نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في مجال العقود الإدارية

محفوظ علي عمران تواتي أستاذ القانون العام بكلية الشريعة والقانون بالجامعة الأسمرية بزليتن

مقدمة

تعتبر العقود الإدارية ذات طبيعة مغايرة لغيرها من العقود التي تبرمها الإدارة العامة ، هذه الطبيعة الخاصة تجعل من المتعاقد مع الإدارة هو الطرف الأضعف في العملية التعاقدية ، عطفاً على ذلك كان لزاماً حماية المتعاقد مع الإدارة وضمان نوع من التوازن بين طرفي العقد، ذلك أن هذا المتعاقد يهدف إلى تحقيق ربح مادي من خلال تعاقده ، ولما كانت للإدارة صلاحيات واسعة في مواجهة المتعاقد وجب إيجاد وسائل قانونية تحقق التوازن بين التزامات المتعاقد وحقوقه ، وهو ما يعرف بضمان التوازن المالي للعقد ، هذا التوازن الذي يعد قيداً على سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد الإداري.

وتقوم فكرة التوازن المالي للعقد الإداري على أن الإدارة عندما تقوم بزيادة الالتزامات المترتبة على العقد الإداري أو تنقصها بما لها من سلطة عامة ، فإنه يجب عليها في ذات الوقت الحفاظ على توازن العقد من الناحية المالية بما لا يؤدي إلى خسارة المتعاقد معها[1].

وبالرغم من هذه القاعدة إلا أنه قد تطرأ بعد إبرام العقد بعض الظروف التي تجعل من تنفيذ المتعاقد لالتزاماته صعبا ومرهقا في بعض الاحيان كما أن هذه الصعوبة قد تنجم عن عمل من أعمال الادارة ، وقد تكون هذه الصعوبات مادية غير متوقعة تجعل تنفيذ الالتزام مكلفا للمتعاقد.

استنادا على هذا فقد نشأت في ظل القضاء الاداري العديد من النظريات القانونية التي يُستند عليها لإعادة التوازن المالي للعقود الادارية ، هذه النظريات هي نظرية فعل الامير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية

[1] انظر في هذا المعني، مفتاح خليفة عبدالحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2007، ص221.

الصعوبات المادية غير المتوقعة ، وستكون هذه الأخيرة هي مجال هذا البحث، نظرا لأنها لم تأخذ مكانها في الدراسة في الفقه الليبي ولم نجد لها تطبيقا في أحكام المحكمة العليا الليبية ولعل هذا راجع إلى قلة استخدامها حتى من قبل الأنظمة المقارنة خاصة النظام المصري الذي لم تصدر من قبل سوى أحكام معدودة في تطبيقه لهذه النظرية بل إنه ووفقا لبعض الفقه المصري فإن الأحكام التي تعرضت لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في مصر قديمة نسبياً ولا توجد ثمة أحكام حديثة. وربما يرجع ذلك وفقا للفقه إلى أن أغلب العقود الإدارية التي أبرمت مؤخراً كانت تنص على الالتجاء للتحكيم في حالة إثارة أية مشكلة تتعلق بالعقد ، ومن ثم انتقلت أغلب المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية إلى هيئات التحكيم[1] .

وسنقوم بدراسة هذه النظرية وفقا للخطة التالية

المطلب الاول / التعريف بنظرية الصعوبات المادية

الفرع الأول / نشأة نظرية الصعوبات المادية

الفرع الثاني / مضمون ونطاق تطبيق النظرية

المطلب الثاني / أحكام تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

الفرع الأول / شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية

الفرع الثاني / النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية

المطلب الأول / التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

الفرع الأول / نشأة النظرية

كغيرها من النظريات الخاصة بالعقود الإدارية ، فقد نشأت هذه النظرية في كنف مجلس الدولة الفرنسي ، وقد ظهرت في القرن التاسع عشر واستند مجلس الدولة في ابتكارها على نص المادة 28 من كراسة

[1] أنس جعفر ،العقود الإدارية " دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات " دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الرابعة ، 2007، ص263.

الشروط والمواصفات التي كانت تنص على منح التعويض للمتعاقدين عن الهلاك أو الخسارة والاضرار الناجمة عن القوة القاهرة. وعدم أحقيتهم في التعويض عن ذات الحالات الناجمة عن إهمال المتعاقد وعدم تبصره. ومع توسع مجلس الدولة في تفسير نص المادة السابق الاشارة اليه فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أقر التعويض في حالة التلف أو الخسارة التي يمكن تقويمها بالمال، أي على حالة الانفاق غير المتوقع الذي يتكبده المتعاقد نتيجة القوة القاهرة. ولكن مجلس الدولة الذي استند في البداية على نظرية القوة القاهرة لإقرار التعويض للمتعاقدين ، وجَد أنه وفي بعض الحالات لا يمكن تطبيق هذا النص بالاستناد فقط على القوة القاهرة ، ولذلك قام بابتداع نظرية قضائية جديدة تتيح منح تعويض للمتعاقد مع الإدارة في حالة مواجهته لصعوبات مادية غير متوقعة أثناء تنفيذ العقد ودون خطأ منه ودون أن تكون ناتجة من جانب الإدارة كما هو الشأن في نظرية فعل الأمير[1].

وقد برزت هذه النظرية في حكم قضائي صادر عن مجلس الدولة الفرنسي في 24/ 6/ 1864 عرف بحكم Duché وانتهى فيه المجلس الى تقرير التعويض للمتعاقد عن أية صعوبات مادية غير متوقعة لكي يتمكن من الاستمرار في التنفيذ، وفي عام 1869 صدر حكم جديد من مجلس الدولة الفرنسي ويعتبر من أهم الأحكام التي حددت بموجبه معالم هذه النظرية ، هذا الحكم الذي عرف بحكم Veyret أوضح بموجبه مجلس الدولة الفرنسي حق المتعاقد في الحصول على تعويض عن الأضرار التي أصابته نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة شريطة ألا يوجد خطأ من جانب أحد أطراف العقد[2].

واستمرت الاحكام تصدر من مجلس الدولة الفرنسي حتى استقرت هذه النظرية في القضاء والفقه القانوني الفرنسي ، ثم انتقلت إلى النظام القانوني المصري وصدر أول حكم من القضاء المصري في شأن هذه النظرية بتاريخ 5 مايو 1953 من محكمة القضاء الاداري المصرية، ولم يجد الباحث فيما اطلع عليه من أحكام المحكمة العليا الليبية أي حكم يتعلق بتطبيق هذه النظرية إلا حكما واحدا تمت فيه الإشارة إلى حق المتعاقد في التعويض في حالة معينة يمكن معها أن يستشف منها امكانية تطبيق هذه النظرية من قبل القضاء الاداري الليبي إذا توافرت شروط ومجال تطبيقها ، فنجد في حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 23/ 25ق أنه

[1] أنس جعفر، نفس المرجع السابق، ص262. وإبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، درا النهضة العربية، الطبعة الثانية، ص302.
[2] أنس جعفر، المرجع السابق،ص262.

(إذا قامت الادارة بتعديل التزامات المتعاقد معها، او وجدت ظروف استثنائية أو ظروف غير متوقعة أو تعرض المقاول لمخاطر اقتصادية ونتج عن ذلك زيادة في حجم أعبائه المالية يختل معها التوازن المالي للعقد، كان من حقه على الادارة أن تساهم معه بقدر معين حتى لا يتحمل وحده كل الغرم ، فتعوضه عما يصيبه من أضرار حتى ولو لم يكن هناك خطأ من جانبها مع اختلاف في التعويض في كل حالة طبقا للأسانيد والمبررات التي تقوم عليها)[1]. هذه الاحكام الصادر من مجلس الدولة الفرنسي والمصري حددتا مضمون النظرية المختلف عن نظريتي الظروف الطارئة وفعل الامير.

الفرع الثاني / مضمون ونطاق تطبيق النظرية:

تقوم هذه النظرية على أساس أنه إذا صادف المتعاقد مع الادارة أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية غير متوقعة من قبل أطراف العقد وخارجة عن إرادتهم مما جعل تنفيذ التزامات المتعاقدين صعبا من الناحية المالية، استحق هذا المتعاقد تعويضا يعيد التوازن المالي للعقد بما يمكن المتعاقد من تنفيذ التزاماته مع الإدارة[2].

عليه فإن المتعاقد مع الادارة متى ما واجه صعوبات مادية غير عادية حال تنفيذه لالتزاماته العقدية فإنه يكون له الحق في التعويض متى ما كانت هذه الصعوبات لم يكن بوسعه توقعها وهنا يكون التعويض كاملا لجبر الضرر الذي أحدثته هذه الصعوبات[3]، وهو ما جاء به حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في حكمها في 20 /1957/1 والذي جاء فيه (ومن حيث إن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهي من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الاداري ، ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الادارية ، وبخاصة عقد الاشغال العامة ، قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الادارة وأكثر كلفة ، فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الاسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الاعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الاسعار المتفق عليها في العقد لا تسري على الاعمال العادية

[1] حكم المحكمة العليا في الطعن الإداري رقم 25/23ق الصادر بتاريخ 1980/04/2 ، مجلة المحكمة العليا السنة 17 العدد 1 ، ص24.
[2] أنور رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد،1980، العددان الثالث والرابع، ص825.
[3] د.سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ، 2005، ص714، وانظر د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2008م، ص237.

المتوقعة فقط، وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة. والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الادارة للمتعاقد معها، بل يكون تعويضا كاملاً عن جميع الاضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الاسعار المتفق عليها. وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة)[1] .

وفي حكم آخر قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن (قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن مناط إعمال هذه النظرية التي تخول المتعاقد حقا في طلب التعويض من الادارة هو أن يصادف المتعاقد صعوبات مادية وغير عادية واستثنائية لم يكن من الممكن توقعها بحال من الاحوال عند إبرام العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذه مرهقا للمتعاقد)[2].

من خلال هذه الأحكام يمكن الاستنتاج بأن هذه النظرية تختلف عن نظرية الظروف الطارئة من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها ، فكما هو معروف فنظرية الظروف الطارئة تنطبق متى ما توافرت ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد تجعل من تنفيذه مرهقا للمتعاقد ، ويترتب عليها حق المتعاقد في تعويض نسبي من الخسارة التي يتعرض لها.

وفي ذات السياق فهذه النظرية تختلف عن نظرية القوة القاهرة ذلك أن نظرية القوة القاهرة تقوم متى ما أصبح التنفيذ مستحيلا وينتج عن القوة القاهرة فسخ العقد أو وقف تنفيذه في حين يستمر المتعاقد في التنفيذ مع استحقاقه للتعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. وتختلف نظرية الصعوبات المادية عن نظرية فعل الامير في جانب واحد وهو كون هذه الاخيرة تطبق متى ما صدر اجراء أو فعل من قبل جهة الإدارة المتعاقدة ، ويترتب عليه ضرر للمتعاقد معها لا يصل لدرجة الإرهاق.

[1] محكمة القضاء الاداري في القضية رقم 7892 للسنة 8 قضائية بتاريخ 20 يناير 1957 ، مجموعة أحكام المحكمة ، السنة 11، ص152. انظر كذلك فتوى الجمعية العمومية رقم 95 الصادرة في 1964/2/4 في جلسة 1964/1/29 السنة 18 المبدأ 69. مشار إليه عند الدكتور محمد ماهر أبو العينين في مؤلفه بعنوان ، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء واغتاء مجلس الدولة عام 2004 دراسة تحليلية لآراء الفقهاء وأحكام وفتاوى مجلس الدولة ، الكتاب الثاني (تنفيذ العقد الإداري) ، دار أبو المجد للطباعة، بدون سنة طبع ، ص 498. وينبغي التنويه هنا أن قمسي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري يختص بنظر منازعات العقود الإدارية التي تبرم بين الجهات العامة، رسالة الباحث للماجستير بعنوان ولاية القضاء الاداري على منازعات العقود الادارية دراسة تحليلية مقارنة لنصوص القانون وأحكام القضاء الليبي والمصري ، كلية القانون بجامعة طرابلس ، ص69 وما بعدها.

[2] المحكمة الادارية العليا / طعن رقم 800 لسنة 34ق بتاريخ 1992/5/19 مجموعة الاربعين عاماً، ص465.

أما بالنسبة لمجال تطبيق هذه النظرية فإنه ولئن كان بعض من الفقه يؤكد أن مجال تطبيقها لا يكون إلا في نطاق عقود الأشغال العامة وهو ما قال به الفقيه Flamme (إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي نشأت في مجال عقود الأشغال العامة يجب أن تظل محددة في هذا المجال دون سواه)[1].

ولكن من حيث الواقع ليس هناك ما يمنع من تطبيق أحكام هذه النظرية على العقود الإدارية الأخرى ، وهو ما ذهب إليه أغلب الفقه الفرنسي والمصري، وما أكدته عدة أحكام من مجلس الدولة الفرنسي التي قضت بانطباق هذه النظرية في نطاق عقود التوريد الإدارية أيضاً[2]. وكذلك ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في فتواها رقم 95 بتاريخ 1964 والتي جاء فيها (بالنسبة للعقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديد أجر لكمية الاعمال المطلوبة ، وتحديداً إجماليا لما تلتزم الادارة بدفعه من ثمن يقابلها فإن هذا الطابع الجزافي في تحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة)[3].

ولكن هذه النظرية لا تنطبق سواء على عقود الأشغال العامة أو غيرها من العقود الإدارية إلا إذا توافرت شروط معينة يؤدي تخلف إحدها إلى عدم انطباق هذه النظرية.

المطلب الثاني / أحكام تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

الفرع الأول / شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

حددت محاكم القضاء الاداري ومجالس الدولة في فرنسا ومصر شروطا لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كالتالي :

أولا/ أن تكون الصعوبات مادية : ويقصد بذلك أن الصعوبات المقصودة لتطبيق هذه النظرية هي الصعوبات المادية فقط ، والتي ترجع في أغلب الأحوال إلى الظواهر الطبيعية[4] ، فإذا كانت هذه الظروف تتعلق بظروف أخرى إدارية أو اجتماعية أو اقتصادية ، فلا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية ، بل تطبق نظرية فعل

[1] M.A FLAMME, Traité théorique et pratique des marchés publics, Bruxelle,1969, Tome2,p610.
[2] د.عاطف سعدي محمد علي ،عقد التوريد بين النظرية والتطبيق " دراسة مقارنة " ، دار الحريري للطباعة ،2005م،ص535.
[3] فتوى الجمعية العمومية رقم 95 السابق الاشارة إليها، انظر الهامش ص6.
[4] الطماوي، مرجع سبق ذكره،ص693.

الامير أو نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت شروط تطبيق أي منهما[1]، ولعل هذه الطبيعة التي تتميز بها الصعوبات لتطبيق هذه النظرية جعل البعض يرى بأنها تنحصر في عقود الأشغال العامة ، ذلك أن أكثر ما تم ملاحظته بشأن التطبيقات القضائية هو كون هذه الصعوبات غالبا مرجعها إلى طبيعة الأراضي التي تنفذ فيها الأشغال العامة ، كوجود طبقات صخرية أو أتربة متكتلة. ولكن في بعض الاحيان قد لا تكون هذه الصعوبات طبيعية بل تكون بفعل الغير (غير أطراف العقد) ومن أمثلتها ظهور قناة خاصة مجاورة لموقع العمل ولم يتم الإشارة إليها ولم تظهر في المواصفات التي على أساسها أعد العقد[2].

ثانيا/ أن لا تكون الصعوبات متوقعة عند إبرام العقد : يشترط لتطبيق هذه النظرية أن لا تكون الصعوبات التي تواجه المتعاقد متوقعة أثناء التعاقد ، وهنا يقع على كل طرف من أطراف العقد التزام محدد بالخصوص، حيث يلتزم المتعاقد ببذل الجهد المعقول الذي يبذله المتعاقد الحريص من أجل الاحاطة بالظروف الخاصة بالعقد وما يحيطه وما يتصل به من صعوبات[3]، وعليه في هذا الشأن أن يتحرى بنفسه أو من ينوب عنه قانونا عن طبيعة الأعمال والقيام بكل ما يلزم من اختبارات للتأكد من صلاحية المواصفات والتصميمات المعتمدة. في المقابل على الادارة أن تمكن المتعاقد من القيام بذلك وذلك استنادا على مبدأ حسن النية في التعاقد الذي يقضي أن تضع الإدارة تحت تصرف المتعاقد كافة ما لديها من معلومات من شأنها أن تعاونه في الوصول إلى تلك الغاية وإذا لم تقم الإدارة بذلك فإن التعويض يصبح مُسْتَحَقاً للمتعاقد[4].

وللقاضي في هذا الشأن سلطة في تقدير ما إذا كانت الصعوبات التي واجهها المتعاقد عند تنفيذ العقد متوقعة أو كان بالإمكان توقعها ليطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أو لا يطبقها، ويستند القاضي في هذا على معيار موضوعي يُنظر فيه إلى الرجل المعتاد الذي يوجد في نفس الظروف التي يوجد فيها المتعاقد وهنا يتطلب القضاء في هذا الشأن أن يبذل من يريد التعاقد مع الإدارة جهدا معقولاً للإلمام بالصعوبات التي قد يواجهها أثناء تنفيذ العقد، وهو ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها في قضية رقم 7892 لسنة 8 ق والذي جاء فيه أن الصعوبات يجب أن تكون (إلى حد كبير على معنى من

[1] إبراهيم محمد علي، مرجع سابق ذكره، ص311.
[2] الطماوي، مرجع سابق، ص694 ، عبدالعزيز خيفة، المرجع السابق ذكره، ص239-241.
[3] الطماوي، المرجع السابق،ص 695، أنس جعفر،مرجع سبق ذكره،274
[4] إبراهيم علي، مرجع سبق ذكره،ص315.

المفاجأة في صورة معينة، كأن يجد المتعاقد نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها ، لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نُبه إليه أو ما اتخذه من حيطة لا تفوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق العام والتعاقد بشأنه)[1].

ثالثا/ يجب ألا يكون لأحد أطراف العقد دور في وجود الصعوبات : يفترض في الصعوبات المادية ألا تكون من عمل الادارة ، فإذا كان ذلك فهذا لا يعني أن المتعاقد لا يحق له التعويض ولكن يستبعد تطبيق نظرية الصعوبات المادية مع احتمال تطبيق نظرية فعل الأمير. إضافة إلى ذلك فإنه يجب على المتعاقد طالب التعويض ألا يكون له دور في نشأة الصعوبات المادية ، أو حتى في تعاظم نتائجها ، وهنا وجب على المتعاقد إثبات أنه لم يكن بوسعه تلافي هذه الصعوبات بما لديه من وسائل وإمكانيات وأن يثبت أيضا عدم خروجه على شروط العقد أثناء تنفيذ التزاماته العقدية ، فإذا كان الامر بخلاف ذلك ، بمعنى إذا كان بوسع المتعاقد تفاديها ولكنه أهمل في ذلك فلا تطبق هذه النظرية حيث يتحمل وحده تبعة تصرفه، وإذا كانت الصعوبة ناتجة عن تجاوز شروط العقد فإن الادارة تعتبر غير مسؤولة عن أي إخلال بالتوازن المالي للعقد ذلك أن الادارة غير ملزمة إلا بما يتضمنه العقد من شروط[2].

رابعاً/ أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي: ينبغي أن تكون الصعوبات المادية ذات طبيعة استثنائية تجاوز كل ما كان متوقعا من المتعاقد وقت التعاقد بحيث تكون هذه الصعوبات من النوع غير المألوف ولا تنتمي إلى المخاطر العادية التي يتعرض لها المتعاقد عند التنفيذ فإذا كانت هذه المخاطر هي مخاطر عادية فلا مجال لتطبيق هذه النظرية، ويقع على القاضي أمر تقدير ما إذا كانت هذه الصعوبات التي تعرض لها المتعاقد من الصعوبات العادية أو الاستثنائية لتقدير التعويض، وهنا يقدر القاضي كل حالة على حدة وفقا لما يقدمه المتعاقد من أدلة ومستندات تفيد بكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحيث يقع عبء الاثبات على عاتق المتعاقد الذي يطالب بالتعويض[3]، وهو ما أكده مجلس الدولة الفرنسي الذي ألغى في قرار حديث صادر

[1] محكمة القضاء الإداري، قضية 7892 لسنة 8 ق الصادر في 1/17/ 1957، السنة الحادية عشر البند 107 ، ص 152، مشار إليه عند / محمد فؤاد عبدالباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006 ، ص448.
[2] عبدالعزيز خليفة، المرجع السابق، ص240-241، عاطف علي، المرجع السابق،ص537.
[3] أنس جعفر، امرجع سبق ذكره، ص275.

في 4 فبراير 2013 حكما صادرا من محكمة الاستئناف الادارية الفرنسية في مرساي[1] ، حيث أكد المجلس على أن المحكمة كان يجب عليها قبل إصدار حكمها البحث عما إذا كانت الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي تعرضت المتعاقد عند التنفيذ ذات طبيعة استثنائية وغير متوقعة عند إبرام العقد وخارجة عن ارادة المتعاقدين .

خامسا/ أن تلحق الصعوبات المادية ضرراً بالمتعاقد: وهنا بالتحديد يبرز الخلاف بين هذه النظرية ونظرية الظروف الطارئة والمقصود بذلك أن تجعل هذه الصعوبات تنفيذ العقد أكثر كلفة بحيث يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الاسعار المتفق عليها، عليه فإن الضرر الذي تلحقه الصعوبات يستوي أن يكون الضرر بسيطا أو جسيما، بمعنى أنه لا يشترط أي قدر من الجسامة في حالة طلب التعويض استناداً إلى هذه النظرية أسوة بما هو مطبق في نظرية عمل الأمير، وخلافاً لنظرية الظروف الطارئة التي يشترط للتعويض فيها أن يكون الضرر جسيما بحيث يصل إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب[2].

ويستثنى من حالة عدم اشتراط جسامة الضرر لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حالة العقود الجزافية، وهي تتمثل في العقود التي تتضمن تحديداً لكمية الأعمال المطلوبة مع تحديد مقابل ثمن إجمالي تؤديه الإدارة لقاء تنفيذها. فهذا الطابع الجزافي لتحديد الثمن لا يحول دون تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، ففي مثل هذه العقود يتطلب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يكون من شأن الضرر قلب اقتصاديات العقد بتجاوز الخسائر محل التعاقد الحد الأقصى للأسعار بحيث تخل باقتصاديات العقد ، ويقدر الاخلال باقتصاديات العقد بالنظر إلى المبالغ الاضافية التي أنفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات المادي منسوبة إلى القيمة الإجمالية للعقد ، وفي هذه الجزئية تلتقي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية الظروف الطارئة ، وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة في فتواها بتأكيدها على (مما يجب التنبيه إليه بالنسبة إلى العقود الجزافية وهي التي تتضمن تحديد

[1] Le monde du Droit, www.lemondedudroit.fr/droita-secteur-public/contrat-public/172574-les-sujetions-imprevues-dans-les-contrats-publics.html
Les sujétions imprévues dans les contrats publics, consulté le 15/8/2013.
(Pour être indemnisable au titre de la théorie des sujétions imprévues, les difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché doivent avoir un caractère exceptionnel et imprévisible au stade de la conclusion du contrat).

[2] نفس المرجع

أجـر لكميـة الأعمـال المطلوبـة وتحديـداً إجماليـا لمـا تلتـزم الجهـة الإداريـة بدفعـه مـن ثمـن يقابلهـا فـإن هـذا الطـابع الجزافـي فـي تحديـد الـثمن لا يحـول دون تطبيـق نظريـة الصـعوبات غيـر المتوقعـة علـى أنـه يجـب عندئـذ أن يكـون مـن شـأن الصـعوبات الماديـة–فـي هـذه الأحـوال– أن تخـل باقتصـاديات العقـد تبعـاً لانهيـار الأسـس التـي قـام عليهـا تقدير الثمن المتفق عليها)[1].

الفرع الثاني/ النتائج المترتبة على تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إذا مـا تـوافرت جميـع الشـروط السـابق بيانهـا ترتـب علـى ذلـك عـدة نتـائج أهمهـا أن علـى المتعاقـد الاسـتمرار فـي تنفيـذ العقـد والالتزامـات المترتبـة عليـه بـالرغم مـن الخسـائر التـي يتكبـدها، ولكـن فـي المقابـل فـإن الإدارة تلتزم بتعويضه تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقت به.

أولاً/ استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد: كمـا هـو الحـال بالنسـبة لنظريـة فعـل الأميـر ونظريـة الظـروف الطارئـة فـإن قيـام نظريـة الصـعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة لا يـؤدي إلـى تحلـل المتعاقـد مـن التزاماتـه العقديـة، ويترتـب علـى ذلـك أن اعتـراض الصـعوبات الماديـة للتنفيـذ قـد يـؤدي مـن جانـب إلـى اعفـاء المتعاقـد مـن غرامـات التـأخير إذا تعـدى الحـدود الزمنيـة المحـددة للانتهـاء مـن تنفيـذ موضـوع العقـد[2]، فـي المقابـل فـإن توقـف المتعاقـد عـن تنفيـذ التزاماتـه بسـبب الصـعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة يحرمـه مـن التعـويض بـل يعطـي الحـق لـلإدارة فـي توقيـع الجزاءات عليه[3].

ويفسـر الـبعض[4] هـذا الأثـر بمقتضـيات سـير المرافـق العامـة بانتظـام واطـراد وهـو الهـدف الـذي مـن أجلـه ابتـدعت مثـل هـذه النظريـات ذلـك أنـه (مـن المبـادئ المقـررة قانونـاً أن العقـود الاداريـة تتميـز بطـابع خـاص، مناطـه احتياجـات المرفـق الـذي يسـتهدف العقـد تسـييره وتغليـب وجـه المصـلحة العامـة علـى مصـلحة الافـراد الخاصـة، ولمـا كـان العقـد الاداري يتعلـق بمرفـق عـام فـلا يسـوغ للمتعاقـد مـع الإدارة أن يمتنـع عـن الوفـاء بالتزاماتـه حيـال المرفـق ، بحجـة أن ثمـة اجـراءات اداريـة قـد أدت إلـى الاخـلال بالوفـاء بأحـد التزاماتهـا قبلـه ، بـل يتعـين عليـه ازاء هـذه

[1] الفتوى رقم 95 الصادرة بتاريخ 4 فبراير 1964 التي سبق الإشارة إليها، ص6.
[2] الطماوي، مرجع سبق ذكره،ص699.
[3] عبدالعزيز خليفة، مرجع سبق ذكره،ص246.
[4] إبراهيم محمد علي، مرجع سبق ذكره،ص324.

الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض عن اخلالها أن كان لذلك مقتضى وكان له وفيه وجه حق فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وإلا حقت مساءلته عن تبعة فعله السلبي)[1]. وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا الليبية في حكمها في الطعن الإداري رقم 25/23ق والذي جاء فيه (.....فإذا ألزمت الإدارة نفسها نتيجة لتوافر حالة من تلك الحالات بتعويض المتعاقد معها بقيمة تتناسب مع الضرر أو مع ما كان يقدر لنفسه من ربح أو فائدة فلا يجوز له الامتناع عن تنفيذ العقد بحجة أن الادارة لم تجبه إلى طلباته بالكامل لأن المتعاقد مع الادارة لا ينظر إليه باعتباره متعاقدا فحسب بل يتعين أن يوضع في الاعتبار صفته كمعاون في تسيير المرفق العام وقاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة ويتعين عليه لهذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الادارة بالتعويض الذي يراه فان امتنع عن التنفيذ كان لجهة الادارة أن تقوم بالتنفيذ على حسابه ولا يكون له الحق في التعويض عن الضرر الذي لحق به لأن قد وقع بفعله)[2].

ثانيا / حق المتعاقد في الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة الصعوبات: إذا ما توافرت شروط تطبيق هذه النظرية فإن للمتعاقد مع الإدارة الحق في التعويض الكامل عن الاضرار التي لحقت به نتيجة هذه الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد ، وفي هذه النقطة تتقابل نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية فعل الأمير. ويتم حساب التعويض في هذا الشأن عن طريق السعر المتفق عليه في العقد للاهتداء به في تقدير قيمة التعويض[3] ، والتعويض هنا وفقا لما استقر عليه القضاء الاداري الليبي والمقارن (لا يمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها الادارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضا كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها)[4]. ولكن ولئن كانت الادارة ملزمة بتعويض المتعاقد تعويضا كاملا فإن ذلك لا يمنع من تحمل المتعاقد التي تسبب بها بخطئه وكانت سببا في زيادة الاثار الضارة للصعوبات المادية غير المتوقعة[5].

[1] حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في 5 يوليو 1969 السابق الاشارة إليه.
[2] حكم المحكمة العليا الليبية في الطعن الاداري رقم 25/23ق الصادر بتاريخ 08/02/ 1980 السابق الإشارة إليه في ص5 من هذا البحث.
[3] إبراهيم محمد علي، نفس المرجع،327.
[4] حكم المحكمة الادارية العليا المصرية وفتوى الجمعية العمومية السابق الاشارة إليه.
[5] الطماوي، مرجع سبق ذكره،ص702.

ولكـن يثـور التسـاؤل عـن القيمـة القانونيـة للنصـوص العقديـة التـي تسـتبعد مسـؤولية الإدارة تمامـاً عـن تعـويض المتعاقـد عمـا يصـادفه مـن صـعوبات غيـر متوقعـة؟ فـي هـذا الشـأن المحكمـة الإداريـة العليـا المصـرية علـى هـذا التسـاؤل بقضـائها بأنـه (إذا كـان مفـاد النصـوص الـواردة فـي الشـروط العامـة أن المقـاول مسـؤول مسـؤولية كاملـة عـن جميـع الصـعوبات الماديـة التـي تصـادفه سـواء أكانـت متوقعـة أم غيـر متوقعـة ولـيس مـن شـأن الصـعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة مهمـا ترتـب عليهـا مـن إرهـاق للمقـاول أن تخولـه حـق مطالبـة الجهـة الإداريـة المتعاقـدة معـه بزيـادة فئـات الأسـعار مشـاركة منهـا فـي الخسـارة التـي تكـون قـد لحقتـه ، إذ أن الصـعوبات سـالفة الـذكر– أيـا كـان شـأنها– لا ترقـى إلـى مسـتوى الحـوادث الطارئـة الموجبـة لإلـزام الإدارة بتحمـل نصـيب فـي الخسـارة الفادحـة التـي تختـل بهـا اقتصـاديات العقـد اخـتلالا جسـيما، وذلـك ضـمانا لتنفيـذ العقـد الإداري واسـتدامة سـير المرفـق العـام الـذي يخدمه)[1].

والـذي يمكننـا ملاحظتـه مـن خـلال حكـم المحكمـة الإداريـة العليـا أنهـا تفـرق فـي شـأن اسـتبعاد مسـؤولية الإدارة بـين الحـال فـي نظريـة الظـروف الطارئـة ونظريـة الصـعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة ، فالمحكمـة وإن أقـرت عـدم تطبيـق هـذه النظريـة إذا مـا اتُفـق فـي العقـد علـى تحمـل آثـار كـل مـا يصـادفه أثنـاء التنفيـذ مـن صـعوبات ماديـة ، إلا أنـه يفهـم مـن حكمهـا أن الإدارة تلـزم بـالتعويض حتـى مـع تـوافر مثـل هـذه الشـروط فـي ظـل نظريـة الظـروف الطارئـة نظـراً لاخـتلال اقتصـاديات العقـد اخـتلالا جسـيما واسـتندت فـي ذلـك إلـى ضـمان سـير المرافـق العامـة بانتظـام واطـراد مـن خـلال ضـمان تنفيـذ العقـد ، ولعـل المحكمـة العليـا فـي حكمهـا اسـتندت إلـى بعـض الاراء الفقهيـة فـي الأسـاس القـانوني للتعـويض فـي نظريـة الصـعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة، حيـث ينقسـم الفقـه فـي هـذا الشـأن إلـى عدة آراء في هذا الشأن :

الـرأي الأول / وهـو الـذي تزعمـه الفقيـه الفرنسـي جيـز والـذي يـرى أن أسـاس التعـويض هـو النيـة المشـتركة للطـرفين المتعاقـدين ومبـدأ حسـن النيـة ، ومفـاده أن حـق المتعاقـدين فـي الحصـول علـى تعـويض عنـدما تظهـر صـعوبات ماديـة غيـر متوقعـة يرجـع إلـى النيـة المشـتركة للطـرفين المتعاقـدين ، ذلـك أن أطـراف العقـد اتجهـت نيتهمـا عنـد إبرامـه إلـى أن السـعر المتفـق عليـه قـد حـدد علـى أسـاس الظـروف العاديـة. ومـن وجهـة نظرنـا أن المحكمـة قـد اسـتند

[1] حكم المحكمة الادارية العليا المصرية رقم 311-11 الصادر بتاريخ 06/14/ 1969

في حكمها السابق إلى هذا الرأي باعتبارها أن الاتفاق على استبعاد مسؤولية الادارة عن الصعوبات غير المتوقعة هو دليل على اتجاه نية المتعاقدين إلى عدم تحميل الإدارة أية مسؤولية ، ولا يمنع من ذلك إلا حالة الضرر الجسيم المخل باقتصاديات العقد ذلك أن العلة في هذه الحالة هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

الرأي الثاني/ المسؤولية التقصيرية للإدارة : وهو رأي ذهب إليه الفقيه بيكينو الذي يرى أن أساس التعويض هو المسؤولية التقصيرية للإدارة ، وانتقد هذا الرأي وبحق من قبل الفقه تأسيساً على أنه لا يتفق مع شروط تطبيق النظرية والتي يشترط لتطبيقها أن تكون الصعوبات خارجة عن إرادة المتعاقدين، وأن هذا الرأي هو في الواقع قد خلط بين نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1].

الرأي الثالث / ويذهب هذا الرأي الذي نادى به الفقه الفرنسي كالفقيه لوباديير والفقيه فالين ومن الفقه العربي الدكتور الطماوي[2] ويعتبر هذا الفقه أن أساس التعويض في هذه النظرية هو اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ، فالمتعاقد يعتبر مساعدا ومعاونا للإدارة في تسيير المرافق العامة ، فالعدالة تستوجب منح المتعاقد تعويضا إذا ما صادف صعوبات مادية غير متوقعة جعلت من التنفيذ مسألة صعبة ومتعذرة، وبالتالي فليس من العدالة ترك المتعاقد يواجه ظروفاً مادية غير متوقعة مؤدية لخسارة المتعاقد خاصة أنه ملزم قانوناً بالاستمرار في التنفيذ، فالتعويض يتقرر هنا لمواجهة النتائج غير العادلة التي تترتب على الصعوبات المادية غير المتوقعة. وهو ما ذهبت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع والتي جاء فيها بأن (قوام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو اعتبارات العدالة وهذا بذاته مما يستوجب تفسير ما قد يؤخذ على أنه اتفاق على عدم تطبيق النظرية تفسيرا مضيقا غير موسع فيه، وذلك في الحدود التي تسمح بها قواعد التفسير إذ الاتفاق صحيح أصلاً في القانون ، ولكن المقصود بعدم التوسع في تفسير العبارات التي يمكن عملها على أنها مؤدية إليه ، هو ألا تُحمل على أنها تتناول كل الأحوال التي يقع فيها التنفيذ ، سواء منها ما خطر بذهن المتعاقدين أو مالم يخطر بذهنها بل تحمل على أن المراد بها الاحوال التي يجري فيها التنفيذ في ظروف مما يمكن أن يرد تصورها ببال المتعاقدين وفقا لما أجرياه من تقدير للأمور في الحدود التي يمكن لمثلهما ذلك ،

[1] إبراهيم علي، سبق ذكره، ص331،أنس جعفر، مرجع سبق ذكره،ص278-279
[2] انظر في تفصيل ذلك ، الدكتور سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، المرجع السابق ذكره، ص688-689.

وهـذا مـالا يعـدوا أن يكـون تطبيقـا لمـا هـو مسـلم بـه مـن وجـوب تفسـير العقـد وفقـا للنيـة المشـتركة للطـرفين)[1].والملاحـظ علـى هـذه الفتـوى أنهـا سـرت فـي تقريـر التعـويض علـى أساسـين همـا مبـدأ العدالـة والطبيعـة القانونيـة للعقـود الإداريـة والنيـة المشـتركة للطـرفين ، وهـذا مـن وجهـة نظرنـا هـو الصـحيح ، فمـن العدالـة أن لا يتـرك المتعاقـد لوحـده فـي مواجهـة ظـروف ماديـة غيـر متوقعـة تـؤدي بـه إلـى الخسـارة خاصـة أنـه عنـدما تعاقـد مـع الادارة يفتـرض حسـن نيـة طرفـي العقـد عنـد اقـرار الـثمن والقيمـة الفعليـة للعقـد ، فـلا يتصـور أن يجـازف المتعاقـد مـع الإدارة بالـدخول فـي تنفيـذ عقـد معـين وهـو يتوقـع وجـود صـعوبات ماديـة سـتؤدي بـه إلـى تحمـل مصـاريف إضافية.

الخاتمة

فـي ختـام هـذا البحـث المبسـط حـول نظريـة الصـعوبات الماديـة غيـر المتوقعـة يمكـن القـول بـأن القضـاء الإداري والـذي يسـعى دائمـا إلـى إيجـاد تـوازن بـين أطـراف العقـود الإداريـة خاصـة فـي ظـل الطبيعـة الخاصـة والذاتيـة لهـذه العقـود، هـذه النظريـة هـي واحـدة مـن نظريـات عـدة ابتـدعها القضـاء الإداري الفرنسـي. ولكنهـا للأسـف لـم تجـد مكانهـا فـي ظـل القضـاء والفقـه الإداري الليبـي علـى الـرغم مـن مضـي أكثـر مـن قـرن علـى ابتكارهـا مـن قبـل مجلـس الدولـة الفرنسـي والـذي ظـل يطبقهـا إلـى يومنـا هـذا، بخـلاف نظريـة الظـروف الطارئـة ونظريـة فعـل الأميـر. ولعـل تقاربهـا الشـديد مـن نظريـة الظـروف الطارئـة هـو السـبب فـي عـدم تطبيقهـا مـن قبـل القضـاء الليبـي خاصـة وان القضـاء الليبـي هـو قضـاء مخـتص غيـر متخصـص، وبالتـالي عـدم تعـرض الفقـه الإداري الليبـي لهـا بالدراسـة الوافية. وفي نطاق التمييز بين نظرية الصعوبات المادية ونظرية الظروف الطارئة الإشارة إلى الآتي :

1- أن تطبيـق هـذه النظريـة يتـيح مـنح المتعاقـد مـع الإدارة تعويضـا عـن كـل الأضـرار التـي تلحقـه مـن مواجهته لصعوبات غير متوقعة ولا يبلغ ضررها درجة الإخلال باقتصاديات العقد.

2- أن تطبيـق هـذه النظريـة والإحاطـة بهـا مـن كـل جوانبهـا وشـروطها يتـيح حمايـة لـلإدارة، ذلـك أنـه فـي حالـة التمييـز بينهـا وبـين نظريـة الظـروف الطارئـة فـإن الإدارة فـي حالـة الظـروف الطارئـة لا تلتـزم بـالتعويض

[1] فتوى رقم 95 في 1964/02/4 السابق الإشارة إليها.

عن كل الاضرار التي تصيب المتعاقد، بل إنها تلتزم فقط بدفع جزء من الضرر الذي أصاب المتعاقد معها.

3- وفي الختام نوصي ونأمل من الفقه الليبي زيادة تسليط الضوء على هذه النظرية حتى يؤسس لها داخل النظام القانوني الليبي ، وذلك لما لها من أهمية في إعادة التوازن المالي للعقد، خاصة وأن الامل في أن ليبيا مقبلة خلال الفترة المقبلة على عدة تعاقدات في مجالات متعددة من بينها الإعمار والتشييد وغيرها من المجالات.

المراجع

1- أنس جعفر ،العقود الإدارية " دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات " دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الرابعة ، 2007.

2- إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، درا النهضة العربية، الطبعة الثانية، 2003.

3- أنور رسلان، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة القانون والاقتصاد،1980، العددان الثالث والرابع.

4- د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ، 2005.

5- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، المركز القومي للإصدارات القانونية ، القاهرة ، 2008م.

6- د. عاطف سعدي محمد علي ،عقد التوريد بين النظرية والتطبيق " دراسة مقارنة " ، دار الحريري للطباعة ،2005م.

7- د. محمد ماهر أبو العينين في مؤلفه بعنوان ، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء واغتاء مجلس الدولة عام 2004 دراسة تحليلية لآراء الفقهاء وأحكام وفتاوى مجلس الدولة ، الكتاب الثاني (تنفيذ العقد الإداري) ، دار أبو المجد للطباعة، بدون سنة طبع .

8- د. محفوظ علي تواتي ، ولاية القضاء الاداري على منازعات العقود الادارية دراسة تحليلية مقارنة لنصوص القانون وأحكام القضاء الليبي والمصري، رسالة ماجستير مقدمة بكلية القانون بجامعة طرابلس، أكتوبر 2008.

9- محمد فؤاد عبدالباسط ، العقد الإداري (المقومات- الإجراءات- الآثار) ، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006.

10- M.A FLAMME, Traité théorique et pratique des marchés publics, Bruxelle,1969, Tome2. Le monde du Droit

11-www.lemondedudroit.fr/droita-secteur-public/contrat-public/172574-les-sujetions-imprevues-dans-les-contrats-publics.html

1