المركز العربي للتحكيم
Arab Center for Arbitration

أول مركز تحكيم هندسي في الشرق الأوسط أسس عام 1990 وثاني مركز تحكيم تجاري في الشرق الأوسط، يختص المركز بالنظر في منازعات العقود الهندسية بين المهندسين والمقاولين وأرباب الأعمال بالدول العربية.

رسالة المركز

مساهمة الفعالة في آليات فض النزاعات بطريقة
رية متميزة وبناء الإنسان قياديا وإداريا وتربويا
، في هذا المجال وفق قيم هذه الأمة الأصيلة
ون أفضل وآخر ما أنتجه الفكر الإنساني المتطور
في مجال العقود والأساليب الحديثة لفض النزاعات.

أختصاصات المركز

يختص المركز بالنظر في المنازعات في العقود الهندسية بين المهندسين والمقاولين وأرباب الأعمال بالدول العربية ,سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين والمنازعات الناشئة عن تنفيذ أحكام الاتفاقيات الاقتصادية والقرارات الصادرة تنفيذا لها.

اتصل بنا

5 شارع 278 – المعادي الجديدة – القاهرة
للتواصل +201287888051
www.acarea.com.eg

دورة
القانون والعقود المتقدمة

الدورة من ضمن الدبلوم المهني لإدارة العقود الهندسية ECMD

د. مريم العوا
زميل معهد المحكمين المعتمدين بلندن

فرصة تدريبية عملية على المنازعات من الواقع العملي، ليقوم المتدربون بدراستها في ضوء معلوماتهم القانونية والمناقشة وإبداء الرأي فيها بناء على الأسس القانونية.

التاريخ
٣ يناير

توقيت القاهرة
٦:٣٠ - ٩:٠٠ م

ثاني محاضرة مجانية من الدورة

WWW.ACAREA.COM.EG

د. مريم العوا

معلومات أساسية

- عضو نقابة المهندسين، شعبة الهندسة المعمارية، القاهرة، مصر.
- عضو نقابة المحامين، القاهرة، مصر.
- زميل معهد المحكمين المعتمدين، لندن، المملكة المتحدة.
- محكم معتمد، محكمة لندن للتحكيم الدولي.

الخـــبرات العملـــــية

- محامية ومهندسة معمارية متخصصة في عقود ومنازعات التشييد والتحكيم الهندسي.
- شاركت في عدة قضايا تحكيم محلية ودولية.
- مارست المحاماة والعمل القانوني في مصر وألمانيا.
- شاركت في التدريس لطلبة الماجستير في مركز قانون التشييد وفض المنازعات، King's College London، جامعة لندن (2010-2011).

المؤهلات العلمية

- دكتوراه في القانون، King's College London، جامعة لندن، المملكة المتحدة.
- ماجستير في قوانين التشييد وفض المنازعات، King's College London، جامعة لندن، المملكة المتحدة.
- بكالوريوس هندسة معمارية، كلية الهندسة، جامعة عين شمس، القاهرة.

الأعمال العلمية المنشورة

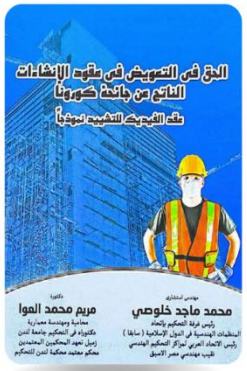
- لها عدة مؤلفات ومقالات في مجال التحكيم وعقود التشييد بالإنجليزية والعربية، منها كتاب السرية في التحكيم طبقا للقانون المصري، الذي نشرته دار النشر المرموقة Springer International في سويسرا، 2016.
- شاركت في ترجمة عقد الفيديك الفضي: EPC عقد تسليم مفتاح، نسخة عام 2017، من الإنجليزية إلى العربية.

معلومات أخري

- **حصلت على جائزة أفضل رسالة ماجستير مقدمة في عام 2006 في مركز قانون التشييد وفض المنازعات، المقدمة من جمعية قانون التشييد Society of Construction Law، المملكة المتحدة 2006.**

يمنح المشترك الكتاب التالي

الحق في التعويض في عقود الإنشاءات الناتج عن جائحة كورونا - عقد الفيديك للتشييد نموذجاً.



المؤلف: المهندس الاستشاري ماجد خلوصي
الدكتورة. مريم محمد العوا

عدد الصفحات: ١٨٤

أن فيروس كورونا المستجد أحد صور القوة القاهرة والتي أدت إلي ضعف معدلات تنفيذ التعاقدات, وفي ضوء ذلك كلة, وجد المؤلفان أن واجب الوقت هو بذل غاية الجهد في محاولة بيان التكييف القانوني لهذة الجائحة والتدابير الاحترازية التي قررتها الحكومات وأرباب الأعمال ومايمكن أن يستحق لأطراف عقود الإنشاءات, في ظل القانون المصري, من تعويض عما لحقهم من خسارة أو فاتهم من كسب.

ويلتزم المؤلفان في تحليل نصوص عقد الفيديك للإنشاءات أن يكون ذلك في ضوء نصوص القانون المصري والمبادئ التي أرستها محكمة النقض المصرية, مع إشارات مقتضبة إلي ما سواها عند الضرورة.

المؤلفان يرجوان أن يكون في جهدهما الذي بين يدي القارئ هذة السطور بعض مايعاون في تجاوز هذة المحنة وفي رد الحقوق إلي أصحابها.

دورة القانون والعقود المتقدمة

المحاضرة رقم (2)

تنفيذ العقد والإثراء بلا سبب

د. مريم محمد العوَّا

محامية

ومهندســـة معماريـة

زميل معهد المحكمين المعتمدين بالمملكة المتحدة

محكم معتمد بمحكمة لندن للتحكيم التجاري الدولي

محتوى هذه الدورة..

أولا: الشق المعلوماتي

- العقد – تلاقي الإرادتين: نشأته وتنفيذه.
- الإثراء بلا سبب والمسؤولية التقصيرية (إطار عقد المقاولة).
- الاختلافات بين القانون المصري والقوانين العربية في تنظيم عقد المقاولة.
- الإشكاليات القانونية العملية التي تنشأ عن عقد المقاولة (أحوال: الفسخ – التعاقد مع تحالف الشركات - مقاول الباطن في العقد الإداري – الدور القانوني للمهندس الاستشاري).
- نظرة على عقود التشييد في ال**common law**.

ثانيًا: الشق التطبيقي - تدريب عملي من قضايا هندسية حقيقية.

المحاضرة الماضية:

- **العقد في القانون:** هو تلاقي الإرادتين لإحداث أثر قانوني بـ (إنشاء/ نقل/ تعديل/ إنهاء) التزام.
- **أنواعه:** (**الشكلي X الرضائي - ملزم للجانبين X ملزم لجانب واحد - الفوري X الزمني - المسمى X غير المسمى - البسيط X المختلط - المعاوضة X التبرع**).
- **أركانه:** الرضا (الأهلية – المحل – السبب).
- **الأهلية:** (الشخص الطبيعي – الشخص الاعتباري).
- **التعبير عن الإرادة:** (الضمني – الصريح).

المحتويات:

- مصادر الالتزام X مصدر القاعدة القانونية.
- تنفيذ العقد:
  - عينًا.
  - تعويضًا.
- الإثراء بلا سبب.

تمهيد لازم...

- لماذا نشرح القواعد القانونية الحاكمة للعقود؟
- لماذا ينص في العقد على القانون واجب التطبيق؟
- ما الذي يترتب على عدم تحديد قانون معين في العقد قانونًا حاكمًا له؟

مقدمة...

مصدر الالتزام: هو السبب القانوني الذي أنشأ الالتزام.

أي السبب الذي يعترف به القانون ليتحمل الشخص (الطبيعي أو الاعتباري) بالتزامات يجب عليه الوفاء بها، ويجوز إجباره على تنفيذها بموجب هذا السبب.

مصادر الالتزامات في القانون المصري هي:

1- العقد – تلاقي إرادتين.
2- الإرادة المنفردة.
3- العمل غير المشروع (المسؤولية التقصيرية).
4- الإثراء بلا سبب.
5- القانون.

أمثلة: التزام رب العمل بسداد مستخلصات المقاول مصدره العقد.
التزام المتسبب في ضرر بتعويض المضرور مصدره العمل غير المشروع.
التزام رب العمل بالحصول على تراخيص المشروع مصدره القانون.

مقدمة...

مصدر القاعدة القانونية:

في جمهورية مصر العربية
الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري:

"إن لم يوجد 1) نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى 2) العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى 3) مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى 4) مبادئ القانون الطبيعي والعدالة"

- **النص التشريعي**: الصادر من السلطة التشريعية أو التنفيذية.
- عند **وجود قانون خاص** لا يجوز الرجوع إلى القانون العام إلا فيما فات القانون الخاص، أو إذا شابه نقص أو غموض.
- المعاهدات الدولية النافذة **لها الأولوية** على القوانين الوطنية.

مقدمة...

المملكة الأردنية:
المادة الثانية من القانون المدني:

1. تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مُساغ للاجتهاد في مورد النص .
2. فاذا لم تجد المحكمة نصا في هذا القانون حكمت [في الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية] .
3. فان لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فان لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاما وقديما ثابتا ومطردا ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب . أما اذا كان العرف خاصا ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد .
4. ويسترشد في ذلك كله بما اقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر.

مقدمة...

دولة الإمارات العربية المتحدة:

المادة (1) من قانون المعاملات المدنية رقم 30 لسنة 2022:

تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص القطعي الدلالة،

فإذا لم يجد القاضي نصا في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعي تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة.

فإذا لم يجد؛ حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضا مع النظام العام أو الآداب.

وإذا كان العرف خاصا بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة.

تنفيذ العـــــقد

القاعدة الأساسية:

"العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" [م 147]

- استثناءات: (مثال من عقد المقاولة.....؟؟؟؟)
- لا يملك القاضي تعديله ولا أحد الطرفين منفردًا.

كيف يكون التنفيذ؟

- الأصل تنفيذ ما التزم به المتعاقدين.
- ينفذ العقد **طبقًا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع حسن النية.**
- يلتزم المتعاقد بتنفيذ ما اشتمل عليه العقد **وما هو من مستلزماته** وفقًا **للقانون والعرف والعدالة** بحسب **طبيعة الالتزام.**

تنفيذ العـــقد

[نقض الطعن رقم ٧٣٧٥ لسنة ٧٧ قضائية -الدوائر المدنية - جلسة ٢٠١٥/٠٥/١٨]

- اتفق طرفا الخصومة بموجب العقد المبرم بينهما على أن يقتطع كل منهم جزءا من أرضه لإنشاء طريق خاص، وخلت نصوص العقد من بيان الغرض الذى أنشئ من أجله هذا الطريق أو تنظيم كيفية استعماله.
- قام أحد العاقدين بحفر جزء من الطريق لتوصيل الكهرباء لبيته وقام تركيب أعمدة إنارة على جانب الطريق.

- طالب الطرف الآخر بإزالة أعمدة الإنارة والتعويض عن مخالفة العقد.

هل هذا من حقه قانونًا؟

قضت محكمة النقض (1):

بأن "تعيين مضمون العقد وتحديد نطاقه لا يقتصر على ما حواه من نصوص وعبارات على وجه التخصيص والإفراد، وإنما يدخل في مضمونه ويمتد نطاقه إلى ما هو من مستلزماته التى تقتضيها طبيعة الالتزام وفقاً للقوانين المكملة والمفسرة وما جرى به العرف وما تمليه قواعد العدالة باعتبار أن العقود تحكمها المعانى لا المبانى وكان حسن النية يُظّل العقود جميعاً فيما يتعلق 1) بتعيين مضمونها أو 2) كيفية تنفيذها على سواء ، فإنه يتعين تنفيذ كل ما اشتمل عليه العقد بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وما يقتضيه العرف ونزاهة التعامل ..."

قضت محكمة النقض (2):

" إن ظروف الحال وما جرى عليه العمل أن الغرض من إنشاء مثل هذا الطريق الخاص أو المشترك هو خدمة العقارات التى تقام على جانبيه ومخصصاً لتحقيق منفعة هذه العقارات التى أعد لخدمتها ولا مراء فى أنه يدخل فى ذلك توصيل المرافق بما فيها الكهرباء إلى تلك العقارات.

فيجوز لكل من المتعاقدين أن يحدث في ذلك الطريق من الأعمال ما ييسر توصيل الكهرباء إلى عقاره طالما كانت هذه الأعمال لا تتعارض مع تخصيص الطريق ولا تحول دون الانتفاع به فيما أعد من أجله أو تؤدى إلى الانتقاص من حقوق باقى المتعاقدين في استعماله على وجه التكافؤ والمساواة..."

تنفيذ العـــــقد

"العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" [م 147]

مثال:

عقد أعمال هندسية استشارية أبرم بين المالك والمكتب الاستشاري، وطالب المكتب بأتعاب إضافية طبقا لبنود الملحق.

ذلك الملحق عليه ختم المالك ولكن ليس عليه توقيعه - هل يعتد بما ورد في هذا الملحق تعديلا معتبرا قانونا لاتفاق الطرفين؟

تنفيذ العـــــقد

– **قضت هيئة التحكيم بأن:**

”الواقع أن المحتكم ضدها (المالك) لم توقع على هذا الملحق وإن كان مزيلا بخاتمها دون التوقيعات، فإن هيئة التحكيم تلتفت عنه.

فإن العقد وإن كان شريعة المتعاقدين، ولكنه شريعة اتفاقية فهو يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه صحيحًا والأصل أنه لا يجوز لأحد الطرفين أن يستقل بنقضه أو تعديله بل ولا يجوز ذلك للقاضي لأنه لا يتولى إنشاء العقود أو تعديلها... وإذ خلا الملحق من توقيع الممثل القانوني للمحتكم ضدها فإنه يكون قد خلا من التعبير عن إرادتها المعتبرة قانونًا ولا يغني ختمها عن ذلك مما يجعل الملحق غير ملزم وباطل...“.

تنفيذ العـــــقد

1- التنفيذ العيني (الأصل):

تنفيذ عين ما التزم به المدين [م 199 – م214]

- ينفذ الالتزام جبرًا على المدين. (القوة الجبرية تملكها الدولة: تسليم المبيع – إخلاء موقع الأعمال...).

- إذا كان التنفيذ العيني مرهقًا للمدين جاز أن يقتصر التنفيذ على التعويض، إذا كان ذلك لا يوقع بالدائن ضررًا جسيمًا [م 203/2] (تقدير ذلك – سلطة للقاضي). (أمثلة؟)

ما هي القواعد الموجبة لهذا الحكم؟

تنفيذ العـــــقد

القواعد هى: **(ما مصدر هذه القواعد؟)**

- لا ضرر ولا ضرار .
- درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.
- الضرر الأشد يدفع بالضرر الأخف.

[نقض 2803 لسنة 71ق - جلسة 10/3/2003].

- **في الالتزام بعمل:**

يجوز للدائن أن يطلب من القضاء الترخيص في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا كان ذلك ممكنًا [م 209]

(أمثلة: التنفيذ على نفقة المقاول – حق جهة الإدارة في التنفيذ على نفقة المقاول).

تنفيذ العـــــقد

- **في الالتزام بتأدية عمل:**

إذا كان الحفاظ على الشيء أو إدارته أو توخي الحذر في تنفيذه مطلوبا: بذل عناية الرجل العادي (=المتوسط في مجاله) ولو لم تتحقق الغاية،

(مثال: المعدات المستأجرة – العناية بالأعمال – قيادة المعدات الخطرة).

وفي كل الأحوال يبقى الشخص مسؤولاً عن الغش والخطأ الجسيم (لماذا؟)[م 211]

تنفيذ العـــــقد

- ما هو الخطأ (المهني) الجسيم؟

- **الخطأ المهنى الجسيم هو:**

وقوع صاحب المهنة في خطأ فادح أو إهمال مفرط ما كان له أن يتردى فيهما لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي ولو بقدر يسير، بحيث لا يفرق هذا الخطأ في جسامته عن الغش سوى كونه أوتى بحسن نية.

والمعيار تحديد الخطأ جسيم معيارٌ موضوعى لا ذاتى.

تنفيذ العـــــقد

- **الالتزام بامتناع عن عمل:**

للدائن أن يطلب إزالة ما وقع مخالفًا أو أن يطلب ترخيصًا من القضاء في أن يقوم بذلك على نفقة المدين.

(أمثلة: الحفاظ على الطرق خالية من مخلفات الأعمال – الالتزام بعدم إتلاف أعمال المقاولين الآخرين – الالتزام بالسرية).

إذا تم التنفيذ العيني أو أصر المدين على عدم التنفيذ حدد القاضي مقدار التعويض مراعيًا حجم الضرر الذي أصاب الدائن والعنت الذي أبداه المدين [م 214]

تنفيذ العـــــقد

2- التنفيذ بطريق التعويض:

"إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينًا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه" [م215].

مثال:

تأخر رب العمل في الحصول على تراخيص البناء – خطأ عقدي مُوجب لتعويض المقاول إلا أن يثبت السبب الأجنبي (مثال....؟)

تنفيذ العـــــقد

2- التنفيذ بطريق التعويض:

- يُنقَصُ التعويض في **الخطأ المشترك**، أو يرفض إذا كان **الطرف الآخر هو المتسبب في الضرر أو في زيادته**. (أمثلة؟)

- يجوز الاتفاق على **تحمل المدين تبعة القوة القاهرة** والحادث المفاجئ.
- يجوز الاتفاق على **إعفاء المدين** من أية مسؤولية ناتجة عن **الخطأ العقدي**.
- **لا يجوز الاتفاق على إعفاء المدين** عن **المسؤولية الناتجة عن غشه أو خطئه الجسيم ويقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من المسؤولية عن العمل غير المشروع**

تنفيذ العـــــقد

"لا يستحق التعويض إلا بعد إعذار المدين، مالم ينص على غير ذلك" [م218].

سؤال: ما هو الإعذار؟
ما الذي يترتب على عدم الإعذار؟ - ما هي كيفية الإعذار؟

"لا ضرورة لإعذار المدين في الحالات الآتية:

(أ) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين.

(ب) إذا كان محل الالتزام تعويضا ترتب على عمل غير مشروع.

(ج) إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.

(د) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه." [م 220]

- **لا يُغنى عن الإعذار أن يكون التعويض مقدرًا فى العقد أو يكون حل أجل الوفاء وتأخر المدين بالفعل.**
- **يجوز الاتفاق على عدم وجوب الإعذار [م 219].**

تنفيذ العـــــقد

ينشأ عن العقد مجموعة من الحقوق والواجبات لكل طرف؛

"من استعمل حقه استعمالاً مشروعًا لا يكون مسؤولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر" [المادة 4].

أمثلة من صناعة التشييد:

- تطبيق غرامات التأخير.
- إنهاء/فسخ العقد.
- مصادرة خطاب الضمان.
- اللجوء إلى القضاء/ التحكيم.

سؤال: هل هذا النص مطلق من كل قيد؟

التعسف في استخدام الحق [المادة 5]:

" يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

(أ) إذا لم يقصد به سوي الإضرار بالغير،

(ب) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(ج) إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة".

" إن المادة الخامسة ... [دلت على] أن الحقوق نفسها قد شرعت لتحقيق مصالح إن تنكبتها بات استعمال الحق غير مشروع"[نقض 1193 لسنة 69ق – جلسة 30/4/2001].

مثال:

- التزام المستأجر باستخدام العين المؤجرة في الغرض الذي أجرها من أجله تحت طائلة الفسخ – تغيير الاستخدام دون إضرار بالمالك لا يرتب حقًا للمالك في فسخ العقد.

التعسف فى استخدام الحق [المادة 5]:

[نقض رقم 8262 لسنة 87 جلسة 3/7/2018]

الوقائع: موظف يعمل لدى رب العمل منذ 29 سنة – أصبح رئيسًا لجهاز الحفر – سرق في أثناء وجوده في الموقع جهاز تكييف لم يكن في عهدته – تحقيق إداري – توصية بخصم 3 أيام – فصله رب العمل مدعيا إن هذا إهمال جسيم منه [المادة 69 من قانون العمل رقم 12 لسنة 2003].

" ليس صحيحاً إطلاق القول بأن لرب العمل إنهاء عقود العمل غير محددة المدة طبقاً لمشيئته وإرادته المنفردة [المادة 110 قانون العمل]، وإنما سلطته في ذلك مقيدة بتوافر (1) المبرر المشروع لذلك مقرونا (2) بعدم التعسف فى استعمال الحق وفقاً لنص المادة الخامسة من القانون المدنى ، فإذا ثبت عدم توافر المبرر أو التعسف فى استعمال الحق جاز للعامل اللجوء إلى القضاء لبسط رقابته ونصفه المظلوم"

شكرا لمشاركتكم

وحسن استماعكم

والحمد لله رب العالمين..

ملحوظة هامة:

حقوق الملكية الفكرية محفوظة للمؤلفة

email: elawa.mariam@yahoo.co.uk - Mob: (+20) 1006614423

شكرا

THANK YOU

آخر ميعاد للاشتراك في الدورة يوم الأربعاء ١٠ يناير.