

(أثر جائحة كورونا على عقود مقاولات البناء والفيديك (FIDIC))

(ورقة علمية تطبيقية)

د: عارف بن صالح العلي، الأستاذ بالمعهد العالي للقضاء

1442 هـ - 2020 م

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فإن عقود مقاولات البناء والفيديك تعد من أهم العقود المتأثرة بجائحة كورونا المستجد (كوفيد 19)؛ إذ يُتوقع أن تمتد آثارها على هذه العقود لسنوات عدة حتى بعد زوال الجائحة باعتبار أن عقود المقاولات تعد من العقود المتراخية التي يستغرق تنفيذها وتسوية المدفوعات فيها أمدا طويلا، مما يعني أن جزءا كبيرا من منازعات الأطراف ستبرز عند انتهاء الأعمال غالبا.

ووجه تأثر هذه العقود بالجائحة؛ أن الجائحة مرت بفترات متباينة ترتب عليها صدور العديد من قرارات الحظر الحكومي تدرجت بين تعليق الأعمال تماما، ومنع التجمعات، وتقييد الاستيراد، والحد من السفر، ثم تلاه حظر جزئي ترتب عليه الإذن بممارسة الأعمال في أوقات محدودة، والإذن بالتجمع لأعداد محدودة، ثم تلاه إلغاء لبعض قرارات الحظر واستمرار لبعضها، وربما تعود بعض قرارات الحظر عند عودة اشتداد الجائحة من جديد، وهذه القرارات أُلقت بظلالها على الكثير من المقاولين وأرباب العمل:

فأما المقاولون: فقد تكبدوا تكاليف إضافية من حيث تكلفة العمالة ورواتبهم ومعيشتهم وسكناتهم، فضلا عن تغير أسعار مواد البناء أو تأخر توريدها إذا كان العقد متضمنا توفيرها من قبل المقاول، وهذه التكاليف على المقاول تُرتب إهدار بعض من هامشه الربحي أو كله بل وربما تحمله خسارة إضافية.

وأما أرباب العمل فوجه تضررهم: تأخر آجال العقد وخاصة إذا كان هناك شروط جزائية عليهم من قبل المشتريين أو المستأجرين، كما تضرر بعضهم بعدم قدرته على تمويل المشروع بسبب ضعف التدفقات النقدية لديه جراء تبعات الجائحة مما جعله يطلب تأجيل أو فسخ العقد مع المقاول.

ولذا فالإشكالية التي ستركز عليها هذه الورقة هي بيان مدى حق المقاول في مد آجال العقد دون احتساب غرامات تأخير عليه، وكذا بيان مدى استحقاق أحد الطرفين لتطبيق التوازن العقدي بتعويضه جزئيا عن

التكاليف الزائدة التي غرمتها بسبب الحظر، كما تناقش مدى أحقية أي منهما في تأجيل تنفيذ العقد، أو تأجيل الدفعات، أو فسخ العقد.

كما أبين في هذه الورقة موقف الفقه الإسلامي والقانون الأجنبي من أثر الجائحة على هذه العقود، وأحاول أيضا استشراف موقف القضاء السعودي من ذلك.

وقد قسمت هذه الورقة إلى قسمين:

القسم الأول: أثر الجائحة على عقد مقاوله البناء العادي.

القسم الثاني: أثر الجائحة على عقد الفيديك FIDIC.

وقبل بيان هذه الأقسام أنبه إلى أمور ينبغي ألا تغيب عن المختص:

التنبيه الأول: أن عقود المقاوله تتفاوت في التأثر بالجائحة، فبعضها:

أ- كان الضرر والخسارة فيها فادحة لكن يمكن الاستمرار في العقد من خلال تحقيق التوازن العقدي.

ب: وفي بعضها كان الاستمرار في التنفيذ مستحيلا فينقض بذلك العقد، علما بأنه يندر تحقق ضوابط استحالة التنفيذ بسبب الجائحة.

ج- وبعضها لم تتأثر بالجائحة تأثرا يذكر؛ فهذه يُقتصر فيها على إعادة جدولة مدد التنفيذ.

ويترتب على هذا التفاوت: أنه لا يصح اطراد تطبيق أحكام واحدة لآثار الجائحة على عقود المقاولات لاختلاف الظروف التي تحفُّ كل عقد؛ فكل حالة تُقدر بمقدار ما يدفع الضرر فقط كما سيأتي بيان ذلك.

التنبيه الثاني: يجدر بالمختص بمنازعات عقود المقاولات أن يتأنى عند إيراد استدلالاته وشواهد أمام القضاء السعودي، فلا يقتبس الأحكام والنصوص من القانون والقضاء الأجنبي ظنا منه أن القضاء السعودي سيستند إليهما، لكن له أن يوردها على وجه الاسترشاد، وعلة ذلك: أن المملكة لم يصدر لها قانون مدني تبسط فيه أحكام المقاوله وأحكام الظروف الطارئة والقوة القاهرة؛ ولذا فالأصل: أن المرجع في ذلك للفقه الإسلامي؛ إلا إذا تطرق العقد لأحكام القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، أو لاختصاص قانون أو جهة أجنبية، ومن ذلك عقود الفيديك التي أفردت فصلا للقوة القاهرة (كالفصل التاسع عشر من الكتاب الأحمر)؛ فالمرجعية حينئذ للعقد فيما لم يخالف منه دليلا شرعيا قطعيا، أو دليلا شرعيا ظني الدلالة من

جميع وجوهه المحتملة، أو يخالف نصها نظامياً أمراً، أو يخالف شروطه مقصود العقد، أي تخالف أصل العقد وثمرته.

والخلاصة: أن القضاء السعودي لا ينادى بالكلية عن الاتجاهات المختلفة للقوانين الأجنبية فيما يتصل بعقود المقاولة، لكنه ربما استرشد بها فقط من غير التزام مطلق بها، وربما اقتبس منها ما يتناسب مع ظروف كل دعوى وبما لا يخالف الفقه الإسلامي وقواعده، وهناك شواهد آتية على ذلك.

-التنبيه الثالث: أن بعض الأنظمة السعودية وإن تطرقت للظروف الطارئة والقوة القاهرة؛ كنظام العمل، والنظام البحري التجاري، ونظام الاستثمار التعديني وغيرها، إلا أن هذه الأنظمة تسري فقط على الوقائع المتعلقة بهذه الأنظمة ولا يسوغ الاستشهاد بها على المنازعات الخارجة عن هذه الأنظمة.

-التنبيه الرابع: أن الما قول قد يكون متعثراً أو مقصراً في عمله قبل وقوع الجائحة، وظن بعد وقوعها أن الفرصة سانحة له للتملص من التزاماته أو طلب الفسخ، وذات الأمر ينطبق على رب العمل المتعثر بالدفعات؛ فالحكم هنا: أن الجائحة في هذه الحالة لا تعد عذراً لأي منهما للتحلل من التزامه ما لم ينص العقد على خلاف ذلك.

-التنبيه الخامس: أن جدة الجائحة وتنوع صورها وآثارها على ميدان المقاولات يجعل من العسير إسقاط النظريات الفقهية والقانونية بشكل تام على منازعاتها، غير أن هناك "معالم" رئيسية في طريق الخصومة تُستمد من هذه النظريات وعلى المختص الوقوف عند حدودها.

القسم الأول: أثر الجائحة على عقد مقاولة البناء العادي:

1-1: التعريف بعقد المقاولة وصوره:

-في البداية يحسن أن نعرّف باختصار بعقد المقاولة وتكييفه وصوره حتى يسهل فهم أثر الجائحة عليه، فهو "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"، وهذا التعريف يشمل كافة عقود المقاولة؛ فيدخل فيه مقاولة المباني، ومقاولة التوريد، ومقاولة النقل، وغيرها، لكن: إذا أُطلقت المقاولة دون تحديد فالعرف يصرفها لمقاولة البناء، وكذا القواعد العامة لعقد المقاولة؛ فقد انطلقت من مقاولة البناء تحديداً لكن أحكامها تسري على سائر عقود المقاولة.

- وللمقابلة صورتان شهيرتان، فالصورة الأولى: أن يقدم المقاول العمل والأدوات معا، وهو ما تعرف عليه بـ "تسليم المفتاح"؛ فتكيف هذه الصورة قانونا بأنها جمع بين البيع والمقابلة، فالمقاول كبائع: مسؤول عن توريد المواد وجودتها، كما تسري أحكام المقابلة على تقديمه للعمل.

-وأما في الفقه الإسلامي فتعد هذه الصورة استصناعا، والاستصناع: "عقد على مبيع موصوف في الذمة مع صانع على صناعة شيء"، ففي عقد مقابلة البناء يعد المقاول صانعا، ورب العمل مستصنع، والمبنى مصنع، والراجح في تكيف الاستصناع قول الحنفية فيه وهو أنه عقد مستقل لا يلحق بالسلم، إذ يفارقه بعدم اشتراط تعجيل الثمن فيه بخلاف السلم الذي يُشترط فيه ذلك، والاستصناع أجازته مجمع الفقه الإسلامي بضوابط .

-وأما الصورة الثانية للمقابلة فهي أن يقدم المقاول العمل فقط، ويقدم رب العمل المواد، فهنا يكيف العقد قانونا بأنه مقابلة خالصة، ويقع على المقاول عبء الحفاظ على المواد وأن يبذل في ذلك عناية المقاول المعتاد، وهذه الصورة تكيف في الفقه الإسلامي بأنها عقد إجارة أجير مشترك، وهو العقد الذي يقع مع الأجير على عمل معين، وسمي مشتركا لأنه يتقبل أعمالا لاثنين وثلاثة وأكثر في وقت واحد، فرب العمل لا يتفرد بنفع المقاول.

2-1:نظريتا الظروف الطارئة والقوة القاهرة ومدى إسقاط أحكامهما على عقود المقابلة المتأثرة بالجائحة:

- عند التأمل في غالب عقود مقاولات البناء المتأثرة بالجائحة نجدها داخلية ضمن الظروف الطارئة لا القوة القاهرة باعتبار أن التنفيذ فيها كان مرهقا لا مستحيلا، وسنتناول باختصار نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة وفقا لأبرز القوانين المدنية الأجنبية وشراحها، مع إسقاط أحكامهما على عقود مقابلة البناء، ثم نبين موقف الفقه الإسلامي والقضاء السعودي من هاتين النظريتين.

-فالأصل أن التزام المقاول بالتسليم في الأجل المحدد يعد التزاما بتحقيق غاية، وإخلاله بذلك يرتب مسؤوليته دون حاجة لإثبات من رب العمل، لأن عدم التسليم يعد خطأ في حد ذاته، ولا تنتفي المسؤولية إلا بالسبب الأجنبي، ومما يدخل في السبب الأجنبي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

3-1: التعريف بالظروف الطارئة:

تعرف الظروف الطارئة بأنها: (الحوادث الاستثنائية العامة التي لم يكن في الوسع توقعها وتجعل من تنفيذ العقد (مرهقا) لا مستحيلا).

ومن أمثلة الحوادث الاستثنائية العامة الحرب، والوباء العام، ومن ذلك جائحة كورونا وما تبعها من قرارات حظر حكومي شامل أو جزئي، سواء قرارات حظر التنقل أو إيقاف الاستيراد أو إيقاف السفر وما رتبته من إيقاف توريد العمالة، فقد ترتب على هذه القرارات تبعات عادت على المقاول أو على رب العمل بالإرهاق في تنفيذ الالتزامات، لا استحالة تنفيذها، وذلك في الكثير الغالب من عقود مقاولات البناء المتأثرة بالجائحة.

4-1: آثار الظروف الطارئة:

-يترتب على الظروف الطارئة: أنه لا ينقضي بها العقد، فيجوز للقاضي حينئذ اختيار الأنسب من خيارات التوازن العقدي التي يرد بها الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بحيث يطيقه المدين بمشقة لا إرهاق، وهذا بخلاف القوة القاهرة التي تجعل من تنفيذ الالتزام مستحيلا وينقضي بها العقد كما سيأتي.

وتطبيقا لذلك: لو ترتب على جائحة كورونا والقرارات الناشئة عنها إرهاق المقاول بأن لحقته خسارة (غير معتادة) بسبب تكلفة العمالة وتعطلهم أثناء الجائحة، أو لشح المواد وارتفاع قيمها، أو ترتب عليها إرهاق (غير معتاد) على رب العمل كأن ترتب تأخيرا سبب له خسارة تجاه مشتري الوحدات أو المستأجرين بسبب الشروط الجزائية؛ فيجوز للقاضي حينئذ أن يتخذ الأنسب من الخيارات التالية:

الخيار الأول: الاكتفاء بمد آجال التنفيذ وفقا لمدد الحظر الحكومي دون ترتيب غرامات تأخير، وهو الخيار الأوفر حظا في التطبيق بالنسبة لكثير من عقود المقاولات المتأثرة بالجائحة التي اقتصر الضرر فيها على التأخير فقط، على أن القاضي في هذا الخيار عليه أن يضيف -فضلا عن مدة الحظر- مدة إضافية أخرى معقولة يتمكن فيها المقاول من عودته لأعماله بعد الانقطاع ، وهذه المدة الإضافية يضبطها العرف.

وننبه هنا إلى أنه لابد من تتبع تواريخ الحظر الحكومي، فبعض فترات شدة الجائحة كان الحظر فيها كليا، وفي بعضها كان الحظر جزئيا، واحتساب هذا المدد بدقة مهم جدا لتأثيره في احتساب مدد التوقف عن أداء الالتزامات، لأن بعض المقاولين ربما زاد في مدة التوقف دون مبرر رغم رفع الحظر، أو أنه لم يستفد من مدد الحظر الجزئي فعامله معاملة الحظر الكلي فامتنع عن العمل بالكلية دون مسوغ وجيه.

وهذا الخيار يتفق مع ما أخذ به تعميم وزير المالية رقم (13961) وتاريخ (1441/8/20هـ) بشأن التأخير في العقود الحكومية ذات التنفيذ المستمر (ومنها عقود مقاوله المباني) نتيجة جائحة كورونا، حيث أجاز للوزارة المعنية تمديد عقود تلك الأعمال والإعفاء من الغرامة، واعتبر التعميم أن التأخير في تنفيذ الأعمال داخل ضمن الحالات المنصوص عليها في المادة (74) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية، وهي كالتالي:

1- إذا كان التأخير يعود إلى الجهة الحكومية أو ظروف طارئة.

2- إذا تأخر المتعاقد معه عن تنفيذ العقد لأسباب خارجة عن إرادته.

3- إذا صدر أمر من الجهة الحكومية بإيقاف الأعمال أو بعدها لأسباب لا تعود إلى المتعاقد معه.

-ومن تطبيقات القضاء السعودي لهذا الخيار حكم هيئة التدقيق الإداري بديوان المظالم رقم 199/ت/1 لعام 1417 وجاء في خلاصته: "الثابت توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد محل النزاع، إذ أنه متراخ لمدة سنة كاملة، وقد جددت بعد تقديم المدعي تعرضه لحوادث استثنائية وهي حرب الخليج التي لم يكن بالإمكان توقع حدوثها ولا دفعها، وقد جعلت تنفيذ المدعية لالتزامها مرهقا وليس مستحيلا؛ مما يرتب استحقاق المدعية تمديد العقد بالمدة الكافية التي تعوضها عما فاتها... أثر ذلك: إلزام المدعي عليها بأن تعيد للمدعية ما حسمته زيادة على غرامة التأخير المستحقة وتكاليف الإشراف"، وكذا حكم دائرة الاستئناف الإداري بديوان المظالم رقم 381/إس/1 لعام 1429هـ، وجاء في خلاصته: "أن الشركة المدعية تأخرت في تنفيذ المشروع مدة 140 يوما... وأن أداء العمل سار ببطء بسبب انتشار مرض حى الوادي المتصدع... وأن ظهور الأوبئة والأمراض يعد من قبيل الظروف الطارئة التي يعذر بها المقاول، وينبغي أن تؤخذ في حسابان الجهة الإدارية عند نظرها في مدة تأخير المقاول من عدمه؛ أثر ذلك: إلزام الجهة بان ترد للشركة المدعية المبلغ الذي حسمته من مستحققاتها مقابل غرامات التأخير والإشراف".

-ويحسن الإشارة هنا إلى أن المقاول الذي ترتبت عليه غرامات تأخير قبل وقوع الجائحة لا يغرم غرامات تأخير إضافية بعد الجائحة، لأنه تأخير الأول كان متسببا فيه؛ أما التأخير الناشئ عن الجائحة فلا يد له فيه.

الخيار الثاني: ويتمثل في زيادة مبلغ الالتزام على الدائن (رب العمل) بما يحقق إعادة التوازن بين الطرفين، دون أن يتحمل الدائن قيمة الارتفاع المألوف، ونورد مثلا تطبيقيا على ذلك:

- فلو أن مقاولاً لحقته خسارة فادحة جراء الجائحة، وكان العقد معه شاملاً التزامه بالعمل والمواد، وكانت القيمة الأصلية للعقد 10 ملايين ريال، وبعد الجائحة قدرت قيمة العقد بـ 12 مليون ريال لقاء زيادة تكلفة العمالة وتعطلهم وغلاء المواد خلال فترة الحظر فضلاً عن التكاليف الأخرى التي تكبدها المقاول، ففي هذه الحالة يرفع القاضي سعر العقد، ولكنه لا يرفعه لـ 12 مليوناً أي بزيادة مليونين عن قيمته الأصلية؛ بل يُنظر في مقدار الارتفاع المؤلف الذي يحصل في عقود المقاولات في الظروف المعتادة، لأن الارتفاع المؤلف يتحملة المدين وحده وهو هنا المقاول لا رب العمل، ولنفترض أن هذا الارتفاع المؤلف قدر بنصف مليون ريال، فيبقى مليون ونصف تكون هي محل الارتفاع غير المؤلف، فيقسمها القاضي مناصفة بين المقاول ورب العمل على كل واحد منهما 750 ألفاً، فتكون قيمة العقد التي يلتزم بها رب العمل 10 ملايين و750 ألفاً.

-ومن تطبيقات هذا الخيار في القضاء السعودي الحكم الصادر من ديوان المظالم رقم 5/ت/1 لعام 1417هـ وجاء في خلاصته أن: "مطالبة المدعية إلزام المدعى عليها دفع المبالغ المالية التي دفعتها في مقابل زيادة أجور العمال في دولة غينيا أثناء تنفيذها المركز الإسلامي فالمقرر أن مطالبة المدعية تستند على نظرية الظروف الطارئة والتي تشابه ما ذكره الفقهاء عند مسألة رد الجوائح، والمقرر أن لنظرية الظروف الطارئة شروطاً أربعة.... والثابت من وقائع الدعوى انطباق شروط النظرية المذكورة.....فقد جددت بعد التعاقد أمور طارئة استثنائية عامة وهي قيام حكومة غينيا بزيادة رواتب وأجور العمال، ولم يكن بإمكان المدعية توقع حدوث ذلك، مما جعل التزامها مرهقاً إرهاباً شديداً أخل بالتوازن المالي للعقد، مما ترى معه الدائرة رد الالتزام المرهق للمدعية إلى الحد المعقول وذلك بتشارك المدعية والمدعى عليها في تحمل زيادة الأجور معاً...".

الخيار الثالث: قد يرى القاضي إنقاص الأعباء على المقاول بإسقاط بعض الالتزامات عنه وذلك بتحويل بعض الأعمال لمقاول آخر مع المضي في العقد.

كما نشير إلى أن بعض القوانين أضافت خيار فسخ العقد في الظروف الطارئة، بالرغم من أن خيار الفسخ هو مما تقتضيه القوة القاهرة لا الظروف الطارئة، لكن المتأمل في ظروف الجائحة يجد أن خيار الفسخ بالنسبة لأغلب عقود المقاولات يعد خياراً بعيداً لأن الاستمرار في العمل كان ممكناً لا متعذراً في جل عقود مقاولات البناء المتأثرة بالجائحة.

5-1: شروط أعمال الظروف الطارئة:

إن تحقيق التوازن العقدي عند حدوث الظرف الطارئ ليس على إطلاقه بل لأبده من شروط:

الشرط الأول: أن يكون العقد محل الحادث الطارئ متراخي التنفيذ كالمقولة، ويخرج بذلك العقد الفوري التنفيذ كالبيع فلا يعد محلاً لهذه النظرية إلا نادراً.

والشرط الثاني: أن يكون تنفيذ العقد مرهقاً بالنسبة للمدين ولم يصل لدرجة استحالة تنفيذه، وهذا الإرهاق هو الغالب على عقود المقاولات أثناء الجائحة؛ فلم تصل درجاتها لاستحالة التنفيذ إلا في النادر منها.

والإرهاق ليس له ضابط محدد، أو مقدار ثابت، بل هو مرن يتغير بتغير الظروف، فما يكون مرهقاً لمقاول قد لا يكون مرهقاً لمقاول آخر، والمهم في الإرهاق أن يهدد المدين مقاولاً كان أو رب عمل بخسارة فادحة، أما الخسارة المعتادة فلا تدخل في الإرهاق.

ومقياس الخسارة يقاس بظروف المقاول أو رب العمل العادي بصرف النظر عن ملاءته وتمكنه من ابتلاع الخسارة، وعلى هذا لو تم التعاقد مع مقاول ملىء ثم وقعت الجائحة وترتب على ذلك ارتفاع الأسعار وتكلفة العمالة عليه بشكل يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد فلا يحق لرب العمل الامتناع عن إعادة التوازن العقدي بحجة ملاءة المقاول، فالإرهاق معياره موضوعي قاصر على الصفقة المعقودة، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المقاول.

-الشرط الثالث: أن يكون الحادث الطارئ استثنائياً غير مألوف الحدوث ولا متوقع الحدوث، فإن كان مألوفاً أو متوقعاً فلا يفيد المضرور من هذه النظرية.

الشرط الرابع: أن يكون الحادث غير مستطاع الدفع.

الشرط الخامس: أن يجدَّ الحادث الطارئ بعد إبرام العقد: فإن أبرم عقد المقولة بعد وقوع جائحة كورونا والعلم بها فلا تنطبق النظرية حينئذ ولا يفيد من آثارها أي من الطرفين.

-الشرط السادس: أن يكون الظرف الطارئ عاماً لا يختص بالمدين وحده، كالوباء المنتشر وما جره من خطر، ومن ذلك وباء كورونا، ويخرج بذلك: الظرف الطارئ الخاص بالمقاول أو رب العمل كإفلاسه أو مرضه أو اضطراب أعماله فلا يفيد أي منهما حينئذ من نظرية الحوادث الطارئة، وأما الفقه الإسلامي فعند التأمل في تطبيقات الأعذار الموجبة لفسخ العقد نجد أن فقهاء الحنفية يعتدون بالعدر سواء كان عاماً أو

خاصا بفرد معين إذا لحق به ضرر زائد غير مستحق بالعقد، كما يعتد جمهور الفقهاء الذين أخذوا بنظرية الجوائح بفردية الضرر.

-بقي أن نشير هنا إلى أهمية عدم الخلط بين مفهوم (التوازن العقدي) الذي يراد به تحقيق التعادل الاقتصادي بين طرفي العقد بحيث يكون ما يأخذه المتعاقد متناسبا مع ما يعطيه إياه المتعاقد الآخر، وبين مفهوم (التوازن المالي) للعقد الإداري الذي يعطي الحق للمتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض كامل نتيجة ما تحمله من أعباء مالية بسبب تعديل العقد من قبل الإدارة.

6-1: التعريف بالقوة القاهرة والفروق بينها وبين الظروف الطارئة:

تعرف القوة القاهرة بأنها: (الحادث غير متوقع الحصول، وغير ممكن الدفع، ولا يمكن نسبته إلى المدين)، أي لا يد له فيه، ومثالها الزلازل والعواصف والحروب وما تخلفه من أزمات، والإضراب غير المتوقع، والمرض الطارئ، وكذلك جائحة كورونا إذا أدت تبعاتها لاستحالة تنفيذ العقد لا الإرهاق في تنفيذه .

والفروق الجوهرية بين القوة القاهرة والظروف الطارئة: أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما الظرف الطارئ فيمكن القيام به مع العنت والخسارة الفادحة، أيضا القوة القاهرة ينقضي بها الالتزام أو يوقف تنفيذه لحين زوال القوة القاهرة، أما الظرف الطارئ فالأصل عدم انقضاء الالتزام معه بل يُرد إلى الحد المعقول.

ويُشترط في القوة القاهرة: أن يكون الحادث عاما، وغير متوقع الحدوث ولا مستطاع الدفع، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا لا مرهقا.

وقد سبق القول أنه عند التأمل في جائحة كورونا وتبعاتها على عقود مقاولة البناء يُلاحظ أن هذه التبعات تندرج تحت الظروف الطارئة لا القوة القاهرة، فالجائحة جعلت تنفيذ الالتزامات ممكنا مع الإرهاق لا مستحيلا، فالاستحالة كانت نادرة في بعض الحالات، ومن أمثلة الاستحالة: لو كان التعاقد لإنشاء مبنى لاستغلاله خلال حج العام المنصرم، فهنا نكون أمام قوة القاهرة ينقضي بها العقد لا ظروف طارئة، لأن الأشهر التي سبقت الحج كان الحظر الرسمي الكلي أو الجزئي وتبعاته ساريا مما يرتب استحالة تسليم المقاول في الأجل المستهدف لرب العمل.

7-1: موقف الفقه الإسلامي من نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة:

- يتفق الفقه الإسلامي في الجملة مع الآثار والضوابط القانونية للظروف الطارئة والقوة القاهرة، عدا اشتراط أن يكون الضرر عاما، والفقه الإسلامي كما بينا في التقديم يُعد المرجعية فيما سكت عنه عقد المقاولة لعدم صدور نظام مدني للمملكة مستمد من الفقه الإسلامي حتى الآن.

والشريعة وإن أوجبت الالتزام بالعقود، إلا أنها رهنّت القوة الملزمة للعقد ببقاء الظروف التي تم فيها العقد، فإذا تغيرت هذه الظروف وأصبح تنفيذ الالتزام مجحفاً بأحد العاقدين ضاراً به فلا يجوز حينئذ للمتعاقد الآخر التمسك بحقه المكتسب لما فيه من الضرر ومنافاة العدل.

وبتطبيق ذلك على جائحة كورونا نجد أن عاقدَي المقاولة لا حول لهما ولا قوة في هذه الجائحة وما رتبته من حظر أدى للتأخير أو لزيادة التكاليف زيادة غير معتادة، والشريعة بأدلتها وقواعدها تدفع المضار بقدر الإمكان، وترفع الضرر عن المدين المرهق إرهاقا غير معتاد، يقرر ذلك قوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)، وقوله تعالى: (وما جعل عليكم في الدين من حرج)، وقوله تعالى: (إن الله يأمر بالعدل والإحسان) فضلا عن أحاديث وضع الجوائح الآتي بيانها، وكذا القواعد الفقهية التي تقرّر نفي الضرر والتخفيف من وطأته، ومنها: قاعدة: الضرر يزال، وقاعدة: لا ضرر ولا ضرار، وقاعدة: الضرر يدفع بقدر الإمكان، وقاعدة: المشقة تجلب التيسير، وقاعدة إذا ضاق الأمر اتسع.

-كما أن الشريعة أخذت بنظرتي ضمان الجوائح والتي أخذ بها فقهاء المالكية والحنابلة؛ ونظرية العذر التي أخذ بها فقهاء الحنفية.

فأما نظرية ضمان الجوائح فيراد بها: ضمان كل آفة أو مصيبة لا يستطيع دفعها، والأصل فيها:

أ- حديث جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم "أمر بوضع الجوائح"، (رواه مسلم) والوضع: الإسقاط، ومعنى الحديث: أن يُسقط البائع عن المشتري من الثمن ما يقابل الثمار التي تلفت بالجائحة.

ب- قوله صلى الله عليه وسلم: "لو بعث من أخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق" (رواه مسلم)، فدل هذا على أن من الظلم إجبار المشتري على دفع الثمن رغم هلاك المعقود عليه.

والحديثان وإن وردا في جوائح الثمار إلا أن الفقهاء ألحقوا بها الجوائح الأخرى، ومن ذلك الحرب أو البرد الشديد أو الحر الشديد، أو الوباء، ومن أوجه الإلحاق بها: ما ذكره شيخ الإسلام من الحط عن مستأجر العقار لغرض الانتفاع به كصاحب الحمام والفندق إذا نقصت منفعتها بسبب حرب أو خوف ونحوه.

-وقد اختلف الفقهاء القائلون بوضع الجوائح في مقدار الضرر الموجب للإسقاط، فأحمد واختيار شيخ الإسلام قالوا بوضع الجوائح مطلقاً دون تحديد لمقدار الضرر متى كان الضرر غير معتاد، وضابط ذلك العرف، بخلاف المالكية الذين حدوا الأضرار بالثلث، فما كان أقل منه فلا يُسقط عن المتضرر شيء وما زاد عن الثلث أُسقط، وعللوا: بأن الثلث يعد معياراً للتفرقة بين القليل والكثير، وتطبيقاً لذلك لو لحق بسبب جائحة كورونا ضرر على الماويل غير معتاد على رأي أحمد، أو زاد الضرر عن ثلث قيمة العقد على رأي المالكية فإما أن يفسخ العقد، أو يتحمل رب العمل عبء الخسارة بزيادة مبلغ العقد.

-وأما نظرية العذر في الفقه الإسلامي فقررها فقهاء الحنفية، وضابط العذر عندهم هو: (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يُستحق بالعقد)، وقد توسع الحنفية في تطبيقات الفسخ بالعذر، ورتبوا على تحققه انفساخ العقد به، ومن تطبيقاته عندهم: أن من استأجر دكاناً فأفلس فالقاضي يفسخ عقد الإجارة بذلك، وبعض هذه التطبيقات محل اتفاق عند بقية الفقهاء، وبعضها محل خلاف.

-كما فرق الفقهاء بين ما كان تنفيذ العقد فيه مستحيلاً، وبين ما كان ممكناً بمشقة، فيرتبون الفسخ في الأول والتعويض في الثاني، وفي ذلك يقول شيخ الإسلام ابن تيمية: "أما إذا استأجر أرضاً للزرع فلم يأت المطر المعتاد فله الفسخ باتفاق العلماء..... وأما إذا نقصت المنفعة كما لو جاء المطر متقطعاً على غير المعتاد فإنه يُنقص من الأجرة بقدر ما نقصت المنفعة، نص على هذا أحمد بن حنبل وغيره، فيقال كم أجرة الأرض مع حصول الماء المعتاد؟ فيقال: ألف درهم، ويقال كم أجرتها مع نقص المطر هذا النقص؟ فيقال خمسمائة درهم، فيُحط عن المستأجر نصف الأجرة المسماة".

8-1: موقف الفقهاء المعاصرين من نظرية الظروف الطارئة:

صدر قرار عن مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة عام 1402 هـ بشأن "الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية": "وَصُدِّرَ القرارُ بأمثلة عديدة منها المثال التالي: "لو أن عقد مقاوله أبرم لإنشاء بناية كبيرة وحدد سعر المتر بمبلغ مائة دينار مثلاً، وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وأجور عمال وسواها تبلغ عند العقد- للمتر الواحد- ثمانين ديناراً، فوَقَّعت حرب غير متوقعة، أو حادث آخر خلال التنفيذ، قطعت بسببه الاتصالات والاستيراد، وارتفعت بسببه الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً جداً.. فهل يبقى المتعاقد على أسعاره؟ أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة؟"

ثم خُصَّ القرار إلى أنه في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غَيْرَ الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فإنه يحق للقاضي اتخاذ أحد الخيارات الآتية:

أ- تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين.

ب- أو أن يُفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له، صاحب الحق في التنفيذ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد، بحيث يتحقق العدل بينهما دون إرهاب للملتزم.

ج- أو أن يُمهّل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

- كما أصدر المجمع قراراً بشأن عقود الفيديك الإنشائية برقم 232، في الجلسة الرابعة والعشرين، عام 1441 هـ، وقرر فيه جواز الزيادة في الثمن بسبب تغير الظروف، فنص على أن: (.. ما يزداد في الثمن بسبب تغير ظروف التنفيذ أو تعديل محل العقد فهو تعويض عن الضرر).

- كما تناولت المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية أثر الظروف الطارئة على عقد الاستصناع، فنص المعيار رقم 11 على أنه: "إذا وُجدت ظروف طارئة تستدعي تعديل ثمن الاستصناع زيادة أو نقصاً: فإنه يجوز -أي التعديل- باتفاق الطرفين، أو بالتحكيم، أو بالرجوع إلى القضاء...".

9-1: موقف القضاء السعودي من أثر الجائحة على عقود المقاولات:

نظراً لما أسلفناه من أن عقد المقاولات يعد من العقود المتراخية التنفيذ، فيترتب على هذا التراخي رغبة الأطراف في تأجيل مواطن الخلاف وتسوية المستحقات لحين إنهاء المشروع؛ وربما عالجوا مواطن الخلاف الناشئة عن الجائحة في حينها، وحتى كتابة هذه الورقة لم يصدر -فيما أعلم- أحكام قضائية تتعلق بأثار جائحة كورونا على عقود مقاولات البناء، إلا أنه يمكن أن يُستردد ببعض الأحكام التي أوردناها سابقاً، والتي اشتملت على وقائع تتعلق بعقود مقاولات احتفت بها ظروف طارئة، حيث اشتملت على تحقيق التوازن العقدي من خلال مقاسمة الأضرار بين طرفي عقد المقاولات، أو الاكتفاء بإعادة جدولة مدد العقد.

القسم الثاني: أثر الجائحة على عقد الفيديك (FIDIC):

-نأتي الآن للقسم الثاني من هذه الورقة، وهو آثار الجائحة على عقود الفيديك، وقبل بيان هذه الآثار ننبه إلى ما أشرنا إليه سابقاً: فعقد الفيديك كسائر عقود المقاولة الضمر فيه متفاوت، فهناك عقود كان أثر الجائحة على أطرافها أو أحدهما جسيماً، وهناك عقود كان الأثر متوسطاً، وهناك عقود كان الأثر يسيراً أو معدوماً، والطرف المتضرر بسبب الجائحة لا يفيد من الإعفاءات أو التسهيلات الواردة في العقد إلا إذا تحقق الضرر فعلاً وفق الضوابط الآتي بيانها.

كما ننبه إلى أن تنزيل أحكام القوة القاهرة الواردة في الفصل 19 من عقد الفيديك الأحمر على العقود المتأثرة بجائحة كورونا وما ترتب عليها من قرارات حظر حكومي؛ أن هذا التنزيل يظل داخلاً ضمن دائرة الاجتهاد وليس الجزم القاطع، فعقد الفيديك أعطى خطوطاً عريضة لأحكام القوة القاهرة والظروف الاستثنائية، وهو الأمر الذي يؤكد أهمية لجوء الأطراف للتفاوض والوساطة كخيار أولي تقدم فيه تنازلات جزئية من كل طرف، وبما يتوافق مع شروط الفصل العشرين من العقد والخاص بالمطالبات والخلافات والتحكيم.

1-2: مقدمة تعريفية بعقود الفيديك:

قبل بيان الآثار نبدأ بلمحة سريعة عن عقود الفيديك، فهي عقود نموذجية للإنشاءات تنظم سلسلة عمليات الإنشاء من بدايتها وحتى انتهائها، وصدرت عن الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين FIDIC، ومقره الحالي في سويسرا، وأشهر هذه العقود (الكتاب الأحمر) ويعد الأكثر انتشاراً في تنظيم عقود المقاولات في كثير من دول العالم ومنها المملكة ودول الخليج في عقود المقاولات الكبرى، ومن مزايا عقود الفيديك:

أ- أنها تحقق غالباً مبدأ الكفاية الذاتية لعقود البناء والتشييد.

ب- توفيرها الوقت والجهد عند الصياغة، فهي نتاج لخبرات تراكمية مطولة، والواقع العملي يشهد باعتمادها نموذجاً مع اكتفاء طرفي العقد عادة بإدخال تعديلات يسيرة عليه.

ج-تبصيرها الأطراف بمخاطر العقد مسبقا.

د-توزيعها المسؤوليات بين الأطراف بعدالة.

هـ- أنه تعطي المقاول مرونة في تعديل الأسعار عند تغير الظروف.

وقد أصدر اتحاد الفيديك العديد من النماذج لعقد الفيديك، وسمي كل عقد منها باسم لون الغلاف الذي ضُمن إياه، وأهم هذه الكتب الكتاب الأحمر، والأصفر، والفضي، والأخضر:

أ- فأما الكتاب الأحمر، فهو أهم وأشهر هذه العقود وأكثرها استخداما، بوصفه العقد النموذجي المتضمن شروط عقد مقاولات أعمال الهندسة المدنية المصممة من قبل صاحب العمل أو مهندسه.

ب-وأما الكتاب الأصفر، فيتضمن شروط الأعمال الميكانيكية والكهربائية المصممة من المقاول ويتولى فيها التوريد والتنفيذ، وقد تطور هذا العقد إلى ما يعرف بالكتاب الذهبي، وتضمن شروطا أضيفت على الكتاب الأصفر.

ج_ وأما الكتاب الفضي، فيتضمن شروط عقد المشاريع المتكاملة التي تشمل أعمال الهندسة، والشراء، والإنشاء، (عقود تسليم المفتاح).

د- وأما الكتاب الأخضر، فهو خاص بعقود الإنشاءات ذات القيمة المالية الصغيرة نسبيا، أو قصيرة المدة، ويسمى ب (العقد الموجز).

ويحسن الإشارة هنا إلى أن مجمع الفقه الإسلامي أصدر قراره رقم 232 في دورته الرابعة والعشرين عام 1441هـ بشأن عقود الفيديك وأجاز فيه هذه العقود متى ما تم الالتزام فيها بالأحكام والضوابط الشرعية قياسا على عقود الاستصناع والإجارة والمقاوله.

2-2: أحكام القوة القاهرة في عقد الفيديك الأحمر:

من مزايا عقد الفيديك الأحمر لعام 1999 م -وهو محل دراستنا- أنه أورد فصلا عن القوة القاهرة، وهو الفصل التاسع عشر منه، علما بأن القوة القاهرة في عقد الفيديك يراد بها الظروف الطارئة أو القوة القاهرة معا وفقا للاصطلاح اللاتيني كما سيأتي بيانه، أما عقد الفيديك الأحمر لعام 2017 فقد استبدل

مصطلح القوة القاهرة ب "الحوادث الاستثنائية"، وبقي التعريف والصور كما هي في عقد 1999 م مع اختلاف يسير.

3-2:تعريف العقد للقوة القاهرة:

عرف العقد القوة القاهرة بأنها" أي ظرف استثنائي يتصف ب:

أ- أنه خارج عن سيطرة أي طرف

ب- أنه لم يكن بوسع ذلك الطرف أن يتحرز منه بصورة معقولة قبل إبرام العقد.

ج- ولم يكن بوسع ذلك الطرف أن يتجنبه أو يتلافاه بصورة معقولة عند حدوثه.

د - وأنه لا يعزى بشكل جوهري إلى الطرف الآخر.

وعند التأمل في شروط التعريف نجد انطباقها على جائحة كورونا وقرارات الحظر الحكومي التي تولدت عنها؛ ومن ذلك قرارات الحظر الكلي أو الجزئي، وإغلاق المنافذ الحدودية، وتقييد السفر، وتضييق الاستيراد؛ كل ذلك يعد سببا خارجا عن سيطرة أطراف العقد، ولم يكن بالوسع التحرز منه ولا تلافيه؛ مما ألقى بظلاله على المتعاقدين أو أحدهما من حيث حسابات زيادة التكاليف، أو التأخير بسبب تعطل العمالة أثناء الحظر، أو نقص توريدهم، فضلا عن ارتفاع أسعار بعض المواد أو شحها في الأسواق.

كما يُفهم من هذا التعريف أن القوة القاهرة لا يراد بها فقط مصطلح القوة القاهرة وفقا للاتجاه اللاتيني الذي يفسر القوة القاهرة بالحدث الذي يُنتج استحالة التنفيذ، بل يمتد مصطلح القوة القاهرة هنا ليشمل الظروف الطارئة التي يترتب عليها استمرار العقد مع الإرهاق، ويُقرر هذه الشمولية للمصطلحين ما يلي:

أولاً: نص الفقرة 4/19 المتعلقة بتبعات القوة القاهرة والتي نصت على حق المقاول في تمديد مدة التنفيذ، فالتمديد هنا يعني إمكان التنفيذ مع الإرهاق، وهذا يعني أن القوة القاهرة يراد بها الظروف الطارئة وفقا للتفسير اللاتيني.

ثانياً: نص الفقرة 7/19 التي قررت إنهاء العقد في حال كان تنفيذ الالتزامات التعاقدية مستحيلا، وهو ما يعني أن القوة القاهرة تشمل ذات المعنى المراد في تفسير الاتجاه اللاتيني للقوة القاهرة.

والخلاصة أن مصطلح القوة القاهرة في عقود الفيديو يشمل إمكان التنفيذ مع الإرهاق (الظروف الطارئة) أو استحالة التنفيذ (القوة القاهرة)، وهذا الشمول سببه تأثر عقد الفيديو بالقانون الإنجليزي لا اللاتيني.

4-2: صور القوة القاهرة وفقا لعقد الفيديو:

عددت الفقرة 1/19 صورا للقوة القاهرة وذكرت منها : الحرب، والتمرد، والثورات، والاضطرابات والإضرابات الصادرة من غير أشخاص المفاوض، والذي يهمننا هو الفقرة (5) التي نصت على: "الكوارث الطبيعية كالزلازل والأعاصير أو العواصف العاتية أو النشاط البركاني"، ويلاحظ أن هذه الفقرة لم تتطرق للأوبئة، إلا أن جائحة كورونا تُلحق بهذه الصور لأنها في حقيقتها تعد كارثة بتدبير الله عز وجل، كما أن منظمة الصحة العالمية صنفتها على أنها جائحة، فضلا عن أن الفقرة 1/19 نصت على أن "القوة القاهرة ليست محصورة في أي من أنواع الوقائع أو الظروف الاستثنائية المذكورة طالما تحققت فيها الشروط الواردة في تعريف العقد للقوة القاهرة"، مما يعني أن تعداد هذه الصور للقوة القاهرة لم يرد على سبيل الحصر بل ورد على سبيل التمثيل.

-وفي بعض تفسيرات القوانين الأجنبية لمصطلح "الكوارث الطبيعية" الواردة في الفقرة 5/1/19 يلاحظ التفرقة بين الأضرار الواقعة بسبب الكارثة التي تقع بتدبير الله عز وجل كالإعصار المدمر بذاته أو الأوبئة، فهذه يسري عليها مصطلح "الكوارث الطبيعية" ومن ثم يفيد المضرور من مزايا الفصل التاسع عشر المتعلق بالقوة القاهرة؛ وبين القوة القاهرة التي تكون بتدخل بشري كالحروب؛ ومن ذلك قرارات الحظر التي اتخذتها الحكومات أثناء اشتداد جائحة كورونا، فهذه لا تسري معها أحكام القوة القاهرة الواردة في العقد لأنها لم تمنع بذاتها تنفيذ الالتزامات؛ بل المانع هو قرارات الحظر الحكومي، وقرارات الحظر لا تدخل ضمن الكوارث الواقعة بتدبير الله عز وجل، وأرى أنه لا يسوغ أن ينصب النظر على قرارات الحظر الحكومي فقط دون ربط بالسبب المنتج لهذا القرارات وهو الجائحة، فالجائحة وما نتج عنها من قرارات تُلحق بها في الحكم.

5-2: أهمية الإشعار بوجود القوة القاهرة:

نصت الفقرة 2/19 من العقد على أنه "إذا تعذر على أحد الطرفين أو كان سيتعذر عليه أداء أي من التزاماته التعاقدية بسبب حصول قوة القاهرة فإنه يتعين عليه أن يرسل إشعارا إلى الطرف الآخر يعلمه بالواقعة أو

الظروف التي تشكل القوة القاهرة، وأن يحدد في هذا الإشعار تلك الالتزامات التي أصبح (أو سيصبح) متعذراً عليه أداؤها، ويتعين أن يصدر هذا الإشعار خلال 14 يوماً من بعد التاريخ الذي أصبح هذا الطرف على دراية (أو يفترض فيه أنه قد درى) بالحدث أو الظرف الذي شكل القوة القاهرة.

-ويُعدّ الطرف الذي قام بإرسال الإشعار معذوراً من أداء الالتزامات المنوه عنها طيلة بقاء مفعول القوة القاهرة المانعة له من أدائها.

-وبالرغم من أي حكم آخر في هذا الفصل يجب ألا يطبق حكم القوة القاهرة على التزامات أي طرف في أن يدفع إلى الطرف الآخر استحقاقاته بموجب العقد."

ومفهوم هذه الفقرة أن جائحة كورونا وما ترتب عليها من قرارات حظر حكومي لا تكفي للإعفاء من أداء الالتزامات، بل لا بد من إرسال إشعار بذلك خلال 14 يوماً من حين العلم بقرارات الحظر الناشئة عن الجائحة.

-كما أوجبت الفقرة 1/20 الواردة في فصل المطالبات والخلافات والتحكيم إشعار المهندس؛ فنصت على أنه في حال: "اعتبر المقاول نفسه مؤهلاً لأي تمديد للوقت لإكمالته و / أو أي مدفوعات إضافية بموجب أي بند من هذه الشروط أو لغير ذلك من الأسباب المتعلقة بالعقد، فيتعين على المقاول أن يرسل إلى المهندس إشعاراً في أقرب فرصة ممكنة عملياً، وذلك خلال مدة لا تتجاوز 28 يوماً من تاريخ دراية المقاول أو وجوب درايته بتلك الواقعة أو الظرف.."

6-2: واجب التقليل من التأخر عند وقوع القوة القاهرة:

أوجبت الفقرة 3/19 على الأطراف أن يحرصوا على الحد من آثار التأخر الناتج عن القوة القاهرة، فنصت على أنه "يتعين على كل طرف أن يبذل قصارى جهوده المعقولة في كل الأوقات للتقليل من التأخر في أداء التزاماته بموجب العقد كنتيجة للقوة القاهرة، كما يتعين على كل طرف أن يُعلم الطرف الآخر عند توقف تأثره بالقوة القاهرة"، ويفيد هذا النص بأن الظرف المؤقت -ومنه جائحة كورونا- أنه يُقدّر بقدره فلا يزداد عليه، ومن التطبيقات في جائحة كورونا: أن الحظر الحكومي الكلي استمر مدة ثم تحول لحظر جزئي؛ فلو أن المقاول تراخى (دون عذر سائغ) في استئناف الأعمال أثناء الحظر الجزئي فهو في هذه الحالة لم يبذل قصارى جهده في التقليل من التأخر فتتعقد مسؤوليته حينئذ.

7-2: آثار القوة القاهرة:

رتب الفصل 19 من العقد آثاراً عدة عند تحقق القوة القاهرة ومن ذلك جائحة كورونا، وبيان هذه الآثار كالتالي:

8-2: أحقية المقاول في التمديد الزمني للعقد:

قررت الفقرة 4/19 أنه إذا مُنع المقاول من أداء التزاماته بسبب القوة القاهرة – ومنها جائحة كورونا- وتكبد بسبب ذلك تأخراً في آجال التنفيذ، أو تكبد تكلفة مالية، فحينها يستحق التمديد الزمني فقط وإعفاءه من غرامات التأخير، وليس التعويض عن التكاليف المالية كما سيأتي توضيحه، ونص الفقرة: "إذا مُنع المقاول من أداء أي من التزاماته بموجب العقد نتيجة لقوة القاهرة تم إرسال إشعار بشأنها عملاً بأحكام المادة (2/19)، وتكبد بسببها تأخراً في مدة التنفيذ و/أو كلفة ما، يُصبح المقاول -مع مراعاة أحكام المادة 1/20- مستحقاً لما يلي:

أ: تمديد مدة التنفيذ بسبب هذا التأخير إذا كان التنفيذ قد تأخر فعلياً أو سوف يتأخر".

كما تقرر هذا التمديد في الفصل الثامن من العقد المعنون ب: (المباشرة وتأخر الإنجاز وتعليق العمل) حيث نص صراحة على التمديد في حالة الوباء، فجاء في الفقرة 4/8 المتعلقة بتمديد مدة الإنجاز أنه: "يعتبر المقاول مخولاً – إعمالاً للمادة 1/20 المتعلقة بمطالبات المقاول - بالحصول على تمديد لمدة الإنجاز، إذا حصل تأخر أو كان متوقعاً أن يحصل تأخر (وإلى أي مدى) في موعد تسليم الأعمال لغرض تطبيق المادة 1/10 (المتعلقة بتسليم الأشغال) وذلك لأي من الأسباب التالية:

أ-.....
ب-.....
ج-.....

د- النقص غير المتوقع في توفر المستخدمين أو اللوازم مما هو ناتج عن انتشار وباء أو تغيير في الإجراءات الحكومية"، وجائحة كورونا تدخل ضمن الوباء كما أسلفنا، لكن لا بد من التنبيه إلى أن هذه الفقرة تعطي حق التمديد الزمني فقط وليس التعويض المالي للمقاول، كما أنها تشترط أن يكون النقص في العمالة أو المواد "غير متوقع".

-كما تقرر هذا التمديد في الفقرة 5/8، والمتعلقة ب(التأخير بسبب السلطات) ونصها: "إذا انطبقت الشروط التالية، وهي:

أ- بسبب ان المقاول تجاوب بجدية لاتباع الاجراءات الموضوعة من قبل السلطات العامة المختصة والمشكلة قانونياً في الدولة، و

ب- أن هذه السلطات تسببت بالتأخير او أعاققت عمل المقاول، و

ج- ان هذا التأخير او الاعاقة لم يكن متوقعا، فإن مثل هذا التأخير او الاعاقة يمكن اعتباره سبباً للتأخير

بموجب الفقرة (ب) من المادة (4/8)

بقي أن نشير إلى أن استحقاق المقاول للتمديد الزمني مشروط وفقا لصدر الفقرة 4/19 بإرساله الإشعار المشار له سابقا، وبعدها: "يتعين على المهندس عند وصول الإشعار إليه أن يباشر إعداد تقديراته بشأن التكاليف بعد التشاور مع الطرفين وفقا للفقرة 5/3 من العقد".

9-2: عدم أحقية المقاول في الحصول على تعويض مالي جراء التكاليف المالية التي تكبدها:

أوجبت الفقرة 4/19- ب تعويض المقاول عن التكاليف التي تكبدها وذلك في غير الكوارث الطبيعية التي يدخل ضمنها جائحة كورونا، فهي تعوض المقاول فقط في الحالات من (1 إلى 4) من الفقرة 1/19- د المتعلقة بالحروب ونحوها مما هو من فعل الإنسان، أما الحالة (5) والمتعلقة بالكوارث الطبيعية فهي مستبعدة من هذا التعويض، حيث نصت هذه الفقرة على أنه: "تُدفع للمقاول هذه التكاليف إذا كان الحدث أو الظرف من النوع الموصوف في أي من الفقرات 1/19- د / 1، 2، 3، 4، وفيما اذا حصل أي من الاحداث في الفقرات 1/19- د / 2، 3، 4، في الدولة".

وقد يكون سبب استبعاد مشرعي العقد للكوارث الطبيعية من استحقاق التعويض أن الكوارث الطبيعية ليست من فعل الإنسان وبالتالي يمكن التأمين عليها غالبا في الدول التي تتكرر فيها الجوائح كالتأمين عن الزلازل أو البراكين أو الفيضانات، وهذا بخلاف الجوائح التي تكون من فعل الإنسان كالحروب ونحوها فيصعب التأمين عليها لصعوبة التنبؤ بوقوعها.

بقي أن نشير إلى أنه ورد في الفصل 13 من العقد والمتعلق بالتغييرات والتعديلات في الفقرة 7 منه المعنونة ب(أحقية التعديلات بسبب تغيير التشريعات)، أنه (يتعين ان تعدل قيمة العقد لمراعاة اية زيادة او نقصان في الكلفة نتيجة أي تغيير في قوانين الدولة بما في ذلك: سن قوانين جديدة والغاء او تعديل قوانين قائمة،

أو في التفسيرات القضائية أو الحكومية الرسمية لها، إذا حصل ذلك التغيير بعد التاريخ الأساسي، ونتج عنه تأثير على أداء المقاول لالتزاماته بموجب العقد...، وقد يُفهم من هذه المادة أن قرارات الحظر الحكومي الصادرة أثناء الجائحة أنها تعد بمثابة التشريعات التي تسوغ تعديل العقد، وأرى بأن هذه الفقرة لا تنطبق على القرارات الصادرة أثناء الجائحة، لأن هذه الفقرة مخصصة بالقوانين التي تكتسب الديمومة والاستمرار، أما قرارات الحظر فليست قوانين بل هي أوامر وقرارات وقتية زالت عندما خفت حدة الجائحة وربما تعود عند اشتدادها.

2-10: الآثار الاختيارية للقوة القاهرة:

قررت الفقرة 6/19 حق إنهاء العقد اختياريا من قبل أي من الطرفين بضوابط معينة، فنصت على أنه في حال "تعذر الأداء في تنفيذ (كل الأشغال) (بصورة جوهرية) لمدة 84 يوما باستمرار بسبب القوة القاهرة التي تم إرسال الإشعار بشأنها بموجب الفقرة 2/19 أو: لفترات متتابة يتجاوز مجموعها أكثر من 140 يوما بسبب ذات القوة القاهرة التي تم إرسال الإشعار بشأنها، فحينئذ يمكن لأي طرف أن يرسل إلى الطرف الآخر إشعارا بإنهاء العقد".

ويتربط على هذا النص أحقية كل طرف بإنهاء العقد بشرط أن يُثبت استمرار آثار الجائحة عليه وفقا لعدد الأيام المذكورة، والأظهر في تقدير المدة بـ 84 يوما متواصلة و 140 يوما متتابة أنه تقدير تقريبي من مشرعي العقد لإيقاف نزيف الخسائر على المتضرر من الطرفين.

أيضا، لا بد أن يكون التعذر طال جميع الأعمال بصورة جوهرية، أما إذا اقتصر التعذر على تنفيذ بعض الأعمال بشكل جزئي لا جوهري؛ فلا يحق حينئذ لأي من الطرفين أن يستفيد من هذا الإنهاء.

وننبه إلى أهمية إحصاء مدد الحظر الكلي أو الجزئي التي فرضتها الدولة، فضلا عن الأيام التي أعقبتها والتي يحتاجها المقاول (عادة) لاستعادة نشاطه، فتُجمع هذه الأيام فإن بلغت العدد المذكور ساء الإنهاء.

وفي حال اختيار أي من الطرفين إنهاء العقد وفقا للصورة المذكورة فيجب حينها تسوية المبالغ المستحقة للمقاول، ويقرر ذلك عجز الفقرة 6/19 التي أوجبت على المهندس أن يقوم بتقدير قيمة الأشغال التي تم إنجازها وإصدار شهادة دفع تتضمن المبالغ الواجبة الدفع مقابل أي عمل تم تنفيذه وله سعر محدد في العقد، وكلفة التجهيزات الآلية والمواد التي جرى تثبيت شرائها والتي تم تسلمها من قبل المقاول أو تلك التي تعاقد على توريدها، وأي كلفة أو مسؤولية أخرى تكبدها المقاول في تلك الظروف بشكل معقول نتيجة توقعه لإنجاز الأشغال، وكلفة إزالة الأشغال المؤقتة والمعدات، وكلفة ترحيل مستخدمي المقاول وعماله.

2-11: آثار القوة القاهرة في حال الاستحالة المطلقة للتنفيذ:

قررت الفقرة 7/19 أنه في حال الاستحالة المطلقة للتنفيذ بسبب القوة القاهرة (دون حصر بها) فيعفى الطرفان حينها من أداء التزاماتهما (دون إجحاف بأي منهما) مع استحقاق المفاوض ذات المبالغ المنصوص عليها في الفقرة 6/19 أنفة الذكر، وأرى بأن الاستحالة المطلقة للتنفيذ في ظل جائحة كورونا والواردة في هذه الفقرة تعد أمراً مستبعداً، وذلك لأن آثار الجائحة بما فيها الحظر الحكومي وما ترتب عليه لم يمتد لفترات طويلة؛ وهو ما يجعل التنفيذ ممكناً مع الإرهاق لا مستحيلاً، مما أستبعد معه تطبيق هذه الفقرة على نطاق واسع، وعموماً فتقدير الاستحالة من عدمها يعود لقاضي الموضوع.

-التوصيات:-

أولاً: في حال وقوع خلاف ناتج عن تضرر أحد أطراف عقد مقاولة البناء جراء جائحة كورونا وما ترتب عليها من قرارات حكومية، فيُوصى تحقيقاً للسرعة والتقدم بسير العمل وعدم انقطاعه أن يكون اللجوء للتحكيم أو القضاء هو آخر الدواء، خاصة وأن جدة جائحة كورونا والنصوص العقدية المتعلقة بها وكذا المبادئ القضائية للجوائح السابقة لها لا تجعل التنبؤ بالأحكام المتعلقة بها على درجة عالية من القطع أو غلبة الظن، ولذلك يجدر بالأطراف الحرص على التدرج الآتي:

أ- اللجوء للتفاوض Negotiation ، وتقديم التنازلات المتبادلة بين الطرفين بما يحقق العدل والإنصاف بينهما .

ب- فإن لم تُجدِ المفاوضات فحينها يتم اللجوء للوساطة Mediation ، فالوساطة ستنتج تحقيق التوازن العقدي المنشود، وسيجني المفاوض من ورائها جزءاً لا بأس به من هامشه الربحي ، ويفيد رب العمل منها ضمان استمرار المفاوض بالعمل وعدم انقطاعه، وهذا يعتمد على وسيط يبصر الأطراف بمآلات لجؤهم للتحكيم أو القضاء ويبصرهم بخيارات التوازن العقدي والتي سيؤول إليها التحكيم أو القضاء فيما لو تم اللجوء إلى أي منهما ، فقد يعرض أياً من الخيارات الآتية:

1- الاكتفاء بمد أجل العقد تبعاً لمدد الحظر مع زيادة مدة عرفية لعودة المفاوض لعمله بعد الحظر، دون فرض غرامات تأخير على المفاوض.

2- وقد يعرض تنازل رب العمل عن بعض من التزامات المقاول مع إنقاص قيمة العقد بما يتناسب مع حجم العمل المنقوص.

3- وقد يعرض بقاء التزامات المقاول كما هي مع زيادة رب العمل لمبلغ العقد، ومقاسمة المقاول هذه الزيادة.

4- وفي حال كان الإخلال من رب العمل عند تعثره بالوفاء بالدفعات؛ فقد يعرض على المقاول مدا لآجال الدفعات بما يتناسب مع التعثر المالي الذي لحق رب العمل جراء الجائحة.

5- وقد يعرض (في حالات ضيقة) الفسخ بمقابل أو بدونه.

فإن تعذرت الخطوات السابقة فلا مناص حينئذ من اللجوء للتحكيم أو القضاء، وفقا لشروط فض المنازعات المنصوص عليها في العقد.

ثانيا: ينبغي على المقاول ورب العمل توثيق الجهود التي بذلها كل منهما للحد من تفاقم الأضرار، فهذا التوثيق سيكون محل مراعاة قضائية عند تأزم الخلاف.

ثالثا: يجب التنبيه إلى أنه في حال توصل الأطراف لتسوية ما؛ فعليهم تضمين تفاصيلها الدقيقة كملحق في العقد.

والله تعالى أعلى وأعلم..

(أبرز) المراجع:

- عقد الفيديك الأحمر الصادر عن اتحاد الفيديك (1999) FIDIC .RED BOOK 1999

-الموقع الإلكتروني لاتحاد الفيديك FIDIC, the International Federation of Consulting Engineers

-توجيهات اتحاد فيديك بشأن كورونا (كوفيد 19) =

FIDIC COVID-19 GUIDANCE MEMORANDUM TO USERS OF FIDIC STANDARD FORMS OF WORKS CONTRACT

-القواعد القانونية المستحدثة في عقود الفيديك ، سمير الجمال

-عقود الفيديك، عصام المهدي.

-الوسيط للسهنوري، الجزء الأول ص 634 وما بعدها، الجزء السابع ص 6 وما بعدها

-القانون المدني المصري، والقانون المدني الأردني.

-مصادر الالتزام، أنور سلطان 339

-تعميم وزير المالية بشأن التأخير في العقود نتيجة جائحة كورونا رقم 13961 وتاريخ 1441/8/20

-الحق ومدى سلطان الدولة في تقييده، فتحي الدبريني، ص 140 وما بعدها

-التوازن العقدي، درماش بن عزوز، ص 23 وما بعدها

-مجموعة قرارات مجمع الفقه الإسلامي.

-مجلة مجمع الفقه الإسلامي.

- المعايير الشرعية الصادرة عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، المعيار رقم 11.

-عقد المقاوله، د عبد الرحمن العايد ص 107 وما بعدها.

-أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، عادل المطيرات.

-العذر وأثره في عقود المعاوضات المالية في الفقه الإسلامي، قذافي الغنايم

- المغني لابن قدامة، 4/ 81 وما بعدها

-فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية 279/30

-الشرح الممتع لابن عثيمين 37/9 .

-بدائع الصنائع للكاساني 2/5.