الفصل السادس

دور المهندس في تفسير العقد وتسوية الخلافات

obeikandl.com

محتويات الفصل:

٦-١ دور المهندس في إدارة العقد وتسوية الخلافات.

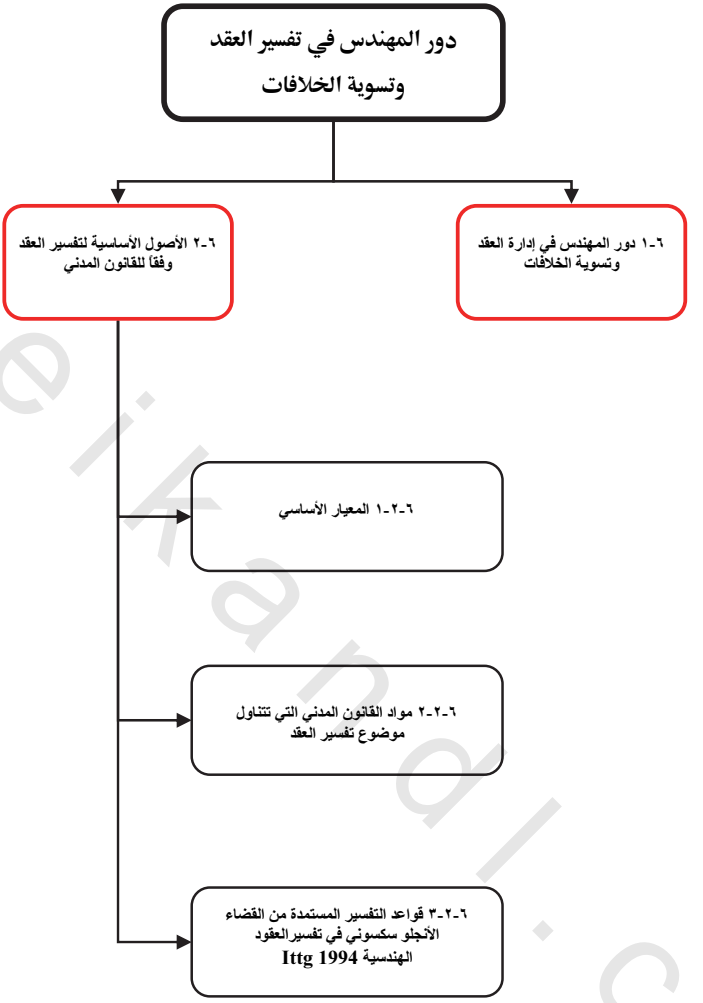
٦-٢ الأصول الأساسية لتفسير العقد وفقاً للقانون المدني.

٦-٢-١ المعيار الأساسي.

٦-٢-٢ مواد القانون المدني التي تتناول موضوع تفسير العقد.

٦-٢-٣ قواعد التفسير المستمدة من القضاء الانجلوسكسوني في تفسير العقود الهندسية.

obeikandl.com



شكل (٦-١)

obeikandl.com

مقدمة:

في عقود المقاولات دائماً ما يكون هناك حاجة لتفسير العقد وتسوية الخلافات، وهو ما يناط عادة بالمهندس، ولكي يقوم المهندس بهذا الدور يجب عليه الإلمام بالأصول الأساسية لتفسير العقد والمعايير التي تمكنه القيام بهذا الدور.

٦-١ دور المهندس في إدارة العقد وتسوية الخلافات:

في معظم العقود الهندسية يُعهد في العادة إلى المهندس لتفسير العقد،فمثلاً:

شروط عقد المقاولة الصادر عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين "فيدك" [FIDIC]

٦/٢ تجرد المهندس في أداء عمله:

حيثما يقتضي العقد من المهندس ممارسة قناعته في أي أمر من الأمور التالية:

أ) إصدار قرار أو رأي أو موافقة.

ب) إبداء رضائه أو موافقته.

ج) البت في قيمة من القيم.

فينبغي عليه عندئذ ممارسة قناعته بتجرد وفقاً لأحكام العقد ومراعاة جميع الظروف السائدة ويكون كل قرار أو رأي أو قبول أو تعبير عن الرضا أو الموافقة أو البت في أي قيمة أو عمل معرضاً للمراجعة والتنقيح وفقاً للمادة (٦٧).

المادة (٦٧):من الشروط العامه تسوية الخلافات بالتحكيـــم:

والتي تنص على أنه " إذا نشأ أي نزاع أو خلاف مهما كان نوعه بين صاحب العمل والمقاول فيما يتعلق بالعقد أو ناشئ عنه أو بالنسبة للقيام بالأشغال (سواءً كان ذلك أثناء سير الأشغال أو بعد إنجازها وسواءً كان قبل أو بعد إنهاء أو التخلي أو الإخلال بالعقد) أحيل إلى محاكم المختصة ".

obeikandl.com

١/٦٧ قرار المهندس:

إذا نشب أي خلاف من أي نوع كان بين صاحب العمل والمقاول بخصوص العقد أو تنفيذ الأعمال أو ما يتعلق بها أثناء أعمال التنفيذ أو بعد إنجازها أو بعد التخلي عن العقد أو إنهائه أو إذا نشب خلاف حول رأي أو أمر أو قرار أو شهادة أو تقدير مالي صدر عن المهندس، فينبغي إحالة هذا الخلاف بالدرجة الأولى كتابة إلى المهندس مع إرسال نسخة منه إلى صاحب العمل، مع البيان بأن الإحالة قد تمت بموجب هذه المادة.

عندئذ ينبغي على المهندس خلال مدة أقصاها ٨٤ يوماً من تاريخ اليوم التالي لتسلمه الإخطار بإحالة الخلاف إليه أن يبت في هذا الخلاف ويبلغ قراره إلى صاحب العمل والمقاول وأن يذكر أن قراره قد صدر وفقاً لهذه المادة. وما لم يكن قد سبق وتم التخلي عن العقد أو إنهائه فينبغي على المقاول في كل حالة من هذه الحالات أن يواصل العمل الأعمال بحرص وإتقان، وأن يواصل كل من المقاول وصاحب العمل في التقيد بالقرار الذي صدر عن المهندس إلى حين إعادة النظر فيه وفقاً للإجراءات التالي ذكرها عن طريق تسوية ودية أو عن طريق التحكيم، وإذا اعترض أي من المقاول وصاحب العمل على قرار المهندس أو إذا قصر المهندس في إبلاغهما بقراره قبل أو بعد مرور مهلة الأربعة وثمانين يوماً، حسبما يقتضيه الحال أن يرسل إلى الفريق الآخرإخطاراً ويرسل نسخة منه إلى المهندس يشعره فيه بنيته اللجوء إلى التحكيم كما هو مبين فيما يلي لفض الخلاف بينهما، وينبغي أن يتضمن الإشعار بالتحكيم تفاصيل الاستحقاقات المطالب بها بموجب الأحكام التالية ولا يجوز وفقاً لأحكام الفقرة (٤) من المادة (٦٧) المطالبة بالتحكيم إلا بموجب الإخطار الكتابي الذي سبق ذكره، وإذا كان المهندس قد أصدر قراراً بخصوص الخلاف بين صاحب العمل والمقاول ولم يتسلم اعتراضاً عليه من أي منهما قبل أو بعد انتهاء مدة سبعين يوماً ابتداءً من اليوم التالي لتسلمهما القرار عندئذ يصبح قرار المهندس نهائياً وملزماً للفريقين.

٢/١٢ أوضاع غير طبيعية وظروف معوقة للتنفيذ:

إذا واجه المقاول خلال تنفيذ الأعمال عوائق طبيعية أو ظروفاً طبيعية غير الظروف المناخية في الموقع وكانت هذه العوائق والظروف من النوع الذي لا يستطيع المقاول المجرب توقعها بصورة معقولة فيحق للمقاول الإبلاغ الفوري

للمهندس بهذه المعوقات وإرسال نسخة منه إلى صاحب العمل، ويتعين على المهندس حال تسلمه الإبلاغ المذكور إذا تراءى له أن مثل هذه العوائق أو الظروف هي من النوع الذي لا يستطيع مقاول مجرب توقعه بصورة معقولة أن يبت بعد التشاور مع صاحب العمل والمقاول في الأمور التالية:

أ) زيادة مدة العقد التي يستحقها المقاول للمادة (٤٤).

ب) المبلغ اللازم لتغطية أية تكاليف قد يتكبدها المقاول بسبب العوائق أو الظروف التي واجهها من أجل إضافة ذلك المبلغ إلى قيمة العقد.

وعلى المهندس أن يشعر المقاول بالقرار الذي توصل إليه ويرسل نسخة منه إلى صاحب العمل، ويتعين أن يؤخذ في الحساب أية تعليمات يجوز للمهندس أن يصدرها بهذا الخصوص وأن يؤخذ في الاعتبار أيضاً أية إجراءات يراها المهندس معقولة وملائمة يستطيع المقاول اتخاذها في غياب تعليمات محددة من المهندس.

كما تنص الشروط الحقوقية لوزارة الأشغال الكويتية على:

١/١٣ تنفيذ الأعمال وفقاً للعقد:

يجب على المقاول ما لم تكن هناك عوائق قانونية أو طبيعية يستحيل بسببها القيام بالعمل أن ينفذ الأعمال وينجزها ويصحح أي عيوب فيها بتقيد دقيق بأحكام العقد لما فيه قناعة المهندس، وعلى المقاول أن يتقيد ويمتثل بدقة بتعليمات المهندس في جميع الأمور سواء ما ورد منها أو لم يرد في العقد أو ما يمس أوضاع الأعمال أو ما يتعلق بها وعلى المقاول أن يأخذ التعليمات من المهندس فقط مع مراعاة أحكام الفقرة (٢) من ممثل المهندس.

عندما ينص العقد على أن الأعمال تتم وفقاً لرأي المهندس ويجب رضاء المهندس على الأعمال، فليس المقصود أن يكون ذلك وفقاً لأهواء المهندس، فالمهندس يجب أن يكون قراره مهنياً وفقاً للأصول الفنية والأخلاقية منزهاً عن الهوى، فقرار المهندس يجب أن يكون بناءً على العقد المبرم والقائم على تنفيذه وكذلك ما ينص عليه القانون الواجب التطبيق كما هو مذكور في بنود العقد. إلا أن معظم العقود الحديثة وخاصة في الغرب تتلافى استعمال هذه اللغة أي أن العمل يجب أن يتم وفقاً لرضاء المهندس حيث إن ذلك يجنب كثيراً من الخلاف

إذ أن المهندس يجب أن يرضى بهذه العقود، واللغة الأكثر استعمالاً أنه يجب أن يتأكد المهندس من أن الأعمال تتم وفقاً لبنود العقد.

إلا أنه يجب أن يسترشد المهندس بقواعد أساسية أقرها القضاء لتفسير العقد حتى لا يفسح المجال لأحد الأطراف لتصعيد الخلاف إلى نتيجة عدم الإنصاف في تفسير العقد أو إتباع أسلوب وطريقة تعسفية مما يؤدي إلى تعثر الأعمال وتأخرها وخلق نزاعات تكون ذات نتائج سلبية على كافة الأطراف.

وسوف نستعرض هذه الأسس أولاً من خلال القانون المدني ثم نستعرض بعض القواعد المستمدة من القضاء الأنجلوسكسوني.

٦-٢ الأصول الأساسية لتفسير العقد وفقاً للقانون المدني:

٦-٢-١ المعيار الأساسي:

إن المعيار الأساسي لعملية تفسير عقود التشييد هو أنه يتم تفسير العقد وفقا لنصوصه مجتمعة والتي يمكن أن يفهمها الشخص العادي الذي يمارس هذه الحرفة والذي لديه معرفة بمعاني هذه الكلمات ولديه معرفة بالظروف المحيطة بها وكذلك نية المتعاقدين عند الكتابة وما يمكن أن تحمله معاني هذه النصوص،فتفسير العقد يجب أن يكون تفسيراً يوضح نية المتعاقدين عند التعاقد.

يجب أن يفسّر العقد ككل لذا تفسر مختلف البنود والكلمات وفقاً للغرض من العقد و الذي انصرفت إليه نية المتعاقدين عند التعاقد وفقا لاتفاق الأطراف وليس بناءً على أحد الأطراف ويجب التركيز والوقوف على نية المتعاقدين في تفسير النصوص بالتالي وفقاً لنوايا الأطراف عند التعاقد.

٦-٢-٢ مواد القانون المدني التي تتناول موضوع تفسير العقد:

المادة ١٥٠ من القانون المدني المصري تنص على أنه (١- إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. ٢- أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المادة ١٩٣ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ١٢٥ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٣٩ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ١٦٩ من القانون المدني القطري، والمادة ١٥١ من القانون المدني السوري، والمادة ١٠١ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ١١١ من القانون المدني الجزائري، والمادة ١٥٢ من القانون المدني الليبي.

والأصل في تفسير العقود – مدنية كانت أم إدارية – أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كانت غير واضحة فقد لزم تقصي النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، والمقصود بوضوح العبارة هو وضوح الإرادة، فقد تكون العبارة واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساؤوا استعمال التعبير الواضح فقصدا معنى وعبرا عنه بلفظ لا يستقيم له هذا المعنى بل هو واضح في معنى آخر، ففي هذه الحالة لايؤخذ بالمعنى الواضح للفظ بل يجب أن يعدل عنه إلي المعنى الذي قصد إليه المتعاقدان دون أن يرمي ذلك بالمسخ والتشويه فالعبرة في تفسير العقود بالتعرف على النية المشتركة للمتعاقدين عن طريق معايير موضوعية تمكن من الكشف عنها. (المحكمة الإدارية العليا حكم رقم ٣٣٣ – ١٠ (١٩٦٧/١٢/٢) ١٦٦/٢٥/١٣).

حالة عملية

ومن الأصول المقررة أن العقود مدنية كانت أم إدارية يجب أن يتم تنفيذها وفقاً لما اتفق عليه أطرافها وبطريقة تتفق مع حسن النية، وفي مجال تفسير هذه العقود يجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين والإرادة الحقيقة لهما دون الوقوف عند الإرادة الفردية لأي منهما. (الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع، جلسة (١٩٨٩/٦/٢١) ٤٣و٤٤و١٥٢و٤٠٨).

ومن الأصول المقررة في تفسير العقود الإدارية أو المدنية أنه مع وضوح عبارات العقد وصراحتها لا مجال للتفسير والتأويل والانحراف عن عبارة العقد بغرض الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، ولا يحدث ذلك إلا في حالة غموض نصوص العقد وعدم دلالتها على ما قصده طرفا العقد.

ولقد قضي في ذلك بأنه من الأصول المقررة في تفسير العقود – إدارية ومدنية – أنه مع وضوح عبارات العقد وصراحتها فإنه لا مجال للتفسير والتأويل والانحراف عن عبارة العقد بغرض الوصول إلى النية المشتركة للمتعاقدين، إذ لا يحدث ذلك إلا في حالة غموض نصوص العقد وعدم دلالتها على ما قصده طرفا العقد، ولما كان العقد محل المنازعة قد جاءت نصوصه من الوضوح المبين لنية المتعاقدين فإنه لا مجال للعدول عن هذه النصوص والسير وراء البحث عن نية مشتركة للمتعاقدين تتنافي مع عبارات العقد الصريحة. ومن حيث إن البين أن عبارات العقد المبرم بين الطاعن والهيئة المطعون ضدها قد قطعت بعبارات صريحة في بيان نوع العملة التي يتم التعامل بها بين المتعاقدين وهي الجنيه المصري حيث قدرت قيمة تقديرية للأعمال الداخلة في نطاقه من الأعمال الكلية التي شملها عقد المقاولة بعشرين مليون جنيه مصري مقابل خطاب ضمان على أحد البنوك المصرية المعتمدة، كما أكد ذلك عندما تعرض لكيفية استهلاك تلك الدفعة حيث ورد النص على استهلاكها من واقع المستخلصات وبنسبة ١٠% منها، وهذه النصوص الواردة بالعقد محل المنازعة قطعت بما لا يدع مجالاً للشك في أن نوع العملة التي يتم التعامل بها بين المتعاقدين هي الجنيه المصري، ولا يغير من ذلك القول بأن قيمة العقد محل النزاع منسوبة إلى عقد المقاولة الأصلي المبرم بين الهيئة المطعون ضدها والشركة الرومانية وأن أسعار هذا العقد الأخير مقدرة بالدولار الأمريكي، وذلك أنه فضلاً عن أن لكل عقد من العقدين ذاتيته واستقلاله وتحكمه نصوصه وذلك لاختلاف الأطراف والنطاق والأحكام وتتحدد التزامات طرفيه وفقاً لمفهوم هذه النصوص وحدها دون اللجوء إلى نصوص في عقد آخر، فإن الإحالة الواردة بالعقد محل النزاع إلي عقد المقاولة الأصلي لا تعني سوى وسيلة لتحديد ناتج القيمة الحقيقة للعقد الأول حيث قدرها بنسبة من قيمة المستخلصات والختاميات النهائية للمقاولة والتي حددها عقد المقاولة بالدولار الأمريكي، ولا تعني بأي حال من الأحوال تغير نوع العملة القائم عليها العقد محل المنازعة إلى ذات العملة القائم عليها عقد المقاولة، ولا يمثل ذلك ثمة صعوبة عند الحساب حيث يتم تحويل ناتج القيمة الحقيقة من الدولار إلى الجنيه المصري والآداء إلى الطاعن لهذه القيمة بالعملة المصرية.

ومن حيث إنه ترتيباً على ذلك فإن العملة التي تم الوفاء بها إلي الطاعن هي الجنيه المصري وتكون مطالبته بسداد مستحقاته عن العقد محل النزاع بالدولار الأمريكي لا أساس لها من نصوص العقد محل المنازعة. (المحكمة الإدارية العليا حكم ٢٥١٩ – ٣٤ (١٩٩٣/٨/٣١) ٣٨).

كما أن الاستهداء في تعرف النية المشتركة للمتعاقدين بطبيعة التعاقد وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف التجاري في المعاملات (المادة ١٥٠ من القانون المدني المصري) ليس بقاعدة ملزمة للمحكمة وإنما تستأنس بها وهي في حل من أن تتبعها إذا رأت أن اتباعها غير ذي جدوى في الوصول إلى تعرف نية المتعاقدين. (المحكمة الإدارية العليا حكم ٢٠٣٨ – ٦(١٩٦٢/٦/٢٣)١١١٠/١٠٣/٧).

وتنص المادة ١٥١ من القانون المصري علي أنه (١- يفسر الشك في مصلحة المدين. ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المواد ٨٢ و ١٩٤ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٦٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمواد ٥٩ و ١٢٦ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٤٠ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٧٠ من القانون المدني القطري، والمادة ١٥٢ من القانون المدني السوري، والمادة ١٠٢ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ١١٢ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢١٣ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٦٧ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٥٣ من القانون المدني الليبي.

وقد نصت المذكرة الإيضاحية للقانون الكويتي على ما يلي:

يعرض المشرع في المادتين ١٩٣ و ١٩٤، لتفسير العقد فيتناول في أولاهما تفسير العقد في ذاته، وفى ثانيهما كيفية تفسير الشك، عندما لا تفلح وسائل تفسير العقد في تبديده.

فعبارة العقد، من حيث إنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه، وبالتالي المعنى المقصود من العقد، تتخذ إحدى صورتين أساسيتين: فهي إما أن تجيء

واضحة في الدلالة على ما قصدته منها الإرادة المشتركة وإما أن تجيء متسمة في ذلك بغموض أو لبس.

فإذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة، فإنها لا تكون في حاجة إلى تفسير، ووجب على القاضي أن يأخذ بمعناها الظاهر دون أن ينحرف عنه فلا مساغ للاجتهاد في مورد النص، كما تقول القاعدة الفقهية وهذا الحكم قننته المادة ١٩٣ بفقرتها الأولى بيد أنه لا يكفى، لكي تتمثل العبارة واضحة، وبالتالي في غير حاجه إلى تفسير، أن تكون واضحة في ذاتها.وإنما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة. فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة، ومع ذلك يكتنفها الغموض أو اللبس بالنسبة إلى حقيقة مدلولها، إذا ما تعارضت مع عبارة أخرى. فالعقد كل، ينظر إليه في مجموعه ولا ينظر إلى جزئياته مستقلا بعضها عن البعض الآخر.

أما إذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على المعنى المقصود منها، بأن تعذر الوصول من خلالها على قصد المتعاقدين، أو جاءت متسمة بلبس، بأن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى، تعين الالتجاء إلى التفسير، بغية استجلاء الغموض، وإزالة اللبس، والوصول بذلك إلى حقيقة المقصود.

وقد حرص المشرع على أن يوجه القاضي إلى البحث عن القصد الحقيقي للمتعاقدين من مجموع وقائع العقد وظروف إبرامه، اعتبارا منه بأن شروط العقد أو وقائعه قد يفسر بعضها بعضاً.كما حرص المشرع على أن يوجه القاضي إلى عدم الوقوف بالضرورة عند المعنى الحرفي لعبارات العقد أو ألفاظه إذ أن العبرة في العقود، كما هي في غيرها، للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني. ويوجه المشرع كذلك القاضي إلى أن يستهدى في تفسير العقد، بطبيعة التعامل والعادات الجارية وما ينبغي أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة. فهذه الأمور كلها لها أهميتها في مجال تقصى الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

وتعرض المادة ١٩٤ للحالة التي يعمد فيها القاضي إلى تفسير شرط من شروط العقد، من غير أن يصل إلى حقيقة ما قصدته منه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، على نحو يطمئن هو إليه. فتفسير العقد يصل بالقاضي إلى أحد أمرين، فهو إما أن يؤدي إلى جلاء غموض عبارته، واستخلاص ما قصدته

النية المشتركة للمتعاقدين، على شكل يقيني قاطع يطمئن هو إليه، وإما لا يؤدي به إلى ذلك، فيبقى عنده شك في حقيقة مدلول عبارة العقد.

ولا صعوبة في الحالة الأولى. حيث يعمل القاضي المعنى الذي استخلصه من عبارة العقد، سواء أكان من شأنه نفع هذا المتعاقد من ذلك، أما في الحالة الثانية وهى حالة وجود شك في مدلول عبارة العقد، فتثور بعض الصعوبات. وقد جرت القاعدة، في هذا الصدد، وربما بتأثير من مدونة نابليون، على أن الشك يفسر في مصلحة المدين. ووجدت هذه القاعدة مكانها في تقنينات بلاد كثيرة، كما هو الشأن في القانون التونسي (المادة ٩٩) والقانون المغربي (المادة ٤٧٢) والقانون اللبناني (المادة٣٦٩) والقانون النمساوي (المادة٩١٥).

والقول بأن تفسير الشك يكون في مصلحة المدين بالمعنى الفني لهذا الاصطلاح، وإن كان سليماً في الحالات الغالبة في العمل، وهى التي يكون من شأن إعمال الشرط الغامض تحميل المدين بالالتزام أو تشديد عبئه عليه، إلا أن ذلك غير صحيح على إطلاقه، ولم يلزمه الفقه ولا القضاء في شموله وعمومه.

فهناك حالات من المسلَم فيها أن الشك يفسر ضد من يتحمل عبء الالتزام أي المدين. وهذه على وجه الخصوص، هي حالات الإعفاء من المسؤولية على نحو ما يقضى به القانون، سواء أكانت هذه المسؤولية ناجمة عن عمل غير مشروع، أو عن إخلال بالتزام ناشئ من العقد. فلو أن المتضرر– وهو الدائن بالتعويض– اتفق مع محدث الضرر – وهو المدين بالتعويض – على إعفاء هذا الأخير من المسؤولية وثار شك في مدلول الشرط القاضي بهذا الإعفاء، في وجوده أو في مداه فإنه من المسلم فقهاً وقضاءً أن الشك يفسر في المعنى الذي يضيق من الإعفاء أي أنه يفسر لصالح المضرور، وهو الدائن بالتعويض، وليس لمصلحة محدث الضرر، وهو المدين بالتعويض. وكذلك الشأن تماماً في حالة الإعفاء من المسؤولية عن العجز في الشيء المبيع أو الشيء المؤجر، حيث يفسر الشك لمصلحة المشترى أو المستأجر، برغم أنه الدائن في الالتزام بالتسليم. وهذا ما دعا بعض القوانين، كالقانون الأسباني (المادة١٢٨٩)، والقانون البرتغالي (المادة٦٨٥)، إلى النص على أن الشك يفسر، في عقود المعاوضات، على النحو الذي يتمشى أكثر مع التبادل في المصالح. وهو ما دعا البعض من الفقهاء إلى القول بتفسير اصطلاح (المدين)، في القول "بأن الشك يفسر لمصلحة المدين" على أنه يعني من يكون في إعمال الشرط إضرار به، أو

هو المدين في الشرط، وليس بالضرورة المدين في الالتزام، ولعل ذلك هو ما قصدته المادة ١١٦٢ فرنسي بقولها إنه، عند الشك، يفسر الاتفاق ضد من وضع الشرط.

وقد حرص المشرع أن يضمن المادة ١٩٤ القاعدة السليمة في تفسير الشك الذي يتمخض الشرط الغامض عنه، ولا تفلح وسائل التفسير في تبديده، وهو في ذلك يقضى، في الفقرة الأولى، بأنه إذا تعذر تبديد الغموض، فان الشك يفسر لمصلحة المتعاقد الذي من شأنه إعمال الشرط الغامض أن يضره، فهو بهذه المثابة، يفسر على النحو الذي يتفق مع الوضع العادي للأمور أو مع القواعد القانونية العامة التي يراد بالشرط إملاء حكم يخالفها.

وتجيء الفقرة الثانية تقرر تطبيقاً تشريعياً للحكم الذي تورده الفقرة الأولى.قاضية بأن الشك يفسر لمصلحة المدين إذا كان من شأن إعمال الشرط الغامض أن يحمله بالالتزام أو يجعل عبئه عليه أكثر ثقلاً.

وتأتى الفقرة الثالثة تتحفظ في شأن تفسير عقود الإذعان الذي سبق للمادة ٨٢ إن أوردت الحكم في شأنه، ومؤداه أن الشك يفسر دوما في مصلحة الطرف المذعن، دائنا كان أم مدينا.

ويجب أن يدرك مدير العقد ما هو مضمون العقد وفقاً للقانون المدني، حيث تنص المادة ١٤٨ من القانون المدنى المصرى والتي تنص على أنه (١- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقه تتفق مع ما يوجبه حسن النية. ٢- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخري : المواد رقم ١٩٥ و ١٩٧ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٤٦ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ١٢٩ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٠٢ من القانون المدنى الأردنى، والمادة ١٧٢ من القانون المدني القطري، والمادة ١٤٩ من القانون المدني السوري، والمادة ١١٤ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمادة ١٠٧ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢١٢ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٤٨ من القانون المدني الليبي.

وقد شرحت المذكرة الإيضاحية هذا النص فيما يلي:

وإذا كان من الظاهر والميسور القول بأن العقد يتضمن الأحكام التي تجيء بها شروطه، وتلك التي يقضى بها القانون ويكون من شأنها أن تسري عليه، فإن ثمة سؤالا طرح نفسه على الفكر القانوني، فقها وقضاء، حول ما إذا كان العقد يقف عند هذه الأحكام وتلك، مقتصراً عليها وحدها، أم أنه من الممكن أن يدخل فيه غيرها.

ولم يسع المشرع إلا أن يأتي بالمادة ١٤٨ ليساير هذا الاتجاه المحمود في التوسعة في مضمون العقد على النحو الذي يجعله متضمنا، إلى جانب الأحكام الواردة فيه أو السارية عليه، ما يعتبر من مستلزماته، وفقا لما تجرى عليها العادة وما تمليه العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه من شرف ونزاهة.

وما الالتزام بضمان السلامة، الذي أدخل بادئ ذي بدء في نطاق عقد العمل، ثم بعد ذلك في نطاق عقد النقل، والتزام العامل بعدم إفشاء سر العمل، والتزامه بالامتناع عن منافسة رب العمل في تجارته، إلا مجرد أمثلة أضفتها تلك التوسعة على عالم القانون من يانع الثمار.

ويجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا الأصل من أصول القانون وهو مراعاة حسن النية في تنفيذ العقد يظلل العقود جميعاً، سواءً تلك التي تبرم بين الأفراد فيما بينهم أو بين الجهات الإدارية بعضها البعض، ومن مقتضي إعماله ألا يتعسف أي طرف في العقد في المطالبة بحقوقه الناشئة منه والمنبثقة عنه. (الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع – فتوي رقم ٣٠٩ في ١٨ /١٩٩٢/٣ جلسة (١٩٩٢/٣/١) ٤٦).

(ثانياً) القوة الملزمة للعقد:

تنص المادة ١/١٤٧ من القانون المدني المصري علي أنه (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الإتفاق أو يقضي به القانون).

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المواد ١٩٦ و ١٩٨ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٤٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمواد ١٢٨ و ١٣٠ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٠٥ من

القانون المدني الأردني، والمادة ١٧١ من القانون المدني القطري، والمادة ١٤٨ من القانون المدني السوري، والمواد ١١٣ و ١/١١٧ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمواد ١٠٦ و ١٠٧ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢١١ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٤٧ من القانون المدني الليبي.

مادة ١٤٨ يجب تنفيذ العقد طبقا لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل.

وإذ العبرة في التفسير هو ما تنعقد عليه نية المتعاقدين وليس العبرة بكلمة أو عبارة معينة قد استعملوها للتعبير عن هذه النية. وعلى الرغم من هذه القاعدة الأساسية إلا أنها كثيراً ما تكون غير كافية لتفسير العقد ولذا فإن عقود المقاولات تحتاج إلى قواعد إضافية في التفسير تساعد على التعرف على التزامات الأطراف وكذلك يحدد بوضوح من تكون له صلاحية تفسير العقد وفي العادة أن توضع هذه الصلاحية في يد طرف محايد وهو في العادة المسئول عن إدارة العقد ولا يكون التفسير متروكاً للمقاول أو للمالك حتى لا يسبب الاختلاف بين الأطراف إضرار العمل وحدوث نزاع واللجوء إلى القضاء لحسم النزاع.

واستظهار الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في مجال تفسير العقد افتاؤها المستقر على أن تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية هو أصل عام من أصول القانون الذي يحكم العقود المدنية والعقود الإدارية على حد سواء وبمقتضاه يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه، ومن ناحية أخرى فإنه في مجال استخلاص الإرادة المشتركة للمتعاقدين فإن الأمر لا يقتصر على نصوص العقد وحدها وقت إبرامه وإنما ينبئ عنها ما جري عليه تنفيذ العقد من ارتضاء طرفيه تفسيراً معيناً لأحكامه وبما يفصح عن نية الطرفين الحقيقية وما انصرفت إليه إرادتهما المشتركة. (الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع – فتوي رقم ٢٦٣ في الاحكام ١٩٩٤/٤/٤ جلسة (١٩٩٤/٣/٢٣) ٤٨).

والأصل في تفسير العقود المدنية أو الإدارية أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، فإذا كانت عبارة العقد غير واضحة يجب التقصي عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ويستهدي في

ذلك بطبيعة التعامل وما ينبغي توافره من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات، والمقصود بوضوح العبارة هو وضوح الإرادة فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة لكن الظروف تدل على أن المتعاقدين أساءوا استعمال التفسير الواضح، وفي هذه الحالة لا يؤخذ بمعنى اللفظ وإنما بالنية المشتركة للمتعاقدين. (المحكمة الإدارية العليا – حكم ٢٣٤٨ – ٣٦ (١٩٩٥/٣/٧) ٤٠).

والعقد هو شريعة المتعاقدين بحيث تقوم قواعده مقام قواعد القانون بالنسبة لطرفيه وأن العقود الإدارية شأنها شأن العقود المدنية يجب تنفيذها بما اشتملت عليه، وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية في تفسير العقود. (الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع – فتوى رقم ٧٥ في ١٩٨٨/١/١٤ جلسة (١٩٨٧/١٢/١٩) ٤١و٤٢ / ٥٩٨/٢١٤).

٦-٢-٣ قواعد التفسير المستمدة من القضاء الأنجلوسكسوني في تفسير العقود الهندسية (ITTIG ١٩٩٤):

هناك قواعد يمكن الاستفادة منها في تفسير العقد وهى مستمدة من أحكام صادرة عن القضاء الأنجلوسكسوني والتي يمكن الاستفادة منها لإزالة الغموض الذي قد يحدث في العقود الإنشائية وهي:

1. The primary rules of contract interpretation, as set forth in Simpson, Law of Contracts, are as follows:

Words are to be given their plain and normal meaning, except when:

(a) Usage may vary the normal meaning of words.

(b) Technical words are to be given their technical meaning.

(c) Where possible، words will be given the meaning which best effectuates the intention of the parties.

أولاً: الكلمات التي يجب أن تفسر وفقاً لمعناها المباشر والطبيعي واستعمالها العام:

أ – يمكن في أحوال خاصة أن تعطي الكلمة معنى مختلفاً عن المعتاد.

ب – الكلمات الفنية تُعطي المعنى الفني.

ج – كلما أمكن أن تُعطي الكلمة المعنى الفني الذي يضمن الحصول على أفضل آثار فعّالة لنوايا الأطراف. حيث إنه قد يكون من المعتاد في الصنعة أن تستعمل الكلمة بغير معناها اللغوي ففي هذه الحالة يجب أن تُستعمل وفقاً لمعناها الفني المعتاد في الصنعة كما أنه من المهم بمكان مراعاة صياغة النص، ففي عقود المقاولات قد تستعمل الكلمة لفترات طويلة لتفيد معنى غير المعنى اللغوي المألوف فعلى سبيل المثال كثيراً ما نستعمل اصطلاح الأسطح الداخلية فيما يتعلق بأعمال الدهان وكثيراً ما تنص العقود على دهان الأسطح الداخلية ولكن هذا بالقطع لا يشمل دهان الأبواب والشبابيك والزجاج فهذا ليس ضمن دهان الأسطح الداخلية، وكذلك بالنسبة للأرضيات إلا أن الاصطلاح اللغوي يشمل كل هذه العناصر فعندما تذكر كلمة أسطح داخلية تشمل سطح الشبابيك وسطح الأرضيات وسطح الأبواب ولكن عندما تستعمل الكلمة في قطاع المقاولات فالمقصود بها الأسطح الداخلية للحوائط فقط وهذا يخالف المعنى اللغوي الشائع، ولكن المعنى المستقر في الأعراف المهنية والمعنى المتعارف عليه عند أهل الصنعة أن كلمة الأسطح الداخلية تعني أسطح الحوائط الداخلية بدون الفتحات أو الأرضية أو السقف فهي تعني الحوائط فقط وليس كل السطح الداخلي للغرفة.

2. Every part of a contract is to be interpreted، if possible، so as to carry out its general purpose.

ثانياً: يجب أن يفسر كل جزء من العقد حتى يؤدي العقد الغرض المقصود منه ككل إلا أن بعض العقود إلى جانب ذلك تعطي أولوية لبعض وثائق العقد ــ فمثلاً تنص شروط الـــ " Fidic " على:

٢/٥ أولوية وثائق العقد:

تشكل وثائق العقد مجموعة متكاملة وتعتبر مفسرة لبعضها البعض ويتولى المهندس البت في حالة وجود أي غموض أو نقص في الوثائق مخالفاً لما يلي:

أ) اتفاقية العقد (إذا كانت جاهزة).

ب) قرار البت في المناقصة.

ج) المناقصة (العرض).

د) الجزء الأول من هذه الشروط.

هـ) وأية وثيقة أخرى تشكل جزءاً من العقد.

3. The circumstances under which the contract was made must always be shown.

ثالثاً: يجب دائماً مراعاة الظروف التي تم التعاقد فيها لإيضاح النوايا في تفسير العقد:

حتى يتم تفسير العقد ككل،يجب أن يقرأ المتعاقدون العقد بمختلف وثائقه من مواصفات ورسومات وشروط عامة ويجب أن تتفق مع بعضها في السياق العام فهذه المستندات مجتمعة توضح نية المتعاقدين وبالتالي يجب أن يكون التفسير متوافقا مع شتى مستندات العقد،فالقاعدة العامة هنا هي أن يتم تفسير العقد بحيث يُكمل النصوص التعاقدية بعضها البعض، وأن تتفق مع النية التي انعقدت إليها نية المتعاقدين مع ضرورة الأخذ في الاعتبار بأي اتفاقيات أو مفاوضات تمت في نفس الفترة التي تم التعاقد فيها. يجب أن يحقق التفسير الغرض العام من العقد وأن يؤدي الغرض الذي أُنشئ العقد من أجله وقد يؤخذ أيضا في الاعتبار الظروف التي تم التعاقد أثناءها، وكذلك أي اتفاقيات بين الأطراف أو مفاوضات وقت نشوء العقد للوقوف على نية المتعاقدين.

4. A contract susceptible of two meanings will be given the meaning which will render it valid.

رابعاً: إذا كان هناك شك في أحد المعاني فيستعمل المعنى الذي يتفق مع صحة وسلامة العقد والذي يجعل العقد مُلزما.

5. Between repugnant clauses، a possible interpretation which removes the conflict will be adopted.

خامساً: إذا كان هناك تناقض بين بنود العقد المختلفة يجب محاولة إيجاد التفسير الذي يزيل هذا التناقض.

6. The writing will be interpreted، if possible، so that it shall be effective and reasonable. Under this rule، an interpretation

which gives a reasonable، lawful and effective meaning to all manifestations of intent will be preferred to an interpretation which leaves a part of such manifestations unreasonable، unlawful or of no effect.

سادساً: التفسير المقبول للعقد هو التفسير الذي يعطي معنى معقولاً لجميع بنود العقد فهذا التفسير أفضل من التفسير الذي يعطي معنى معقولاً لبعض بنود العقد ويترك البعض الآخرمبهماً أو غير مفهوم أو لا يترتب عليها التزام.

فالتفسير الذي يجب اللجوء إليه هو التفسير الذي يجعل العقد مُلزماً في جميع بنوده وليس في بعض بنوده.

إن التفسير الذي يؤدي إلى كون العقد شاملا فعالاً في جميع بنوده والذي يعطي معنى معقولاً لشتى بنود العقد أفضل من التفسير الذي يؤدي إلى تعطيل بعض بنود العقد أو يترك هذه البنود دون أن تكون فعالة أو أن تكون غير مفهومة فالهدف هو أن يكون العقد فعالاً وله آثاره وأن تكون شتى بنود العقد لها آثارها بدلاً من أن تكون بعض بنود العقد متناقضة مع بعضها أو شتى البنود أو أن تكون بعض بنود العقد غير صالحة للتطبيق، ولذا فإنه إذا كان هناك في العقد بعض البنود البسيطة وتتناقض مع الغرض العام الواضح للعقد فإنه في العادة يتم طرح هذه البنود جانباً حتى لا تتضارب مع الغرض الرئيسي للعقد،ففي بعض الأحكام قد يضطر القاضي إلى تجاهل بعض الكلمات أو العبارات أو البنود التي تتعارض كلياً مع روح العقد ومضمونه والغرض منه.

حالة عملية ٢:

See Delano Smelting & Refining Co. Ltd. v. United States، 317 F.2d 38 (Ct.Cl.1963)

For example، a contractor was required to deliver certain material according to delivery schedules specified in the contract. Through an escalation clause in the contract، the contractor was permitted to be reimbursed for the cost of the material at the market price as of the date of delivery. The

contractor، however، delivered the material after the scheduled delivery date and without showing any justifiable cause for the delay. He contended that he should have been paid the price of the material as of the actual delivery date، which price was substantially higher than the price that would have been paid on the scheduled date. The Court of Claims held that the contractor's interpretation of the provision was unreasonable and that he should not be permitted to "reap a financial benefit from his own unexcused delay."

في هذه الحالة تعهد المقاول بتسليم المواد إلى الموقع وفق جدول زمني محدد،وتشمل شروط العقد على بند يسمح للمقاول بإضافة قيمة نظير ارتفاع الأسعار في حالة وقوعها، أي أن العقد يعوض المقاول عن قيمة المواد الموردة بسعر يوم التوريد.

ولقد تأخر المقاول عن البرنامج الزمني المتفق عليه بدون سبب مبرر، وقد ارتفعت الأسعار في خلال هذه المدة، وعندما طلب المقاول زيادة السعر نظير الزيادة التي طرأت في الأسعار والتي كانت تفوق الأسعار وفقاً للبرنامج المتفق عليه رفض رب العمل ذلك حيث إن ذلك بمثابة مكافأة للمقاول على تأخيره في التوريد ويتحمل رب العمل تبعية تقاعس المقاول عن الوفاء بالتزامه في الموعد المحدد، وقد وافقت المحكمة رب العمل على ذلك واعتبرت أن تفسير المقاول للعقد غير مقبول حيث إنه يكافئه في تأخره غير المبرر في توريد المواد.

7. Language of contract documents will be interpreted most strongly against the drafter.

سابعاً: يفسر العقد في مصلحة الطرف الذي لم يكتب العقد.

Simpson، in Law of Contracts، describes the principle upon which this rule is based as follows:

[A] man is responsible for ambiguities in his own expressions and has no right to induce another to contract with him on the supposition that his words mean one thing، while he hopes the

court will adopt a construction by which they would mean another thing more to his advantage.

إن الشخص مسئول عن الغموض الموجود في تعبيراته المستخدمة في العقد وليس له الحق أن يتوقع أن القضاء سوف يفسر هذا الغموض في صالحه ضد الطرف الآخر الذي تعاقد معـــه.

حالة عمليـة:

In Waterman S.S.Corp.، ASBCA 362 (13 Feb.1951):

"We are of the opinion that the language used in the construction of this contract is sufficiently ambiguous so that the contention of either of the parties might have reasonable basis and that under such circumstances the employment of the accepted rule of interpretation requires that the party responsible for the drafting of the instrument suffer the consequences arising by virtue of such ambiguity، which in this instance is the Government.

يرى القاضي أن اللغة المستعملة في العقد غامضة، بحيث إن تفسير كل طرف من الأطراف قد يكون معقولاً، وبناءً على ذلك فإن التفسير المقبول يتطلب من الطرف المسئول عن كتابة العقد أن يتحمل تبعات هذا الغموض وأن يفسر العقد ضده. في هذه الحالة حتى لو كانت الحكومة،هي الطرف المسئول عن كتابة العقد.

يفسّر العقد ضد من قام بكتابته وهذه القاعدة لها تطبيقات على جانب كبير من الأهمية في قطاع المقاولات فالغالبية العظمى من العقود يقوم المالك بتحضيرها، ويقدمها للمقاول بشكلها النهائي وفي كثير من الأحيان لا تقبل المناقشة في أي من شروطها وكثيراً ما يحدث النزاع حول بعض الغموض في بنود العقد ولذا فإن المقاول يستفيد من الغموض في حالة قيام المالك بتقديم العقد وإعداده.

وليس من المنطقي أن يفسر أي من طرفي العقد بشكل يتعارض فيه مع مصلحته ومن المنطقي أن يقرأ كل طرف العقد بالشكل الذي يتفق مع مصلحته،

على سبيل المثال إن لم يحدد العقد جودة المواد المقدمة فليس من حق المالك أن يفترض أن المقاول سوف يقوم بتقديم أفضل جودة فالنص القانوني بند رقم (٦٦٣) ينص على:

"إذا التزم المقاول بتقديم مواد العمل كلها أو بعضها وجب أن تكون هذه المواد مطابقة للمواصفات في العقد وإذا لم تبين هذه المواصفات في العقد،وجب أن تكون المواد وافية بالغرض المقصود".

أي أن من حق المقاول أن يقدم أرخص المواد التي تفي بالغرض، وفي بعض البنود الأخرى أن يقدم الصنف المتوسط وهذا يتفق أيضاً مع الفقه الأنجلوسكسوني الذي لا يعتقد أن من العدالة أن يُفسر أي بند في العقد لصالح من كتب العقد فلا يجب أن تترك اللغة مبهمة أو مضللة ثم يفسرها كاتب العقد بالشكل الذي يتناسب مع مصلحته، وهذا الأمر على جانب كبير من الأهمية حيث إن كثيراً من عقود المقاولات تجعل تفسير العقد من صلاحية المالك أو المهندس وهو في العادة يُعين من قبل المالك ويكون تابعاً له ولذا يفسر العقد لمصلحة المالك، وهذا لا يتفق مع روح الشريعة والقوانين المدنية كما استقر الفقه الأنجلوسكسوني على أن هذا غير جائز، والمبدأ الذي تقره العدالة هنا أنه لا يجوز للطرف الذي اختار لغة مبهمة رغم أنه قد كانت لديه الفرصة لاستعمال لغة واضحة تحدد الغرض المقصود ألا يتحمل مسؤولية تبعات عدم القدرة على استعمال اللغة الصحيحة الواضحة من قبل الطرف الآخر.

ولهذا فإن كثيراً من عقود التشييد ينص المالك فيها صراحة على أن: على المقاول في أثناء فترة إعداد مستندات العطاء أن يقوم بتقديم أية استفسارات أو تساؤلات إن وُجدَ أي غموض في المستندات، إلا أنه نظراً لقصر هذه الفترة وضخامة المستندات التي يود المقاول أن يقوم بتسعيرها وخاصة في المشاريع الرئيسية فإنه يستحيل على المقاول أن يقرأ بإمعان كافة المستندات التعاقدية ويستخرج التناقضات المختلفة فيها وخاصة إذا كانت هذه التناقضات تقع ضمن مستندات مختلفة وقد لا تظهر هذه التناقضات إلا في أثناء فترة التشييد أي بعد توقيع العقد.

ما يذكر في مستندات طرح العطاء من أن المقاول يصبح مسئولا عن الأخطاء في المستندات طالما أنه قدمها لرب العمل بعد دراسة كل عطاء مقدم منه لم تأخذ به المحاكم في أكثر من قضية ومازال المبدأ الأساسي هو أنه إذا

اكتنف الغموض بعض مستندات العقد فإن التفسير يكون ضد الذي كتب العقد إلا أنه من الجدير بالذكر هنا أن هذه القاعدة لا تطبق إلا في حالة وجود غموض أما إذا كان النص صريحا فإنه لا مجال للتفسير أما إذا كان المقاول قد أعد وقدم الوثائق وهذا ما يحدث كثيراً عندما يقدم المقاول مواصفات ورسومات تفصيلية أو اقتراحات معينة فيما يتعلق بالتنفيذ فإنه في هذه الحالة تفسر هذه المستندات في مصلحة المالك وليس في مصلحة المقاول حيث إن المقاول هو الذي قام بإعداد هذه المستندات، وكذلك الحال بالنسبة للمقاول الرئيسي والمقاول الباطن إذا ما أعد المقاول الرئيسي المستندات التعاقدية فإن التفسير يكون في صالح مقاول الباطن ضد المقاول الرئيسي والقاعدة الأخيرة هي أيضا متفق عليها مع الفقه الأنجلوسكسوني.

See، e.g.، John W. Johnson Inc. v. Basic Const. Co.، 429 F.2d 764 (D.C.Cir.1970); Mullen، Inc.، ASBCA 8808، 1964 BCA 449 (1964).

وأمر آخر يجب أن يؤخذ في عين الاعتبار فيما يتعلق بهذا الموضوع هو أن الغموض يجب أن يكون من النوع الذي لا يمكن أن يتعرف عليه المقاول المُتَمرّس الذي هو من أهل الخبرة عند دراسة المستندات التعاقدية قبل تقديم العطاء، أما إذا كان قد عرف أو علم به فإن المسؤولية تقع عليه في طلب إيضاحه،ولذا فإن الأساس هنا أنه إذا كان هناك غموض فعلاً وكان لا يمكن أن يكتشفه المقاول المُتَمرّس في وقت التسعير،وأنه لم يتعمّد عدم السؤال عن هذا الغموض بغرض الربح من وراء ذلك فيما بعد وأن تفسيره للمواصفات أو المستندات التعاقدية كان تفسيراً معقولا فإنه في هذه الحالة يتحمل المالك التبعات المترتبة على ذلك إذا كان الخطأ أو الغموض من الوضوح الجلي والذي يوجب على المقاول أن يطلب الإيضاح في وقت التسعير فلا تسري من هذه القاعدة وقد اتفق القضاء الأنجلوسكسوني مع القانون الكويتي تجاه هذا الأمر وهذا ما جنح إليه القضاء الكويتي في الكثير من القضايا وأيضاً القضاء الأنجلوسكسوني كما يتضح في القضايا التالية:

قضية رقم (٢):

See Pathman Construction Co.، ASBCA 13911، 70-1 BCA 8212 (1970).

See Blount Bros. v. United States، 346 F.2d 962 (Ct.Cl.1965).In Blount Bros.، the Court of Claims stated:

[C]ontractors are businessmen، and in the business of bidding on Government contracts they are usually pressed for time and are consciously seeking to underbid a number of competitors. Consequently، they estimate only on those costs which they feel the contract terms will permit the Government to insist upon in the way of performance. They are obligated to bring to the Government's attention major discrepancies or errors which they detect in the specifications or drawings، or else fail to do so at their peril. But they are not expected to exercise clairvoyance in spotting hidden ambiguities in the bid documents، and they are protected if they innocently construe in their own favor an ambiguity equally susceptible to another construction.

However، if the contractor knows، or should have known that an ambiguity exists due to a patent or obvious error or omission، he has a duty to seek a clarification of the ambiguity، and will not be entitled to the protection afforded by this rule.

المقاول رجل أعمال، وفي حالة قيامه بتقديم العطاءات في المشاريع الحكومية فإنه لا يتوفر لديه الوقت الكافي للدراسة المستفيضة وهو تحت ضغط المنافسة مع المقاولين الآخرين المتقدمين للعطاء.

وفي هذه الحالة يقوم بتقدير كلفة العناصر الرئيسية التي يعتقد أن الأداء المطلوب يتطلبها أو أن نطاق الأعمال يشملها، وهناك التزام على المقاول أن

يخطر الحكومة إذا كان هناك خطأ أو غموض أو تضارب في المواصفات أو الرسومات، ويتحملون تبعات ذلك في حالة عدم قيامهم بها، ولكن ليس المتوقع منهم أن يقوموا بدراسة شاملة ودقيقة لتحديد كل ما خفي في هذه المستندات ولهم الحق في فهم وتفسير الغموض في العقد بما يتفق ومصلحته.

ولكن إذا كان المقاول يعلم أن هذا الغموض موجود نتيجة عيب أو خطأ فإنه يجب أن يطلب الإيضاح لجلي هذا الغموض ولا يتمتع بالحق أو بالحماية التي تعطيه القاعدة السابقة.

حالة عملية:

Such circumstances arose in Beacon Construction Co. v. United States، 314 F.2d 501 (Ct.Cl.1963)، where the court regarded the discrepancy as sufficiently obvious that the contractor must have or should have recognized it and could have sought an interpretation from the Government before bidding. The court stated:

The bidder in such a case is under an affirmative obligation. He should call attention to an obvious omission in a specification، and make certain that the omission was deliberate، if he intends to take advantage of it … (W)hen he is presented with an obvious omission، inconsistency or discrepancy of significance، he must consult the Government's representatives if he intends to bridge the crevasse in his own favor. Having failed to take that route، plaintiff is not barred from recovering …

في هذه الحالة اعتبرت المحكمة أن الخطأ واضح وجلي وكان يجب على المقاول أن يطلب إيضاحه من الحكومة، حيث إن الشروط تنص على أنه يجب أن يخطر رب العمل بمثل هذه العيوب ولا يستغلها لمصلحته وطلب تكاليف إضافية نتيجة هذه العيوب، حيث إنه كان يجب عليه أن يستوضحها من رب

العمل وإزالة الغموض، وحيث إنه لم يقم بهذا الواجب فإنه لا يستحق أي تعويض عما تكبده من مصاريف إضافية نتيجة هذا الخطأ أو الغموض.

حـالة عمليــة:

Id.at 504، quoting in part، Ring Construction Corp. v. United States، 162 F.Supp.190، 192 (Ct.Cl.1958).

في هذه القضية أقر القضاء أن الغموض أو التضارب بين المستندات كان واضحاً وكان من الممكن للمقاول أن يستفسر عنه ويتداركه عند إعداد مستندات العطاء قبل تقديمها وأقر القضاء الأنجلوسكسوني أنه في هذه الحالة هناك مسؤولية على المقاول بناءً على نصوص العقد وكذلك بناءً على حسن النية وشرف التعامل، فكان يجب على المقاول إيضاح ذلك للمالك في حينه وألا يتخذ من ذلك ذريعة أو يستغل هذا لتحقيق أرباح على حساب المالك وبما أنه لم يسلك هذا المسلك الذي تقتضيه حسن النية وشرف التعامل فإنه لا يستحق التعويض.

8. In case of doubt، the interpretation given by the parties is the best evidence of their intention.

في حالة حدوث شك في تفسير العقد،فإن التفسير المقدم من الأطراف هو أفضل تعبير عن نواياهم.

ثامناً: في حالة ما إذا كان السلوك يظهر بوضوح أن هذا الغموض قد أثر عليه وأنه اتخذ مسلكاً ينم على أنه قد فهم هذا الغموض فهماً معيناً وهذا الفهم يخالف الفهم الذي يدعيه الطرف الآخرأو يطالب به من أعد المواصفات أما إذا كان قد اتخذ مسلكا وتصرف تصرفات تنم على أن هذا الغموض قد فسره بنفس الطريقة التي كان يقرها الطرف الآخرفإنه في هذه الحالة لا يكون هناك داع للتفسير حيث إن سلوك أحد الأطراف تجاه هذا الغموض يكون عن طريق مسلكه الفعلي.

فمثلاً إن لم توضح المواصفات وجود خدمات تحت سطح الأرض فإن حدث وكانت هناك خدمات وخصوصا خدمات كهربائية ففي هذه الحالة يقوم المقاول بالحفر اليدوي وهذا يؤثر على المدة المحددة لأعمال الحفر وكذلك سعر الحفر، أما إن كانت لا توجد خدمات ففي هذه الحالة يقدم المقاول تسعيرة على أساس

الحفر بالآلات الميكانيكية وهذا يستغرق وقتا أقل وكلفة أقل. فعلى الرغم من الغموض في المواصفات بشأن ذلك الأمر إلا أنه عند دراسة تسعير المقاول ظهر أن المقاول قدم سعراً مفترضاً أسوأ الاحتمالات وأعد برنامجه الزمني أيضا بناءً على أسوأ الاحتمالات أي أنه سَعَر تسعيراً عاليا آخذاً في اعتباره أن أعمال الحفر قد تكون يدوية وكذلك أعطى لنفسه مهلة زمنية كافية للقيام بأعمال الحفر بشكل يدوي، فإنه على الرغم من وجود الغموض إلا أن المقاول قد أخذ ذلك في اعتباره وسعر على أساسه فإذا كان من الواضح أن المقاول قد اتخذ حذره وأعد سعره على أساس أسوأ الاحتمالات وبالتالي فإنه قد احتاط للأمر ولم يتضرر من وجود هذا الغموض وبالتالي فهو لا يستحق التعويض عنه وهنا لا تحق له المطالبة بأية زيادة في السعر أو أي تمديد في المدة الزمنية. أي أنه على الرغم من عدم وضوح مستندات التعاقد فإن المقاول قد تحسب وجود خدمات تحت الأرض وأعد لهذا الأمر عدته سواء في الموارد أو المدة الزمنية فإن هذا لا يعد غموضا بالنسبة له على الرغم من وجود الغموض فعلياً في المستندات التعاقدية.

كما سبق، قد تم اللجوء إلى سلوك الأطراف المتعاقدة لإيضاح فهمهم للعقد من خلال تصرفاتهم بعد توقيع العقد وذلك فيما يتعلق بالبنود التي يكتنفها الغموض،فعلى سبيل المثال إن لم تحدد مستندات العقد قوة الخرسانة المطلوب استخدامها وقام المقاول بصب الطابق الأول واستعمل خرسانة قوتها ٢٥٠كغم/سم٢ وأقره المالك أو من ينوب عنه على ذلك ثم تكرر الأمر في الدورين الثاني والثالث فهذا يعني أن الأطراف قد استقرت على أن قوة الخرسانة هي ٢٥٠كغم/سم٢ وذلك من خلال سلوك المقاول وإقرار المالك له، فلا يجوز للمقاول أن ينقص من قوة الخرسانة في الطابق الخامس أو أن يطالب المالك زيادة قوة الخرسانة في الطابق الخامس، ففي هذه الحالة قد أقر سلوك الأطراف قوة الخرسانة الملائمة، وجدير بالذكر أنه إذا كان العقد ينص على قوة معينة للخرسانة فعلى سبيل المثال في المثال السابق إن كان العقد ينص على أن تكون قوة الخرسانة ٣٠٠كغم/سم٢، وقام المقاول كما ذُكر سابقا باستعمال خرسانة٢٥٠ كغم/سم٢، فإن سكوت المالك أو عدم اعتراضه لا يلغي حق المالك في أن يطالب المقاول بالالتزام بالعقد أو التعويض أو إنقاص المقابل نظير أن المقاول قدم مواد أقل من المطلوبة تعاقدياً فإن سكوت المالك لا يعني تنازله عن

حقه، ومن نفس المنطلق يتم القياس إذا قدم المقاول قوة أكثر من المحددة تعاقديا فعلى سبيل المثال إذا كانت قوة الخرسانة المحددة في العقد ٢٥٠كغم/سم٢ وقام المقاول ببناء عدة طوابق بخرسانة قوة ٣٠٠كغم/سم٢ فإنه لا يحق للمالك أن يطلب منه الاستمرار باستخدام خرسانة ٣٠٠كغم/سم٢، وترك القيمة المذكورة في المواصفات وهي الـــ٢٥٠كغم/سم٢، فإن سلوك الأطراف لا يلغي العقد ولكن يفسر البنود التي يكتنفها غموض في العقد وهذا ما أقره القضاء الأنجلوسكسوني.

فالقاعدة العامة هنا أن سلوك الأطراف المتعاقدة يفسر العقد لكن لا يعدله أو يغير فيه فالعقد شريعة المتعاقدين (المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري حيث نصت على " أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقررها القانون ") إلا إذا اتفق كتابة على تعديل العقد فهذا أمر مختلف، وخاصة في قطاع المقاولات.

ويقابل هذا النص في التقنينات المدنية العربية الأخرى : المادة ١٩٦ من القانون المدني الكويتي، والمادة ٢٤٩ من قانون المعاملات المدنية الإماراتى، والمادة ١٢٨ من القانون المدنى البحرينى، والمادة ٢٠٥ من القانون المدني الأردني، والمادة ١٧١ من القانون المدني القطري، والمادة ١٤٨ من القانون المدني السوري، والمواد ١١٣ و ١/١١٧ من قانون المعاملات المدنية السوداني، والمواد ١٠٦ و ١٠٧ من القانون المدني الجزائري، والمادة ٢١١ من القانون المدني اليمني، والمادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي، والمادة ١٤٧ من القانون المدني الليبي.

9. Prior negotiations or agreements، or other contracts or projects، cannot be relied upon to vary، contradict or add to the terms of the contract.

تاسعاً: لا تعد أي مناقشات أو مفاوضات أو مراسلات قبل توقيع العقد ذات تأثير في تفسير العقد،وقد يبدو هذا متضارباً مع ما سبق ذكره في القاعدة الثالثة وهي أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار الأحوال والظروف المحيطة بالعقد عند توقيعه للتعرف على نوايا الأطراف، فعلياً لا يوجد هناك أي تناقض حيث إن ما يحيط بتوقيع العقد من ظروف يعتد به في التعرف على نوايا الأطراف المتعاقدة

فقط ولكنه لا يؤخذ كذريعة أو يستعمل لإضافة كلمات إلى العقد أو أخذ كلمات منه أو تفسيره ولقد أقر هذا المبدأ القضاء الأنجلوسكسوني في القضية التالية:

أن كثيراً من العقود تنص صراحة في الشروط الحقوقية على أن هذا العقد ينسخ ما قبله من مفاوضات أو مراسلات أو مناقشات وما يذكر فيه هو الشيء الوحيد الذي يلتزم به الأطراف.

10. Obvious mistakes of writing، grammar or punctuation will be corrected.

عاشراً: الأخطاء الواضحة من حيث اللغة وقواعد اللغة يجب أن تصحح.

[راجع: الأخطاء في العقد (الكتاب الأول للمؤلف من هذه المجموعة)].

11. Written matter in a contract will be given greater effect than printed matter.

الحادي عشر: المكتوب بخط اليد له الأفضلية على المكتوب بالطباعة والمكتوب بالآلة الكاتبة أو الحاسب الآلي.

12. Specific provisions will also control over general provisions as a general rule.

الثاني عشر: الشروط الخاصة لها الأفضلية على الشروط العامة وما ذكر في الشروط الخاصة يقيد الشروط العامة.

أي أن الشروط الخاصة لها الأولوية على الشروط العامة.

ومن المهم إعداد المستندات بحيث تكون خالية من التناقضات والتضاربات وأهمية عقد اجتماع ما قبل تقديم العطاء لمناقشة أي غموض أو أخطاء وإعطاء الفرصة للمتقدمين للعطاء لتقديم استفساراتهم والرد عليها، وكذلك أهمية التركيز على مراجعة المستندات قبل طرحها وعقد اجتماع ما قبل التشييد والتركيز على إيضاح النقاط فيه ثم مناقشة كيفية حل أي نزاع قد ينشأ نتيجة هذا الخلاف في التفسير وكيف أنه يمكن تداركه في البداية وحله بشكل فعال ودون التأثير على سير المشروع ثم تفصيل كيفية إدارة هذه الخلافات.