممة من قبل المقاول (The Silver Book: Turnkey designed by the Contractor) ^(١٤)
4	الكتاب الأخضر (The Green Book)	نموذج عقدي لأعمال المشروعات الصغرى المصممة من قبل المالك والمقاول معاً، ^(١٥) أو من قبل أيهما (The Green Book: short form for minor works designed by both or either).

لقد مثلت عقود الفيديك طويلاً ما يمكن تسميته تجاوزاً بـ "المواصفات القياسية" (standards) للعقود في صناعة الإنشاءات. وبصدور الطبعة الجديدة من هذه العقود فإن الفيديك قد وسع نطاق تطبيقها بحيث تتجاوز أعمال الهندسة إلى عداها من أعمال الإنشاء والبناء.

(١٣) كما أنه في يونيو من عام ٢٠٠١، أصدر الفيديك طبعةً اختباريةً من نموذج عقدي جديد خاص بأعمال الحفر والاستصلاح القاعية أو البحرية (FIDIC Form of Contract for Dredging and Reclamation Works).

(١٤) ولا وجود للمهندس في هذا النموذج العقدي، وإنما تقع مخاطر التنفيذ على المقاول كليةً. وبذلك، فإن المجال الأمثل لتطبيقه هو عقود البناء، التشغيل، ونقل الملكية (Build, Transfer, Operate - BOT).

(١٥) كأعمال الصرف الصحي.

ومن بين هذه المجموعة من النماذج العقدية، يقتصر البحث في هذه الدراسة على الكتاب الأحمر وحده، باعتباره النموذج الرئيسي الذي تحذو باقي النماذج حذوه في قواعدها العامة. وفيما يتعلق بهذا الكتاب موضوع الدراسة، فما زال موضوعه هو أعمال الهندسة المدنية، وتحديداً تلك التي يقوم فيها مقاول المشروع بتنفيذ تصميم يزوده به المالك (و مع ذلك، فهناك إمكانية في هذا العقد تسمح بأن يقوم المقاول بتقديم التصميم). وقد حافظ هذا النموذج العقدي على دور المهندس وآليات استحقاق الدفعات المالية القائمة على أساس من القياس والقيمة (measure and value). إلا أن هذا النموذج يتضمن فكراً جديداً من حيث إدارة العقد والتعامل مع المنازعات الناشئة عنه.

لقد اعتمدت شركات المقاولات والمكاتب الهندسية الكبرى نماذج الفيديك العقدية في مشروعات ضخمة خاصة بالتنمية والبنى التحتية على المستوى الدولي، لما تتميز به تلك النماذج من حسن الإعداد والتوزيع العادل للمخاطر.^(١٦) كما أن كبريات مؤسسات التمويل في العالم قد تبنت هذه النماذج.

وفي الكويت، فإن الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية يعتبر من أبرز مؤسسات التمويل التي تبنت تطبيق الشروط العقدية لنموذج الفيديك، وإن بصورة غير مباشرة،^(١٧) على مشروعات البنى التحتية في العقود التي يمولها الصندوق في جميع الدول النامية.^(١٨)

(١٦) في معرض مناقشة نماذج الفيديك العقدية الجديدة، تجدر الإشارة إلى أن التعامل مع هذه العقود لا يخلو من صعوبة، إذ تتصف بعض هذه المستندات بالإطالة والتعقيد والإحالات المتكررة من بند لآخر، كما أن أسلوب الصياغة ليس بالبسيط دائماً.
(١٧) حيث وضع الصندوق شروطاً عقدية خاصة به للتطبيق على المشروعات التي يمولها، تعرف بـ:

Standard Instructions to Tenderers and Conditions of Contract for the Procurement of Works of Civil Engineering Construction (1st edition, 2004).

(١٨) يبلغ رأس مال الصندوق ٢٠٠٠ مليون دينار كويتي، فيما يبلغ إجمالي قيمة القروض التي قدمها إلى الآن حوالي ٣٣٤٥ مليون دينار كويتي، موزعة على ما يقرب من ٦٣٠ مشروعاً. انظر: < <http://www.kuwait-fund.org> > .

وهذه الدراسة تقصد إلى إلقاء الضوء على أساليب حل المنازعات التي وضعها الفيديك بيد أطراف المشروع الإنشائي. وللقيام بذلك، سوف يتم التركيز على مجموعتين من طبعات هذا العقد النموذجي:

- أولاً - الطبعتان الثانية (طبعة ١٩٦٩) والرابعة (طبعة ١٩٨٧): وهما الطبعتان اللتان لاقتا أكبر قدر من الانتشار الدولي. فمازالت الطبعة الثانية معتمدةً في كثيرٍ من الدول النامية. بل إنها هي الطبعة السارية في الكويت، وتم تبنيها، مع شيء من التصرف، تحت تسمية "الشروط الحاقوقية لوزارة الأشغال العامة"، كما سبقت الإشارة (مع تعطيل المادة ٦٧ فيديك). فيما كانت الطبعة الرابعة قيد التطبيق لأكثر من عشر سنوات في كثير من دول العالم. وسوف تتم الإشارة إليهما بوصفهما نموذجين للطبعات المتضمنة منح المهندس الاستشاري للمشروع دوراً استثنائياً فيما يتعلق بحل المنازعات الناشبة بين أطراف المشروع.
- ثانياً - الطبعة الجديدة (طبعة ١٩٩٩): وهي الطبعة الأخيرة للفيديك، التي خرجت بفلسفةٍ جديدةٍ تماماً فيما يتعلق بحل منازعات أطراف المشروع، وذلك بتقديمها لنظام مجالس تسوية المنازعات.

القسم الثاني

دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات

كما نظمتها الطبعات السابقة من عقد الفيديك

المقصود بدور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات: (Defining the Consulting Engineer's Role in Dispute Settlement)

في ظل عقد الفيديك، تثور المنازعات عادةً نتيجة للمطالبات (claims) التي يتقدم بها المقاول ضد المالك، من خلال المهندس، فهناك أكثر من ثلاثين بنداً في العقد تحلّ المقاول - في ظل ظروفٍ معينةٍ - مطالبة المالك بدفع مبالغ إضافية أو بتمديد وقت التنفيذ أو الأمرين معاً.^(١٩) وبالمقابل، فإن المنازعات يمكن أن تقوم كذلك نتيجة للمطالبات التي يتقدم بها المالك ضد المقاول أيضاً.^(٢٠) ولذلك، فقد تضمنت الطبعات السابقة من الكتاب الأحمر، مادةً مستقلةً - هي المادة ٦٧ من الشروط العقدية - تمنح المهندس الاستشاري للمشروع سلطاتٍ خاصة تمكنه من التصرف بوصفه سلطة مستقلة، لها القدرة على إصدار القرارات المحايدة خلال فترة تنفيذ المشروع، وهو أمر جد ضروري في النهاية، ومرتبطة بالطبيعة المركبة والمعقدة للمشروع ذاته، وبالفترة الزمنية

(١٩) من هذه البنود تلك الخاصة بطلب دفع تكاليف زائدة بسبب مواجهة المقاول لظروف غير متوقعة في الموقع (البند ١٢ من العقد)، صدور أوامر تغييرية من المهندس تضمنت أعمالاً إضافية (البند ٥١)، طلب تمديد في الوقت عن التأخير الذي تسبب به المالك (البند ٤٤)، كما يمكنه تقديم مطالبة عن التكاليف الزائدة التي تكبدها بسبب المخاطر السياسية (البند ٦٥) أو الاقتصادية (البند ٧١).

(٢٠) إلا أننا نعتقد أن حاجة المالك لذلك هي أقل من حاجة المقاول، فيمكن للمالك تحصيل حقوقه عن طريق الامتناع عن الدفع أو تخفيض قيم الدفعات المالية، كما أنه يملك عادةً استيفاءها من المبالغ المقررة كضمانات للتنفيذ (performance bonds). انظر:

Mashaal A Alhajeri, 'The Use of Guarantee Bonds in Public Works Contracts: The Legal Framework in Kuwait', ICLR, 17, no. 3 (2000).

الطويلة اللازمة لتنفيذه. وقد أكدت محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية (ICC) ذلك عندما قررت أنه فيما يخص بالمادة ٦٧ من عقد الفيديك فإن المهندس الاستشاري يتمتع باستقلال تام لا يلتزم معه أية أوامر أو إرشادات من المالك حول قراراته.^(٢١)

وفي الطبقات السابقة، أفرد البند ٦٧ من الكتاب الأحمر لمعالجة موضوع حل المنازعات. وعلى رغم من أن هذا البند يشار إليه عادةً بأنه "بند التحكيم" فإن نطاقه أوسع من ذلك؛ فهو يوفر آليةً لتسوية المنازعات بين الأطراف أولاً، إضافةً إلى أنه يتضمن فقراتٍ بشأن الإحالة للتحكيم ثانياً.

كما يتضمن البند ذاته اتفاقاً من الأطراف بشأن اتخاذ خطوتين قبل اللجوء للتحكيم، تتمثل أولاهما في عرض النزاع على المهندس حتى يصدر قراره فيه، أما الثانية فهي محاولة تسوية النزاع ودياً بينهما، إذا كان قرار المهندس لم يلق قبولاً لدى أحدهما أو كليهما.

ولما كانت خصوصية هذا الدور المنوط بالمهندس الاستشاري ذات أثر ملحوظ على مجريات عقود الإنشاءات عادةً، فإننا سوف نعرض له بشيءٍ من التفصيل فيما يلي.

آلية عرض النزاع على المهندس الاستشاري (Mechanism of Dispute Referral to the Consulting Engineer)

تجري الآلية التي حددتها المادة ٦٧ من عقد الفيديك لحل المنازعات في العمل وفق النسق التالي:

- ١ - ينبغي وجود خلاف بين رب العمل والمقاول، ومن المتصور أن تقوم مع العقد عدة أسباب تؤدي إلى خلافات يتعذر على الأطراف الاتفاق على حلول بشأنها، ولا سيما متى تعلق الأمر بدفعات مالية إضافية أو بتمديد في زمن التنفيذ.

ICC case No. 3790 (1983).

(٢١)

٢ - يجب أن يحال هذا الخلاف من قبل الطرفين أو أحدهما إلى المهندس لإبداء الرأي فيه، ويلاحظ أن جميع الخلافات ينبغي أن تحال إلى المهندس، بما فيها تلك الناشئة عن آراء أو إرشادات صادرة عنه شخصياً، وليس المقصود هنا الخلافات العادية أو المطالبات (claims) التي يتقدم بها المقاول فقط، بل يجب أن يتعلق الأمر بخلاف أو مطالبة سبق أن رفضها المهندس، وتمسك المقاول برأيه ليعيد عرضها عليه على شكل منازعة (dispute).

٣ - على المهندس، خلال فترة لا تتجاوز ٨٤ يوماً من تاريخ إحالة الخلاف إليه، إخطار الأطراف بقراره بصدده.^(٢٢) وفي دعوى تمثل طرفاها بمقاول كويتي وبلدية إحدى الإمارات العربية تمسكت البلدية بأن المهندس تجاوز المدة المقررة في المادة ٦٧ نظراً لكون قراره لم يصلها إلا بعد انتهاء تلك المدة بخمسة أيام، إلا أن الحكم قرر أن العبرة ليست بوصول قرار المهندس إلى الطرفين قبل نهاية المدة، بل بصدوره خلالها ولو كان قد تأخر وصوله بالبريد إلى ما بعدها^(٢٣). وعلى أية حال، يكون على المقاول خلال ذلك التزام الاستمرار في تنفيذ الأعمال الموكلة إليه بموجب العقد مع بذل العناية الكافية، وإن لم يلاق هذا القرار قبولاً لديه. ويلاحظ أنه متى ما أصدر المهندس قراره وأخطر الأطراف به، فإنه يتعذر عليه تعديله بعد ذلك. كما أن على المهندس أن يضمن قراره ما يفيد صدوره وفقاً للمادة ٦٧ من العقد، حتى يمكن تحديد وقت تحول "المطالبة" إلى "نزاع" يمكن إحالته إلى التحكيم؛ فالمطالبات لا تعتبر منازعاتٍ إلا بعد عرضها على المهندس وإصداره لقرار يعتز عليه أحد الطرفين.

٤ - إذا لم يرتض أحد الأطراف قرار المهندس، أو كان المهندس لم يقم بإخطارهما

(٢٢) يلاحظ أن جميع المدد الواردة في بنود عقود الفيديك تتكون من أرقام تقبل القسمة على العدد سبعة، وذلك نتيجةً لسياسة الفيديك القاصدة لجعل المدد الواردة في عقودها قابلةً للتحويل إلى أسابيع. انظر:

Christopher Seppala, 'FIDIC Conditions of Contract - 4th Edition 1987', ICLR, 6 (April 1989), 179.

(٢٣) محيي الدين إسماعيل علم الدين، منصة التحكيم التجاري الدولي، ج ١ (القاهرة: مطابع الطناني، ١٩٨٦). ص ٣٩٤.

بقراره في اليوم الرابع والثمانين التالي ليوم تسلم كتاب إحالة النزاع إليه أو قبله، كان لأي من رب العمل أو المقاول، في اليوم السابعين لانتهاؤ مدة الأربعة والثمانين يوماً المذكورة أو قبله - على حسب الأحوال - إخطار الطرف الآخر برغبته في بدء إجراءات التحكيم، وذلك بعد ما هو مفترض من إجراء محاولة للتسوية الودية، فإذا لم يتم ذلك، كان قرار المهندس نهائياً (final) وملزماً (binding) للطرفين. وعلى أية حال، فمن الملاحظ أن بعض أحكام التحكيم تنحو إلى التساهل في شأن تطبيق هذه المدة. فقد قضى بجواز تمديد الفترة الواجب إحالة النزاع للتحكيم خلالها في حال وجود صعوبات (undue hardships) تمنع من مباشرة التحكيم خلال المدة التي حددتها المادة ٦٧ من عقد الفيديك^(٢٤). وينبغي أن يكون الإنذار باللجوء إلى التحكيم نهائياً وقاطعاً، فإذا لم تتوافر فيه النية الجازمة والنهائية لبدء التحكيم في الوقت المحدد فإنه لا يكون كافياً^(٢٥).

وبعد، فإن هذه الإجراءات التي فصلتها المادة ٦٧ والخاصة ببيان سبل حل المنازعات الناجمة عن تنفيذ العقد هي أمر واجب الاتباع سواء قام النزاع خلال فترة تنفيذ الأعمال أو بعد تمامها، فانتهاؤ العقد لا يسلب المهندس اختصاصه بحل المنازعات المرتبطة به، الأمر الذي يتضح معه حجم الدور الذي ناطه الكتاب الأحمر بالمهندس الاستشاري فيما يتعلق بتنظيم العلاقة بين رب العمل والمقاول.^(٢٦) ويذكر أنه في الحالات الواقعية التي لا يتم فيها تعيين

(٢٤) International Tank & Pipe SAKV v Kuwait Aviation Fuelling (1975) QB 224, (1977) 5 BLR 147.

(٢٥) Christopher Seppala, 'Les Décisions Pré-Arbitrales Afferentes Aux Litiges en Matiere de Construction: Les Decisions Prises par L'Ingenieur', Revue de Droit des Affaires Internationales, no. 1 (1991), 295.

(٢٦) حول دور المهندس بشأن حل المنازعات عموماً، راجع: Hubert Andre-Dumont, 'Current Problems in International Construction Contracts', ICLR, 3 (July 1986 1986), 413.; Seppala, 'Les Décisions Pré-Arbitrales'; Beth M Lyon, 'The Role of the Engineer in the FIDIC Conditions of Contract', The International Law Journal of George Town University Law Center, 26, no. 1 (Fall 1994), 279.; Panayotis Glavinis, Le Contrat International de Construction (Paris: GLN Joly Editions, 1993), p. 466.; Nael Bunni, The FIDIC Form of Contract: The Forth Edition of the Red Book (Oxford: Blackwell Science Ltd, 1994), p. 142.

مهندس للمشروع، فإن المقاول لا يلتزم اتباع تلك الإجراءات، بل يستطيع اللجوء إلى التحكيم مباشرة.^(٢٧)

الطبيعة القانونية لدور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات: (Legal Nature of Consulting Engineer's Role in Dispute Settlement)

يصعب حقيقة، في ظل تعقيد دور المهندس كما رسمه عقد الفيديك إجمالاً، تحديد الطبيعة القانونية لدور المهندس في تسوية المنازعات وللقرار الذي يصدره في إطار المادة ٦٧، الأمر الذي أثار شيئاً من الجدل الفقهي.

فيرى البعض أن مهمة المهندس الاستشاري بهذا الصدد هي مهمة المحكم (arbitrator / arbitre) بالمعنى الكامل للفظ، فهو يستمع لآراء الأطراف، يتحقق من الوقائع، يفسر العقد، يطبق القانون، يقوم سلوك الخصوم، ثم بعد ذلك يصدر قراره.^(٢٨)

ويميل آخرون - وهم شراح النظم الأنجلوأمريكية تحديداً - إلى التوسط بهذا الشأن، فيذهبون إلى القول: إن المهندس لا يكون محكماً بالمعنى السائد والقانوني للفظ، وإنما هو "شبه محكم" (quasi-arbitrator / quasi-arbitre) في ممارسته لدوره الخاص بحل المنازعات؛ لأنه وإن لم يكن محكماً بالمفهوم القانوني للكلمة من حيث كونه غير ملزم باتباع إجراءات التحكيم، إضافة إلى كونه معيناً بواسطة أحد الأطراف ويتقاضى أجره من قبله، فإنه في مركز شبيه بمركز المحكم فيما يتعلق بالتزامه عنصري الحياد وانعدام المصلحة المطلوبين في المحكم، وكذلك من حيث كون قراراته نهائية وملزمة للأطراف، إلا في حالة وجود شرط تحكيم، كما هي الحال في أغلب العقود الحالية.^(٢٩)

ICC Case No. 4416 (1985). (٢٧)

Bunni, The FIDIC Form of Contract, p. 143. Glavinis, Le Contrat International de Construction, p. 467. (٢٨)

Fritz Nicklisch, 'The Role of the Engineer as a Contract administrator and Quasi-Arbitrator', ICLR, 7 (July 1990), passim. (٢٩)

Andre-Dumont, 'Current "شبه المحكم"', راجع: Andre-Dumont, 'Current Problems', 48.

إلا أنه لما كان مثل هذا النظر لا يستقيم مع الوضع في دول القانون المدني التي لا تعرف مفهوم "شبه المحكم" المشار إليه، فإننا نميل إلى أن المهندس الاستشاري، في معرض قيامه بالوظيفة التي ناطتها به المادة ٦٧ من العقد، ليس سوى خبير مهني مستقل (independent professional). ولعل مما يؤيد هذا النظر ما ورد في بنود نموذج اتفاقية المالك والمهندس المستشار المعروفة بالكتاب الأبيض (Client / Consultant Model, Services Agreement)، التي أعدها الفيديك كذلك لتكون نموذجاً يحتذى به كل من أرباب الأعمال والمستشارين عند إبرامهم لعقد الهندسة الاستشارية. فقد ورد في أحد بنود هذه الاتفاقية أن المستشار متى فوض بإصدار شهادات أو قرارات أو بممارسة سلطة تقديرية بين رب العمل وبين طرف ثالث فإنه لا يقوم بذلك بصفته محكماً بل بصفته خبيراً مهنياً مستقلاً يتصرف بموجب مهارته وحسن تقديره.^(٣٠)

وفيما يتعلق بالوضع في دولة الكويت، فقد يكون هذا هو التكيف الأنسب لطبيعة دور المهندس الاستشاري ضمن ما يسمح به الإطار القانوني فيها، ولا سيما من حيث مفهومه لدور الخبير، ولعله من المفيد بهذا الصدد أن نستشهد بأحكام المرسوم بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون تنظيم الخبرة، إذ على الرغم من تسليمنا بأن المهندس الاستشاري لا يعتبر خبيراً بالمفهوم الضيق الذي جاء به هذا القانون بطبيعة الحال، فإننا نعتقد أنه ضمن نصوصه بنوداً قد تساعد في توضيح الأطر العريضة لما نراه من أوجه الاتفاق بين دور كل من الخبير وفق ذلك القانون والمهندس الاستشاري في عقد الفيديك. من ذلك مثلاً جواز اتفاق الأطراف على تحديد خبير معين بشخصه،^(٣١) ثم قيام الخبير

(٣٠) البند 5.(ii).b من الاتفاقية، حيث نص على ما يلي:

“(ii) Where the services include the exercise of powers or performance of duties authorized or required by the terms of contract between the client and any third party, the Consultant shall:

(b) if authorized to certify, decide or exercise discretion, do fairly between the client and third party not as an arbitrator but as an independent professional acts by his skill and judgment”.

(٣١) المادة ٤ من قانون تنظيم الخبرة رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠.

بسماع أقوال الخصوم وملاحظاتهم وسماع أقوال من يحضرونهم أو من يرى هو ضرورة سماعهم (على أن يكون ذلك دون يمين)^(٣٢) وكذلك كون رأي الخبير مجرد رأي تستأنس به المحكمة دون أن تتقيد به.^(٣٣)

ومما نراه داعماً لرأينا هذا، حقيقة أن الحكم التحكيمي عادة ما تشترط له متطلبات موضوعية عديدة، أهمها وجوب أن يكون الحكم نهائياً^(٣٤) إلا أن قرار المهندس - وإن لحقت به الصفة النهائية في حال قبول الأطراف به - فإن هذه الصفة تتعطل بالنسبة إليه عند عدم رضا طرف ما عنه ورغبته في إحالة الأمر للتحكيم.

ولذلك، يجب التفرقة بين كل من قرار المهندس الاستشاري وحكم المحكم، فعلى الرغم من أن دور المهندس قد يماثل نظيره الخاص بالمحكم من حيث وجوب عرض النزاع عليه ليصدر قراره بشأنه، وكذلك من حيث التزامه العدالة والحياد، فإن المهندس يختلف عن المحكم بأنه لا يتم تكليفه باتفاق الأطراف معاً، كما أنهم ليسوا مكلفين تقديم الأدلة إليه كما هو الحال مع المحكم، بل عليه هو البحث والتحري قبل إصداره لقراره^(٣٥).

وفيما يتعلق بموقف الاتفاقيات الدولية، فإن اتفاقية نيويورك لسنة ١٩٥٨ بشأن الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها (New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958) لم تورد تعريفاً للحكم التحكيمي (arbitral award)، وإنما تركت أمر تعريفه إلى تشريعات الدولة التي يصدر فيها^(٣٦). وعلى أية حال، فقد تضمنت هذه الاتفاقية

(٣٢) المادة ١١ من قانون تنظيم الخبرة رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠.

(٣٣) المادة ١٣ من قانون تنظيم الخبرة رقم ٤٠ لسنة ١٩٨٠.

(٣٤) يعقوب يوسف صرخوه، أحكام المحكمين وتنفيذها (الكويت: مطابع كويت تايمز التجارية، ١٩٨٥)، ص ٨٧.

(٣٥) J C Badoux, 'The Hardships and Concerns of an Engineers Representing the Law', JIA, 5, no. 2 (1988), 93.

(٣٦) The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (1958).

إشارة واضحة إلى أن الأحكام التحكيمية هي تلك التي تصدر عن محكمين يعينون بمناسبة كل قضية أو تصدر عن مؤسسات التحكيم الدائمة التي يقدم لها الأطراف طلب التحكيم.^(٣٧) وجلي أن قرار المهندس لا يندرج تحت أي من الطائفتين نظراً لتطلب استقلال المحكمين عن أطراف النزاع تماماً، الأمر الذي لا يتوافر في المهندس لارتباطه مع رب العمل بعقد الاستشارات الهندسية.

يضاف إلى ذلك، أنه مما يؤكد ما نذهب إليه من عدم تحقق الصفة التحكيمية لقرار المهندس أن نص المادة ٦٧ فيديك ذاته لا يسبغ ذلك الوصف على هذا القرار، فهو يقسم عملية حل النزاع إلى مرحلتين، تتمثل أولاهما في قرار المهندس والثانية في التحكيم، الأمر الذي يوضح تماماً عدم اعتبار قراره تحكيمياً.

هذا بالنسبة إلى طبيعة دور المهندس في تسوية المنازعات،^(٣٨) أما فيما يتعلق بطبيعة القرار الذي يصدره بمقتضى هذا الدور، فقد قصرت الطبعة الرابعة من العقد لفظ "قرار" (decision) على تصرفات المهندس التي يتخذها في نطاق المادة ٦٧ فقط،^(٣٩) ولمعرفة طبيعة هذه القرارات وجب تحليلها في

(٣٧) البند 1.2 من الاتفاقية.

(٣٨) نشير إلى أننا وإن كنا قد انتهينا إلى القول إن المهندس الاستشاري في العقد ما هو إلا خبير مهني مستقل وليس محكماً وفقاً للبند ٦٧، فإننا سوف نجاري الفقه فيما تعارف عليه من الإشارة إلى دوره هذا بأنه دور شبه تحكيمي، وذلك من قبيل ضبط المصطلحات لا أكثر.

(٣٩) أما الطبقات السابقة، فلم تكن تسمح بتمييز قرارات المهندس عن بقية تصرفاته. ويلزم هنا توضيح الفرق بين دورين متشابهين للمهندس في ظل العقد، هما: "التعبير عن الرأي" (expressing an opinion) و"إصدار القرار" (making a decision)، فهناك مادة واحدة في الكتاب الأحمر يكون على المهندس فيها أن يصدر "قراراً"، هي المادة ٦٧، أما في باقي الأحوال فيكتفى منه بمجرد إبداء الرأي. ويمكن لأي طرف لا يرتضي هذا الرأي أن يحرك الآلية المقررة في تلك المادة حتى يتحول "الرأي" إلى "قرار"، ومن ثم يمكن اللجوء للتحكيم إذا استدعى الأمر ذلك. راجع: Glavinis, Le Contrat International de Construction, p.473.

إطار نظام الفيديك كله. حيث يكون أي تدخل للمهندس مبنياً على بند عقدي، وكذا الحال بالنسبة لأدوات تدخله الأخرى من آراء وإرشادات وشهادات وتقديرات، فإذا ما ربطنا بين نص المادة ٦٧ وهذا الإطار العام، انتهينا إلى أن قرارات المهندس هي ذات طبيعة تعاقدية كذلك. وعليه، فإن تدخل المهندس في المنازعات يظل أمراً ذا طبيعة تعاقدية؛ إذ لا يشكل قراره أكثر من تفسير من قبله حول أمور عقدية سبق أن اتفق عليها الطرفان في العقد الذي أبرماه. فالمهندس وإن كان وكيلًا عن رب العمل، فإنه في ظل المادة ٦٧ يكون مستقلاً عن الطرفين معاً، حيث كان في إبرامها لعقد الفيديك قبول مسبق بالخضوع لقراره.

وبعد، فإن الطبيعة المركبة لوظائف المهندس الاستشاري، ولا سيما ما تعلق منها بحل المنازعات الناشئة بين طرفي العقد (قبل إصدار الطبعة الجديدة من العقد)، كانت وما زالت تمثل مجالاً خصباً للتنظير الفقهي القانوني، وهو مجال ما زال قيد التطور على أية حال، كما سنبين في مواضع أخرى من هذه الدراسة.

شكل قرار المهندس الاستشاري (Formal Requirements as to the Consulting Engineer's Decision)

إن المتطلب الشكلي الوحيد بشأن قرار المهندس الصادر وفقاً للبند ٦٧ هو أن يكون مدوناً، إذ يجب إخطار الأطراف به كتابة^(٤٠)، فلا يكتفى فيه بالمشافهة.

وقد تم اختيار الكتابة وسيلة لإثبات قرار المهندس لما توفره للأطراف من ضمانات إذا ما ثار نزاع بشأنه في المستقبل؛ إذ لا شك أن حسمه سوف يكون أسهل مع وجود هذا القرار مكتوباً بطبيعة الحال. ويلاحظ أن لشرط الكتابة هذا أهمية مزدوجة، فمن جهة، هو يؤرخ لتاريخ إصدار المهندس لقراره بحيث يمكن

(٤٠) البند 67.1 من العقد.

معه حساب المدة اللازم إحالة النزاع إلى التحكيم خلالها، ومن جهة أخرى، فإنه يسهل مهمة محكمة التحكيم إذ يتيح لها الوقوف على قرار المهندس بحذاقيته.

أثر قرار المهندس الاستشاري الصادر وفقاً للبند ٦٧ (Legal Effects of the Consulting Engineer's Decision According to Cl. 67)

إن القرار الذي يصدره المهندس لحل المنازعات انطلاقاً من الصلاحيات المخولة له بموجب نص المادة ٦٧ تتحقق له صفة الإلزام، وعلى كل من الطرفين تنفيذ ما يخصه مما ورد فيه. كما أن هذا القرار يصبح نهائياً (final/definitive) وواجب التنفيذ (enforceable/executoire) إذا لم يخطر أحد طرفي النزاع الآخر برغبته في عرض النزاع على التحكيم خلال سبعين يوماً من تاريخ إخطارهما بقرار المهندس.^(٤١)

وقد بينت الممارسة العملية أن التكاليف المرتفعة لعملية التحكيم والوقت الطويل الذي تستغرقه قد حدت بالكثير من الفرقاء إلى العزوف عنها. ولذلك، فإن قرار المهندس الذي يصدره وفقاً للمادة ٦٧ عادة ما يكون قراراً ملزماً لهم من الناحية الواقعية (de facto).^(٤٢)

وفيما يتعلق بمواقف النظم القانونية المقارنة بصدد مدى نهائية قرار المهندس هذا وإلزاميته، فإنها تختلف من نظامٍ إلى آخر، بل لعلها تتباين بين الدول التي تتبع النظام ذاته.

ففي دول الكومن لو (common law)^(٤٣) عادة ما تتضمن عقود الإنشاءات بنوداً تخول المهندس سلطة الفصل في المنازعات، كما أنه من الشائع أن تسبغ

(٤١) البند 67.1 من شروط الفيديك.

Lyon, 'The Role of the Engineer', 279.

(٤٢)

(٤٣) الكومن لو (common law): هو القانون الانجليزي القديم غير المدون، المستقى من العرف المتوطد في البلاد ونظام السوابق القضائية (stare decisis). وقد انتشر تطبيقه من إنجلترا إلى دول أخرى، كالولايات المتحدة الأمريكية، كندا، استراليا، دول الكمنولث (Commonwealth) وغيرها.

هذه العقود صفتي النهائية والإلزام على تلك القرارات. ومع ذلك، فإن مسألة تقرير الصفة النهائية لقرارات المهندس تلحقها بعض الاستثناءات في دول أخرى من المجموعة ذاتها. ففي القانون الأمريكي مثلاً، يمكن لأي من الأطراف الطعن في هذه القرار إذا استطاع إثبات التدليس عند إصداره، أو سوء النية من طرف المهندس أو الخطأ الجسيم الذي يستشف معه سوء النية ضمناً. كما توجد عدة استثناءات في إنجلترا كذلك، فإذا كان القرار مشوباً بخطأ بين وظاهر أو كان ينطوي على مسائل قانونية، جاز الطعن فيه أمام المحاكم الإنجليزية. هذا إضافة إلى قدرة المحكمة على تمديد مدة طلب التحكيم المقررة بسبعين يوماً إذا ما واجهت المقاول صعوبات غير عادية (undue hardships).

أما في دول القانون المدني، فإن البنود العقدية التي تخول المهندس حل المنازعات بطريقة حاسمة ونهائية تعتبر أمراً نادر الوجود، ويكاد يكون غير معروف؛ إذ على الرغم من أن هناك بعض الدول التي قد تقبل بالتطبيق الحرفي لمثل تلك البنود، فإن غالبيتها لا تنظر إلى قرار المهندس إلا باعتباره دليلاً، كراي الخبر، يضاف إلى باقي الأدلة، وهو بذلك يكون قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس.^(٤٤)

وفيما يختص بالوضع في الكويت، فإن القرار الذي يصدره المهندس في معرض تسويته للنزاع يستمد قوته من اتفاق الأطراف أنفسهم، فهو لا يعدو أن يكون تطبيقاً مباشراً للمادة ٦٧ فيديك باعتبارها بنداً في هذا العقد. وعلى ذلك، فإن الأطراف يتعاملون مع آراء ملزمة اتفقوا مسبقاً على الخضوع لها، الأمر الذي نعتقد أنه يجد أساسه في المادة ١٩٦ مدني كويتي، التي تنص على أن العقد شريعة المتعاقدين.

وعلى أية حال، فإن قرار المهندس هذا، مع كونه ملزماً، لا يمكن تنفيذه جبراً؛ لأنه ليس حكماً تحكيمياً، ومع ذلك فهو قابل للتنفيذ عن طريق استصدار

(٤٤) حول مواقف النظم القانونية المختلفة بشأن قرار المهندس، راجع: Seppala, 'Les Décisions Pré-Arbitrales'.

حكم قضائي على أساس من النصوص العقدية (ex contractu). وعندها، فإن القضاء سوف يقوم بفحص قرار المهندس من حيث اتباعه للإجراءات المقررة في العقد، ومراعاته لحقوق الأطراف، ثم توافر حسن النية وعدم وجود ما يخالطه من خطأ أو تدليس أو إكراه.^(٤٥)

موقف القانون المقارن من دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات: (Consulting Engineer's Role in Dispute Settlement and Comparative Law)

تختلف مواقف النظم القانونية المقارنة بشأن دور للمهندس في تسوية المنازعات باختلاف فهمها لفلسفة وجوده في العقد، فالنموذج الأنجلو أمريكي يتناول مهندس المشروع على أنه شخص عالم بظروف المشروع الإنشائي وتفصيله، ويرفعه لمرتبة السلطة المحايدة، مع منحه سلطات تمكنه من إصدار قرارات في المنازعات التي يخفق الأطراف في التوصل إلى حلول لها، وذلك من خلال إصداره للقرارات التي توصف بأنها "شبه تحكيمية" (quasi- arbitral awards)^(٤٦) ولذلك، نجد أن القضاء الأمريكي، على سبيل المثال، يحميه إذا كان حسن النية مهما كان قراره.^(٤٧)

^(٤٥) Hubert Andre-Dumont, 'FIDIC Conditions and Civil Law', ICLR, 5 (January 1988), 51.

^(٤٦) Nicklisch, The Role of the Engineer, 329.

^(٤٧) Lundgren v Freeman, 307 f.2d 104, 117-118 (9th Cir. 1962) حكم مشار إليه

في:

Charles Moulineux, 'An American Perspective on Aspects of the New FIDIC Conditions', ICLR, 5 (July-October 1988), 235.

حيث ورد في منطوق هذا الحكم:

"...we think he should be protected when he acts in good faith, however erroneously, and that such protection is enough... Under the contracts, such privilege exists as to action taken by architects in good faith, either as agents or quasi-quasi-arbitrators. But we think the privilege qualified, not absolute, it will not protect architects against actions taken in bad faith and with intent to injure [the Contractor]".

أما النموذج اللاتيني، فلا يمنح مثل هذا الوضع المميز للمهندس، وكل ما هنالك أن هذا النظام يضع قواعد تبين دور كل طرف وحقوقه في ظل ظروف معينة، ثم يترك لهؤلاء الأطراف المتعاقدة حرية التصرف وفقاً لما يرونها مناسباً في ظل كل من العقد والقانون الموضوعي الذي ينظمه، وقد ينتهي الأمر بإحالة النزاع إلى محكمة تحكيم أو إلى القضاء.^(٤٨) وعلى أية حال، فمن الواضح أنه في الظروف العادية، سوف تؤكد المحاكم في ظل هذا النظام أن أي نوع من النزاع يجب إحالته إلى المهندس ليصدر قراره بشأنه أولاً، وذلك خطوة إلزامية قبل محاولة التسوية الودية ومن ثم التحكيم،^(٤٩) تطبيقاً لما اتفق عليه الطرفان في العقد المبرم بينهما.

أما بشأن مواقف القضاء في دول الخليج بشأن المادة ٦٧ فيديك، فعلى الرغم من أن الموقف غير مؤكد تماماً فإنه يظهر أن القضاء ينحو المنحى نفسه. فالمحاكم هناك تبادر بتطبيق شروط عرض النزاع على المهندس قبل إحالته للتحكيم، كما أنها تمنح وقتاً إضافياً معقولاً إذا كان المهندس لم يقدم إخطاراً بقراره خلال مدة الأربعة والثمانين يوماً المقررة. أما إذا لم يقدم المهندس إخطاراً بهذا القرار خلال المدة الإضافية أيضاً، فتنحو المحاكم نحو الحكم بمباشرة إجراءات التحكيم من دون هذا القرار. كما أن المقاول إذا لجأ إلى التحكيم مقدماً مطالبة تختلف عن تلك التي سبق أن قدمها للمهندس طلباً لقراره، وكان الاختلاف بين المطالبتين وجيهاً، فإن المحاكم عادة ما تطلب من المقاول أن يعيد عرض الموضوع على المهندس أولاً، ثم تسمح بعد ذلك ببدء إجراءات التحكيم، إلا إذا كان المقاول قد تصرف بسوء نية (mala fide)^(٥٠)

(٤٨) Nicklisch, The Role of the Engineer, 329. وبالعمل، فإن ذلك عادة ما يحدث بعد تمام تنفيذ المشروع.

(٤٩) Marc Frilet, 'How Certain Provisions of the FIDIC Operate under French Law', ICLR, 9 (April 1992), 137.

(٥٠) Richard Turner, 'FIDIC Works Programme - Arabian Gulf Region' in International Bar Association 10th Conference of the Section on Business Law, (1991), p. 50.

وهذا هو نهج القضاء في دولة الكويت كذلك، مع الإشارة إلى أن قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ٣٨١ لسنة ١٩٨٠، إضافة إلى قوانين التحكيم ذات العلاقة،^(٥١) تشكل الخلفية القانونية لإجراءات المادة ٦٧ فيديك، ما لم يتفق الطرفان على أطر قانونية أخرى.

وعموماً، يلاحظ أن البند ٦٧ فيديك عادةً ما تعاد صياغته بما يتناسب والظروف المحلية، فالشروط الحقوقية المعتمدة من قبل وزارة الأشغال العامة في دولة الكويت لا تتضمن بند إحالة للتحكيم بل تحيل أي نزاع إلى المحاكم الكويتية.^(٥٢)

تقدير دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات (Evaluation of Consulting Engineer's Role in Dispute Settlement)

نظراً لخصوصية الدور المنوط بالمهندس الاستشاري وفقاً للمادة ٦٧ من الطبعات السابقة لعقد الفيدك وخطورة الآثار المترتبة عليه فقد ناله جانب كبير من الدراسة والتحليل. ونقوم فيما يلي بعرض ذلك من خلال بيان موقف الفقه من هذا الدور، ثم تقديرنا للصعوبات المترتبة عليه.

موقف الفقه من دور المهندس الاستشاري الخاص بتسوية المنازعات:

لقد كان دور المهندس بموجب المادة ٦٧ من عقد الفيدك موضوعاً لكثير من الدراسات القانونية؛ إذ اختلف موقف الفقه بصدد تلك الوظيفة المتميزة للمهندس بين مؤيد لها ومعارض، وفيما يلي عرض لتلك الآراء المتباينة:

ففي تأييد هذا الدور، يدعو بعض الفقه إلى الإبقاء عليه، مشدداً على مدى أهميته لضمان حسن تنفيذ العقد الإنشائي ولا سيما في دول نظام الكومن لو (common law)؛ إذ يرى هذا الفريق أن دور المهندس بهذا الصدد يؤيده كل

(٥١) Mashael A Alhajeri, 'A Critical Approach to the Kuwaiti Law of Judicial Arbitration No. 11 of 1995 with Reference to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration', ALQ, 15, no. 1 (2000).

(٥٢) راجع البند ٦٧ من الشروط الحقوقية، وزارة الأشغال العامة، دولة الكويت.

من الممارسة التاريخية المستمرة والتقاليد الهندسية، فالمنزلة الرفيعة التي بلغت تلك المهنة تنم عن إمكانية أن يعهد إلى المهندسين بمثل هذه الوظيفة، وكذلك فإن المشروع الإنشائي يتطلبها لحاجته إلى إجراء حازم وسريع لتسوية المنازعات التي قد تثور في الموقع، كما أن عامل الملاءمة الناتج عن إشراك العنصر الفني الذي صمم الأعمال وأشرف على تنفيذها في عملية حل المنازعات المرتبطة بها يدعم هذا الدور. يضاف إلى ذلك، أن هذا الإجراء يسمح للمهندس أن يتدارك مبكراً النتائج المترتبة على موقف قد يكون اتخذه بشكل متعجل وغير مدروس، أو قبل أن تكون جميع المعطيات قد اتضحت أمامه بالكامل. كما قيل إن المانع الزمني الذي تقررته المادة ٦٧ فيديك يعمل بمنزلة صمام أمان يقلل من عدد المنازعات التي قد تحال إلى التحكيم، فيمنع منها ما كان حله ممكناً في نطاق مثلث أشخاص المشروع فقط (المالك، المقاول والمهندس)، الأمر الذي يوفر لهم فرصة تجنب إجراءات التحكيم مع ما تتصف به من تعقيد وتكاليف باهظة، نظراً للوَأَد المبكر والميداني للنزاعات في مهدها وفور نشوبها. ومن ناحية أخرى، فإن رب العمل - في إطار عقد الفيدك - عادة ما يتمثل بإحدى الجهات الحكومية في الدول النامية التي لا تتوفر لها تلك الممارسة المستقرة في شؤون الإنشاءات الدولية والدراية بجوانبها الفنية الجمة، وهذه غالباً ما تحتاج إلى الخبرة العميقة التي توفرها لها مساعدة المهندس الاستشاري بشأن دراسة المطالبات وتقديرها. وعلى أية حال، فإن قرار المهندس في مجمل الأمر لا يكون نهائياً أو ملزماً للأطراف إلا متى ارتضوه، فإن لم يقبل به أحدهم ظل أمامه دائماً طريق التحكيم الذي يسمح بتصحيح هذا القرار، شريطة إحالة الأمر للتحكيم خلال المدة المقررة في المادة ٦٧ فيديك.

إلا أن فريقاً آخر من شراح النظم القانونية الأخرى، كدول القانون المدني، لا يرون في تلك الخصائص كفايةً للقول بجذوى دور المهندس في تسوية المنازعات، ويسوقون من الحجج ما يرونه دليلاً على دعواهم تلك، كقولهم إن كون المهندس معيناً بواسطة المالك ومدفوع الأجر من قبله هو أمر لا يمكن معه توقع الحياد منه، كما أن إدخال المهندس في تسوية المنازعات ما هو إلا

هدر للوقت والنفقات نظراً لانعدام الصفة النهائية لقراره، ولأن هذا القرار يكون عرضةً للتحكيم غالباً. يضاف إلى ذلك، أن هذا النظام منتقد من حيث إن المهندس لا يحدد له أي إجراء معين يلتزم اتباعه في معرض بحثه للنزاع، فهو غير ملزم بسماع الأطراف على سبيل المثال، الأمر الذي قد يكون له أثر سلبي على قراره من حيث الدقة. كما قيل أيضاً إن المهندس كثيراً ما يكون موظفاً لدى الجهة الحكومية التي تكون لها صفة رب العمل في العقد، وبذلك فإن إحالة النزاع إليه هو أمر عديم المعنى إن لم يكن ضرباً من العبث.^(٥٣)

تقديرنا للصعوبات المرتبطة بدور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات:

على الرغم من أن دور المهندس الاستشاري في تسوية المنازعات كان حجر زاوية في نظام الفيديك وفقاً للطبعات السابقة من عقوده التي أثبتت انتشاراً وقبولاً واسعين على مسرح الإنشاءات الدولية، فإننا نرى وجهة الانتقادات التي لحقت هذا الدور. بل إن الفيديك ذاته ما أصدر الطبعة الأخيرة إلا إدراكاً منه لمثالب النظام السابق وما تضمنه من الاعتراف للمهندس بسلطات استثنائية غير مسبقة.

ولا بد من الإشارة هنا إلى بعض التحديات التي ارتبطت بممارسة الدور الذي تحدده المادة ٦٧ فيديك، الخاصة بسلطة المهندس في تسوية المنازعات، والتي نرى أنها كانت وراء إدراك الفيديك للحاجة إلى ضرورة مراجعة موقفه بهذا الشأن. ومن أهم تلك الصعوبات التي قادنا إليها البحث:

١ - المنازعات المتصلة بسلوك المهندس:

في ظل المادة ٦٧ قد يجد المهندس نفسه مضطراً للفصل في أمور كانت تتعلق بأنشطته وبعمله هو شخصياً (engineer's own conduct). فخلال

(٥٣) حول تقدير دور المهندس، راجع:

Lyon, 'The Role of the Engineer'; Guy Cottam, 'The Powers of the Engineers', ICLR, 3 (January 1986), Michael R Ludlow and J Gordon Rees, 'Engineer's Role under FIDIC Standard Conditions of Contract', International Business Lawyer, (November 1992), 529, Seppala, 'Les Décisions Pré-Arbitrales'.

الأطوار المختلفة للعقد يمكن أن يكون للمهندس عدة أدوار؛ إذ قد يكون هو مصمم المشروع (designer / concepteur de l'ouvrage) ومدير الأعمال فيه (project manager / directeur des travaux) في الوقت نفسه، وهو بصفتيه هاتين قد يختلف مع المقاول لدرجة ينشأ عنها نزاع يجد معه المقاول نفسه مضطراً لعرضه على المهندس على الرغم من أنه الشخص نفسه الذي اختلف معه، فهل يملك المهندس البت في مثل هذه المنازعات المتصلة بسلوكه مباشرةً مع ما يتبع ذلك من حتمية تشكل بيئة خصبة لتضارب المصالح (conflict of interest) نظراً لازدواجية دوره؟

يذكر أنه ليس في نظام الكومن لو (common law) ما يمنع أن يقوم المهندس بإصدار مثل تلك القرارات الخاصة بنشاطه هو شخصياً متى قام بذلك بنزاهة، أما في ظل النظام اللاتيني، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن اتفاق التحكيم يبطل عندما يمكن المحكم من الفصل في نزاع متعلق بأعمال نفذت تحت إدارته وإشرافه بوصفه مهندساً؛ لأن مركزه وكيلاً عن أحد الأطراف يتعارض مع مركزه محكماً، ولأن الأمر قد يرتبط بمسؤوليته هو شخصياً. فإن هذا الحكم منتقد من حيث إنه يشير إلى المهندس باعتباره محكماً، وهي الصفة التي ينحو أغلب الفقه نحو نفيها عنه.^(٥٤)

وقد ذهب البعض - في معرض تبريره لتمكين المهندس من الفصل في المنازعات المرتبطة بسلوكه - إلى أن واقع دور المهندس بوصفه مصمماً ومديراً للأعمال هو أمر مرتبط في الحقيقة برب العمل الذي يمثلته المهندس، ورب العمل هو الطرف في عقد الفيديك وليس المستشار، الأمر الذي يعني أن نزاع المقاول مع المهندس ليس مرتبطاً بالعقد نفسه وإنما يثور بمناسبة تطبيق العقد فقط، إذ إن المنازعات التي يثيرها العقد هي تلك التي تقوم بين طرفيه وهما المالك والمقاول، أما المهندس فلا يعتبر نزاعه مع المقاول نزاعاً نابعاً من

(٥٤) حكم مشار إليه في: Andre-Dumont, 'Current Problems in International Construction Contracts', 414.

العقد، الأمر الذي لا يكون للمقاول معه تأسيس مسؤولية المهندس إلا على أساس من المسؤولية التقصيرية (tort/delict) وليس العقدية (contract/ contrat) لكون المهندس يعتبر من الأغيار بالنسبة للعقد.^(٥٥)

ونحن نرى أن هذا الرأي فيه الكثير من المصادرة على المطلوب، فهو وإن صح ما ورد به من تأسيس لمسؤولية المهندس من حيث الانتهاء لكونها تقصيرية في مواجهة المقاول وليست عقدية، إلا أن ذلك لا ينفي وجود تضارب حقيقي للمصالح من خلال ذلك الدور المتعارض للمهندس، فتحديد أساس المسؤولية لا يغني في هذا المجال شيئاً، بل لعله يؤكد الانتهاء إلى حقيقة قيام مسؤولية المهندس قبل المقاول - أيّاً ما كان أساسها - مع ما يعني ذلك من عودة إلى التساؤل المطروح.

إن واجب المهندس - كما رأينا - هو أن يتصرف بعدالة وحياد، لذلك فإن عرض مطالبة كهذه عليه قد يتسبب في وضعه بموقف يتعارض معه التزامه ذلك تجاه الأطراف مع مصلحته في تحديد مسؤوليته الشخصية. وعلى الرغم من دقة هذا الموقف، فإن المادة ٦٧ فيديك لا تظهر أي اهتمام بخصوصية تلك المشكلة، فهذه المادة - بعمومية صياغتها - تقرر وجود إحالة جميع المنازعات إلى المهندس ليصدر قراره فيها دون أية استثناءات بما فيها تلك التي تقوم بين هذا الأخير وبين المقاول. وهذا الموقف من الفيديك منتقد حقيقة، فعلى الرغم من أن الطرف الذي يحس بالغبن من قرار المهندس يملك خيار التحكيم بعد إصدار المهندس لقراره، فإنه يجب أن نتذكر دائماً أن هذا القرار يعتبر نافذاً فور صدوره ومنتجاً لآثاره ومستمراً حتى يصدر الحكم التحكيمي. هذا، ناهيك عن أن صدور هذا الحكم قد يستغرق رداً من الزمن قد يطول في الوقت الذي يمكن أن يبرز فيه المقاول تحت غبن بين.^(٥٦)

(٥٥) Glavinis, Le Contrat International de Construction, 467.

(٥٦) Seppala, 'Les Décisions Pré-Arbitrales'. ومن الحلول المقترحة لمواجهة تلك

المشكلة، طرح البعض فكرة أن يقوم مهندس المشروع بإحالة هذا النزاع إلى مهندس آخر من المنظومة الهندسية ذاتها التي ينتمي إليها، على أن يكون أعلى منه في الدرجة وغير مشترك معه في الإدارة اليومية للعقد. راجع: Glavinis, 475.

٢ - المنازعات ذات الطبيعة القانونية الصرفة:

إن الكثير من الخلافات التي يمكن أن تثور في ظل العقد تدور عادةً حول أمورٍ فنيةٍ، إلا أنه من الشائع أن تنشب الخلافات حول مسائل ذات طبيعةٍ قانونيةٍ خالصة، كالمطالبات الخاصة بخرق العقد أو تفسيره، ومع ذلك، فإن المادة ٦٧ فيديك لا تستثنيها من سلطة المهندس الخاصة بحل النزاع، إذ تتطلب إحالة جميع المنازعات إليه دون تفرقة بين الفنية منها والقانونية. لهذا، فكثيراً ما يجد المهندس نفسه في موقف يقصر فيه استعداده الفني عن مساعدته على الفصل فيه؛ إذ على الرغم من أنه يفترض به أن يكون له فهم عام واضح حول محتويات المستندات العقدية، بل حول مراجعة صياغتها أيضاً إذا ما استدعى الأمر، فإنه لا يتوقع منه - بطبيعة الحال - أن يفصل في المسائل القانونية الصرفة بطبيعتها.

وإزاء سكوت المادة ٦٧ فيديك عن تلك الصعوبة، فإن المهندس الذي يجد نفسه مضطراً للبت في إشكالات قانونية ليس له دراية بشأنها، لا يملك سوى الفصل فيها من واقع اجتهاده الشخصي، أو الاستعانة بذوي الخبرة القانونية المؤهلين لنصحه بهذا الشأن قبل أن يصدر قراره. وبحسبان أن القرار في مثل تلك الحالات سوف يصدر عن القانونيين الذين تم الرجوع إليهم في حقيقة الأمر وليس عن المهندس، فنحن مع القائلين بأنه في حال أخذ جهةٍ ما بالطبعات القديمة من عقد الفيدك، فيجب الانتباه إلى وجوب تعديل المادة ٦٧ بحيث تتضمن منح المهندس سلطة إحالة المسائل التي تقع خارج دائرة اختصاصه الفني - كالمسائل القانونية - إلى التحكيم مباشرة، دون اشتراط أن يصدر قراراً بشأنها أولاً كما يفهم من الصياغة العامة للنص،^(٥٧) على أن يكون ذلك فقط في الأحوال التي يجد نفسه فيها عاجزاً عن حل الإشكال.

Humphrey Lloyd, 'Revisions to the FIDIC form for Civil Engineering Works: (٥٧) The Point of View of the Engineer', ICLR, 3 (October 1986), 528.

٣ - عدم الخضوع لقرار المهندس:

قد يحدث ألا يستجيب أحد الأطراف لقرار المهندس فيرفض الانصياع له طوعاً (failure to comply with engineer's decision)، الأمر الذي يثور معه التساؤل حول مدى قدرة الطرف الذي صدر القرار لصالحه على تنفيذه. وهذه المشكلة تجد حلها في ظل النظام الأنجلو أمريكي دونما حاجة لأن يتخذ قرار المهندس شكل التصرف القانوني، فالطرف المستفيد منه يملك تنفيذه بسهولة كما لو كان حكماً تحكيمياً، بفضل الإجراءات المختصرة التي تؤكد الطبيعة النهائية للقرارات التعاقدية، وما لها من حجية.^(٥٨)

أما في دول القانون المدني، فيكاد ذلك يكون مستحيلاً، إذ لا يمكن أن يعتبر المهندس هناك - مهما بلغت مكانته المهنية - طرفاً ثالثاً حقيقياً، فأجره مدفوع من قبل المالك الذي هو في الوقت ذاته أحد الأطراف المتنازعة، كما يمكن أن يكون النزاع مرتبطاً ببعض الخدمات التي قدمها المهندس نفسه مسبقاً لتصميم المشروع أو صياغة مستندات العطاء، أو ببعض الخدمات المستمرة كإقرار المواد ومراقبة الأعمال، الأمر الذي لا يمكن معه اعتباره محكماً في دول القانون المدني، وبالنتيجة، فإن قراره لا يكتسب الصفة التحكيمية فلا يكون ملزماً.^(٥٩)

Hans Kristensen, 'FIDIC: Another Engineer's View of Engineer's Role', ICLR, (٥٨) 3 (October 1985), 51.

Ibid., 52.

(٥٩)

القسم الثالث

مجالس تسوية المنازعات كما تنظمها الطبعة الجديدة من عقد الفيديو

المقصود بمجالس تسوية المنازعات (Defining Dispute Adjudication Boards - DABs)

لعل أبرز التعديلات التي تضمنتها الطبعة الجديدة الأخيرة من الكتاب الأحمر (1999) وأكثرها راديكاليةً هو التغيير الذي طرأ على البند ٦٧ الذي استبدل بدور المهندس الاستشاري مجلساً لتسوية المنازعات بوصف ذلك محاولة أخيرة لإيجاد حل ودي للنزاع في إطار أطراف المشروع قبل اللجوء إلى التحكيم. فمع قيام الشكوك حول مدى إمكان تحقق الاستقلالية والحياد المزعومين لمهندس المشروع في أثناء قيامه بدوره الخاص بالفصل في المنازعات التي تثور بين المالك والمقاول (على الرغم من كونه ممثلاً لمصالح الأول)، ومع تزايد حالات رفع المنازعات العقدية إلى التحكيم أو القضاء، ظهرت نتيجة لذلك فكرة "adjudication" حتى تلبي حاجة سوق الإنشاءات إلى وسيلة سريعة، بسيطة وغير مكلفة لحل المنازعات التي تثور في إطار عقود الإنشاءات عموماً، وأعمال الهندسة المدنية خصوصاً. وكانت الأداة التنفيذية التي خرج بها الفيديو لتطبيق مؤسسة "adjudication" القانونية هي ما يعرف بـ "Dispute Adjudication Board - DAB".

إيتيمولوجيا (Etymology) (٦٠):

يصعب، حقيقةً، إيجاد مقابل لغوي عربي منضبطٍ للفظ "adjudication" الذي يتسمى به هذا المجلس. فمصدر هذه الكلمة هو اللاتينية القانونية

(٦٠) الإيتيمولوجيا: علم بسط أصول الألفاظ أو تعليلها.

adjudication من adjudicare بمعنى "لزم" (بتشديد وسط الكلمة).^(٦١) ويترجم اللفظ في المعاجم العربية/الإنجليزية، العامة منها والقانونية، باعتباره مرادفاً لمؤسسة القضاء بالمعنى التقليدي، وهو معنى قاصر عن التعبير عن المفهوم القانوني الدقيق لهذه المؤسسة كما قدمها القانون الإنجليزي.^(٦٢) كما تجدر الإشارة إلى ضرورة عدم فهم هذه التسمية الإنجليزية في ضوء نظيرتها الفرنسية، فعلى الرغم من اتحاد اللفظ فإن المعنى في اللغتين مختلف. فلفظ adjudication بالفرنسية يقتصر معناه - عموماً - على المزايدة، دون المعنى الخاص بالحكم القضائي.^(٦٣) وفي ضوء هذه التعقيدات اللغوية، وباعتبار أن المؤسسة القانونية، أي مؤسسة adjudication، موضوع البحث هي مؤسسة جديدة على الفقه القانوني العربي - على أية حال - ولم يسبق أن جرت محاولات لإيجاد ترجمة قانونية لها، كان من الضروري محاولة الخروج ابتداءً بتسمية تقابل المعنى القانوني الإنجليزي. ولذلك، فلعل أنسب مصطلح لمقابلة اللفظ adjudication هو "الوساطة المرحلية" أو "التوفيق المرحلي"،^(٦٤) وذلك انطلاقاً من الاعتبارات التالية:

- فمن حيث اعتبارها وساطة أو توفيقاً، فإن المهام المنوطة بالمجلس هي، من حيث الطبيعة القانونية، مهام توفيقية.
- ومن حيث اعتباره "مرحلياً"، فذلك لأن المجلس الذي تسند إليه مهام

(٦١) انظر: جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ١٩٩٨)، مجلد II، ص ١٦١٧.

(٦٢) ففاروقي، في معجمه، يترجم لفظ adjudication على أنه حكم المحكمة في مسألة معروضة عليها، كما يورد معنى آخر هو بيع المزداد. انظر: Faruqi, Faruqi's Law Dictionary, p. 22، كما أن البعلبكي يورد المعنى ذاته في قاموسه. انظر: منير البعلبكي، المورد، ط ٣٠ (بيروت: دار العلم للملايين، ١٩٩٦)، ص ٢٢. والمعنى ذاته يرد في القواميس الإنجليزية / الإنجليزية.

(٦٣) Gérard Cornu, Vocabulaire Juridique (Paris: Presses Universitaires de France, 1987).

(٦٤) وهي تسمية مستحدثة من قبل الباحثة.

adjudication يعاصر مرحلة واحدة فقط من مراحل حياة المشروع،^(٦٥) هي مرحلة التنفيذ (execution phase). وبذلك، فإنه يرتبط وجوداً وعدمًا بالمشروع ذاته، فهو قائم مادام المشروع قائماً، وينتهي وجوده بانتهاء المشروع، سواء بإكماله أو بتوقفه لأي سببٍ من الأسباب.

أما فيما يتعلق بتسمية "Dispute Adjudication Board - DAB" المشار إليها، فإن منطق الترجمة السابق يحتم تعريبها إلى "مجلس الوساطة المرحلية للمنازعات" أو "مجلس التوفيق المرحلي للمنازعات"، إلا أن هذه الدراسة سوف تعتمد تسمية "مجلس تسوية المنازعات"، وذلك دفعاً للحرص الناجم عن طول العبارة السابقة، الذي يجعل الإشارة المتكررة إليها أمراً لا يتناسب والاعتبارات العملية من ناحية، ومواكبة لمحاولات التعريب القليلة التي جرت عليها من ناحية أخرى.^(٦٦)

ويذكر أن الأدبيات القانونية الإنجليزية غالباً ما تشير إلى مجالس مشابهة للمجلس المذكور، منها ما يذكر من قبيل المرادفة (كتسمية Dispute Resolution Board)، وآخر يذكر على سبيل المقابلة (كتسمية Dispute Review Board - DRB)، وهو المجلس المنصوص عليه في عقود البنك الدولي (World Bank).

الفلسفة (Philosophy):

تقوم فلسفة التحكيم المرحلي على نظام التدخل المبكر في المنازعات العقدية التي يتعذر على الأطراف التوصل إلى حل بشأنها، عن طريق أداة "موقعية" لحل المنازعات ('job-site' device)، هي الاستعانة بخدمات طرف

(٦٥) تمر دورة حياة المشروع الإنشائي بالمراحل التالية: ١ - مرحلة الإعداد ٢ - (preparation phase)، ٣ - مرحلة البدء (inception phase)، ٤ - مرحلة التنفيذ (execution phase) مرحلة الإكمال/التسليم. (completion / hand-over phase)

(٦٦) راجع، على سبيل المثال، الترجمة العربية لعقد الفيديك التي قامت بها دائرة العطاءات الحكومية في المملكة الأردنية الهاشمية:

< <http://mail.gtd.gov.jo> > (as accessed on 2/2/2005).

ثالث مستقل، محايد ومعاصر لتطور للمشروع، يقوم بتقديم الحلول بصورة سريعة وخلال فترة تنفيذ الأعمال وليس بعد الانتهاء منها. وبذلك، فقد كانت آلية تطبيق هذه الوسيلة هي تشكيل مجلس في بداية حياة المشروع، يتم تشكيله بمعرفة أطراف العقد الإنشائي، ويكلف مهمة العمل على التوصل إلى حلول وقتية (interim solutions) للنزاعات التي تنشب في أثناء فترة تنفيذ الأعمال، وذلك في أقصر فترة ممكنة وبما يحقق صالح المشروع. ويقوم جوهر عمل هذا المجلس على استفادة أعضائه من خبراتهم الشخصية والتخصصية، وقيامهم بإجراءات ذات طبيعة تحقيقية (inquisitorial nature)^(٦٧) حتى قيل إنه - إلى حد ما - يمثل شكلاً بسيطاً من أشكال العملية القضائية ولكن باستخدام المبادئ العامة للعدالة.^(٦٨) والهدف من تشكيل هذا المجلس هو تجنب النزاع قبل نشوبه، مما يعني أن له طبيعة وقائية (pre-emptive nature).

ويتناسب هذا النظام والمشروعات الكبرى ذات الطبيعة الدولية التي يغلب أن تكون الأطراف المتعاقدة فيها من جنسيات مختلفة، إضافة إلى المشروعات المعقدة التي تتداخل فيها عدة عقود مركبة (كمشروعات السكك الحديدية، محطات الطاقة، وسواها).^(٦٩) وعلى الرغم من أن هذا النظام قد بدأ في عقود الإنشاءات، فإنه انتشر منها إلى مجالات أخرى، كالخدمات المالية (financial services)، وعقود الامتياز (concession projects)، وعقود التشغيل والصيانة (operational and maintenance contracts).

التفرقة بين مجلس تسوية المنازعات وغيره من الطرق البديلة لحل المنازعات (Adjudication vis-à-vis ADR):

ظهرت في السنوات الأخيرة عدة محاولات للعمل على استبعاد كل ما من شأنه وصم العلاقة العقدية بين الأطراف بالصفة "العدائية" (adversarial)

Chapman, Disputes Boards.

(٦٧)

Ibid.

(٦٨)

Ibid.

(٦٩)

(character)، التي تقود في الغالب إلى التحكيم أو التقاضي، إذ يتصف كلاهما بالأثر السلبي من حيث التكلفة المالية والزمنية الباهظتين على عقود الإنشاءات. وقد خرج العمل القانوني في سبيل ذلك ببعض المحاولات المحمودة التي تهدف إلى حل المنازعات العقدية بسرعة وبتكلفة أقل، وهي ما يعرف بالطرق البديلة لحل المنازعات (Alternative Dispute Resolution - ADR)^(٧٠) وتسمح هذه الوسائل للأطراف بتصميم البرنامج الأمثل لهم لحل منازعاتهم، عوضاً عن الاضطرار للجوء إلى النظم التقليدية لحل المنازعات. وبذلك، فإن هذه الوسائل هي ذات طبيعة اختيارية للأطراف، توفر لهم مكنة ممارسة خيارات واسعة فيما يتعلق بالجوانب المختلفة لحل المنازعات (تمثيل الأطراف، تغليب الاعتبارات الفنية على نظيرتها القانونية، اتخاذ القرارات، ضغط النفقات، اختصار الإجراءات، تقليص الوقت، تنفيذ القرارات، إلخ). وتستمد هذه الوسائل قوتها القانونية من الإرادة المشتركة للأطراف، باعتبارها لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق عقدي لما اتجهت إليه هذه الإرادة.

وتشمل أبرز هذه الأساليب كلاً من المفاوضة (negotiation)، الوساطة (mediation)، التوفيق (conciliation)، والمشاركة (partnering)، وأخيراً التحكيم المرحلي (adjudication). ومن كل هذه الوسائل التي تمت تجربتها، فإن الأخيرة فقط قد صممت لمواجهة المشكلات بمجرد قيامها، وهي تقوم على إستراتيجية بسيطة مفادها تجنب استفحال المنازعات العقدية ووأدها في مهدها،

(٧٠) الطرق البديلة لتسوية المنازعات (Alternative Dispute Resolution - ADR) هي الوسائل المتبعة لحل المشكلات - ولا سيما العقدية منها - خارج إطار المؤسسات التقليدية، كالقضاء والهيئات الرسمية، وأبرز هذه الوسائل هي المفاوضات (negotiation)، الوساطة (mediation) أو التوفيق (conciliation)، التقييم المحايد (neutral evaluation)، والتحكيم (arbitration)، وهي في طور التجدد المستمر. وعادة ما يلجأ أطراف النزاع إلى هذه الوسائل لمزاياها العديدة بالمقارنة مع الطرق التقليدية، كمرونة إجراءات نظر النزاع، سرعة البت فيه، خفض التكاليف، والمحافظة على اعتبارات السرية والخصوصية.

وذلك من خلال التعامل بشكل فوري مع أي من تعقيدات المشروع التي قد تشكل أرضية محتملة للنزاع. وقد أظهرت هذا الفكرة نجاحاً كبيراً، وعلى الرغم من التشابه بين التحكيم المرحلي وسواه من الوسائل البديلة لتسوية المنازعات من حيث الفلسفة والغرض (جميعها تهدف لوضع حد عادل للنزاع بشكل سريع وبتكلفة أقل)، فإنه يختلف معها من حيث أثر القرار الصادر عنها (أي قوته القانونية):

- فبخلاف التقاضي، فإن التسوية بطريق adjudication ليست منظمة بحكم القواعد القانونية أو التشريع، كما أنها لا تباشر من قبل سلطات الدولة (كالسلطة القضائية). بالإضافة إلى أن القرارات الصادرة عنها ليس ملزمة بشكل فوري.
- بخلاف التحكيم العادي، فإن التسوية بطريق adjudication لا ينظمها قانون، كما أنها لا تخضع لمعاهدات التحكيم الدولية. ناهيك عن أن القرارات الصادرة عنها ليست قابلة للتنفيذ بشكل فوري.
- بخلاف الحال مع الوساطة التي قد يتسع نطاق أعمالها، تكاد التسوية بطريق adjudication أن تختص بالبت في المسائل المتعلقة بالعقود وبالإطار القانوني لتنفيذها.
- يقترب دور القائم بالتسوية بطريق adjudication من دور الخبير الفني، مع شيء من الاختلاف فيما يتعلق بدرجة التخصص، ربما.

الطبيعة القانونية لمجلس تسوية المنازعات (Legal Nature of DAB):

لقد غيرت فكرة التسوية بطريق adjudication، ممثلةً بمجالس تسوية المنازعات (DABs) أو مراجعتها (DRBs)، الشكل التقليدي لحل منازعات عقود الإنشاءات. فهي ليست بالتحكيم ولا بالتقاضي، كما أن أثر القرار الصادر عنها ليس نهائياً وليس قابلاً للتنفيذ بالضرورة. فما التكيف القانوني لها إذا؟

نشير ابتداءً إلى أن التسوية بطريق adjudication هي إحدى الطرق البديلة لحل المنازعات، الأمر الذي يعني غلبة عنصر التوافق الإرادي في تكوينها. فهذا المجلس يقوم من خلال اتفاقين متوازيين:

- الاتفاق الأول: هو العقد الإنشائي ذاته الذي يضمنه طرفا المشروع (المالك والمقاول) بنداً ينص على تشكيل مجلسٍ يتم الاستعانة فيه بخدمات طرفٍ ثالثٍ (شخص واحد أو أكثر)، مستقل ومحايد، للوصول إلى حل للمنازعات التي تنشأ بين الأطراف، على أن يقوم بتقديم الحلول بصورة سريعة وخلال فترة تنفيذ الأعمال وليس بعد الانتهاء منها.

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

وبذلك، فإن هذا المجلس هو مخلوق عقدي، لكونه نتاج الإرادة المشتركة للمالك وللمقاول من جهة، والتقاء إرادة هذين مع إرادة عضو المجلس من جهة أخرى.

ظهور مجالس تسوية المنازعات وتطورها (Advent and Evolution of Dispute Adjudication Boards)

المرحلة الأولى - البدايات (First Phase: The Beginnings):

بدأ ظهور نظام التسوية بطريق adjudication في الولايات المتحدة الأمريكية؛ إذ تحققت أبرز نجاحات هذه التجربة في نطاق مشروعات السدود، إدارة المياه، والأنفاق. ففي ستينيات القرن المنصرم، كان لمشروع سد في واشنطن (Washington) في الولايات المتحدة الأمريكية ما سمي بـ "المجلس الاستشاري المشترك" (Joint Consulting Board)، وقد كان هذا المجلس ذا اختصاصاتٍ فنيةٍ، ويقوم بحل المنازعات في أثناء نشوبها وخلال فترة إنشاء

المشروع وليس عند انتهائها.^(٧١) إلا أن أول مجلس لمراجعة المنازعات (Dispute Review Board - DRB) شكل بصورة رسمية تحت هذا المسمى هو ذاك الذي شكل لمشروع نفق آيزنهاور (Eisenhower Tunnel) في كولورادو (Colorado) في الولايات المتحدة الأمريكية أيضاً. وقد نشبت الكثير من المنازعات في المرحلة الأولى من المشروع، التي امتد العمل فيها إلى الفترة من ١٩٦٨ إلى ١٩٧٤، بصورة أدت معها إلى تحقق خسائر جمة على المستويين المالي والزمني. وتجنباً لتعقيدات المرحلة الأولى، وبناء على دراسة معنونة بـ "Better Contracting for Underground Construction 1974"، تقرر في المرحلة الثانية إنشاء ما سمي بـ "مجلس مراجعة المنازعات" (Dispute Review Board - DRB). وقد أثبت هذا المجلس نجاحاً في عمله، استشف من إتمام المرحلة الثانية دون أية مشكلات.^(٧٢) وقد اقتصر دور مجالس مراجعة المنازعات في هذه المرحلة على مجرد فحص المنازعات وإبداء الرأي الاستشاري فيها دون إصدار أحكام باتة؛ إذ كانت قراراتها بمنزلة "توصيات" (recommendations) لا تتوفر لها صفة الإلزام، وبذلك، فإن الطرف الذي صدر القرار لغير صالحه لم يكن ملزماً بتنفيذ ما ورد فيها. كما أن النزاع كان يمكن رفعه إلى درجة أعلى للتقاضي يمكن من خلالها إصدار حكم ملزم.^(٧٣)

وقد جرى أول تطبيق لهذه المجالس خارج الولايات المتحدة عندما لفت نجاح التجربة الأمريكية انتباه القائمين على البنك الدولي (World Bank). ففي عام ١٩٨٠، قرر البنك تشكيل مجلس لمراجعة المنازعات لعقد إنشاءات كبير في هندوراس (Honduras)، هو مشروع سد الكاهون (El Cajon Dam and

Chapman, Disputes Boards; Gwyn Owen, The Working of the Dispute Adjudication Board (DAB) under New FIDIC 1999 (New Red Book), 2003, online: < <http://www.gwynowen.com/DAB.pdfsearch=new%20fidic> > (as accessed on 6/1/2005 2005); Robert Sliwinski, 'Dispute Resolution Boards', Construction News, Summer 2004.

Sliwinski, 'Dispute Resolution Boards'. (٧٢)

Ibid. (٧٣)

Hydro project). وقد أصر البنك على تشكيل المجلس المذكور، وربط موافقته على تمويل المشروع بتشكيله، مدفوعاً بذلك بالرغبة في تجنب المنازعات الناجمة عن سوء التفاهم بين الأطراف، الذي كانت احتمالات قيامه مرتفعة نظراً للتباين الكبير في خلفياتهم الفنية والثقافية (كان المالك من هندوراس، المقاول من إيطاليا، فيما كان المهندس من سويسرا).^(٧٤) وبذلك، ظهرت مجالس مراجعة المنازعات على المستوى الدولي.

المرحلة الثانية – التطور (Second Phase: Evolution):

في عام ١٩٩٥، أصدر البنك الدولي وثيقته المعنونة Procurement of Works، التي تضمنت، لأول مرة، توصيةً بتشكيل مجالس لمراجعة المنازعات في المشاريع الإنشائية التي يمولها البنك، إلا أنه اكتفى بأن يكون هذا المجلس مكوناً من خبير واحد فقط (individual adjudicator). وفي عام ١٩٩٥، اتبع الفيديك خطى البنك بصورة تجريبية محدودة، بأن أصدر تعديلاً (amendment) على نموذج العقد المسمى Design and Build Contract قدم خلاله فكرة مجلس تسوية المنازعات (Dispute Adjudication Board - DAB)، الذي يختلف عن مجلس مراجعة المنازعات من حيث كون الأول يصدر أحكاماً ذات صفة ملزمة بشكل مؤقت (temporarily binding decisions)، كما هو الحال مع أحكام adjudication الوطنية الصادرة في المملكة المتحدة. وفي عام ١٩٩٩، أدخل الفيديك هذا التعديل على جميع نماذجه العقدية. كما أن البنك الآسيوي للتنمية (Asian Development Bank) تبنى هذه الفكرة كذلك.^(٧٥)

Chapman, Disputes Boards; Sliwinski, 'Dispute Resolution Boards'. (٧٤)

Sliwinski, 'Dispute Resolution Boards'; Chapman, Disputes Boards.; Australasian Chapter of the Dispute Resolution Board Foundation, Dispute Resolution Boards. (٧٥)

لقد شد نجاح هذه التجارب الانتباه، حتى إن المملكة المتحدة قد أصدرت قانوناً خاصاً بتسوية المنازعات بطريق adjudication في عقود البناء والإنشاء هو "The Adjudication Act 1996" ^(٧٦) وينص هذا القانون على وجوب أن تتضمن جميع عقود الإنشاءات المنفذة في المملكة المتحدة بنوداً تقرر تشكيل مجالس لتسوية المنازعات، وهو ما يعرف بـ adjudication clauses. وقد تبين للقائمين على صناعة الإنشاءات هناك أن المشروعات الكبيرة يفضل لها أن تتضمن مجلساً مكوناً من عدة أشخاص عوضاً عن مجلس مكون من فرد واحد فقط.

وفي عام ٢٠٠٠، عدل البنك الدولي في إجراءات DRB الخاصة به، بحيث أصبحت قرارات مجلس مراجعة المنازعات توصيات ذات طبيعة ملزمة بصورة مؤقتة، إدراكاً منه لأثر اضمحلال السلطة التحكيمية للمهندس على سير المنازعات العقدية ^(٧٧).

أعضاء مجلس تسوية المنازعات (DAB Panel Members):

الاشتراطات المطلوبة في أعضاء مجلس تسوية المنازعات (Formal Qualifications Required for DAB Members):

عادة ما يكون مجلس تسوية المنازعات مكوناً من ثلاثة أشخاص، إلا أن هذا العدد ليس ملزماً للأطراف. ففي العقود الصغيرة والمتوسطة القيمة التي لا تحتل ميزانيتها التكلفة الناجمة عن الاستعانة بمجلس مكون من ثلاثة أعضاء، يمكن أن يأخذ هذا المجلس شكل هيئة مكونة من شخص واحد فقط (one-man board)، وهو أمر تشجعه الشروط العقدية لكل من الفيديك والبنك الدولي، ^(٧٨)

^(٧٦) Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996. المسمى الكامل لهذا القانون هو: <http://www.hmsso.gov.uk/acts/acts1996/1996053.htm> < > راجع: نصوص القانون،

^(٧٧) Sliwinski, 'Dispute Resolution Boards'.

^(٧٨) Langer von Holger, International Construction Contracts and Arbitration, 2000, online: < <http://www.ganzrecht.de/stlehre/Ausland/constr05.htm#aicdpc> > (as accessed on 7/12/2004 2004).

بل قد يكون هذا الشخص هو مهندس المشروع ذاته!^(٧٩) إلا أن المشروعات الضخمة والمكونة من مجموعة من العقود المتداخلة قد تقتضي أن يكون تشكيل المجلس مكوناً من أكثر من ثلاثة أعضاء (خمسة، على سبيل المثال). أياً ما كان عددهم، فإن أعضاء المجلس ينبغي أن تتوفر فيهم الاشتراطات التالية:

١ - الخبرة (Expertise):

في عقود الإنشاءات، تكون أغلب المنازعات التي تعرض على المجلس ذات طبيعة فنية. ولذلك، ينبغي أن يكون عضو المجلس على قدر معتبر من الخبرة في أعمال المشروع موضوع عمل المجلس. فعدم إلمامه الكافي بالجوانب الفنية للمشروع سوف يتعذر عليه معه تقويم موضوع المنازعة المطروحة، ومن ثم لن تكون له مشاركة مفيدة في أعمال المجلس. بالإضافة إلى ذلك، يجب أن يكون العضو متمكناً إلى حد مقبول بشؤون إدارة العقد (contract administration) وعلى قدرة معقولة فيما يتعلق بتفسير البنود العقدية من الناحية القانونية.^(٨٠) وعلى وجه العموم، يفضل غالباً أن يكون الأعضاء الثلاثة من خلفيات تخصصية مختلفة، فمصنع للمنتجات الهيدروليكية - على سبيل المثال - سوف تجمع أعمال الإنشاء فيه بين أعمال الهندسة المدنية (civil engineering works) والأعمال الميكانيكية والإلكترونية (mechanical / electronic works)، مما يعني ضرورة تشكيل مجلس يضطلع بمجموع أعضائه بهذه المشارب العلمية. وعلى أية حال، تظهر التجربة حتى الآن أن المهندسين ذوي الخلفية التحكيمية هم أفضل من يمكن ترشيحه لشغل دور الأعضاء في مثل هذه المجالس، على أن يكون رئيس المجلس ذا خبرة قانونية معتبرة.^(٨١)

(٧٩) مع ما في هذه المفارقة من إهدار واضح للغرض الأساسي من النص على تشكيل مجلس لتسوية المنازعات.

Chapman, Disputes Boards.

(٨٠)

Philip Harvey, 'Adjudication under FIDIC', Trett Digest, no. 24 (Summer 2001).

(٨١)

٢ - الاستقلال (Independence):

إن ترشيح عضو المجلس من قبل طرف ما من الأطراف العقدية (المالك أو المقاول) لا يعني كونه ممثلاً لمصالح هذا الأخير، بل عليه تحري صالح المشروع كله بحياد كامل، وليس خدمة أي من الأطراف دون سواه. فكون عضو ما محسوباً على أحد أطراف العقد سوف يؤدي إلى تعقيدات جمّة من حيث عدم احترام القرارات التي يشارك في إصدارها ومن ثم صعوبة تطبيق هذه القرارات. ولذلك، يشترط أن يكون استقلال العضو عن أطراف العقد كاملاً، بل إنه عادةً ما يطلب منه توقيع تعهد يؤكد هذا الاستقلال (statement of independence)^(٨٢)

٣ - الحياد (Impartiality):

لعل صفة الحياد هي إحدى أهم الصفات التي ينبغي تحريها في عضو المجلس. فوجود عضو يرتبط بصفة مصلحة مع أحد الأطراف (سواء كان ارتباطاً شخصياً أو وظيفياً) هو أمر يبعث على الشك في مصداقية قرارات المجلس. ولذلك، يتفق كثيراً أن تنص اتفاقية تعيين العضو (terms of appointment) على عدم جواز تعيين أي عضو كان قد سبق له العمل لمصلحة أي من الأطراف في عقود سابقة.

٤ - القدرات اللغوية (Language Capability):

يجب أن يكون العضو على إلمام كافٍ باللغة التي صيغ فيها العقد.^(٨٣) وعلى أية حال، فإن الفيديك يعتبر اللغة الإنجليزية هي اللغة الرسمية للعقد، ما لم يتم الاتفاق على غيرها.^(٨٤)

وفي العقود ذات الصبغة الدولية (أي تلك التي تتباين فيها جنسيات الأطراف أو مواطنهم، أو التي يعمل فيها الأطراف خارج دولهم)، من المتوقع أن

Chapman, Disputes Boards.

(٨٢)

(٨٣) عادةً ما تحدد هذه اللغة في ملحق العقد.

Owen, 'The Working of the Dispute Adjudication Board'.

(٨٤)

يكون الأعضاء من جنسيات مختلفة، ومن المعتاد في تلك الأحوال أن تتم ترجمة جميع أدبيات العقد إلى لغة كل من الأعضاء إذا لم يكونوا يتكلمون لغةً مشتركةً،^(٨٥) ويمكن تخيل مدى صعوبات التفاهم والاتصال التي تثيرها مثل تلك الأحوال. وبالعمل، فإن التثبت من أن الإجراءات مفهومة بالكامل من قبل جميع الأطراف، ممثليهم، إضافة إلى كل عضو من أعضائه لهو أمر يتطلب الكثير من الصبر من طرف المجلس.^(٨٦)

ترشيح أعضاء مجلس تسوية المنازعات (DAB Panel Nomination):

لأطراف العقد دور إيجابي كبير في اختيار أعضاء مجلس تسوية المنازعات.^(٨٧) ويجب الاهتمام باختيار الأعضاء بعناية فائقة، نظراً لأن نجاح المجلس يعتمد على الثقة التي يوليها الأطراف لخبرة الأعضاء، ولا سيما خبرة رئيس المجلس (chairman)، الذي يتوقع منه إدارة الجلسات بشكل عادل وحازم. فللرئيس دور كبير في نجاح أعمال المجلس. فعليه ترؤس جميع الجلسات، محدداً الموضوعات التي يجب أن تولي أهمية على ما عداها خلال الوقت المحدود الذي يتاح للمجلس أن ينعقد فيه بحضور جميع الأطراف. وخلال مشاورات المجلس، عليه أن يسعى بجد لتحقيق الإجماع بين الأعضاء.

وتشكيل المجلس منصوص عليه في البند ٢٠ من عقد الفيديو. وتكون إجراءات ترشيح الأعضاء فيه على الوجه الآتي:^(٨٨)

(٨٥) إن المقصود بـ "أدبيات العقد" لا يقتصر على نصوصه وحدها، وإنما يتجاوز ذلك إلى جميع ما تعلق به من المستندات ذات العلاقة، ومنها: المخاطبات بين الأطراف، مذكرات المنازعات العقدية، القوانين واللوائح المنظمة للمشروع الإنشائي (كتلك المتعلقة بالاشتراطات البلدية أو البيئية على سبيل المثال)، وعداها.

(٨٦) Chapman, Disputes Boards.

(٨٧) وتنص بعض العقود على أن تخلف أحد الأطراف عن التزامه المساهمة بتشكيل المجلس هو خرق للعقد يخول الطرف الآخر طلب تشكيل هذا المجلس بشكل مؤسسي.

(٨٨) Australasian Chapter of the Dispute Resolution Board Foundation, Dispute Resolution Boards.

١ - يرشح كل طرف من أطراف العقد أحد الخبراء ليكون عضواً في المجلس، ويطلب من الطرف الآخر إقرار هذا الترشيح (كما أن له حق الاعتراض على شخص المرشح، وذلك فيما يعرف بـ right of objection).

٢ - بعد ترشيحهما، يقوم العضوان المختاران باختيار عضوٍ ثالثٍ يكون رئيساً للمجلس، شريطة أن يقر أطراف العقد هذا الاختيار.

٣ - يشترط أن يكون جميع الأعضاء من ذوي الخبرة والاحترام المهني، كما يجب أن يقرروا بعدم وجود أي علاقةٍ لهم بأطراف العقد.

٤ - يوقع الأعضاء اتفاقية تنص على التزامهم خدمة مصالح أطراف العقد على حد سواء، وعلى حقهم في بدل أتعاب نظير خدماتهم، إضافة إلى تعويضهم عن أية تعويضات يتكبدونها لانشغال مسؤولياتهم في معرض تنفيذهم لمهامهم الخاصة بأعمال المجلس.

ويمكن للفيديك، إذا ما طلب منه الأطراف ذلك، أن يقوم بترشيح بعض منتسبيه لعضوية مجلس تسوية المنازعات الخاص بالمشروع. إلا أن دوره لا يتعدى ذلك، فلا ينظم عمل هذا المجلس.^(٨٩) ويقوم الفيديك بتنظيم دوراتٍ تدريبيةٍ لأعضاء مجالس تسوية المنازعات أو الراغبين في العضوية، ويصدر قوائم دوريةً بأسماء المؤهلين منهم. كما أن منظمات دولية أخرى تصدر مثل تلك القوائم. والاشتراطات المطلوبة في هؤلاء عادةً هي:^(٩٠)

- العضوية في المنظمة المعنية.
- الدرجة العلمية / الخبرة المهنية المناسبة.
- خبرة لا تقل مدتها عن عشر سنوات في منصب متقدم.
- خبرة في التعامل مع المستندات العقدية.

Owen, 'The Working of the Dispute Adjudication Board'.

(٨٩)

Ibid.

(٩٠)

– تدريب متخصص في مجال تسوية المنازعات.

– الموضوعية والحياد.

– قدرات اتصال اجتماعي جيدة.

أتعاب (مكافآت) أعضاء مجلس تسوية المنازعات ومصرفاتهم (DAB)

:Members' Remuneration

يتم الاستعانة بخدمات أعضاء مجلس تسوية المنازعات بموجب عقد ثلاثي الأطراف (tripartite agreement)، يبرم بين طرفي عقد الإنشاءات من جهة (المالك والمقاول)، وبين كل عضو من الأعضاء من جهة أخرى. ويبين هذا العقد قيمة أجور العضو، مكوناتها، أسلوب دفعها، وما عدا ذلك من تفاصيل. وعادة ما تتكون مفردات هذه الأتعاب من:^(٩١)

– الأجرور (retainer fee).

– الأتعاب اليومية (daily fee).

– النفقات (expenses).

والدارج عملاً أن ينص العقد على أن يتقاسم المالك والمقاول أجور أعضاء المجلس ومصرفاتهم مناصفةً، حيث تقسم التكاليف هنا على كل من الطرفين بنسبة ٥٠٪، ومع ذلك، فكثيراً ما يتفق أن تقع جميع تلك النفقات على عاتق المالك، عدا المرحلة التي يكون فيها النزاع معروضاً على المجلس فعلاً،^(٩٢) حيث يسأل وقتها كل طرفٍ من أطراف العقد على وجه التضامن عن دفع أتعاب أعضاء المجلس ومصرفاتهم. وفي حالة إخلال الأطراف بالتزامهم دفع أتعاب العضو خلال ٧٠ يوماً من تقديمه لقائمة المبالغ المستحقة له، يكون للعضو

Ibid.

(٩١)

(٩٢) Australasian Chapter of the Dispute Resolution Board Foundation, Dispute Resolution Boards.

الحق في التوقف عن تقديم خدماته للأطراف دون إخطار، أو أن يعفي نفسه من مهامه مع إخطار الأطراف بذلك. كما يمكن للعضو القيام بهذين الأمرين معاً.^(٩٣)

إخلال عضو مجلس تسوية المنازعات بالتزاماته (Default of DAB Member):

عادة ما تنص اتفاقية تعيين العضو (terms of appointment) على أن إخلال العضو بواجباته يترتب عدم استحقاقه للأتعاب والمصروفات المقررة له. بل إنها قد تتضمن بنداً يقرر التزامه تجاه الأطراف بتعويضهم عن أية أتعاب وتكاليف تكبدوها لأعضاء المجلس الآخرين إذا كان من شأن إخلاله أن يجعل الإجراءات التي قام بها هؤلاء أو القرارات التي أصدرها باطلة أو غير ذات جدوى للمشروع. إلا أن هذا البند يشمل الخروقات المعتبرة فقط (سوء النية / الخطأ الجسيم)، دون تلك التافهة أو البسيطة.

ومن الأهمية بمكان الانتباه إلى أن شرط الحياد (impartiality) هو أهم المواصفات التي يجب أن يتسم بها العضو. فإذا تبين أن أحد الأعضاء يميل - بشكل غير موضوعي - إلى مصلحة الطرف الذي رشحه، بصورة يرفض معها التواصل مع باقي الأعضاء إلى قرار بالإجماع ضد مصلحة الطرف المذكور، فإن ذلك مما يمكن أن يفسر على محمل سوء النية (mala fide)، مما يفقد هذا العضو حصانته العقدية، ويجعله في موضع المخل بالتزامه.^(٩٤)

وأخيراً، على الأعضاء أن يتذكروا دائماً أنهم ليسوا مستشارين للأطراف، مما يعني وجوب امتناعهم عن محاولة إعادة تصميم الأعمال أو إسداء النصائح الفنية للمقاول حول كيفية تنفيذ الأعمال.^(٩٥)

Owen, 'The Working of the Dispute Adjudication Board'. (٩٣)

Ibid. (٩٤)

Chapman, Disputes Boards. (٩٥)

انتهاء العضوية في مجلس تسوية المنازعات (Termination of DAB Membership)

بخلاف الحال مع القضاة والمحكمين في التحكيم التقليدي الذين ينتهي دورهم بمجرد إصدار الحكم أو القرار في موضوع المنازعة، فإن أعضاء مجلس تسوية المنازعات يظلون على رأس عملهم لحين انتهاء المشروع باكمال الأعمال الإنشائية أو بإنهائه. ولا يتم إنهاء عضوية العضو أو المجلس إلا بصورة مسببة (for cause) وباتفاق طرفي المشروع، المالك والمقاول.^(٩٦)

آلية عمل مجلس تسوية المنازعات (DAB Mechanism):

توقيت تشكيل مجلس تسوية المنازعات (Timing of DAB Set Up):

ينص الكتاب الأحمر للفيديك على تشكيل مجلس تسوية المنازعات (DAB) عند إرساء العقد،^(٩٧) فطبيعة دور المجلس الفنية/القانونية تحتم تشكيله في الفترة الأولى من حياة المشروع، وأن يستمر وجوده إلى نهاية تنفيذه.^(٩٨) وذلك للاعتبارات التالية:

- ١ - يرتبط دور المجلس بالمنازعات الموقعية (in-site disputes). لذلك فلا تتصور الحاجة لتشكيله إلا قبيل الشروع في الأعمال الإنشائية فعلاً.
- ٢ - عادةً ما تسود أجواء "السلام" الفترة الأولى من حياة المشروع، حيث لم يتح لنقاط الاختلاف أن تثور بين الأطراف بعد. وبذلك، فإنها أنسب الفترات التي يمكن لهم فيها الاتفاق على أشخاص الأعضاء المطلوب تعيينهم في المجلس من دون خلافٍ يذكر.

Ibid.

(٩٦)

(٩٧) أما الكتاب الفضي فينص على تشكيل المجلس عند نشوب النزاع.

(٩٨) وعلى أية حال، فيمكن للأطراف الاتفاق حول ما إذا كانوا يرغبون بأن يكون المجلس دائماً (standing board) أو أن ينشأ بغرض حل كل منازعة على حدة (ad hoc board).

٣ - إن التعيين المبكر لأعضاء المجلس يعني صيرورتهم جزءاً من نسيج المشروع؛ الأمر الذي يخولهم الوجود في الصورة العقدية منذ بدايتها. ويسمح لهم ذلك بتكوين صورة كاملة عن المشروع، مما يسهل لهم تعرف المشكلة بمجرد قيامها، ومن ثم القدرة على أخذ قرار سريع بشأنها، لمعرفة الحقيقة بتطوراتها.

٤ - لعل أهم دور للمجلس هو دوره غير الرسمي في حل المنازعات في مرحلة ما قبل عرض النزاع رسمياً عليه، حيث يتدخل الأعضاء بإبداء آرائهم ونصائحهم للأطراف بشكل يلطف الأجواء ويعطي الأطراف تصوراً مسبقاً عما سيؤول إليه النزاع في حال عرضه على المجلس.^(٩٩)

٥ - إن القضاة والمحكمين (الذين يفترض بهم عادةً تكوين قناعات حول موقف قام منذ فترة ماضية) يعرفون مدى صعوبة أخذ قرار بصدد منازعة متعلقة بمشروع ما بعد تمام تنفيذه؛ إذ يطلب منهم تصور الظروف الواقعية المحيطة بالمنازعة من خلال مجرد الاستماع لإفادات متناقضة والاطلاع على مستندات متفرقة^(١٠٠). إلا أن هذه المشكلة لا تواجه أعضاء المجلس المذكور، وذلك بسبب من اتصالهم المستمر بأطراف العقد (المالك والمقاول)، إضافة إلى زياراتهم الدورية المتكررة للموقع، التي تتيح لهم تعرف ظروف التنفيذ الفنية والمادية السائدة في الموقع وقت التنفيذ. الأمر الذي تنتفي معه الحاجة لتجميع الأدلة وغيرها من الوسائل اللازمة لإعادة تشكيل الظروف التاريخية والواقعية للحدث موضوع النزاع.^(١٠١)

ويلاحظ أن تشكيل المجلس هو من الأهمية بمكان حتى إن تمويل المشروع يمكن أن يرتبط به وجوداً أو عدماً (كما هو الحال مع مشروعات البنك

^(٩٩) Harvey, 'Adjudication under FIDIC'.

^(١٠٠) والحقيقة أن هذه الوسائل (ولا سيما المراسلات والصور الفوتوغرافية) عادة ما تكون مضللة وغير دقيقة، خصوصاً إذا تعلق الموضوع بادعاءات بتأخير الأعمال أو تعطيل انتظام سيرها.

^(١٠١) Chapman, Disputes Boards.

الدولي التي يربط تدفق تمويله فيها بتشكيل المجلس وبدئه في زيارته المنتظمة للموقع)، الأمر الذي يعني ضرورة تشكيل المجلس في المراحل الأولى للمشروع.

إجراءات إحالة المنازعة إلى مجلس تسوية المنازعات (Procedure through which Disputes Reach DAB)

تستوجب فلسفة التسوية بطريق adjudication تسهيل مكنة إحالة النزاع إلى المجلس بصورة سريعة، بواسطة إجراءات عادلة وفعالة. من هذا المنطلق، فإن جميع شروط الفيديك العقدية (وإن كان الكتاب الأخضر يقدمها بشكل أكثر بساطة) تنص في البند ٢٠ منها على إجراء مشترك لحل المنازعات العقدية، هو على الوجه الآتي: (١٠٢)

١ - يرسل المقاول إخطاراً للمهندس بالمطالبة (Notice of Claim) بشأن أي أحداثٍ أو ظروفٍ يعتقد المقاول أنها تخوله تمديداً في زمن التنفيذ (extension of time) أو تؤدي لاستحقاقه دفعات مالية إضافية (additional payment)، وذلك خلال ٢٨ يوماً من تاريخ علم المقاول، أو وجوب علمه، بهذه الأحداث أو الظروف. والأمر يسري كذلك بالنسبة لمطالبات المالك (كتمديد مدة الصيانة).

٢ - يرسل المقاول إلى المهندس التفاصيل الكاملة للمطالبة خلال (٤٢) يوماً من تاريخ علمه بالواقعة أو بالظرف الذي أدى إلى تكون المطالبة (أو من التاريخ الذي كان مفروضاً فيه أن يكون قد علم بها)، أو خلال أية فترة أخرى يقترحها المقاول ويوافق عليها المهندس.

٣ - يتعين على المهندس، خلال (٤٢) يوماً من تاريخ تسلمه للمطالبة، أو خلال أي فترةٍ يقترحها المهندس ويوافق عليها المقاول، أن يقوّم المطالبة ويرد

(١٠٢) لمخطط هيكلي يبين تسلسل هذه الإجراءات، انظر القسم الخاص بالملاحق من هذه الدراسة.

عليها إما بالموافقة، أو بالرفض مع بيان تعليقاته مفصلةً عليها. وللمهندس أن يطلب أية تفاصيل أخرى ضرورية. وعلى الرغم من ذلك، فإنه يعتبر ملزماً بتقديم رده على أسس المطالبة خلال تلك الفترة.

٤ - عندما يتعذر الوصول إلى حل للمنازعة على الرغم من المفاوضات، يمكن لأي من الأطراف إحالة النزاع إلى مجلس تسوية المنازعات، عن طريق إخطار يتضمن تفاصيل النزاع ترسل نسخة منه لكل من الطرف الآخر والمجلس، يقوم بعدها كل من الطرفين بإعداد مذكرات بموقفه وأدلته.^(١٠٣) فإذا كان الطرفان لم يشكلوا مجلساً لمشروعهما بعد، فإنه يجب تشكيل المجلس خلال ٢٨ يوماً من تاريخ قرار إحالة النزاع للمجلس.

٥ - يتخذ المجلس قراره بشأن موضوع المنازعة خلال مدة لا تتجاوز ٨٤ يوماً من تاريخ تسلمه إخطار إحالة المنازعة إليه، أو خلال أية فترة أخرى يقترحها المجلس ويوافق عليها الطرفان. ويشترط في هذا القرار أن يكون مسبباً.

٦ - يكون قرار المجلس نهائياً وملزماً للأطراف، إلا إذا قام أحدهم بتقديم إخطار إلى الطرف الآخر يقرر فيه عدم ارتضائه لقرار المجلس، وذلك خلال ٢٨ يوماً من تاريخ تسلم هذا القرار. ويشترط أن تنتقضي فترة ٥٦ يوماً على إرسال إخطار عدم الرضا بقرار المجلس قبل أن يكون لأي من الأطراف رفع هذا القرار إلى التحكيم (و هي فترة تمنح للأطراف لإعطائهم فرصة لـ "تقبل" القرار والتعايش معه cooling off period، كما يمكن أن يتم خلالها بذل المساعي للتسوية الودية amicable settlement). ويمكن بعد ذلك إحالة هذا القرار إلى التحكيم بموجب قواعد ICC.

إن البساطة النسبية التي تتصف بها إجراءات الإحالة إلى مجلس تسوية المنازعات تهدف إلى تحقيق الاستفادة القصوى من نظام التسوية بطريق adjudication، إذ لا شك أن فرض خطوات كثيرة ومعقدة قبل الإحالة إلى المجلس وبعدها من شأنه أن يجهض فرص نجاح عمل هذه المؤسسة.

Owen, 'The Working of the Dispute Adjudication Board'.

(١٠٣)

سلطات مجلس تسوية المنازعات (DAB's Powers):

- إن الدور المنوط بمجلس تسوية المنازعات يخوله السلطات التالية:
 - اتخاذ الإجراءات الاعتيادية اللازمة لتبين حقائق المنازعة (كمراجعة قرارات المهندس، فحص الأعمال، إلخ).
 - البت في مسائل الاختصاص القانوني (كتحديد مدى صلاحيته في نظر المنازعات المعروضة عليه).
 - التحقيق في المشكلات المعروضة (القيام بجولات موقعية، استدعاء الشهود، مراجعة المستندات، إلخ).
 - مباشرة الإجراءات اللازمة، ولو بغياب أحد أطراف المنازعة (ex parte).
- وتجدر الإشارة إلى أن المنازعات في العقود الإنشائية غالباً ما تنشأ على مستوى مقاولات الباطن. ولذلك، فحتى يكون وجود المجلس مجدياً لا بد من أن يتضمن عقد المالك مع المقاول الأصلي بنداً يخول المجلس سلطة نظر جميع المنازعات، بما فيها تلك التي يكون مصدرها المستويات الدنيا من الهرمية العقدية، كأعمال مقاولي الباطن. وبطبيعة الحال، فإن مثل تلك الترتيبات لا بد أن يخطر بها مقاولي الباطن منذ بداية انضمامهم للمشروع.

واجبات مجلس تسوية المنازعات (DAB's Duties):

للمجلس عدة وظائف أساسية هي:

١ - تعرف المشروع (Familiarity with Project):

على الأطراف (المالك والمقاول) إحاطة أعضاء المجلس بتطورات المشروع بشكل منتظم ومستمر، من خلال تزويدهم بتقارير دورية حول سير العمل بالمشروع وتطوره. ومن الأهمية بمكان أن يقوم الأعضاء بقراءة هذه التقارير فعلاً والاحتفاظ بها نظراً لأهميتها المرجعية التي تظهر عند نشوب المنازعات.^(١٠٤)

٢ - الوجود (Availability):

على أعضاء المجلس أن يكونوا موجودين بشكل مستمر ورهن الطلب؛ بحيث يستطيعون قراءة المستندات، حضور الاجتماعات، وتحضير القرارات، فالاستعداد "للوجود" (availability) هي من أهم الاشتراطات المطلوبة، وهي التي تسوغ الأتعاب التي يتقاضاها الأعضاء. وعادة ما تنص الاتفاقية مع عضو المجلس على فترة إخطار يلتزم بعدها العضو بحضور الاجتماعات. ولذلك، فعلى الأعضاء عدم قبول دعوة الانخراط في عضوية المجلس إلا إذا كان بإمكانهم فعلاً الحضور بمجرد إخطارهم بمدة معقولة.^(١٠٥)

٣ - القيام بجولات تفقدية للمشروع (Regular Site Visits):

يقوم أعضاء المجلس بجولات تفقدية للمشروع بشكل منتظم للاطلاع على سير العمل فيه، ولمقابلة ممثلي الأطراف وتعرف انطباعاتهم. وهذه الزيارات الروتينية للموقع تعتبر من أهم مهام الأعضاء، فمن خلالها يتم تعرف المشكلات التي قد تكون نواة للمنازعات في أوائل مراحل ظهورها، فيتم حلها في مهدها دون السماح لها بأن تتطور أو تتعاضم، فتظهر في مرحلة متقدمة من المشروع كمنازعة مزعجة للأطراف.^(١٠٦)

وخلال هذه الزيارات، يتم بذل جميع الجهود لتشجيع الأطراف على حل خلافاتهم "موقعياً" (in situ). وتساعد هذه الاجتماعات غير الرسمية على خلق بيئة إيجابية من الاحترام والثقة بين الأطراف وبعضهم من جهة، وبين الأطراف والمجلس من جهة أخرى.

أما فيما يتعلق بوتيرة الزيارات التفقدية للموقع، فذلك أمر يعتمد على طبيعة المشروع، والأعمال الجاري تنفيذها، وعدد المنازعات المثارة أو نوعها. ففي المشروعات ذات الطبيعة الإنشائية المعقدة، أو في تلك التي تكون فيها

Ibid.

(١٠٥)

Ibid.

(١٠٦)

جودة التربة محل شك، أو في المشروعات التي تسير فيها الأعمال ببطء ملحوظ يجب أن تكون الزيارات متقاربة، كأن تنظم زيارة واحدة كل ثلاثة أشهر على سبيل المثال. ويمكن بعد ذلك المباشرة بين أوقات تلك الزيارات بحيث تكون مرة كل ستة أشهر أو أكثر، بحسب تطور المشروع.^(١٠٧)

٤ - عقد جلسات الاستماع (Hearing of Disputes):

على هامش الزيارات الموقعية، يمكن لأعضاء المجلس عقد جلسات اجتماع مع أطراف المشروع (العاقدين)، يقومون خلالها بطرح أسئلتهم على الأطراف أو طلب المعلومات اللازمة من أي منهم. وغالباً ما تبرهن هذه الجلسات على فوائد جمّة من حيث إتاحتها لفرص الاتصال المباشر بين الأطراف، وهو أمر كثيراً ما يؤدي إلى إيجاد فرص للتفاهم حول المشكلة موضوع الاختلاف^(١٠٨). وعادة ما تعقد جلسة الاستماع إلى الأطراف بعيد انتهاء الزيارة الموقعية. ومن المفيد للأعضاء إعداد تقرير حول انطباعاتهم إثر كل زيارة دورية للموقع، بحيث يتضمن هذا التقرير تفاصيل الزيارة واقتراحاتهم حول أنسب الحلول لتسوية المشكلات موضوع النزاع.

٥ - التدخلات غير الرسمية (Informal Interventions):

تقرر بعض نماذج الفيديك العقدية عدم انعقاد اختصاص مجلس تسوية المنازعات إلا بعد نشوب النزاع فعلاً. وعلى الرغم من أن ذلك يعني منع المجلس من البت في المشكلة إلا بعد أن تتطور إلى منازعة بالفعل، فإن المجلس يملك التدخل بصورة غير رسمية وذلك من خلال استغلال الزيارات الموقعية للتقريب بين وجهات النظر المتباينة للأطراف. وجدير بالذكر أن مثل هذه الممارسات تستوجب التآني والحذر من قبل أعضاء المجلس؛ إذ ينبغي عليهم الانتباه إلى ضرورة اقتصار جهودهم في هذا المرحلة على بذل المساعي

Ibid.

(١٠٧)

Ibid.

(١٠٨)

الحميدة دون إبداء آراء قاطعة في موضوع الخلاف الذي قد يتطور إلى منازعة تعرض عليهم بصورة رسمية في مرحلة متقدمة.

انتهاء مهام مجلس تسوية المنازعات (Termination of DAB):

من حيث الأصل، فإن الغرض من تشكيل مجلس تسوية المنازعات هو أن يضطلع بمهامه ما دام المشروع مستمراً، الأمر الذي يعني أن هذا المجلس يظل قائماً طوال الفترة الإنشائية للمشروع. إلا أنه يمكن إنهاء عضوية أي من أعضاء المجلس برغبة مشتركة من أطراف المشروع: المالك والمقاول. ويجب إخطار العضو الذي تم إنهاء خدماته بذلك خلال ٤٢ يوماً من إعفائه. كما يمكن للعضو الاستقالة من عضوية المجلس بإخطار الأطراف بقراره هذا قبل ٧٠ يوماً من تنفيذه. ومن جهة أخرى، فإن إخلال العضو بأي من واجباته المنصوص عليها في عقده مع الأطراف يترتب عليه حقهم في إنهاء خدماته فوراً. وبالمقابل، فإن إخلال أي من الأطراف، سواء المالك أو المقاول، بأي من واجباته المنصوص عليها في العقد المذكور يترتب عليه حق العضو في تقديم استقالته الفورية من المجلس، مع إخطارهم بذلك.^(١٠٩)

تكاليف عمليات مجلس تسوية المنازعات (DAB Process Cost):

لعل واحداً من أبرز العوامل المحفزة على اللجوء إلى نظام التسوية بطريق adjudication هو حقيقة أن النفقات التي تتطلبها إجراءات التحكيم التقليدي أو التقاضي (كإدارة القضية، تحضير المستندات، جمع الأدلة، مرور الوقت، تكليف الممثلين القانونيين) هي نفقات باهظة، ويندر عادةً أن تسترد بالكامل، حتى بالنسبة للطرف الذي يصدر قرار التحكيم أو حكم المحكمة لصالحه.

وبالمقابل، فإن مقارنة تكلفة مجلس تسوية المنازعات بسواه من أساليب تسوية المنازعات تظهر الجدوى الاقتصادية له؛ إذ يراوح متوسط التكلفة التقديرية للمجلس المكون من ثلاثة أعضاء من 0.05% إلى 0.03% من التكلفة الإجمالية للمشروع، وبذلك، فإن المشروع الذي تبلغ تكلفته £100,000,000

Owen, 'The Working of the Dispute Adjudication Board'.

مليون جنيه إسترليني لن تتجاوز تكلفة المجلس فيه £50,000 مليون جنيه إسترليني، وهي تكلفة يتقاسمها الأطراف على أية حال. ومن المثير للاهتمام أن التكلفة المقدرة لإحالة نزاع مشابه إلى التحكيم هي ثلاثة أضعاف ما يتكلفه قيام المجلس^(١١٠)!

وفي مشاريع الأشغال العامة تحديداً، فقد لوحظ أن تضمين الشروط العامة للعقد بنداً يقرر إنشاء مجلس لنظر المنازعات هو أمر كان له أثر ملحوظ في انخفاض مبالغ العطاءات التي تقدم بها المقاولون، وذلك لثقتهم في دور هذا المجلس وأثره على تقليص نقاط الاختلاف ومن ثم النزاع مع المالك، الأمر الذي لا يضطرون معه إلى المبالغة في مبلغ العطاء خوفاً من سوء تقدير مهندس المشروع أو جوره في معرض ممارسته للمهام شبه التحكيمية التي كانت توكل إليه في الطبقات السابقة من عقد الفيديك^(١١١). أما في المشروعات الصغيرة، فإن مجلساً مشكلاً من شخص واحد فقط هو الأنسب بطبيعة الحال، ولن يتطلب ذلك سوى جزء يسير من التكلفة الإجمالية للمشروع.

وعلى أية حال، يجدر الانتباه إلى أن رفع الدور شبه التحكيمي من مهام المهندس يعني التوفير في النفقات الخاصة بأجرة المهندس وذلك لتقلص دوره في الأعمال؛ الأمر الذي قد ينجم عنه بعض الوفرة في التكلفة الإجمالية للمشروع، وهو وفر يمكن توجيهه إلى البند الخاص بإنشاء مجلس لتسوية المنازعات.

قرار مجلس تسوية المنازعات (DAB's Decision):

الطبيعة القانونية لقرار مجلس تسوية المنازعات (Legal Nature of DAB's Decision):

عادةً ما تصدر المجالس المختصة بمهام الـ adjudication (ولا سيما مجالس مراجعة المنازعات DRBs) توصياتٍ غير ملزمة للأطراف (nonbinding)، إلا أنه يمكن أن يكون لها ثقل معتبر بوصفه دليلاً يستند إليه

Chapman, Disputes Boards.

(١١٠)

Ibid.

(١١١)

في المراحل المتقدمة من النزاع، أي في مرحلتي التحكيم أو التقاضي. بل ليس هناك ما يمنع من الاتفاق على أن يكون للقرار صفة الإلزام في مرحلة يتفق عليها، على أن يكون للطرف غير المرتضي للقرار مكنة التظلم منه خلال فترة معينة^(١١٢).

أما عقد الفيديك، فينص على أن قرارات مجلس تسوية المنازعات (DAB) تكون ملزمةً للأطراف الذين يلتزمون وضعها موضع التطبيق دون تأخير، وذلك إلى أن تتم مراجعتها بطريق التسوية الودية أو التحكيم.^(١١٣)

كما ينص النموذج الجديد لعقد الفيديك على مكنة الأطراف الاتفاق على تحويل المجلس سلطة إصدار آراء استشارية (advisory opinions) يقتصر مداها على تنوير الأطراف ببعض الموضوعات ذات الأبعاد غير الواضحة لهم، بحيث تكون ذات صفة غير ملزمة لهم. وعادة ما يطلب مثل هذا الرأي الاستشاري عندما يكون الأطراف بحاجة إلى بعض المساعدة بشأن تفسير بعض البنود العقدية الغامضة التي تعوق مساعي تسوية النزاع. وبإحالة مسألة التفسير إلى المجلس، فإن مباشرته لتلك المهمة عادة ما تقتصر على أساس من المستندات العقدية فقط دون سواها من وسائل أخرى.^(١١٤)

وأياً ما كان أثر قرارات المجلس، فإن مصدره عقدي، وهو اتفاق الأطراف في عقد الإنشاء الذي يحددون فيه نطاق القوة المطلوب إسباغها على قراراته. فيكون لقرار المجلس الأثر القانوني نفسه الذي يكون للاتفاقات العقدية بين الأطراف.^(١١٥)

Australasian Chapter of the Dispute Resolution Board Foundation, Dispute Resolution Boards. (١١٢)

Owen, 'The Working of the Dispute Adjudication Board'. (١١٣)

Chapman, Disputes Boards. (١١٤)

Channel Tunnel v BBCL (1993) 61 BLR1 HL. (١١٥)

ومن حيث طبيعة قرار المجلس وحجيته أمام القضاء، يبدو أن القضاء ينظر إليه كما ينظر إلى الرأي الفني (expert determination) الذي يصدر من الخبير المهني المستقل (Independent Professional expert). ويذكر أن القضاء الإنجليزي لم يتردد في مراجعة الآراء الصادرة عن الخبراء المستقلين ونقضها إذا أمكن إثبات ما شابها من الخداع (fraud) أو التواطؤ (collusion). وبخلاف ذلك، فيبدو أن القضاء، عموماً، ينأى بنفسه - ما أمكن - عن التدخل في الجوانب الموضوعية/الفنية للقرار.^(١١٦)

الاشتراطات الخاصة بقرار مجلس تسوية المنازعات (Requirements to DAB Decision):

بعد الانتهاء من عقد الجلسات اللازمة، يقوم المجلس بإصدار قراره في أسرع فرصة ممكنة. ومن المعتاد للمجلس أن يصدر قراره مسبباً؛ إذ إن اعتبارات الثقة فيه سوف تتلاشى إذا ما أحس الأطراف أن تفسير المجلس للبنود العقدية يشوبه شيء من الغرابة أو عدم الدقة. كما ينبغي أن يرد هذا التسبب بمنطق لا يتعارض مع البنود العقدية. وقد تسمح البنود العقدية للمجلس بأن يصدر قراره بأغلبية الأعضاء (majority decision)، إلا أن ذلك سيكون أمراً غير اعتيادي وغير مرضٍ، فمن المفضل، وهو الغالب، أن يتصرف المجلس بوصفه جهازاً متجانساً يصدر آراءه بإجماع أعضائه (unanimous decision)^(١١٧) فإن كان لبعضهم وجهات نظر مخالفة في بعض الجوانب التفصيلية، أمكن إدراج ذلك في حيثيات القرار، على أن يكون ذلك بصورة غير مخلة بمنطق الإجماع.^(١١٨) إن صدور القرار بإجماع الأعضاء يدعم الثقة في عملية التحكيم المرحلي، وكثيراً ما يساعد على إبرام التسويات الودية.^(١١٩)

Chapman, Disputes Boards.

(١١٦)

Ibid.

(١١٧)

Ibid.

(١١٨)

Ibid.

(١١٩)

تنفيذ قرار مجلس تسوية المنازعات (Enforcement of DAB Decision):

يتسم قرار المجلس بأنه نهائي (final)، ملزم (binding)، وقابل للتنفيذ (enforceable). فبموجب اتفاقهم العقدي، يلتزم الأطراف قرارات المجلس الصادرة وفقاً للإجراءات المقررة، وذلك حتى يتم حسم النزاع نهائياً بموجب قرار التحكيم، حكم القضاء أو الاتفاق. وتجدر، بهذا الصدد، الإشارة إلى أمرين من عوارض تنفيذ قرار المجلس:

١ - عدم خضوع أحد الأطراف لقرار المجلس:

ينص البند 20.7 من عقد الفيديك على أنه في حالة عدم قيام أي من الطرفين بإيداع إخطارٍ بعدم رضاه عن قرار المجلس (a notice of dissatisfaction) وكان القرار قد أصبح نهائياً وملزماً فإن عدم التزام أي من الأطراف به سوف يعتبر حالة عدم خضوع لقرار المجلس (failure to comply with DAB's decision)، وهو أمر يمكن أن يترتب عليه إحالة الأمر إلى التحكيم، ومن ثم تمكين الطرف الذي صدر القرار لصالحه من تنفيذه.^(١٢٠) ويمكن، بصورة عامة، تطبيق قرار المجلس الذي يمتنع أحد الأطراف عن الخضوع له عن طريق اللجوء إلى المحكمة واستصدار أمر قضائي عاجل ومؤقت (summary judgment) استناداً إلى إخلال الطرف الممتنع عن تنفيذ أحد التزاماته العقدية.^(١٢١) فالرجوع إلى الأحكام الإنجليزية^(١٢٢) يظهر أن مساعدة القضاء متمثلة في استصدار هذا الأمر القضائي قد تكون ضرورية أحياناً لتنفيذ القرار الملزم للمجلس.^(١٢٣) وإذا كان هناك بعض الشك في السابق

Owen, 'The Working of the Dispute Adjudication Board'. (١٢٠)

Robert Knutson, An English Lawyer's View of the New Fidic Rainbow: Where is the Pot of Gold?, 2003, online: <<http://www.robertknutson.com>> (as accessed on 27/1/2005 2005).

Cameron v John Mowlem [1990] 52 BLR 2; Drake and Scull Engineering Ltd v McLaughlin and Harvey Plc [1992] 60 BLR 102

Chapman (١٢٣)

في ظل القانون الإنجليزي حول جدوى أحكام التحكيم المرحلي، فإن هذا التخوف قد تلاشى بعد صدور الأحكام في قضيتي Macob Civil Engineering Ltd v Morrison Construction Ltd^(١٢٤) و Sherwood & Casson Ltd v Mackenzie^(١٢٥). وعادة ما يكون المطعن الوحيد ضد قرار المجلس في مواجهة مثل هذا الأمر القضائي هو كون المجلس قد تعرض لأمر خارجة عن الاختصاصات المحالة إليه (outside jurisdiction)^(١٢٦) أما في حالة امتناع أحد الأطراف عن الخضوع لقرار المجلس، وتطلب الأمر التنفيذ العيني (specific performance) فإن ذلك مما قد يثير معه بعض الصعوبات.^(١٢٧)

٢ - وضع قرار المجلس في الفترة بين صدوره وإحالاته للتحكيم:

من الإشكالات المثيرة للاهتمام هي التساؤل هل يمكن تنفيذ قرار المجلس كالالتزام عقدي في الحالة التي يصدر فيها المجلس قراره ويتم بعدها إحالة الأمر إلى التحكيم فعلاً؟ في هذه الحالة يغلب أن تنحو المحاكم نحو تنفيذ قرار المجلس فوراً دون انتظار موعد إحالة الموضوع إلى التحكيم، وذلك عن طريق إصدار ما يعرف قضائياً بـ summary judgment أو^(١٢٨) عدا الأحوال التي تكون فيها الإحالة إلى التحكيم وشيكة جداً. وعلى أية حال، فإن الكثير من العقود يتضمن بنوداً تشير إلى كون قرار المجلس ملزماً في الفترة الانتقالية ما بين صدور القرار وإحالة الأمر إلى التحكيم (DAB decision will be binding in the interim)، حتى في الحالات التي شرع فيها أحد الأطراف بإجراءات التحكيم فعلاً.^(١٢٩)

Macob Civil Engineering Ltd v Morrison Construction Ltd, (12 February 1999) (١٢٤) TCC.

Sherwood & Casson Ltd v Mackenzie, (Nov 1999) TCC. (١٢٥)

< <http://www.adjudication.co.uk/faq.htm#enforce> > (١٢٦)

Knutson, An English Lawyer's View of the New Fidic Rainbow: Where is the (١٢٧) Pot of Gold?

Macob Civil Engineering v Morrison Construction Ltd (1999). (١٢٨)

Chapman, Disputes Boards. (١٢٩)

ومن جهة أخرى، يذكر أنه حتى في الأحوال التي يكون فيها قرار المجلس غير ملزم بموجب الاتفاق العقدي للأطراف (a contractually 'non-binding' decision) - كما هو الحال مع الكثير من العقود - فإن هذا الأمر قد لا يؤثر بالضرورة على فاعلية هذا القرار، وذلك للسببين التاليين:

أولاً: أن القرار سوف يتم الاستناد إليه في ما يلي ذلك من مراحل تحكيم أو تقاضٍ، إذ مما لا شك فيه أن هذا القرار الذي صدر عن لجنة من الخبراء المحايدتين الذين عاصروا المشروع منذ بدايته سوف يكون له من الثقل الأدبي ما لا يستهان به من حيث التأثير على قرار المحكم أو حكم القاضي.

ثانياً: أن المجلس يصدر عدة قرارات خلال دورة حياة المشروع، وتظهر التجربة أنه حتى يضمن كل طرف تنفيذ نظيره للقرارات التي صدرت لصالحه (أي لصالح الأول)، فإنه غالباً ما يبادر إلى تنفيذ القرارات التي صدرت ضده هو بسلسلةٍ وبحسن نية، وذلك حتى يضمن تنفيذ الطرف الآخر - بدوره - لأي قرار قد يصدر ضده.^(١٣٠)

تقويم دور مجلس تسوية المنازعات (Evaluation of DAB's Role):

مزايا مجلس تسوية المنازعات (DAB Advantages):

١ - لعل أبرز ما يميز نظام مجالس تسوية المنازعات عن غيره من الوسائل البديلة لحل المنازعات (ADR)، التي لم تلاق الدرجة نفسها من النجاح، هو أن المجلس يشكل في بداية حياة المشروع الإنشائي، وينخرط بشكل طبيعي وتلقائي في العملية العقدية من خلال الزيارات المتكررة والدورية للموقع. إنه يصبح جزءاً من نسيج المشروع، مما يمكنه من التأثير على الطريقة التي ينفذ فيها العاقدون التزاماتهم.^(١٣١) يقارن ذلك بالوسائل الأخرى كالوساطة والتسوية، التي تتطلب تدخل أطراف ثالثة أجنبية تماماً عن المشروع.

Chapman, Disputes Boards.

(١٣٠)

Ibid.

(١٣١)

- ٢ - يصدر المجلس قراراته بشكل سريع ومباشر. ولا شك أن عاملي السرعة والحسم في اتخاذ القرار يعتبران من أهم العوامل المؤثرة في نجاح المشروع الإنشائي.
- ٣ - يمارس المجلس مهمة ذات طبيعة "موقعية" (job-site task) تتطلب الاطلاع على مفردات النزاع عن كثب، وليست مقتصرة على النظر المجرد في المنازعات.
- ٤ - إن وجود هذا المجلس يخفف من حدة بؤر التوتر والنزاع، ويؤدي إلى حل المنازعات مبكراً؛ إذ يتعامل معه الأطراف كأداة استشارية، وعادة ما يلجؤون إليه للنصيحة بصورة غير رسمية.^(١٣٢)
- ٥ - يساعد هذا النظام على استمرار التدفق المالي (cash flow) من طرف المالك واستمرار التنفيذ (execution) من طرف المقاول، فلا يتعنت أي منهما في حبس أدائه عن الآخر.
- ٦ - لعل أهم اعتبار هو مرونة هذه العملية وقدرة الأطراف على تعديلها بما يتناسب والظروف الخاصة بطبيعة كل مشروع، فهي نتاج الاتفاق، لا القانون. فالبنود الخاصة بمجلس تسوية المنازعات في عقد الفيدك ليست ملزمة بحد ذاتها^(١٣٣)، فيمكن للأطراف الاتفاق على تعديل البنود المنظمة لعمل المجلس (كالتعديل من الوتيرة التي تسير عليها آلية الإجراءات).
- ٧ - بخلاف التحكيم التقليدي الذي يؤدي إلى تكبد نفقات عالية على مستويي الوقت والمال، فإن النفقات المقترنة بعمل مجلس تسوية المنازعات عادةً ما تقع ضمن سقف معقول. كما أن تكلفته هذه لا تذكر إذا ما قورنت بالتكاليف الناجمة عن التحكيم التقليدي والتأخير والأجواء العدائية في الموقع.

Ibid.

(١٣٢)

(١٣٣) إلا إذا كان العقد منفذاً في المملكة المتحدة، فإنه يخضع لقانون The Adjudication

Act 1996.

٨ - التقاضي مسألة معقدة، مكلفة، ذات طابع عدائي، وتستغرق الكثير من الوقت لطبيعتها الإجرائية الدقيقة. بالمقارنة، فإن نظام مجالس تسوية المنازعات أمر خاضع لسيطرة الأطراف من حيث التكلفة، الوقت، ونطاق سلطات المجلس. كما أن له ميزة الإبقاء على العلاقات الطيبة بين الأطراف.^(١٣٤)

٩ - يساعد نظام مجالس تسوية المنازعات الأطراف على حل خلافاتهم بصورة تسمح للمشروع بالتطور بصورة سلسة وبفرص أقل للخلافات التي كثيراً ما تؤدي إلى تعطل التنفيذ. ويظهر العمل أن مجرد وجود المجلس في الصورة يساعد الأطراف على حل خلافاتهم بأنفسهم وفيما بينهم من خلال السعي الجاد إلى التسوية الودية للمنازعات بمجرد نشوبها وقبل تفاقمها، قبل إحالة الأمر إلى المجلس، رغبةً من كل طرفٍ بعدم الظهور بمظهر العاقد المخطئ أو غير المتعاون.

١٠ - إن علم الأطراف أن مطالباتهم العقدية سوف يتم البت فيها بشكلٍ سريعٍ من قبل أشخاص متخصصين ومتابعين لتطورات المشروع سوف يحملهم على التقدم بمطالبات ذات تقديرات واقعية.

١١ - لعل الميزة الكبرى لنظام مجالس تسوية المنازعات هي التعامل البراغماتي مع المنازعات العقدية كتحدياتٍ ملازمة لطبيعة المشروع بالضرورة، عوضاً عن اعتبارها مشكلات تستوجب التدخل القانوني الصارم.

١٢ - يقوم المجلس بدور التصفية للمنازعات العقدية، بحيث لا يصل منها إلى التحكيم إلا ما كان معقداً ومستعصياً على التسوية فعلاً. كما أن المجلس يقوم بتحديد جوهر المنازعة، بحيث تصل إلى التحكيم بإطار واضح ومحدد، وذلك من خلال البت في كل ما يتعلق بها من أمور جانبية قابلة للحل.

(١٣٤) وذلك لأن لعمل مجلس تسوية المنازعات طبيعة "تحقيقية (inquisitorial nature)" مقارنة بالطبيعة "الخصامية (adversarial nature)" للتحكيم أو التقاضي.

١٣- إن بت المجلس المبكر في المنازعات من شأنه توفير الوقت والجهد والمال من حيث عدم قيام الحاجة إلى الاستعانة بخدمات المستشارين القانونيين، كما أنه يسمح بتوجيه طاقات الأطراف إلى المشروع نفسه، وليس إلى المنازعات العالقة به.

١٤- لقد لوحظ أن مجرد إعداد المستندات للعرض على المجلس يؤدي إلى بلورة موضوع الإشكال واتضاحه أمام الأطراف، مما يسمح بالتسوية والاتفاق بشأنه قبل عرضه على المجلس.

مثالب مجلس تسوية المنازعات (DAB Disadvantages):

١ - إن اعتبارات السرعة في اتخاذ القرار، التي يطالب بها مجلس تسوية المنازعات، إضافة إلى كونه يعمل في أثناء المشروع وليس بعد تمامه، قد لا تسمح بالتدقيق التام على جميع جوانب المنازعة.

٢ - الإجراءات الخاصة بالمجلس هي على شيء من التعقيد نسبياً، الأمر الذي يتطلب مراعاة خاصة من حيث المواعيد والمتابعة.

٣ - في بعض تطبيقات عقد الفيدك، هناك حالات قليلة تم فيها تعيين مجلس مكون من شخص واحد، وعادة ما يكون هذا الشخص هو مهندس المشروع! ولا شك أن مثل هذه الممارسة هي أمر غير محمود، وحري بأن يجهض جهود صائغي البنود المنظمة لعمل المجلس في العقد.^(١٣٥)

٤ - لا يمكن إنكار التكلفة التي تقتزن بعمل المجلس في العقود ذات الطبيعة الدولية. فتشكيل مجلس مكون من ثلاثة أعضاء أو أكثر ينحدرون من دول مختلفة قد يستتبع مصروفات معتبرة (كتكاليف السفر، الإقامة، المواصلات، المقابلات، ترجمة المستندات، وما إلى ذلك).

Knutson, 'An English Lawyer's View of the New FIDIC Rainbow: Where is (١٣٥) the Pot of Gold?'

خاتمة

تسعى جميع الأنشطة التجارية، ما أمكن، إلى النأي بأطراف العقد عن الصراع والتنازع. وصناعة الإنشاءات، وإن كان شأنها في ذلك شأن مثيلاتها من تلك الأنشطة، إلا أن وقع المنازعات فيها هو أمر ذو طبيعة خاصة من حيث قابلية تلك المنازعات للاستفحال بشكلٍ سريعٍ وغير اعتيادي. لقد شبه أحد المعلقين النزاعات العقدية فيها بالورم السرطاني الذي ما لم يواجه ويستأصل فور ظهوره فإنه سوف يستفحل وينتشر في باقي أجزاء المشروع، ناشراً معه مزيداً من المنازعات، تعقيداً في التنفيذ وتوتراً في العلاقات بين الأطراف.^(١٣٦) ونظراً لحجم الأموال المستثمرة فيها ولفداحة الأثر السلبي الذي يمكن أن يترتب على المواجهات الصدامية بين أطراف المشروع، من تعطيلٍ لسير العمل إلى التكلفة المالية والزمنية، كانت هذه الصناعة سباقاً دائماً في الخروج بحلولٍ جديدةٍ وفعالةٍ لمواجهة المنازعات العقدية، كان أحدثها هو نظام تسوية المنازعات (adjudication).

إنه نظام بسيط، مرن وسريع لحل المنازعات العقدية، ويعمل بكفاءة في إطار عقود الإنشاءات من خلال مجالس تسوية المنازعات (DABs) أو مراجعتها (DRBs)، بواسطة تعاون جميع الأطراف لحل المشكلات فور ظهورها، فمجرد تعبير المالك عن رغبته بتبني نظام مجالس تسوية المنازعات في مشروعه الإنشائي والاستعاضة به عن الدور شبه التحكيمي لمهندس المشروع، فإنه يظهر للمقاول عزمه على التعامل معه بصورةٍ عادلةٍ تفصح عن حسن النية.

وتظهر التجربة بوضوح أن هذا النظام قد أثبت كفاءةً في تحقيق الأغراض المرجوة منه، وذلك لتفاعله مع اقتصاديات المشروع بأقل التكاليف المالية

Chapman, Disputes Boards.

(١٣٦)

وأقصر المدد الزمنية. وإضافة إلى دوره الخاص بحل المنازعات العقدية، فكثيراً ما يلجأ الأطراف إلى المجلس طلباً للنصيحة والرأي بصدد الكثير من الأمور.

والحقيقة، أن الوتيرة التي يتم بها تقبل نظام مجالس تسوية المنازعات في عقود الإنشاءات على المستوى الدولي هي من السرعة حالياً بحيث إنها تتزايد بمعدل ٢٠٪ سنوياً.^(١٣٧) لقد تم الأخذ بهذا النظام - سواء على صورة مجالس تسوية المنازعات (DABs) أو مجالس مراجعة المنازعات (DRBs) - في ١٣ دولة على الأقل حتى الآن (هي الولايات المتحدة الأمريكية، المملكة المتحدة، فرنسا، السويد، الدانمارك، نيوزيلندا، جنوب أفريقيا، أوغندا، هونج كونج، الصين، الهند، وبنجلادش).^(١٣٨)

ويقدر أنه في الفترة من ١٩٨٧ إلى ٢٠٠٢، تبني حوالي ١٠٠٠ مشروع إنشائي هذا النظام لحل المنازعات، بقيمة إجمالية تبلغ حوالي \$100 بليون دولار. ضمن هذه المشروعات، عرضت حوالي ٢٠٠٠ منازعة على المجالس المذكورة. من هذه، لم يكن هنالك سوى بعض الحالات القليلة التي كان فيها قرار المجلس موضع عدم قبول، بحيث رفع إلى التحكيم أو القضاء، وهي لم تتجاوز ٣٠ منازعة فقط (أي ما نسبته 1.5 فقط من إجمالي المنازعات). وعلى الرغم من أن هذه الأرقام يجب التعامل معها بشيء من الحذر لكون اعتبارات السرية التي تخالط طبيعة عمل هذه المجالس لا تسمح بالتحديد الدقيق، فإن هذه النسبة، - حتى بافتراض كونها مضاعفة - تظل لا تتجاوز ٣٪ من إجمالي المنازعات، وهي ما زالت بذلك نسبةً ممتازة.^(١٣٩)

Australasian Chapter of the Dispute Resolution Board Foundation, Dispute Resolution Boards.

Ibid.

(١٣٨)

Chapman, Disputes Boards.; Owen, 'The Working of the Dispute Adjudication Board'; Australasian Chapter of the Dispute Resolution Board Foundation, Dispute Resolution Boards.

لقد أظهرت هذا الفكرة نجاحاً تم معه تبنيها على المستوى الدولي بحماسة، فنظام مجالس تسوية المنازعات عموماً ومجالس تسوية المنازعات في عقود الفيديو خصوصاً (DABs) آخذين في الانتشار بصورة ملحوظة:

- فأما فيما يتعلق بنظام تسوية المنازعات (adjudication) فقد أصدرت حكومة المملكة المتحدة قانوناً بهذا الشأن، كما سبقت الإشارة، وكذلك تبنت هذا النظام هيئة مطار هونغ كونج (Hong Kong Airport Authority) التي تدير واحداً من أكبر مطارات العالم وأكثرها انشغالاً. إضافة إلى جهات كبرى أخرى.

- و أما فيما يختص بمجالس تسوية المنازعات أو مراجعتها فإنها تكاد الآن تكون ملمحاً أساسياً في كثير من نماذج عقود الإنشاءات، وقد قام الفيديو والبنك الدولي بأخذ زمام المبادرة في ذلك. كما أن منظمات أخرى يبدو أنها تتابع قدماً الآن، فكلٌّ من محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الدولية (International Chamber of Commerce - ICC) ومعهد المهندسين المدنيين في المملكة المتحدة (Institute of Civil Engineers - ICE) بصدد تبني هذا النظام في القريب العاجل.^(١٤٠)

تجدر الإشارة إلى أن كثيراً من المهندسين قد أبدوا خوفاً من التأثير السلبي الذي قد يحمله لهم ظهور نظام مجالس تسوية المنازعات، وتبنيه في نماذج العقود المعتمدة دولياً. ويتركز هذا القلق من تصور أن ظهور مثل تلك المجالس قد يؤدي إلى أقول نجم المهندس كلاعب أساسي في تلك العقود، باعتباره قطباً يجمع في يده سلطات جد واسعة ومؤثرة في سير العملية

(١٤٠) من أبرز المنظمات الضاغطة في هذا الاتجاه هي Dispute Review Board Foundation DRBF -، التي أسست في الولايات المتحدة الأمريكية عام ١٩٩٦ للتشجيع على التوسع نحو تبني نظام مجالس تسوية المنازعات في عقود الإنشاءات حول العالم. كما أن منظمة ذات أغراض مماثلة قد قامت في المملكة المتحدة عام ٢٠٠٠، هي The Adjudication Society. انظر: < <http://www.adjudication.org> > .

الإنشائية. إلا أن الحقيقة أن مثل هذه الأفكار لا مبرر لها، فجل ما ينطوي عليه دور مجالس تسوية المنازعات هو مساعدة أطراف المشروع على إيجاد حل للمنازعات العقدية التي قد تعرقل سير الأعمال، وهو دور ينطوي على مزيج من المهام الفنية والقانونية، التي تمارس في إطار من الحياد التام. ولا شك أن في مقابل ذلك، فإن مهندس المشروع وإن توافرت فيه المعرفة الفنية دون شك، فإنه يتعذر حقيقةً الركون إلى خبرته القانونية من جهة، كما أن مسألة حياده كانت دائماً مسألة محل نظر في الحقيقة؛ إذ إنه ما وجد في الصورة العقدية إلا لمباشرة مصالح المالك في المشروع.

وبعد، فإن القائمين على صناعة الإنشاءات في الكويت، في كل من القطاعين العام (ولا سيما على مستوى عقود الأشغال العامة) والخاص (المشتغلين بعقود BOT تحديداً) مدعوون لدراسة التطورات الجديدة في عقد الفيديك، وتبني الطبعات الجديدة منه؛ إذ من شأن ذلك خلق فرص الانفتاح على آفاقٍ جديدةٍ فيما يتعلق بالآليات الفنية والقانونية للمشروعات الإنشائية، ولا سيما في نطاق توجه الاقتصاد الوطني الكويتي نحو سياسات الخصخصة على المستويين القريب والمتوسط.

ملحق (A) مشروع نفق القنال الإنجليزي كتطبيق لنظام التحكم المرحلي (The Channel Tunnel)

طبيعة المشروع:

يتكون مشروع نفق القنال الإنجليزي^(١٤١) (the Channel Tunnel) من سكك حديدية تمر تحت القنال الإنجليزي في مضيق دوفر (Strait of Dover)، تربط المملكة المتحدة بشمال فرنسا. وهو ثاني أطول نفق للسكك الحديدية في العالم، حيث لا يتجاوزه طولاً سوى نفق سيكان (Seikan Tunnel) في اليابان.

وقد نفذ هذا المشروع بموجب اتحاد مالي (consortium) بين مجموعة من شركات المقاولات الإنجليزية والفرنسية، عرف باسم Manche Link، وذلك لصالح شركة Eurotunnel بصفتها رب العمل. وهذه الأخيرة تملك المشروع الآن وتديره بتسيير قطارات الركاب والبضائع بين مدينتي Folkestone في إنجلترا و Sangatte في فرنسا، والتي تقع بجانب ميناء Calais. وبعد مشكلات وتعقيدات فنية كثيرة، انتهى العمل في هذا النفق في ١٩٩٤، وقد بلغت قيمة المشروع £2.6 بليون جنيه إسترليني.

ويعتبر مشروع نفق القنال الإنجليزي من أكبر قصص نجاح نظام مجالس تسوية المنازعات في أوروبا، حيث تم تشكيل مجلس لمراجعة المنازعات (DRB) مكون من خمسة أعضاء، يستمع جميعهم إلى المنازعة، إلا أن القرار يصدر من قبل هيئة مشكلة من ثلاثة منهم فقط (هم الرئيس واثنان آخران يتم اختيارهما بالنظر إلى تخصصاتهما).^(١٤٢) وقد أصدر هذا المجلس توصيات في

(١٤١) ويعرف اختصاراً بـ "The Chunnel" وفقاً للتسمية الدارجة.

(١٤٢) وتفصيلاً، تم تشكيل المجلس من لجنتين، لجنة فنية (technical panel) مكونة من مهندسين للبت في المنازعات المتعلقة بأعمال الإنشاءات، ولجنة تمويلية (finance panel) مكونة من محاسبين للبت في المنازعات المتعلقة بتمويل المشروع.

١٦ منازعة بقيمة إجمالية بلغت 1.5£ بليون جنيه إسترليني. من هذه التوصيات، ثلاث فقط لم يتم القبول بها، وتم رفع الأمر بشأنها إلى التحكيم.

إن نجاح هذا المشروع، إضافة إلى نجاح مشروعات بنى أساسية أخرى في الولايات المتحدة الأمريكية، أوروبا الشرقية، الصين، الهند وأفريقيا لهو مؤشر على الانتشار الواسع لهذا النظام حول العالم.^(١٤٣)

البرنامج النموذجي لزيارات المجلس لموقع العمل:

راوح عدد زيارات أعضاء المجلس لموقع المشروع من ثلاث مرات إلى أربع مرات في السنة. وكان البرنامج الاعتيادي للزيارة عادة ما يبدأ بإعطاء أعضاء المجلس لمحة عن سير الأعمال وتطورها في الموقع، يتبع ذلك جولة تفقدية للأعمال للأعضاء مع الأطراف (أو ممثليهم)، ويغلب أن تركز الجولة على الأعمال موضوع الخلاف (صعوبات غير متوقعة في نوعية التربة، تنفيذ غير مرضٍ لجزء ما من الأعمال، وسواها من مشكلات).

وكان يخالط ذلك تخصيص جانبٍ من الزيارة لإبداء النصائح للأطراف، الاجتماع مع كل من الأطراف بشكل منفصل، وما عدا ذلك من الأنشطة غير الرسمية. وقد قرنت الجولات التفقدية للمشروع بجلسات الاستماع للمنازعات (التي عادة ما كانت تعقد في موقع المشروع أو في مكان قريب منه). وأعطى الأطراف ومستشاروهم فرصة كافية لتتوير المجلس حول وجهات نظرهم المتباينة والخطوات التي اتخذوها لتضييق هوة النزاع. كما كان يتم الترتيب لزياراتٍ أخرى في ضوء المعلومات المتكشفة.

آلية عمل جلسات المجلس:

قبل موعد الجلسة بفترةٍ معقولة، يتم تزويد أعضاء المجلس بنسخٍ عن المستندات ذات العلاقة بموضوع النزاع، وذلك حتى يتسنى لهم تكوين صورة

Owen, 'The Working of the Dispute Adjudication Board'.

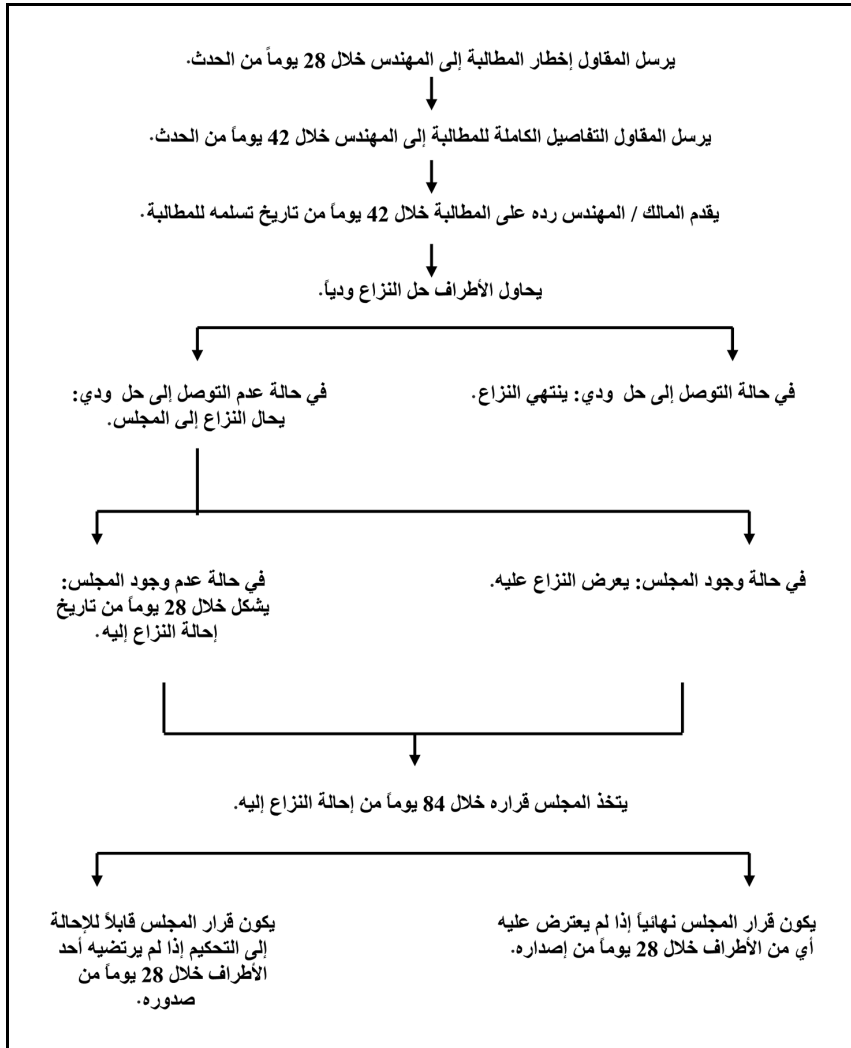
(١٤٣)

واضحة عن المشروع عموماً، والمنازعة موضوع الإحالة خصوصاً. وأهم تلك المستندات هي:

- الشروط العقدية.
 - برنامج تنفيذ الأعمال.
 - تقارير تطور المشروع.
- وتبدأ الإجراءات الرسمية أمام المجلس بإحالة أحد أطراف العقد، المالك أو المقاول، منازعة ما إلى المجلس. فيعقد المجلس جلسته بحضور الأطراف ومهندسيهم (دون ممثليهم القانونيين)، ويقدم كل من الأطراف موقفه مكتوباً بشكل مختصر (لا يتجاوز عادة بضع ورقات). تمتد الجلسة على مدى يوم أو يومين على الأكثر، مع إمكانية رفعها حين إحضار الأطراف ما طلب منهم من مستندات وما عدا ذلك.

بعد ذلك، يصدر المجلس قراره في غضون أسبوعين تقريباً من تاريخ الجلسة. وقد كانت أكثر القرارات تصدر بأغلبية الأعضاء عادةً.

ملحق (B)
إجراءات (آلية) إحالة المنازعة إلى مجلس تسوية
المنازعات وفقاً للمادة ٢٠ فيديك
Procedure through which Disputes Reach DAB
According to Cl. 20 FIDIC



قائمة المراجع

- 1 - Alhajeri, Mashael A, 'A Critical Approach to the Kuwaiti Law of Judicial Arbitration No. 11 of 1995 with Reference to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration', ALQ, 15, no. 1 (2000).
- 2 - -----, 'The Consulting Engineer According to the FIDIC Form of Contract for Works of Civil Engineering Construction: His Legal Status and Civil Liability' (LLM dissertation, Kuwait University, 1997).
- 3 - -----, 'The Use of Guarantee Bonds in Public Works Contracts: The Legal Framework in Kuwait', ICLR, 17, no. 3 (2000), 415-426.
- 6 - Andre-Dumont, Hubert, 'Current Problems in International Construction Contracts', ICLR, 3 (July 1986).
- 7 - -----, 'FIDIC Conditions and Civil Law', ICLR, 5 (January 1988).
- 8 - Australasian Chapter of the Dispute Resolution Board Foundation, Dispute Resolution Boards: Avoiding Conflict before it Occurs, Internet article, Available online: < http://www.constructors.com.au/dispute-resolution/DRB_final.pdf#search=fidic%20Dispute%20adjudication%20board . 14/1/2005 2005 > .
- 9 - Badoux, J C, 'The Hardships and Concerns of an Engineers Representing the Law', JIA, 5, no. 2 (1988).
- 10- Bunni, Nael, The FIDIC Form of Contract: The Forth Edition of the Red Book (Oxford: Blackwell Science Ltd, 1994).
- 11- Chapman, Peter, Disputes Boards 2002, article on the Internet, Available online: < http://www.oxfordinform.com/adjudication/talkpapers/Paper_Chapman_Feb00.pdf#search=Peter%20Chapman%20dispute%20review%20boards > . 2/12/2004 2005.
- 12- Cottom, Guy, 'The Powers of the Engineers', ICLR, 3 (January 1986).
- 13- Faruqi, Harith Suleiman, Faruqi's Law Dictionary, 3rd edn (Beirut: Librarie du Liban, 1991).

-
- 14- Frilet, Marc, 'How Certain Provisions of the FIDIC Operate under French Law', ICLR, 9 (April 1992).
 - 15- Glavinis, Panayotis, Le Contrat International de Construction (Paris: GLN Joly Editions, 1993).
 - 16- Halbwachs, Maurice, On Collective Memory (Chicago: University of Chicago Press, 1992).
 - 17- Harvey, Philip, 'Adjudication under FIDIC', Trett Digest, no. 24 (Summer 2001 2001).
 - 18- Holger, Langer von, International Construction Contracts and Arbitration 2000, Internet article, Available online: <<http://www.ganzrecht.de/stlehre/Ausland/constr05.htm#aicdpc>> . 7/12/2004 2004.
 - 19- Howkins, Michael Mortimer, 'FIDIC: An Engineer's View of Engineer's Role', ICLR, 2 (October 1984).
 - 20- Knutson, Robert, An English Lawyer's View of the New Fidic Rainbow: Where is the Pot of Gold? 2003, Internet article, Available online: <http://www.robertknutson.com/downloads/Analysis_of_English_construction_law.pdf#search=new%20fidic> . 27/1/2005 2005.
 - 21- Kristensen, Hans, 'FIDIC: Another Engineer's View of Engineer's Role', ICLR, 3 (October 1985).
 - 22- LLoyd, Humphrey, 'Revisions to the FIDIC form for Civil Engineering Works: The Point of View of the Engineer', ICLR, 3 (October 1986).
 - 23- Ludlow, Michael R, and J Gordon Rees, 'Engineer's Role under FIDIC Standard Conditions of Contract', International Business Lawyer, (November 1992).
 - 24- Lyon, Beth M, 'The Role of the Engineer in the FIDIC Conditions of Contract', The International Law Journal of George Town University Law Center, 26, no. 1 (Fall 1994).
 - 25- Moulineux, Charles, 'An American Perspective On Aspects Of the New FIDIC Conditions', ICLR, 5 (July-October 1988).
 - 26- Nicklisch, Fritz ' as a Contract administrator and Quasi-Arbitrator', ICLR, 7 (July 1990).
 - 27- Owen, Gwyn, The Working of the Dispute Adjudication Board (DAB) under New FIDIC 1999 (New Red Book) 2003, Internet

-
- article, Available online: < <http://www.gwynowen.com/DAB.pdf&search='new20%fidic'> > . 6/1/2005 2005.
- 28- Seppala, Christopher, 'FIDIC Conditions of Contract - 4th Edition 1987', ICLR, 6 (April 1989 1989).
- 29- -----, Les Décisions Pré-Arbitrales Afferentes Aux Litiges en Matiere de Construction: Les Decisions Prises par L'Ingenieur', Revue de Droit des Affaires Internationales, no. 1, 1991.
- 30- Sliwinski, Robert, 'Dispute Resolution Boards', Construction News, Summer 2004 2004.
- 31- Turner, Richard, 'FIDIC Works Programme - Arabian Gulf Region', in International Bar Association 1.th Conference of the Section on Business Law, (Hong Kong, 1991).
- 32- Wallace, Duncan, The International Civil Engineering Contract (London: Sweet & Maxwell, 1974).