نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة *

د. عصام سعيد عبد العبيدي
مدرس القانون العام

أ.لمياء هاشم سالم قبع
مدرس القانون العام المساعد

المستخلص:

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات المهمة في القانون الإداري التي اقرها مجلس الدولة الفرنسي حيث تنهض أثناء تنفيذ العقد مشاكل وصعوبات مادية استثنائية غير متوقعة ولا يشترط أن تؤدي إلى جعل التنفيذ مستحيلاً وإنما مرهقاً للمتعاقد ، ومكلفاً له بصورة لم يتوقعها عن التعاقد بحيث يترتب عليها حصول المتعاقد على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي تحملها نتيجة هذه الصعوبات .

Abstract

The unexpected materialistic difficulty theory is one of the important theories in the administrative law ratified by the French state Council . Upon executing a contract there arise unexpected and exceptional materialistic difficulties and problem which do not lead to the impossibility of executing the contract but make the contractor overburdened . they are also so expensive that the contractor does not expect , a case which has the consequence of providing the contractor with

(*) استلم البحث في ٢٠١٢/٧/١٥ *** وقبل للنشر في ٢٠١٢/٩/٦

complete compensation for the damages which he has suffered as a result of these difficulties .

المقدمـــة:

العقد الإداري لا يختلف عن أي عقد آخر من جهة كونه لا يعدو أن يكون اتفاق إرادتين هما طرفا العقد لتحقيق غرض معين تنتج عنه آثار قانونية ، ولكن يختلف عن العقود الأخرى بما يتميز به من سلطة للإدارة إذ تملك الإدارة سلطة تعديله أثناء التنفيذ إما بزيادة الالتزام أو إنقاصه وذلك بإرادتها المنفردة دون الحاجة إلى موافقة إرادة المتعاقد إذ يكون من نتاج ذلك الإخلال بالتوازن المالي للعقد نتيجة لإجراءات عامة تصدرها الإدارة ولكنها تؤثر في تنفيذ العقد على التزام المتعاقد الأخر.

وقد تترتب على هذا التعديل في كثير من الأحيان زيادة الأعباء المالية التي يتعرض لها المتعاقد وليس من العدل أن يتحمل المتعاقد تلك الأعباء ويكون فريسة لظروف سيئة لا دخل له فيها ومن دون أي تعويض وفي مقابل ذلك يمتنع الأفراد عن التعاقد مع الإدارة .

ومن المسلم به أنه إذا كان اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام هو الذي يبرر للإدارة أن تغير في التزامات المتعاقد معها فإن ذلك هو الذي يبرر ضرورة وجود التوازن المالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد .

وقد تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف غير عادية ، تؤثر في اقتصاديات العقد على نحو يخل بتوازنه المالي ، وتقضي اعتبارات العدالة والنفع العام أن تبادر الإدارة إلى مساعدة المتعاقد من اجل مواجهة تلك الظروف والعقبات ، بحيث يعاد للعقد توازنه المالي إلى الحالة الطبيعية التي كان عليها لحظة إبرامه ، ومن أجل ذلك ابتدع القضاء الإداري نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهي مخاطر تصادف المتعاقد عند التنفيذ وليس للإدارة دخل في حدوثها.

وتترتب على نظرية التوازن المالي في العقد الإداري أنه في حالة حدوث مثل تلك العقبات ضرورة قيام الإدارة بمعالجة الخلل في التوازن المالي للعقد وذلك بتعويض المتعاقد في

أحوال وشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة ، فأساس المسؤولية في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا يرتكز على فكرة الخطأ .

أهمية موضوع البحث:

تكمن أهمية النظرية على أساس مواجهة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذه التزاماته العقدية صعوبات مادية استثنائية لم يكن له أن يتوقعها حين إبرام العقد ، ومن اجل ذلك تؤدي هذه الصعوبات إلى جعل التنفيذ مرهقاً للمتعاقد ومكلفاً له بصورة لم يكن يتوقعها عند التعاقد وتقتضي العدالة تعويضه بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي الأعباء والتكاليف التي يتحملها . وقد وجدت هذه النظرية حرصاً على مصلحة المتعاقد مع الإدارة وتحقيقاً للعدالة وضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد . ويترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حصول المتعاقد على تعويض كامل عن جميع الأضرار التي تحملها بسبب ما أحدثته هذه الصعوبات من أضرار لحقت به .

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية بحثي بالإجابة عن الأسئلة الآتية :-

أولاً :- تحكم حقوق المتعاقد مع الإدارة النظرة إليه على أنه مساعد للإدارة في تسيير المرافق العامة فإذا كانت الإدارة تتمتع بعد إبرام العقد بكل هذه الحقوق والسلطات فهل تكون ممارستها لها على حساب المتعاقد معها وما ينبغي من تحقيق الربح ؟

ثانياً :- إذا كان الجواب بالإيجاب فمن سيقدم على التعاقد مع الإدارة وخاصة إذا كان العقد الإداري يقوم على موازنة في المصالح والحقوق بين طرفيه ؟

فرضية البحث:

إن معالجة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بشكل يؤدي إلى حصول المتعاقد مع الإدارة على تعويض كامل بسبب هذه الصعوبات والأضرار التي لحقت به له اثر ايجابي كبير في تحقيق مبادئ العدالة ودوام سير المرافق العامة وانتظامها.

هدف البحث :

يهدف البحث إلى إبراز حقوق المتعاقد مع الإدارة ، للحصول على مقابل لالتزاماته ، وتوفير الأمان والطمأنينة بمد يد العون والمساعدة له من الجهة المتعاقدة ،عند مواجهته صعوبات ضارة غير متوقعة ، وبتوفير ذلك للمتعاقد سوف يكون له مردود ايجابي على الاقتصاد الوطني ولا سيما إذا كان التوازن المالي في العقد الإداري يتمثل في نظريات ابتكرها القضاء الإداري الفرنسي ومنها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تتصف بالحداثة والمرونة وقابليتها للتطور والتقنين ومواكبة العصر ويتم ذلك عن طريق إيضاح مفهومها وتحديد شروطها وآثارها وذلك ببحثها بشكل عميق وعلى نحو تفصيلي حتى يمكن الإلمام بها من جوانبها كافة .

نطاق البحث:

سوف نقوم بدراسة موضوع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من جوانبها كافة منذ نشأتها في فرنسا حيث كان الاهتمام بها واضحاً في توازن العقد الإداري وذلك بإعطاء المتعاقد مع الإدارة حقه في التعويض عن الاضرار التي لحقت به .

منهجية البحث:

اعتمدت في بحثي على المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية والأحكام والقرارات القضائية وتبيين المبادئ القانونية واستنباطها منها ، وكذلك اعتمدت على المنهج المقارن ببيان أوجه الشبه والاختلاف في الدول محل الدراسة .

هيكلية البحث:

من أجل الإلمام بموضوع البحث بما يستحقه من دراسة فقد قسمناه وفق الخطة البحثية الآتية :-

سوف نتكلم على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلال ثلاثة مباحث ضم المبحث الأول ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وتعلقها بمفهوم النظرية ومجال تطبيقها ونشأتها وضم المبحث الثاني شروط تطبيق النظرية وهي أن تكون الصعوبات ذوات طبيعة مادية خارجة عن الأطراف المتعاقدة ، وغير متوقعة عند إبرام العقد ، وذوات طابع استثنائي ، وأخيراً نبين أن العقود الجزافية لا تعوض الصعوبات إلا في حالة انقلاب العقد وفي المبحث الثالث نتناول آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهي استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته والحق في التعويض وأساس التعويض واثر الاتفاقات الخاصة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

المبحث الأول

ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

ويتضمن هذا المبحث مطلبين يتعلق المطلب الأول بمفهوم النظرية ومجال تطبيقها ويتعلق المطلب الثاني بنشأة النظرية .

المطلب الأول

مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ومجال تطبيقها

عرف الفقه الفرنسي ومنهم الفقيهان جورج فوديل وبيير دلفولفويه " George Faudel Pierre Dulvolouvier" نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بأنها "نظرية خاصة في مقاولات الأشغال العامة تفترض صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها ترمي بثقل أعباء خطيرة ، وغير طبيعية على عاتق المقاول مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق وحق التعويض معترف به للمقاول عن كامل الضرر"(١) .

أما الفقه المصري فقد عرفها بما يأتي : "إن للمتعاقد مع الإدارة الحق في تعويض كامل من خلال زيادة أو رفع المقابل النقدي المحدد في العقد إذا ما صادف أثناء تنفيذ العقد (صعوبات مادية ذات طبيعة غير عادية) ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد ، وتؤدي إلى جعل التنفيذ أكثر إرهاقا واشد وطأة وأكثر كلفة على المتعاقد مع الإدارة"(٢) .

وعرفها البعض منهم بأنها "تلك الصعوبات التي تظهر أثناء تنفيذ العقد تكون ذات طابع استثنائي بحيث لم يتوقعه المتعاقدان أثناء إبرام العقد ويكون من نتيجتها جعل التنفيذ

(١) علي بن عبد الكريم احمد السويلم ، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية ، رسالة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ،٢٠٠٧ ، هامش ص١١٠ .

(٢) د. نواف كنعان ، القانون الاداري (الكتاب الثاني الوظيفة العامة – القرارات الادارية – العقود الادارية – الاموال العامة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ،٢٠٠٥ ، ص٣٧٥ .

أكثر كلفة ومن ثم فإنها تفتح أمام المتعاقد الحق في أن يحصل على تعويض كامل في شكل زيادة حقوقه المالية مقابل التزاماته العقدية"[١] .

وفي الفقه العراقي عرفت بأنها "النظرية التي تقوم على تعويض المتعاقد مع الإدارة ضد المخاطر الطبيعية التي يواجهها في أثناء التنفيذ ... وتجد هذه النظرية تطبيقها بوجه خاص في عقود الأشغال العامة (المقاولات) ، وعلى المتعاقد في هذه الحالة الاستمرار في تنفيذ التزاماته ... مقابل تحمل الإدارة النفقات الإضافية الناجمة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة عند إبرام العقد"[٢] .

وقد عرفتها محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠ بقولها "الصعوبات غير المتوقعة من النظريات التي ابتكرها القضاء الإداري ومن مقتضياتها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية ، وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ اشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة ، فيجب – من باب العدالة – تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وإن هذه نية الطرفين المشتركة"[٣] .

---

(١) د. احمد سلامة بدر ، العقود الادارية وعقد البوت "B.O.T"، دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٣، ص٢٥٨ .

(٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، الوسيط في القانون الاداري ، دار ابن الاثير للطباعة والنشر،جامعة الموصل ، ٢٠٠٩ ، ص٤٥٣ .

(٣) د. جابر جاد نصار ، عقود البوت " B.O.T " والتطور الحديث لعقد الالتزام " دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام" ، دار النهضة العربية ، القاهرة ،٢٠٠٢، ص١٨٧ ؛ د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ،القاهرة،٢٠٠٤ ، ص٣٤٦ ؛ د. فاروق احمد خماس ود.محمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الادارية ،جامعة الموصل ، ١٩٩٢ ، ص١٧٩ ؛ د. مطيع علي حمود جبير ، العقد الاداري بين التشريع والقضاء (دراسة مقارنة) بين النظام الفرنسي والمصري واليمني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٥٩٥ ؛ محاضرات في القانون الإداري ، ج١٠ ، منتديات الحقوق والعلوم القانونية ، ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي : www.droit-dz.com سحبت في ٢٠٠٩/١١/١٠ في الساعة ٠٨:٢٠:٠٩ GMT ؛ محاضرات القانون الإداري سنة ثانية حقوق ،==

وقد عرف ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية هذه النظرية في قراره في القضية ١/٦٧٧/ق لعام ١٤٠٥هـ بأنها "ما يصادف المقاول أو المتعاقد من صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً"(١) .

أما القضاء العراقي فإنه لم يأخذ بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أحكامه لكن الشروط العامة العراقية لمقاولات أعمال الهندسة المدنية قد أخذت بالنظرية في المادة (١١) التي وضعت القاعدة وألزمت المقاول بأن يجري بنفسه جميع التحريات اللازمة والخاصة بالأحوال المائية والمناخية والطبيعية ، أما المادة (١٢) التي نصت على أنه "يفترض في المقاول أنه قد اقتنع قبل تقديم العطاء بصحة وشمول عطائه للأعمال ومفردات الأسعار والمبالغ المدونة في جدول الكميات وتعتبر تلك الأسعار والمبالغ باستثناء وبالقدر الذي ينص على خلافه شاملة لجميع التزامات المقاول بموجب المقاولة وكذلك جميع الأمور والأشياء اللازمة لإكمال وصيانة الأعمال بصورة مرضية. ومع ذلك فإذا تعرض المقاول أثناء تنفيذ الأعمال لأحوال طبيعية أو عوائق اصطناعية وكانت هذه الأحوال وتلك العوائق لا يمكن عقلاً لمقاول ذي خبرة أن يتوقعها فعلى المقاول المبادرة بدون تأخير بتقديم إشعار تحريري بذلك إلى المهندس . وإذا تبين للمهندس أن مثل هذه الأحوال أو العوائق الاصطناعية لا يمكن عقلاً لمقاول ذي خبرة أن يتوقعها فعندئذ يتعين على المهندس أن يؤيد ذلك وعلى رب العمل أن يدفع المصروفات الإضافية التي كان يتحتم على المقاول أنفاقها بسبب مثل هذه الأحوال"(٢) .

وتختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة في إن المتعاقد يستحق في حالة الصعوبات المادية تعويضاً كاملاً بينما لا يستحق في حالة الظروف الطارئة سوى تعويض جزئي ويتمثل بمعاونة تمنحها الإدارة إلى المتعاقد لمساعدته على

==منتدى الحقوق والعلوم الإدارية . ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي : www.etudiant-dz.com سحبت في ٢٠٠٩/٦/٥ في الساعة ٠٨:١١:١٠ GMT .

(١) د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، اثر تغير الظروف على العقد الاداري واعادة التوازن المالي للعقد ، الطبعة الاولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ٢٠٠٤ ، ص٦٧ .

(٢) الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط .

تخفيض خسارته وتختلف عن نظرية فعل الأمير في أن الصعوبات المادية أمر خارج عن إرادة المتعاقدين بينما فعل الأمير يصدر من السلطة الإدارية [١] .

كما تختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن القوة القاهرة في أنه يكفي في حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ اشد عسراً وأكثر كلفة ، في حين أنه في حالة القوة القاهرة يصبح التنفيذ مستحيلاً كما يترتب على القوة القاهرة إما وقف التنفيذ أو فسخ العقد أما الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يفترض على العكس الاستمرار في التنفيذ بسبب وضع النظرية الخاص[٢] .

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠ فيما يتعلق بالفرق بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية والقوة القاهرة إلى القول : "وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسب ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ، ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة ، كما تختلف أيضاً عن حالة القوة القاهرة في أنه يكفي في حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ اشد عسراً أو أكثر كلفة في حين أنه في حالة القوة القاهرة يصبح التنفيذ مستحيلاً ، كما أنه يترتب على القوة القاهرة إما وقف التنفيذ أو فسخ العقد . أما في الصعوبات المادية غير المتوقعة ، فإنه يفترض على العكس الاستمرار في التنفيذ"[٣] .

---

(١) د. محمد يعقوب السعيدي ، مبادئ القانون الاداري ، الجزء الاول ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، دون تاريخ طبع ، ص٢٨٧ .

(٢) عبد العزيز السيد الخوري ، مذكرات في العقد الاداري ، مجلة هيئة قضاء الدولة المصرية ، العدد الاول ، السنة الثانية والثلاثون ، دون مكان طبع ، ١٩٨٩، ص٦٢ ؛ د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص٣٤٦.

(٣) د. انس جعفر ، العقود الادارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزيدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود الـ B.O.T) ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٢٠٩ .

أما مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيلاحظ أن هناك خلافاً بين الفقهاء ويمكن أن نقسم ذلك على اتجاهين رئيسين فالاتجاه الأول يجد أن مجال تطبيق النظرية تتواجد في عقود الأشغال العامة(١) .

ويرى العميد جورج فيدل "Gorge Vedel" "إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تعتبر نظرية خاصة على الأقل من الناحية العملية – بعقود الأشغال العامة" . أما الأستاذ فلام "Flamme" فيرى " أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي نشأت في مجال عقود الأشغال العامة يجب أن تظل محددة في هذا المجال دون سواه " أي أن كلا الفقيهين يحصر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بعقود الأشغال العامة(٢) .

أما الاتجاه الثاني فيذكر الفقيه دي لوبادير "De Laubade're" بأنه "لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج عقود الأشغال العامة لكن لا يوجد مانعاً – متى توافرت شروطها – من تطبيقها في مجال العقود الإدارية الأخرى" . وهذا الرأي يتفق معه الفقيه جيز "Je'ze" والفقيه بيكنو "Pe'quiniot" . أي أن الفقهاء يرون أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي نظرية عامة تطبق على جميع العقود الإدارية ، ولا يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية إذا ما توافرت شروطها بالنسبة إلى أي عقد إداري آخر(٣) .

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية / دراسة مقارنة ، الطبعة الرابعة ، مطبعة عين شمس ، د.م ، ١٩٨٤ ، ص٦٥٠ ؛ د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، مصدر سابق ، ص٤٥٣ ؛ د. مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص٥٩٨ .

(٢) د. إبراهيم محمد علي ، اثار العقود الادارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ ، ص٣٠٨ ؛ علي بن عبد الكريم احمد السويلم ، مصدر سابق ، ص١١٤ .

(٣) د. محمود حلمي ، القضاء الإداري / قضاء الإلغاء – القضاء الكامل – إجراءات التقاضي ، الطبعة الثانية ، د.م ، ١٩٧٧ ، ص٢٩٨ ؛ د. منير محمود الوتري ، مصدر سابق ، ص٢٠٠ ؛
د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، العقد الاداري ، الطبعة الاولى ، دار الفكر العربي ، د.م ، ١٩٧٤ ، ص١٣٢ ؛ د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص٦٨ ؛ د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص٦٥٠ .

لكن مجلس الدولة الفرنسي لم يطبقها خارج عقود الأشغال العامة ومما يؤيد ذلك أنه رفض تطبيقها لمناسبة عقد التزام مرفق عام[١] .

ونخلص مما تقدم إلى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تفترض أن هناك ظروفاً خارجية واستثنائية وغير عادية لا يمكن توقعها ، تظهر في أثناء تنفيذ العقد وخاصة عقد الأشغال العامة وتتجاوز هذه الصعوبات المخاطر الطبيعية فتجعله اشد كلفة ومشقة من دون أن يصل إلى حد الاستحالة فمن حق المتعاقد في هذه الحالة أن يطالب بالتعويض ويكون التعويض كاملاً عن الأضرار التي حاقت به والتي تحملها نتيجة لهذه الصعوبات . ومجال تطبيق النظرية كان مثار اختلاف بين الفقهاء وظهر اتجاهان الاتجاه الأول يحصرها في عقود الأشغال العامة أما الاتجاه الآخر فيرى أنه يمكن تطبيقها على العقود الإدارية بصفة عامة ولا يوجد ما يمنع ذلك إذا توافرت شروطها . وأنا أرجح الاتجاه الثاني الذي يرى أنه يمكن تطبيقها على العقود الإدارية كافة ، وذلك لأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة نظرية عامة تطبق على جميع العقود الإدارية ومنها عقود التوريد وعقود الأشغال العامة ولا يوجد ما يمنع من الأخذ بالنظرية إذا ما توافرت شروطها لان هدف النظرية هو مصلحة المتعاقد مع الإدارة وضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرار .

---

(١) د. محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.ت ، ص٤٨ .

وهذا ما وضحه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٤٤/٤/٢١ في قضية "Cie francaise des cables tele'graphiques" .

ينظر د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، هامش ص٦٥٠ .

المطلب الثاني

نشأة النظريـــــة

نشأت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كأغلب نظريات القانون الإداري على يد مجلس الدولة الفرنسي وكان أول حكم قضائي من مجلس الدولة يبرز هذه النظرية هو حكم دوشى "Duche" الصادر في ١٨٦٤/٦/٢٤ وانتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد حتى يستطيع الاستمرار في التنفيذ(١) .

وقد استند في منح التعويض في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى نص المادة (٢٨) من دفتر الشروط والمواصفات العامة لعقود الطرق والكباري في فرنسا والتي كانت تقرر التعويض عن الهلاك والتلف أو الخسارة فضلاً عن الأضرار الناتجة عن القوة القاهرة وبعد ذلك توسع المجلس في تفسير نص المادة (٢٨) تفسيراً واسعاً وقضى بالتعويض في حالة القوة القاهرة التي تظهر فيها الهلاك أو التلف الذي يمكن تقويمه بالمال وكانت دفاتر الشروط تمنع مراجعة الثمن المتفق عليه في العقد إلا إذا تعلق الأمر بالتعويض عن الهلاك أو التلف الذي تسببه القوة القاهرة وبناءً على ذلك اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر على نظرية القوة القاهرة واعتبرها أساساً ومصدراً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة(٢) .

ولكنه سرعان ما لبث أن حدد معالم النظرية بحيث غدت نظرية مستقلة لها أحكامها المتميزة وكان ذلك بصدد حكم شهير هو حكم فيرى "Veyret" الصادر في ١٨٦٩/٣/١٨ وقد أوضح المجلس في هذا الحكم حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي إصابته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة شرط ألا يوجد خطأ من جانب احد الطرفين

---

(1) C. E. 24 1864 Duche' M. Waline "Levoulution re'cente des rapports L'Etat aveces Contractants" Article Revue du droit public 1951. p.28.

نقلاً عن د. انس جعفر ، مصدر سابق ، ص٢٠٥ .

(٢) د. مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص٥٩٣ ؛ علي بن عبد الكريم احمد السويلم ، مصدر سابق ، ص١١٠ .

وهما (المتعاقد والإدارة) وبعد ذلك تواترت الأحكام التي طبقت النظرية وأصبحت من النظريات المستقرة في أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي اقرها الفقه الفرنسي واعترف بها مؤيداً مجلس الدولة في هذه الحالة وأصبحت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة احد مبادئ النظام القانوني للعقود الإدارية(١) .

ومن مجلس الدولة الفرنسي انتقلت النظرية إلى مجلس الدولة في مصر ، وكان أول حكم صادر في هذا الشأن متحدثاً عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بتاريخ ١٩٥٣/٥/٥ من محكمة القضاء الإداري المصرية وقد جاء في حيثيات الحكم أنه "بالنسبة للصعوبة التي تبدت للمدعى عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة ، فإن الثابت من الاطلاع على الملف الإداري للمقاولة أن المدعى قد شكا من هذا الأمر مراراً ، وقد عنى وكيل الوزارة بشكواه ففحصها وبعد أن انتقل كبير مهندسي المديرية فعاين وحصر فرق التكاليف ورفع تقريراً للوزير أوضح فيه أن الصعوبة التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفره للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة ولم يكن في وسع المدعى ولا الحكومة توقعها ... ومن ثم لا يجوز تحميل المدعى بجميع النفقات التي تكبدها بسبب ذلك ، بل أن العدالة تقتضي بمشاطرة الحكومة المدعى في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة" . ومن هذا الحكم يلاحظ الخلط بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة لأن الصعوبات المادية يترتب عليها تعويض كامل أما نظرية الظروف الطارئة فالتعويض جزئي(٢) .

كذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١٩٦٩/٦/١٤ بقولها "تعاقد احد المقاولين مع الإدارة لحفر خنادق ورمي برابخ وبناء حجرات التفتيش الخاصة بمشروع منطقة العباسية وعند التنفيذ تبين أن الأرض محل الحفر كانت من ضمن توسيع الشارع ، وإن تحت الأرض أساسات خراسانية وخزانات مجاري ومياه لم يسبق لها

(١) د. إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص ص٣٠٢-٣٠٣ ؛ د. انس جعفر ، مصدر سابق ، ص ص٢٠٦-٢٠٧ .

(٢) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، الوجيز في القانون الإداري / دراسة مقارنة ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١-٢٠٠٢ ، ص ص٣٣٤-٣٣٥ ؛ د. علي بن عبد الكريم احمد السويلم ، مصدر سابق ، ص١١٣ .

مثيل أدت إلى تأخير التنفيذ فلما وقعت عليه الإدارة غرامات التأخير ، طالب بإسقاط هذه الغرامات ، وبتعويضه عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ، فأجابته محكمة القضاء الإداري إلى طلبه استناداً إلى نظرية الصعوبات غير المتوقعة ، ولكن المحكمة الإدارية العليا ألغت حكم محكمة القضاء الإداري ، استناداً إلى البند ١٣ من دفتر الشروط العامة يلزم المقاولين بأن يتحروا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم وإنهم مسؤولون عن كل الصعوبات التي تصادفهم منظورة أو غير منظورة" . وأقرت بعد ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية النظرية كما أن مجلس الدولة المصري أسلم بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[١] .

يتضح مما تقدم أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات القضائية ومن صنع مجلس الدولة الفرنسي كما هو الحال في سابقتيها نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ، وكان أول حكم قضائي لها ظهر في فرنسا هو حكم دوشى الذي يهدف إلى حصول المتعاقد على تعويض من جراء الصعوبات المادية والاستثنائية عند التعاقد التي تواجه المتعاقد مع الإدارة ، وبعد ذلك ظهر حكم فيرى الذي يهدف أيضاً إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن جميع الأضرار والصعوبات التي أصابته والتعويض الذي يحصل عليه هو تعويض كامل لأجل ضمان سير المرفق العام واستمراره في تنفيذ التزاماته العقدية . ومن فرنسا انتقلت النظرية بعد ذلك إلى مجلس الدولة المصري . وأصبحت بعد ذلك نظرية الصعوبات

المادية غير المتوقعة نظرية عامة أقرتها محكمة القضاء الإداري المصري وأسلم بها مجلس الدولة المصري في أحكامه .

(١) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص٦٥٥ .

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا صادفت المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية استثنائية لا يمكن توقعها عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً ، فإن من حقه أن يطالب بالتعويض الكامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار .

ولكي يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يستفيد من تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، يلزم أن تتوافر في الصعوبات التي يصادفها أثناء تنفيذه للعقد ، عدة شروط سوف أُبينها في هذا المبحث على وفق المطالب آلاتية : المطلب الأول أن تكون الصعوبات ذوات طبيعة مادية خارجة عن الأطراف المتعاقدة ، المطلب الثاني أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد ، المطلب الثالث يجب أن تكون الصعوبات ذوات طابع استثنائي ، المطلب الرابع العقود الجزافية لا تعوض الصعوبات إلا في حالة انقلاب العقد .

المطلب الأول

أن تكون الصعوبات ذوات طبيعة مادية خارجة عن الأطراف المتعاقدة

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يواجه المتعاقد عند تنفيذه للعقد صعوبات مادية أي ذوات طابع مادي ، أما إذا كانت الصعوبات تتعلق بظروف أخرى إدارية أو اقتصادية فلا مجال لتطبيق النظرية بل تطبق نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروطهما[١] .

ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ترتبط في أكثر الأحيان بالظواهر الطبيعية كأن يواجه المتعاقد طبقات مائية كثيفة لم تكن متوقعة تضيف نفقات مالية لم يكن قد وضعها في حسابه لأنه أمام هذه الظاهرة سيضطر إلى سحب هذه المياه وتجفيف الأرض[٢] . ومنها

(١) د. إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص٣١٠ .

(٢) د. فاروق احمد خماس ود. محمد عبد الله الدليمي ، مصدر سابق ، ص١٨٠ .

ترجع إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأشغال العامة ، كأن تتكشف الأرض عن طبيعة صخرية في حين إن التنفيذ الطبيعي يفترض طبيعة سهلة . وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عدة حالات مماثلة وهي الطبيعة الصخرية للأراضي والتي تعترض المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية وذلك في عدة قرارات(١) .

ومنها أن يفاجأ المقاول بوجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيف الأرض أو فوجئ بوجود أتربة متكتلة بدلاً من الطمى عند حفره إحدى الترع أو المصارف(٢) .

بيد أن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا ترجع في جميع الأحوال إلى الظواهر الطبيعية فقد يكون مصدرها فعل الغير كترميم المتعاقد لطريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجته الماسة إليه في الوصول إلى مكان محل العقد ، واضطرار المتعاقد إلى شراء وردم قناة خاصة مملوكة لأحد الأفراد مجاورة لموقع العمل ولم تشر إليها المواصفات التي على أساسها تم إبرام العقد الإداري وذلك لتأثيرها الضار في الأبنية التي يتولى إقامتها . وهذا ما أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٣٧/٧/٢١ في قضية "Ville de Carcasson" وحكمه في ١٩٣١/٢/٥ في قضية "Ancona"(٣) .

---

(١) ومنها حكم مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٨٩٠/٣/٢٨ في قضية "Albony" وفي ١٩٠٣/٣/٢٧ في قضية "Commune de Jeunont" وفي ١٩٣٨/١٢/١٠ في قضية " Gouv. gén de I`Indochine" وفي ١٩٤٨/٦/٣٠ في قضية "Min. de la Guerre" . ينظر د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، هامش ص٦٥٧.

(٢) حميد يونس ، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها (دراسة قانونية) ، د.م ، بغداد ، ١٩٧٠ ، ص٥٥ — د. منير محمود الوتري ، العقود الادارية وانماطها التطبيقية ضمن اطار التحولات الاشتراكية ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٩ ، ص ص٢٠٠-٢٠١ ؛ فاضل شاكر احمد مصطفى ، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة الى جامعة بغداد ، معهد الدراسات الاسلامية ، ١٩٦٧ ، ص٨٥ ؛ د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص١٣٢.

(٣) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مصدر سابق ، ص٣٣٨ ؛ د. احمد سلامة بدر ، مصدر سابق ، ص٢٦٢ ؛ د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص٦٥٧.

أما القضاء المصري فقد اخذ بهذا الشرط في أحكامه ، ومنها ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٦/١٢/٢٣ بقولها "إن المتعاقد على حفر إحدى الآبار الارتوازية قد صادف طبقات صخرية لا يجدي في ثقبها ما بين يدي المقاول من أدوات وتحتاج إلى الآلات حديثة لا يمكنه الحصول عليها"[١] .

وقضت محكمة القضاء الإداري المصرية فيما يتعلق بشروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠ بقولها "... أما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة ... فإنه يشترط لاستحقاق التعويض المترتب عليها توافر شروط خاصة ومن ضمنها أن تكون الصعوبات مادية ..." [٢] .

وقد أيدت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٦٤/٢/٤ "بأن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات طبيعة مادية"[٣] .

وقد اصدر ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية في القضية ١/٦٧٧/ق لعام ١٤٠٥هـ على الشروط التي يجب توفرها لتطبيق النظرية وهي "أن تكون الصعوبات مادية..." [٤] .

ولكي تبرر هذه الصعوبات المادية حصول المتعاقد على التعويض يجب ألا تحدث بفعل احد المتعاقدين ، فإذا كانت هذه الصعوبات راجعة إلى عمل الإدارة فإن الأمر لا يتعلق بتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وإنما يتعلق بنظرية عمل الأمير[٥] . ويجب أيضاً ألا يكون للمتعاقد مع الإدارة يد في إحداث تلك الصعوبات أو زيادة أثارها خطورة وأن يثبت أنه لم يكن في وسعه توقى أثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل . ويجب أخيراً أن يثبت أن المتعاقد لم يخرج على شروط العقد أثناء قيامه بتنفيذ التزاماته . ويتضح ذلك

(١) فاضل شاكر احمد مصطفى ، مصدر سابق ، ص٨٥ .

(٢) د. مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص٥٩٥ .

(٣) د. احمد سلامة بدر ، مصدر سابق ، ص٢٥٩ .

(٤) د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص٧٣ .

(٥) د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ص٣٤٨-٣٤٩ .

من خلال مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ ١٩١١/٣/٢٠ في قضية "Lazies" وفي ١٩٢٣/٧/١٩ في قضية "Ville de Paris" وفي قضية "Yaher"[١] .

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر في هذا الصدد في حكمها الصادر في ١٩٦٩/١٢/١٥ إلى القول "... وإن كان المدعى قد اخطأ حينما تقدم بعطائه قبل دراسة تصميمات المشروع واستطلاع آراء الخبراء الفنيين ودون إبداء تحفظاته الفنية إلى جهة الإدارة في الوقت المناسب ، إلا أنه من الناحية الأخرى فإن جهة الإدارة قد أسهمت هي الأخرى في خلق الصعوبات التي اعترضت تنفيذ المشروع بقدر من الخطأ يتمثل في وضع تصميمات المشروع على أساس لا يتفق من الناحية الفنية مع أوضاع حوض التخزين ويناسب المياه فيه وقد كان مفروضاً عليها قبل وضع الرسومات والتصميمات أن تقوم بالأبحاث والتجارب اللازمة للتعرف على الضغوط التي يمكن أن تنشأ في حوض التخزين حتى تجيء تلك التصميمات قابلة للتنفيذ العملي . وعلى ضوء ما تقدم ... فإنه يتعين على كل من الطرفين أن يتحمل تبعة ما وقع فيه من خطأ ... ومن ناحية أخرى لا يحق للمدعى أن يطالب جهة الإدارة بأية مبالغ إضافية تكبدها أو خسائر لحقت به نتيجة الصعوبات التي واجهها في تنفيذ العملية..."[٢] .

المطلب الثاني

أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد

يجب لإمكانية تعويض المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة ألا تكون قابلة للتوقع ، وعلى المتعاقد أن يبذل من تاريخ لحظة إبرام العقد الجهد المعقول للإحاطة بجميع الصعوبات المادية التي من المحتمل أن تصادفه عند التنفيذ وأن تكون قد فاقت كل توقعاته بعد بذل هذا الجهد[٣] .

(١) د. إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص٣١٢ ؛ د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص٦٥٨.

(٢) د. مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص ص٦٠٠-٦٠١ .

(٣) د. احمد سلامة بدر ، مصدر سابق ، ص٢٦٢ .

والقاعدة هي يجب على المتعاقد قبل أن يقبل العقد أن يدرس طبيعة الأرض وأن يبذل جهده والمطلوب من كل متعاقد حريص أن يبذله للإحاطة بكل الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تواجهه عند التنفيذ[١] .

وهذا ما تضمنته المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات العراقي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ إذ نصت على أن "يلتزم المقاول بأن يتحرى بنفسه طبيعة الأعمال وكل ما يلزم لذلك من اختبارات وغيرها للتأكد من صلاحية المواصفات والرسومات والتصميمات المعتمدة وعليه إخطار الجهة الإدارية في الوقت المناسب ، بملاحظاته عليها ويكون مسؤولاً تبعاً لذلك عن صحة وسلامة جميع ما ورد بها كما لو كانت مقدمة منه"[٢] .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الحكم وقضت في حكمها الصادر في ١٩٦٩/٦/١٤ بقولها "... كان على المقاول أن يتحرى بنفسه تلك الصعوبات وكان في وسعه أن يتوصل إليها"[٣] .

وقد أيدت محكمة التمييز العراقية ما قررته المادة (١٢) من الشروط العامة للمقاولات الأعمال الهندسية المدنية العراقية في حكمها الصادر في ١٩٦٦/٢/١٦ مع أنها لم تأخذ بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فقالت "... إن عقد المقاولة قد اوجب على المقاول قبل تقديم مناقصته أن يجري التحريات عن ماهية العمل وأن يقف على المعلومات الخاصة بنوع الأرض ترابية أو صخرية ..." [٤] .

---

(1) C. E. 26-3-1985, Ste Francaise de T. P. Fougerlle, R. D. P. 1985, p.1705؛

C. E. 5-12-1990, Ste Rape to, R. D. P., 1992, p.1535.

نقلاً عن د. مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص٦٠١ .

(٢) قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية والتشريعات المكملة له طبقاً لأحداث التعديلات . يقابلها نص المادة (٨٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزيدات المصري الحالي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨. ينظر د. احمد سلامة بدر، مصدر سابق ، ص٢٦٢ .

(٣) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص٦٦٠ .

(٤) طاهر طالب التكمجي ، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٦ ، ص٥١٩ .

ويقع عبء إثبات وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة وعدم إمكانية توقعها على عاتق المتعاقد طالب التعويض ، وتحديد عما إذا كانت الصعوبات يمكن توقعها من عدمه تخضع لتقدير قاضي العقد وفقاً لظروف كل قضية على حدة ، بمعنى أن شرط التوقع أو عدمه يقدر وفقاً لمعيار موضوعي لا شخصي وفي ضوء ما يبذل المتعاقد الحريص من جهد ومدى معاونة الإدارة في تزويده بكل المعلومات التي لديها عن موقع العمل(١) .

ويضع قاضي العقد في اعتباره مدى معاونة الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص ذلك أن مبدأ حسن النية في التعاقد يقتضي أن تضع الإدارة ما لديها من معلومات تحت تصرف الطرف الآخر ومعاونته في الوصول إلى تلك الغاية أو الهدف ، فإذا ثبت تقصير الإدارة في ذلك حكم القاضي بتعويض المتعاقد . ومثالها حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٥١/٦/٢٩ في قضية "Sec. d' Etat a' la Defense C. Debernardy"(٢) . أما إذا قصر المتعاقد مع الإدارة وكان في مقدوره تبين الصعوبات المادية غير المتوقعة وقت التعاقد يحكم القضاء برفض التعويض(٣) .

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية المتعلقة بالصعوبات غير متوقعة في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠ بقولها "يشترط لاستحقاق التعويض المترتب على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر شروط خاصة وهي ... أن تكون الصعوبات طارئة غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد ... ثم تقول " ... ومن

---

(١) د. إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص ص٣١٥-٣١٦ ؛ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مصدر سابق ، ص٣٤٠ .

(٢)إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف ، عقد امتياز المرفق العام (دراسة مقارنة) ، اطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٣ ، ص٣١٩ ؛ د. فاروق احمد خماس ود. محمد عبد الله الدليمي ، مصدر سابق ، ص١٨١ .

(٣) وهذا ما اقره مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٢٩/٧/٩ في قضية "Le clainche" وفي ١٩٣٥/٦/١٩ في قضية "Le febvre" وفي ١٩٤٤/٣/٢٢ في قضية "Socie'té Montcocol" .

ينظر طاهر طالب التكمجي ، مصدر سابق ، ص٥٢٠ .

حيث أنه فضلاً عما تقدم فإن الشرط الخاص بوجوب أن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها . هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها إلا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للشروط أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام المتعاقد بشأنه ..."(١) .

أما المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد أشارت في حكمها الصادر في ١٩٩٧/١٢/٣٠ إلى أنه "من حيث أنه لما سبق وكانت الإدارة حسبما سلف ، لم تنفِ وجود اختلاف في طبيعة الأرض والتربة ، بالنسبة إلى الأعمال الإضافية ، عن طبيعة الأرض والتربة بالنسبة إلى الأعمال الأصلية ، التي كانت محلاً للعقد الأصلي . كما وإن الثابت من تقرير الخبير الذي ندبته محكمة القضاء الإداري المصرية ، إن الأتربة المتولدة عن الحفر ، بالنسبة إلى الأعمال الإضافية ، تختلف اختلافاً جوهرياً عن الأعمال الأصلية ، وإن حجم الأتربة التي قام المطعون ضده بنقلها بمناسبة تنفيذ الأعمال الإضافية ، يجاوز نسبة ٢٥٪ من قيمة الأعمال الأصلية ، ونظراً لأن الإدارة لم تقدم ما يفيد أن المطعون ضده قام بمعاينة الأرض موضوع الأعمال الإضافية أو إن الإدارة نفسها كانت تعلم باختلاف طبيعة الأرض ، بالنسبة إلى الأعمال الإضافية عن الأعمال الأصلية ، كما أنه وحسبما سلف ، لا يمكن القول بامتداد الإقرار الصادر عن المطعون

(١) د. الياس ناصيف ، عقد الـBOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٦ ، ص٣٣٨ ؛ د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص٣٤٩ ؛ د. إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص٣١٤ ؛ علي بن عبد الكريم احمد السويلم ، مصدر سابق ، ص١١٧ ؛ ملخص القانون الإداري ، Law بحرين ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي : www.bahrainlaw.net سحبت في ٢٠٠٩/٦/٢٩ في الساعة ٠٥:٠٣:١١ GMT ؛ محاضرات في القانون الإداري ، ج١٠ – منديات الحقوق والعلوم القانونية . ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي : www.droit-dz.com سحبت في ٢٠٠٩/١١/١٠ في الساعة ٠٨:٢٠:٠٩ GMT ؛ نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية ، ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي : www.mohamoon.com سحبت في ٢٠٠٩/٧/٧ في الساعة ٠٢:١٠:٠٥ GMT .

ضده بمعاينة الأرض والتربة بالنسبة إلى الأعمال الأصلية ، إلى الأعمال الإضافية ، وبالتالي يكون من الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية غير متوقعة كانت لدى طرفي العقد"[١] .

أما ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية فقد ذهب في القضية رقم ١/٦٧٧/ق لعام ١٤٠٥هـ إلى الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهي "أن تكون طارئة أي غير متوقعة ولا يمكن توقعها"[٢] .

المطلب الثالث

أن تكون الصعوبات ذوات طابع استثنائي

ومؤدى هذا الشرط أن تكون الصعوبات ذوات طابع استثنائي غير عادي[٣] ، أي أنها صعوبات غير مألوفة ، أما إذا كانت الصعوبات مألوفة ، أي صعوبات يتحملها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، ومسألة تحديد ما إذا كانت الصعوبات ذوات طابع استثنائي أم لا تخضع لتقدير قاضي الموضوع يقدرها كل حالة على حدة بالاستناد إلى ما يقدمه المتعاقد من دلائل ومستندات توضح أن هناك عقبات تندرج في نطاق الصعوبات ذوات الطابع الاستثنائي أي أن عبء الإثبات يقع على عاتق الشخص المتعاقد الذي يطالب بالتعويض[٤] .

ونحن نعتقد بأن القاضي سوف يقوم بفحص كل حالة على حدة توجد فيها الصعوبات المادية غير المتوقعة وهو يعبر عن ذلك بموقف موضوعي ويقوم بفحص الصعوبات الاستثنائية غير المألوفة لأن الصعوبات ليست عقبات يصادفها المتعاقد أثناء التنفيذ من نوع مألوف

(١) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص ص٣٣٨-٣٣٩ – د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص٣٥٠ .

(٢) د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص٧٣ .

(٣) د. عبد الفتاح حسن ، مذكرات في مبادئ القانون الإداري ، دار قاسم للطباعة ، المنصورة ، ١٩٧٨-١٩٧٩ ، ص٢٢٧ .

(٤) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مصدر سابق ، ص ص٣٤٠-٣٤١ .

لكنها عقبات من نوع غير مألوف وإذا ما وجد ذلك سيطبق النظرية ومن ثم يقضي للمتعاقد بالتعويض.

وقد ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠ إلى القول "ومن حيث أن شرط الصعوبة غير العادية أو الاستثنائية يختلف تحققه باختلاف الحالات التي تعرض في مجال التطبيق ، وهو في مجال خصوصية المنازعة الحالية لا يتوافر لمجرد أن الطبقة التي صادفها المدعى (وهو يتولى تطهير ترعة) كانت ذات صلابة غير عادية ، بل يجب أن تكون الطبقة امتداداً غير عادي أيضاً ، بأن تكون لمساحات واسعة أو بنسبة كبيرة من مجموع المنطقة محل العقد . وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية ، لأنه يدل على طبيعة أصلية في التربة ذاتها"(١) .

"ومن حيث أن مكعبات العقد المبرم مع المدعى جملتها ١٨٧٥٧٤ متراً مكعباً ، بينما بلغت الطبقة الصخرية ١٢٧٢ متراً مكعباً قام المدعى بتشغيل ١٢١٠ متراً مكعباً منها وهي كمية قليلة ، ونسبتها ضئيلة بالنسبة إلى مكعبات العقد ، ومجموع كلياته ، إذ أنها عبارة عن متر مكعب واحد في كل ١٥٥ متراً مكعباً بالتقريب . وبهذه النسبة لا يمكن اعتبارها صعوبة غير عادية في التنفيذ بالمعنى المقصود من ذلك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة"(٢) .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١٩٩٧/١٢/١٦ أن "...يلتزم القضاء بأحقية المقاول للتعويض طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط ومن ضمنها أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية"(٣) .

أما ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية فقد أشار في القضية رقم ١/٦٧٧/ق لعام ١٤٠٥هـ على الشروط التي يجب توفرها لتطبيق النظرية وهي "...أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية"(١) .

---

(١) د. حسين عثمان ، القانون الإداري (اعمال الادارة العامة) ، الطبعة الاولى ، الدار الجامعية ، د.م ،١٩٨٨ ، ص١٧٥ .

(٢) د. منير محمود الوتري ، مصدر سابق ، هامش ص٢٠٢ ؛ د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص١٣٤ .

(٣) د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص٣٤٧ .

ويثار تساؤل عن إمكان تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في حالة وجود عقد يتضمن شرطاً صريحاً يقضي بتحميل المتعاقد مع الإدارة المخاطر كافة أو تحديد الثمن مهما كانت الصعوبات عند التنفيذ ؟ فهل تطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بالرغم من وجود هذا الشرط ؟

يذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى اعتبار الشروط التي ترد في بعض العقود الإدارية التي تحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ أيا كانت طبيعة الأرض أو الصعوبات التي يصادفها عند التنفيذ أنها تعني الصعوبات العادية أما الصعوبات الاستثنائية وغير العادية فإن للمتعاقد المطالبة بالتعويض بالرغم من تلك الشروط . وهذا ما اقره مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ١٩٣٥/١١/٢٧ في قضية "Etabl Descours"[٢] .

ويلاحظ إن مجلس الدولة الفرنسي يفسر هذا الشرط على أنه لا يتعلق بالصعوبات غير العادية أو الاستثنائية ، ويقتصر دور هذا الشرط على تشدد القضاء في تقدير درجة الصعوبة غير العادية التي يصادفها المتعاقد عند تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[٣] .

أما المحكمة الإدارية العليا في مصر فقد ذهبت في حكمها الصادر في ١٩٦٩/٦/١٤ إلى القول : "إذا كان مفاد النصوص الواردة في دفتر الشروط العامة فإن المقاول مسؤول مسؤولية كاملة عن جميع الصعوبات المادية التي تصادفه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة وليس في

---

(١) د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص٧٣ .

(٢) د. محمد ماهر أبو العينين ،العقود الادارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وافتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ (دراسة تحليلية لاراء الفقهاء واحكام وفتاوى مجلس الدولة) ، الكتاب الثاني ،تنفيذ العقد الاداري ، د.م، د.ت ، ص٤٩٩ ؛ د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص٦٥١ .

(٣) د. مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص٦٠٣ .

ويتضح ذلك من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩١٧/١/١٤ في قضية "Dedeyn" وحكمه في١٩٤٣/٥/١١ في قضية "Sainrapt" وفي ١٩٤٣/٥/١٩ في قضية "Dumez" وفي ١٩٥٣/٤/٢ في قضية "Commune de Meissac" .

ينظر د. فاروق احمد خماس ود. محمد عبد الله الدليمي ، مصدر سابق ، ص١٨١ ؛ د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص٦٦٠ .

شأن الصعوبات المادية غير المتوقعة إرهاق للمقاول أن تخوله حق المطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة معه بزيادة الأسعار مشاركة منها في الخسارة التي تكون قد لحقته ، إذ أن الصعوبات أيا كان شأنها لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التي تختل بها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً وذلك لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه" .

وقد تعرض هذا الحكم للنقد من عدة نواحٍ هي[١] :

١. خلط المحكمة الإدارية العليا بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مما جعلها تتحدث عن مشاركة الإدارة في الخسارة بدلاً من تعويض المقاول الذي تقضي به نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .
٢. استندت إلى البند ١٣ من دفتر الشروط العامة للمقاولين الذي يلزمهم بأن يتحروا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم وإنهم مسؤولون عن كل الصعوبات منظورة أو غير منظورة . وهذا الشرط يقتصر أثره على التشدد في تقدير درجة الصعوبات غير العادية ولا يمنع في حالة وجود عقبات لجوء المتعاقد إلى القضاء للمطالبة بالتعويض.
٣. تطبيق نظرية الظروف الطارئة على موضوع الدعوى في حين كان يجب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لأنه كما ذكرنا أن القاضي يعبر عن موقف موضوعي بفحص كل حالة على حدة بالاستناد إلى وجود النظرية .

أما الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مصر فقد أيدت في فتواها بتاريخ ١٩٦٤/٢/٤ [٢] ، الاتجاه الذي يسير عليه مجلس الدولة الفرنسي وأقرت مبدأ التعويض

(١) د. إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص ص٣١٨-٣١٩ .

(٢) "لا يصح القول أنه كان ثمة اتفاق على عدم مسؤولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبات غير متوقعة كتلك التي صادفتها متمثلة في زيادة حجم التربة الصلبة أضعافاً مضاعفة تجاوز كل ما كان مقدراً ، على أساس الاختبارات التي جرت بمعرفة المقاولين قبل التعاقد وبمعرفة الهيئة . وذلك أن القول مردود إلى ما جاء في العقد وفي الشروط في شأن التنبيه إلى طبيعة التربة ، والى ما تحتويه من صخور صلبة ، ونحو ذلك ، يحمل على أنه قصد به عدم مساءلة الهيئة عما يصادف من يعهد إليه بتنفيذ المشروع من عقبات

وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد ، بالرغم من القول بوجود اتفاق بعدم مسؤولية الإدارة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة .

المطلب الرابع

العقود الجزافية لا تعوض في الصعوبات إلا في حالة انقلاب العقد

يضيف مجلس الدولة الفرنسي شرطاً آخر بالنسبة إلى العقود الجزافية " Les marchs aforfait" "وهي التي تتضمن تحديداً لكمية الأعمال المطلوبة ، وتحديداً إجمالياً لما تلتزم بدفعه من ثمن يقابلها فهو يتضمن الثمن الإجمالي الذي تدفعه الإدارة مقابل كمية الأعمال الإجمالية التي يلتزم بها المتعاقد"[١] .

إن هذا الطابع الجزافي في تحديد ثمن الأعمال المطلوبة لا يحول وفقاً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على هذه العقود وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ ١٩٣٨/١١/٨ في قضية "Le'aute"[٢]. وفي ذلك تقول الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للتشريع والفتوى في مصر في فتواها المؤرخة في ١٩٦٤/٢/٤ بأنه "مما يجب التنبيه إليه بالنسبة إلى العقود الجزافية وهي

بسبب ذلك ، في الحدود المعقولة التي يصل إليها التقدير العادي للأمور مبيناً على أساس الاختبارات والبحوث الممكن إجراؤها عند وضع مثل هذا التقدير ، أما ما جاوز هذه الحدود ، فما يكون ثمة تسليم بأنه لم يكن يخطر ببال أي من المتعاقدين أو مما لم يكن في مقدور احد أن يتكهن به عند التعاقد فإن تفسير العقد على أساس النية المشتركة للمتعاقدين ، مع الاستهداء بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات – يقتضي القول بأنه ما لم يتجه إليه قصد المتعاقدين ، الأمر بديهي ، هو أنهما لم يكونا يتوقعانه" .

ينظر د. انس جعفر ، مصدر سابق ، ص٢١٤ .

(١) نكتل إبراهيم عبد الرحمن احمد الطائي ، عقد امتياز المرفق العام ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٩ ، هامش ص٢٣٥ ؛ إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص٣٢٠ .

(٢) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ص٦٦٠-٦٦١ .

التي تتضمن تحديد اجر لكمية الأعمال المطلوبة ، وتحديداً إجماليا لما تلتزم به الجهة الإدارية من ثمن يقابلها فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على أنه يجب عندئذ أن يكون من شأن الصعوبات المادية – في هذه الأحوال – أن تخل باقتصاديات العقد تبعاً لانهيار الأساس التي قام عليها تقدير الثمن المتفق عليه"[١] .

ففي مثل هذه العقود يجب أن يترتب على الصعوبات المادية غير المتوقعة قلب اقتصاديات العقد[٢] ، ويقدر هذا الإخلال باقتصاديات العقد بالنظر لأهمية النفقات الإضافية التي أثارتها الصعوبات مع أهمية العقد في هذا المجال بالذات ، وهذا ما وضحه مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٦/٢/١٩ في قضية "Socie'te' T. H. E. G." [٣] .

ونشير إلى أن المتعاقد حتى يكون باستطاعته طلب التعويض بسبب الصعوبات غير المتوقعة ينبغي إلى جانب كل هذا أن يكون العقد قد حقق في ظروف غير طبيعية وغير مألوفة الأشغال العامة المتفق عليها ابتداءً ، ولكن قد يحصل أن تجبر الصعوبات غير المتوقعة المتعهد على تنفيذ أعمال إضافية ففي مثل هذه الحالة لا يستطيع المتعاقد أن يأخذ هو المبادرة للقيام بمثل هكذا عمل إلا إذا كان ذلك ضرورياً لتنفيذ العقد بصورة مطلقة ومثالها حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٧/٧/٢١ في قضية "Ville de Carcassonne"[٤] .

وفي حالة اتضاح أن العمل نتيجة صعوبات غير متوقعة ولا تبدو ضرورية بشكل مطلق ولا يدخل في التوقعات ابتداءً منذ بدء التعاقد فإن المتعاقد في هذه الحالة لا يستطيع أن يحتج

---

(١) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مبادئ ونظريات القانون الاداري ، د.م،٢٠٠٢-٢٠٠٣ ، هامش ص٢٥٠ ؛ علي بن عبد الكريم احمد السويلم ، مصدر سابق ، ص١٢١ .

(٢) وهذا ما أشار إليه مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٦/٥/٦ في قضية "Min. Gurre C. Regnien" وحكمه في ١٩٣٦/٣/١٣ في قضية "Min. Marine" وفي ١٩٣٩/٥/٢٣ في قضية " Commune de Thiverny" وفي ١٩٤٨/٧/٣٠ في قضية "Min. Guerre C. Socie'te' ROI" .
ينظر طاهر طالب التكمجي ، مصدر سابق ، ص٥٢٩

(٣) د. إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص٣٢٢ .

(٤) د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص٦٦٥ .

به قبل أن يكون قد طلب من الإدارة أمر خدمة لتنفيذ العقد . وهذا ما اقره مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر في ١٩٠٥/٧/٩ في قضية "Commune de Dvingt"[١].

وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا الشرط في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٣٠ بقولها ".... يلتزم للقضاء بأحقية المقاول للتعويض لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر شروط وهي أن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الأسعار المتفقة عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الإدارة " [٢] .

وقد أشار ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية في القضية رقم ١/٦٧٧/ق لعام ١٤٠٥هـ على الشروط التي يجب توفرها لتطبيق النظرية ومن ضمنها "أن يترتب على تنفيذ العقد نفقات تجاوز الأسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة"[٣] .

المبحث الثالث

آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فإنه يترتب عليها آثار قانونية وهي :

المطلب الأول : استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته .

المطلب الثاني : الحق في التعويض .

المطلب الثالث : أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

المطلب الرابع : اثر الاتفاقات الخاصة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

---

(١) المصدر نفسه ، ص٦٦٢.

(٢) د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص٣٤٧ .

(٣) د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص٧٣ .

المطلب الأول

استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته

يجب على المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزاماته لأن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤثر في التزام المتعاقد مع الإدارة ، فهي لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ هذا الالتزام، ولكنها تؤدي إلى أن يصبح هذا التنفيذ أكثر إرهاقاً وكلفة لأنه لا يؤدي إلى توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته[١] .

ويعتبر العقد الإداري وثيق الصلة بالمرفق العام وهذا الأخير يتعين أن يسير بصفة منتظمة ودائمة لتعلقه بمصالح الجمهور الأساسية ، وإن المتعاقد في العقد الإداري يعتبر معاوناً للإدارة في سبيل تحقيق أهدافها . لذلك يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ العقد الإداري على الرغم مما يواجهه من صعوبات مادية غير متوقعة متى كان ذلك في استطاعته وما دامت الصعوبات التي واجهها لم ترتب عليها استحالة التنفيذ بصفة مطلقة لأن استحالة التنفيذ لا يمكن تصورها إلا في حالة القوة القاهرة ، التي يترتب على توافر شروطها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية[٢] .

وفي حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته فإنه يحرم من التعويض المستحق على أساس تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كما يجوز للإدارة توقيع الجزاءات التعاقدية عليه[٣] . وقد يؤدي وجود الصعوبات المادية إلى إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير، إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ التزاماته[٤] .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في ١٩٦٩/٦/١٤ أنه "وبناء على ما تقدم فإن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تبرر وقت تنفيذ العقد ، لأن

(١) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص٣٤٢ .

(٢) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مصدر سابق ، ص٣٤٣ .

(٣) د. مطيع علي حمود جبير ، مصدر سابق ، ص٦٠٦ ؛ د. محمد ماهر أبو العينين ، مصدر سابق ، ص ٥٠٤ .

(٤) د. منير محمود الوتري ، مصدر سابق ، ص٢٠٤ ؛ د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص١٣٥ .

المتعاقد ملزم بالاستمرار في التنفيذ على الرغم من وجود هذه الصعوبات ، وعلى ذلك إذا أوقف المتعاقد تنفيذ العقد تأسيساً على وجود هذه الصعوبات ، فإنه يكون مخطئاً ويتحمل المسؤولية كاملةً ، ويجوز للإدارة أن توقع عليه بعض الجزاءات التي اشرنا إليها مع احتمال عقده لحق المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة"[١] .

المطلب الثاني

حق المتعاقد في الحصول على التعويض

يحتم تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تعويض المتعاقد مع الإدارة عما أحدثته الصعوبات من زيادة في التكاليف أو الأسعار ويجب أن يكون التعويض كاملاً ومعادلاً لقيمة الضرر[٢] .

ويجب أن ترد له جميع النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد[٣] . وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها[٤] . وهذا المبلغ الإضافي الذي يؤدى إلى المتعاقد مع الإدارة يتضمن في حقيقته المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه مضافاً إليها نسبة معينة من الأرباح المعقولة ، وفي هذا الصدد تشترك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية فعل الأمير وتفترق عن نظرية الظروف الطارئة ، إذ أن التعويض بموجب هذه النظرية الأخيرة يكون تعويضاً جزئياً لا كلياً كما ذكرنا آنفا [٥] .

وقد كان قضاء مجلس الدولة الفرنسي واضحاً وصريحاً في الأخذ بقاعدة التعويض الكامل عند توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهذا ما أشار إليه

(١) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مصدر سابق ، ص٣٤٣ .

(٢) د. الياس ناصيف ، مصدر سابق ، ص٣٤٢ .

(٣) عبد العزيز السيد الخوري ، مصدر سابق ، ص٦٣ .

(٤) د. حسين عثمان ، مصدر سابق ، ص١٧٥ .

(٥) طاهر طالب التكمجي ، مصدر سابق ، ص٥٣٦ .

مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر في ١٩٦٤/١٢/٢ في قضية " Part autonome de Bordeaux"[١] . كما أن مبدأ التعويض الكامل للمتعاقد كنتيجة لتوافر شروط تطبيق النظرية ، لا يحول دون تحمل المتعاقد قيمة ما تسبب فيه بخطئه من زيادة في الآثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة[٢] .

وطبقاً لأحكام مجلس الدولة الفرنسي فإن حساب التعويض الكامل يقدر على أساس السعر المتفق عليه في العقد ، إذ أن الأسلوب المتبع في حساب التعويض هو المتعلق بالجزء الزائد عن السعر[٣] . ولكن إذا ثبت أنه عند مواجهة الصعوبات المادية أثناء التنفيذ كانت الظروف التي ابرم العقد قد تغيرت فإن التعويض في مثل هذه الحالة يقدر على أساس الأسعار الجديدة[٤] .

أما القضاء الإداري المصري حين تعرض لمبدأ التعويض خلط بين نظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة (أي عدم التوقع) وكان ذلك في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المصرية في ١٩٥٣/٥/٥ ، إذ قضت المحكمة بتعويض المتعاقد تعويضاً جزئياً . بيد أن محكمة القضاء الإداري سرعان ما عدلت عن ذلك ، وعادت إلى المبدأ السليم الذي يقرر تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقته بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وكان ذلك في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠[٥] .

وقد عاد التردد في اجتهاد القضاء الإداري المصري عندما شككت المحكمة الإدارية العليا في مبدأ التعويض الكامل في حكمها الصادر في ١٩٦٤/٦/١٤ إذ ألغت هذه المحكمة حكم محكمة القضاء الإداري إذ ذكرت أن الصعوبات التي استندت إليها محكمة القضاء الإداري للحكم بالتعويض الكامل "لا ترقى إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل

(١) د. إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص٣٢٦ .

(٢) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مصدر سابق ، ص٣٤٥ .

(٣) ومنها حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣٨/١٢/١٠ في قضية "Gouvengen indochine" ينظر د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، هامش ص٧٥ .

(٤) إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص٣٣٦ .

(٥) د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مصدر سابق ، ص ص٣٤٤-٣٤٥ .

نصيب من الخسارة الفادحة التي تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه"[١] .

فهذا الوصف يصدق تماماً على الظروف الطارئة ولكنه بعيد عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي لا يشترط فيها خسارة من نوع ما أشارت إليه المحكمة الإدارية العليا ، ويترتب عليها التعويض الكامل .

وقد تعرضت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوة والتشريع بمجلس الدولة المصري لمبدأ التعويض الكامل في فتواها رقم ٩٥ بتاريخ ١٩٦٤/٢/٤ بقولها " والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها" [٢] .

وقد اصدر ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية قراره في القضية ١/٦٧٧/ق لعام ١٤٠٥هـ المذكور سابقاً أحقية المتعاقد في التعويض طبقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إذ جاء فيه : "وحيث أنه بغض النظر عما أثاره وكيل المدعية فإن نظر الدعوى سيكون على أساس نظرية الصعوبات المادية بمعنى أن الحكم سواء قضى بالاستحقاق أو عدمه سيكون مبناه توافر أو عدم توافره شروط النظرية ... إذ أنه من المعروف إن فترة تنفيذ العقد فترة تطور عمراني وزراعي ولا شك في أن هذا التطور قد ساهم في النيل من قدرات المتعاقد على التنفيذ وهذا القول ساند ما تكرر قوله من قبل ممثلي المدعى عليها حيث ذكروا في أكثر من مذكرة أن الطفرة الكبيرة التي حصلت بالمنطقة نتيجة خطط التنمية كانت هي السبب في تأخير التنفيذ ، وحيث إن هذا الواقع كاف في نظر الدائرة للقول بتحقق الظرف الموجب للتعويض" . وقضى هذا الحكم أحقية شركة ... بتعويض مقداره ١,٠٩٨,٣٧٣ فقط

(١) علي بن عبد الكريم احمد السويلم ، مصدر سابق ، ص١٢٧ ؛ د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص٧٤ .

(٢) د. انس جعفر ، مصدر سابق ، ص ص ٢١٢-٢١٣ .

مليون وتسعون ألفاً وثلاثمائة وثلاثة وسبعون ريالاً تلتزم وزارة ... بدفعه لها ورفض ما عدا ذلك من طلبات[١] .

وفي العراق ينبغي ملاحظة أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية لم تنص صراحة على مسألة التوازن المالي للعقد الإداري ومن ضمنها إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة وإنما اكتفى بذكر المادة (١٤) المتعلقة بمدة العقد والتمديد والتي نصت على أن " أولاً :– على المتعاقد تنفيذ بنود العقد خلال المدة المتعاقد عليها على أن تحتسب تلك المدة من تاريخ المباشرة أو من تاريخ توقيع العقد أو أي تاريخ أخر ينص عليه في شروط التعاقد وتراعى عند تمديد العقود ما يأتي :

أ– إذا طرأت أية زيادة أو تغيير في الأعمال بالنسبة للمقاولات المختلفة أو الكميات المطلوب تجهيزها كماً أو نوعاً بما يؤثر في تنفيذ المناهج المتفق عليها بحيث لا يمكن أكمالها ضمن المدة المتفق عليها بموجب العقد الأصلي" [٢] .

وهكذا يتضح أنه بالنسبة لهذه الفقرة أن تؤدي الزيادة أو التغيير في الأعمال ، إذا كانت بسبب صعوبات مادية غير متوقعة ، إلى جعل المتعاقد مع الإدارة أكثر إرهاقاً وكلفة بحيث تلتزم بموجبه الإدارة بتعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر نتيجة هذه الزيادة أو التغيير.

المطلب الثالث

أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

اختلف الفقهاء حول تحديد الأساس القانوني الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من حيث منح المتعاقد تعويضا على الرغم من عدم توافر خطأ من جانب الإدارة إلى أراء متعددة ، فذهب رأي إلى أن أساس النظرية هي النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وقد ذهب الفقيه الفرنسي جيز "Je'ze" إلى أن الأساس القانوني لحق المتعاقد في الحصول

(١) د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص٧٥ .

(٢) تعليمات تنفيذ العقود العامة الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الصادرة من وزارة التخطيط نشرت في الوقائع العراقية العدد ٤٠٧٥ في ٢٠٠٨/٥/١٩.

على التعويض عندما تظهر الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين ومبدأ حسن النية في تنفيذ العقود[١] .

ذلك أن الطرفين المتعاقدين عند إبرامهما العقد قد انصرفت نيتهما إلى أن السعر المتفق عليه في العقد يقصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية ، أما الصعوبات غير المتوقعة والتي لم تخطر ببال الطرفين فيفترض أنهما قصدا ضمناً أن يقدر ما يقابلها بطريقة خاصة خارج السعر العقدي[٢] .

وقد تبنى مجلس الدولة الفرنسي فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين في بعض أحكامه[٣] .

وقد قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في ١٩٥٧/١/٢٠ بقولها "بأنه قد تطرأ صعوبات مادية غير متوقعة عند التعاقد ، وتجعل التنفيذ أشد وطأة وكلفة فيجب تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار اعتباراً من أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ، وهذه نية الطرفين المشتركة " [٤] .

وقد انتقد الفقه الفرنسي هذا التبرير لأنه يقوم على أساس تعسفي في الكثير من الحالات لاسيما إذا لاحظنا أن مجلس الدولة الفرنسي يطبق هذه النظرية على الرغم من احتواء العقد على شرط صريح باستبعادها[٥] . كما أن فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين لا تكفي لتبرير التعويض في الوقت الحاضر لأن التعويض قد أصبح جزءاً من النظام القانوني

---

(١) د. أنس جعفر ، مصدر سابق ، ص ٢٢٥ .

(٢) د.محمود حلمي، العقد الإداري ، مصدر سابق ، ص ١٣٥ ؛ د .منير محمود الوتري، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .

(٣) وهذا ما وضحه مجلس الدولة الفرنسي في ٥ / ٧ / ١٩٢٩ في قضية "yaher" . ينظر د.سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق ، ص ٦٥٢ .

(٤) د.جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، مصدر سابق ، ص ٣٤٦ .

(٥) علي بن عبد الكريم أحمد السويلم ، مصدر سابق ، ص ص ١٢٤ – ١٢٥ .

للعقود ، يطبق في حالة عدم توافر نص في العقد وفي حالة اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات[١].

ونتيجة لذلك فإن النية المشتركة للطرفين المتعاقدين لا تصلح أساسا لحق المتعاقد في الحصول على التعويض لأن مبدأ تنفيذ العقود بحسن نية يسري على جميع العقود ومن ثم لا يصلح أساسا للتعويض في النظرية .

وذهب رأي آخر إلى أن أساس التعويض الذي تقوم عليه نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكمن في فكرة المسؤولية التقصيرية وقد رد الفقيه بيكنو "péquignot" أن أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع إلى نظرية عمل الأمير أو مبدأ المسؤولية التقصيرية للإدارة[٢].

وهذا الرأي تعرض للانتقاد أيضا ، تأسيسا على عدم اتساقه وشروط تطبيق النظرية ، إذ يشترط لتطبيقها أن تكون الصعوبات المادية بعيدة عن الطرفين المتعاقدين ، ولا دخل لهما فيها . فالصعوبات يجب أن تكون أجنبية عن إرادة طرفي العقد ، وإذا كان مرجع هذه الصعوبات خطأ من جانب الإدارة فإن هذه الأخيرة تسأل على أساس قواعد المسؤولية العادية وليس على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[٣] . وذهب رأي ثالث إلى أن أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو اعتبارات العدالة والتعاون في العقد الإداري ذلك أن التعويض في نطاق هذه النظرية وثيق الصلة بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، إذ يعتبر المتعاقد مع الإدارة مساعداً ومعاوناً لها في تسيير المرافق العامة[٤] .

ومن مؤيدي هذا الرأي الفقيهان دي لوبادير "De Lubade're" وفالين "Waline" نتيجة ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام[٥] .

(١) د. إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص٣٣٠ .

(٢) د.أحمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

(٣) د.عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مصدر سابق ، ص ٣٤٨ .

(٤) د.نواف كنعان ، مصدر سابق ، ص ٣٧٧ .

(٥) د.أنس جعفر ، مصدر سابق ص ٢٢٩ .

وهـذا مـا أكدتـه محكمـة القضـاء الإداري المصـرية في حكمهـا الصـادر في ١٩٥٧/١/٢٠ بقولها إن "الحق الخاص في شأن العلاقة الوثيقـة بـين جهـة الإدارة والمتعاقـد معهـا ، أن تنظـر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعي فيها كـثيرا مـن الاعتبـارات الخاصـة الـتي تسـمو علـى مجـرد الحرص على تحقيـق الـوفر المـالي للدولـة ... وأن ينظـر إليهـا المتعاقـد مـع الإدارة علـى أنهـا مساهمة اختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامـة ... وهـذا وذاك يقتضـي مـن الطـرفين قيام نوع من الثقة المتبادلـة بينهمـا وحسـن النيـة والتعاضـد والتسـاند والمشـاركة في وجهـات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات"(١).

وقـد أخـذت الجمعيـة العموميـة للفتـوى والتشـريع في مصـر بـذات الأسـاس في فتواهـا الصادرة في ١٩٦٤/٢/٤ والتي تضمنت "أن قوام نظرية الصعوبات غير المتوقعـة هـو اعتبـارات العدالة وهذا بذاته مما يستوجب تفسير ما قد يؤخذ على أنه اتفاق على عـدم تطبيـق النظريـة تفسيراً مضيقاً غير موسع فيه ، وذلك في الحـدود الـتي تسـمح بهـا قواعـد التفسـير إذا الاتفـاق صحيح أصلاً في القانون ، ولكن المقصود بعدم التوسـع في تفسـير العبـارات الـتي يمكـن عملـها على أنها مؤدية إليه ، هو ألا تحمل على أنها تتناول كل الأحوال التي يقع فيها التنفيذ ، سواء منها ما خطر بذهن المتعاقدين أو ما لم يخطر بـذهنها بـل تحمـل علـى أن المـراد بهـا الأحـوال التي يجري فيها التنفيذ في ظـروف ممـا يمكـن أن يـرد تصـورها ببـال المتعاقـدين ، وفقـا لمـا أجرياه في تقدير للأمور في الحدود التي يمكن لمثلهما ذلك ، وهذا ما لا يعدوا أن يكـون تطبيقـاً لما هو مسلم به من وجوب تفسير العقد وفقا للنية المشتركة للطرفين"(٢).

ونحن نرجح ما قال به الفقيهان دي لوبادير وفالين لأنه يؤسس نظريـة الصـعوبات غـير المتوقعة على مبدأ واضح وصريح هو اعتبارات العدالة لأنه ليس من العدالـة أن يـترك المتعاقـد في حال مصادفته ظروفاً مادية غير متوقعة لم يكن في وسعه توقعهـا وقـت إبـرام العقـد فتجعلـه أشد إرهاقا وكلفة كما لا يجوز أن يلتزم بالأسعار المتفق عليها في العقد على الرغم مـن النفقـات التي يتحملها المتعاقد وفقا لهذه النظرية ومن هنا فـإن المتعاقـد يسـتحق التعـويض الكامـل في

(١) د.أحمد سلامة بدر ، مصدر سابق ، ص ٢٦٥ .

(٢) د.إبراهيم محمد علي ، مصدر سابق ، ص ٣٣٢ .

هذه الحالة نتيجة لهذه الصعوبات المادية التي تتقرر لمواجهة النتائج غير العادلة ، كما أن العلاقة الوثيقة بين العقد الإداري والمرفق العام أضفت عليها ذاتية خاصة بحيث أصبح المتعاقد مع الإدارة مساعدا ومعاونا لها لأن طبيعة العقد الإداري تستلزم هذا التعاون والتساند من أجل تيسير المرفق العام بانتظام واطراد مهما كانت الظروف والصعوبات ما دامت لا تجعله مستحيلا ومن ثم يجب في المقابل وفقا لقواعد العدالة ألا يترك المتعاقد وشأنه في مواجهة هذه الظروف ويكون من شأن تلك الصعوبات الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري.

المطلب الرابع

اثر الاتفاقات الخاصة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يحدث أن تتوقع شروط العقد الصعوبات المادية غير المتوقعة التي ربما قد يصادفها المتعاقد مع الإدارة ، وتنظم أسس التعويض عنها ، وإن كان ذلك نادر الحصول في عالم الواقع ولكن مجلس الدولة الفرنسي يطبق النظرية حتى ولو خلا عقد من نص يلزم الأخذ بها[1] .

وفي حالة توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وثبوت حق للمتعاقد في التعويض الكامل فقد يتفق الطرفان على إعفاء الإدارة من المسؤولية عن التعويض بصفة مطلقة أو بصفة جزئية ونورد هاتين الحالتين :

الحالة الأولى :- اتفاق إعفاء الإدارة من المسؤولية عن التعويض بصفة مطلقة . إذ يسلم غالبية الفقه ومنهم الدكتور توفيق شحاتة بعدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الإدارة والمتعاقد الذي من شأنه نزول المتعاقد بصورة مطلقة عن المطالبة بالتعويض عن أي ضرر يواجهه أثناء التنفيذ . ويقرر مجلس الدولة الفرنسي بأن احتواء العقد على ثمن جزافي يغطي عن جميع الأعباء التي يصادفها المتعاقد في التنفيذ لا يحول المتعاقد في مطالبة الإدارة بالتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تتسم بطابعها الاستثنائي فالثمن الجزافي

(١) د.احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، مصدر سابق ، ص ٦٩ ؛ د. سليمان محمد الطماوي ، مصدر سابق، ص ٦٥٠.

لا يقصد به سوى مواجهة المخاطر العادية المحتملة[١] أما الصعوبات الاستثنائية غير المتوقعة فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[٢] .

ويجب أن نشير إلى أنه لا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على إعفائها من مسؤوليتها عن الأضرار التي قد تصادف المتعاقد نتيجة للصعوبات المادية غير المتوقعة أثناء تنفيذ العقد لأن وجود مثل هذا الاتفاق لا يعتد به ولأن حق المتعاقد هو حق ثابت ومشروع تحقيقا لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري واتساقا مع المبادئ التي تقررها العقود الإدارية[٣] .

الحالة الثانية : – الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض بصفة جزئية .

يسلم الفقه بمشروعية الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد بخصوص إعفاء الإدارة من مسؤوليتها عن تعويض بعض الأضرار التي قد تصيبه نتيجة ما يصدر من الإدارة من إجراءات معينة [٤] ، بيد أن وجود مثل هذا الشرط في أحد العقود ، يجعل القاضي يتشدد في اعتبار صعوبات معينة من قبيل الصعوبات المادية التي تخول الحق في التعويض وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ويتضح ذلك من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٩١٦/١٢/٢٩ في قضية "Bove" وحكمه في ١٩٣٥/٣/٦ في قضية "Min.guerrec.vitrone" وحكمه في ١٩٥٣/٤/٢٩ في قضية "Communede Moissac" [٥].

ويتضح مما تقدم أنه إذا توفرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وثبت للمتعاقد حق في التعويض الكامل قد يحصل اتفاق على إعفاء الإدارة من مسؤوليتها عن تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الصعوبات وهذا الإعفاء قد يتخذ صفة مطلقة أو جزئية كما ذكرنا ، ونرى صواب الحالة الأولى وهي الاتفاق على إعفاء الإدارة من مسؤوليتها بصفة مطلقة إذ أن مثل هذا الاتفاق غير مشروع لأنه يحرم المتعاقد مع الإدارة من

(١) إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص ٣٣٧ .

(٢) علي بن عبد الكريم أحمد السويلم ، مصدر سابق ، ص ١٢١ .

(٣) د.عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مصدر سابق ، ص ٣٤٦ .

(٤) إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص ص ٣٣٧ – ٣٣٨ .

(٥) طاهر طالب التكمجي ، مصدر سابق ، ص٥٥٠.

حقه في التعويض الكامل عن الصعوبات التي واجهته خاصة عندما تطرأ ظروف غير متوقعة عند التعاقد وتجعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا وكلفة ، ففي مثل هذه الظروف فإن من حق المتعاقد المطالبة بالتعويض فكيف يتم إعفاء الإدارة من مسؤوليتها عن التعويض وإن التعويض وفق النظرية يكون كاملا لا جزئيا ، وبالمقابل فإنه لا يجوز للمتعاقد أن يتفق مع الإدارة على إعفائها عن مسؤوليتها عن الأضرار التي صادفته من جراء هذه الصعوبات لأن هدف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو تحقيق المصلحة العامة ودوام سير المرافق العامة بانتظام وتحقيق قواعد العدالة ، وتحقيق مبدأ التوازن المالي للعقد الإداري كل ذلك يجب على الإدارة أن تأخذه بعين الاعتبار وتعويض المتعاقد عن الأضرار التي حاقت به.

الخاتمة

إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي أن تطرأ عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقد الأشغال العامة – صعوبات مادية واستثنائية غير عادية لم تدخل في حساب طرفي العقد (المتعاقد والإدارة) وتقديرهما عند التعاقد ، مما يجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد وأكثر كلفة وعسراً وتؤدي إلى زيادة أعباء وتكاليف المتعاقد مع الإدارة ، فإذا ما تحققت هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة وجب تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضا كاملا عن الأضرار والخسائر التي أصابته من جراء هذه الصعوبات .

وتختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة في أن المتعاقد في حالة الصعوبات المادية يستحق التعويض بالكامل أما في حالة الظرف الطارئ فإنه لا يستحق سوى تعويض جزئي .

كما تختلف هذه النظرية عن القوة القاهرة إذ أنه في حالة الصعوبات المادية تجعل التنفيذ أشد عسرا وكلفة أما القوة القاهرة فتجعله مستحيلا فإما أن يؤدي إلى وقف التنفيذ أو إلى فسخ العقد بينما في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة يستمر المتعاقد في التنفيذ .

وشروط تطبيق النظرية هي أن تكون الصعوبات ذوات طبيعة مادية وخارجة عن الأطراف المتعاقدة ، وغير متوقعة ولم يكن في الوسع توقعها ، واستثنائية ، وأن يكون من

شأنها الإخلال باقتصاديات العقد . وفي حالة توافر تلك الشروط يترتب عليها استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته وحقه في الحصول على التعويض الكامل .

وعن الأساس القانوني للنظرية كان محض اختلاف بين الفقهاء فمنهم من اسند إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وإلى المسؤولية التقصيرية ، وإلى العدالة والتعاون في العقد الإداري والذي رجحناه هو اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وارتباطها بالمرافق العامة وأصبح المتعاقد مع الإدارة مساعداً لها في تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد كما أن وجود عقد يعفي الإدارة من مسؤولية تعويض المتعاقد عما يصادفه من صعوبات مادية غير متوقعة فقد قرر مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الإعفاء لا يخص إلا الصعوبات العادية ، أما الصعوبات غير العادية الاستثنائية فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

وأخيرا فإن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك

المصـــادر

المصادر باللغة العربية

أولاً : الكتب

١. د. إبراهيم محمد علي ، أثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٢. د. احمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقد البوت " B.O.T " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٣. د. احمد عبد الرزاق خليفة السعيدان ، اثر تغير الظروف على العقد الإداري وإعادة التوازن المالي للعقد ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد ، الرياض ، ٢٠٠٤ .

٤. د. انس جعفر ، العقود الإدارية (دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود الـ B.O.T) ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٣ .

٥. د. الياس ناصيف ، عقد الـ BOT ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، ٢٠٠٦ .

٦. د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

٧. ــ ، عقود البوت " B.O.T " والتطور الحديث لعقد الالتزام " دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام " ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

٨. د. حسين عثمان ، القانون الإداري (أعمال الإدارة العامة) ، الطبعة الأولى ، الدار الجامعية ، د.م ، ١٩٨٨ .

٩. د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية / دراسة مقارنة ، الطبعة الرابعة ، مطبعة عين شمس ، د.م ، ١٩٨٤ .

١٠. د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة) الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١–٢٠٠٢ .

١١. د. عبد الفتاح حسن ، مذكرات في مبادئ القانون الإداري ، دار قاسم للطباعة ، المنصورة ، ١٩٧٨–١٩٧٩ .

١٢. د. عصمت عبد الله الشيخ ، مبادئ ونظريات القانون الإداري ، د.م ، ٢٠٠٢–٢٠٠٣.

١٣. د. فاروق احمد خماس و د. محمد عبد الله الدليمي ، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية ، جامعة الموصل ، ١٩٩٢ .

١٤. د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، الوسيط في القانون الإداري ، دار ابن الأثير للطباعة والنشر ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٩ .

١٥. د. محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، د.ت .

١٦. د. محمد ماهر أبو العينين ، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام ٢٠٠٤ (دراسة تحليلية لآراء الفقهاء وأحكام وفتاوى مجلس الدولة) ، الكتاب الثاني ، تنفيذ العقد الإداري ، د.م ، د.ت .
١٧. د. محمد يعقوب السعيدي ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، د.ت .
١٨. د. محمود حلمي ، العقد الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، د.م ، ١٩٧٤.
١٩. ـــ ، القضاء الإداري / قضاء الإلغاء – القضاء الكامل – إجراءات التقاضي ، الطبعة الثانية ، د.م ، ١٩٧٧ .
٢٠. د. مطيع علي حمود جبير ، العقد الإداري بين التشريع والقضاء (دراسة مقارنة) بين النظام الفرنسي والمصري واليمني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٦ .
٢١. د. منير محمود الوتري ، العقود الإدارية وأنماطها التطبيقية ضمن إطار التحولات الاشتراكية ، مطبعة الجامعة ، بغداد ، ١٩٧٩ .
٢٢. د. نواف كنعان ، القانون الإداري (الكتاب الثاني الوظيفة العامة – القرارات الإدارية – العقود الإدارية – الأموال العامة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ .

ثانياً : الرسائل والاطاريح الجامعية

١. إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف ، عقد امتياز المرفق العام (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٣ .
٢. طاهر طالب التكمجي ، حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الإداري (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون والسياسة ، جامعة بغداد ، ١٩٧٦ .
٣. علي بن عبد الكريم احمد السويلم ، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة عين شمس ، كلية الحقوق ٢٠٠٧ .
٤. فاضل شاكر احمد مصطفى ، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة بغداد ، معهد الدراسات الإسلامية العليا ، ١٩٦٧ .

٥. نكتل إبراهيم عبد الرحمن احمد الطائي ، عقد امتياز المرفق العام ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية الحقوق ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٩ .

ثالثاً : البحوث والمقالات

١. حميد يونس ، عقود المقاولات التي تكون الدولة طرفاً فيها ، دراسة قانونية بإشراف مجلس التخطيط للتربية والتنمية الاجتماعية ، بغداد ، ١٩٧٠ .

٢. عبد العزيز السيد الخوري ، مذكرات في العقد الإداري ، مجلة هيئة قضايا الدولة المصرية ، العدد الأول ، السنة الثالثة والثلاثون ، د.م ، ١٩٨٩ .

رابعاً : القوانين

١. قانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية والتشريعات المكملة له طبقاً لأحداث التعديلات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨.

خامساً : التعليمات

١. تعليمات تنفيذ العقود العامة الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ الصادرة من وزارة التخطيط .

٢. الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة من وزارة التخطيط .

سادساً : المصادر على الانترنيت

البحوث

١. محاضرات في القانون الإداري ، الجزء العاشر ، منتديات الحقوق والعلوم القانونية .
ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي : www.droit-dz.com

٢. محاضرات القانون الإداري ، سنة ثانية حقوق ، منتدى الحقوق والعلوم الإدارية .
ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي : www.etudiantdz.com

٣. ملخص قانون أداري ، جامعات البحرين .
ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي : www.gccbh.com

٤. نظرية الظروف الطارئة وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية وأحكام القضاء العربي .
ورد على شبكة الانترنيت على الموقع التالي : www.mohamoon.com