نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الاداري (دراسة مقارنة)

أ.د. حسن محمد علي البنان
كلية الحقوق / جامعة الموصل
أ.م.د. قيدار عبدالقادر صالح
كلية الحقوق / جامعة الموصل
م.د. بشار رشيد حسين
كلية النور الجامعة / قسم القانون

Theory of unexpected material difficulties in the Administrative contract (Comparative study)

Prof Dr. Hassan Mohammed Ali
Collage of rights /University of Mosul
Assistant Prof Dr. Kaydar Abdul-Kader Salih
Collage of rights /University of Mosul
Lecturer Dr. Bashar Rasheed Hussein
Noor Collage University/Department of law

المستخلص

تعد نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات القضائية التي بتدعها مجلس الدولة الفرنسي ، ويتلخص مضمونها في انه إذا تعرض المتعاقد مع الادارة لصعوبات مادية غير متوقعة واستثنائية وخارجة عن ارادة طرفي العقد وادت الى قلب اقتصاديات العقد ونتج عنها كلفة اضافية وارهاق في تنفيذ العقد يحق له المطالبة القضائية باعادة التوازن المالي للعقد والحكم له بتعويض كامل الاضرار.

الكلمات المفتاحية :نظرية الصعوبات المادية , غير المتوقعة الاستثنائية تعويض كامل المتعاقد.

ABSTRACT

The theory of unexpected material difficulties is regarded as one of the judicial theories found by the French state council .if the contractor with the administration is subjected to exceptional

and unexpected material difficulties and is against the willingness of the two parties and then lead to change of the economies of the contract, resulted to an additional cost and difficulty in carrying out the contract. In this situation, the contractor has the right to a judicial request to financial re-balance of the contract and the court should give him a judgment of compensation to the complete damages.

Keywords: Theory difficulties material unexpected compensation exceptional complete contractor.

المقدمة

تعتبر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات القضائية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي وكانت اولى احكامه في دعوى دوشيه١ (١٨٤٦)حيث قضى المجلس بتعويض المتعاقد مع الادارة عن الاضرار التي اصابته بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة ،حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ التزامانه . ثم تواترت احكام مجلس الدولة الفرنسي بشان تطبيق النظرية واستقرت دعائمها.ونقلها مجلس الدولة المصري في عام (١٩٥٣) من خلال محكمة القضاء الاداري ، في حين ان القضاء العراقي لم يتبني الاخذ بهذة النظرية ، على الرغم من ان المشرع قد تبناها في بعض نصوص تشريعاته.

اهمية موضوع البحث:يستمد الموضوع اهميته من اهمية العقود الادارية نفسها، ولاسيما في هذة الاوقات التي اذدادت فيها الحاجة لمشروعات التنمية والبناء الذي تتجسد مجالاتها غالبا في عقود الاشغال العامة وهو المجال الحصري لتطبيق هذة النظرية.

اسباب اختيار موضوع البحث: بيان دعائم النظرية بسبب عدم وضوح احكامها في العراق وان القضاء لم يضمنها في احكامه على الرغم من تبني المشرع لها .

اشكالية البحث: قد تواجه تنفيذ العقد بعض الصعوبات المادية غير المتوقعة الامر الذي يؤثر سلباً على حقوق المتعاقد مع الادارة , مما يستلزم تعويض المتعاقد عن الاضرار التي تنتج عن هذة الصعوبات، والا توقف عن التنفيذ، فهل ان هذه النظرية نجحت في تامين هذا التعويض ؟

فرضية البحث:- ان نظرية الصعوبات المادية تكفل حق المتعاقد مع الادارة للحصول على كامل التعويض عن الاضرار النى اصابته بسبب الصعوبات التي يواجهها ليتمكن من تنفيذ التزاماته التعاقدية تحقيقا لمبدا استمرار المرفق العام بانتظام واضطراد

منهجية البحث : المنهج التحليلي :من خلال تحليل النصوص القانونية والاحكام القضائية في الانظمة القانونية المقارنة والنظام القانوني العراقي .

المنهج المقارن بين الانظمة القانونية المقارنة والنظام القانوني العراقي .

نطاق البحث: ستكون مباحث الدراسة قاصرة فقط على بيان ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة دون ان نتطرق الى موضوعات تخص تاصيل فكرة اعادة التوازن المالي من خلال نظريتي فعل الامير والظروف الطارئة ودون الدخول في تفاصيلهما

خطة البحث: المبحث الاول: التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المطلب الاول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونطاق تطبيقها

المطلب الثاني: الاساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المبحث الثاني: شروط تطبيق النظرية

المطلب الاول: ان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية خارجة ان ارادة الاطراف و ذات طابع استثنائي.

المطلب الثاني: ان تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام العقد وان تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد.

المبحث الثالث:اثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة واثر الاتفاقات الخاصة فيها.

المطلب الاول : اثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المطلب الثاني: اثر الاتفاقات الخاصة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقع.

المبحث الاول

التعريف بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تعد هذة النظرية من اعقد نظريات اعادة التوازن المالي للمتعاقد المتضرر من الصعوبات المادية التي تحدث له تمنعه من تنفيذ العقد ،دون ان يتعرض لخسائر

بسبب الارهاق الذي يصيبه من جراء هذة الظروف اوالمصاعب .ولتوضيح هذة الافكار يقتضي منا ان نقسم هذا المبحث الى مطلبين :نتولى في الاول بيان مفهوم النظرية ونطاق تطبيقها والثاني سنعرض فيه للاساس القانوني لها وعلى النحو التالي :

المطلب الاول

مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

سيكون هذا المطلب في فرعين :في اولهما سنعرض لتعريف النظرية ومجالات تطبيقها والثاني سنخصصه لبيان نطاق تطبيقها وعلى النحو التالي :

الفرع الاول

تعريف النظرية ومجالات تطبيقها

هي نظرية قضائية من حيث الأصل، مفادها أنه إذا واجه المتعاقد مع الإدارة اثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية ذات طبيعة خالصة لا يمكن توقعها، ومن شانها أن تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقا، وليس مستحيلا فإن من حقه المطالبة باعادة التوازن المالي للعقد ويكون من حقه المطالبة بتعويض كامل عن الأضرار الناجمة من تلك الصعوبات.

وقد عرفها المشرع الفرنسي في م (١١٨)من قانون التزامات الإدارة بأنها "الحدث المادي الخارج عن إرادة المتعاقدين والذي لا يمكن ابدا توقعه أثناء ابرام العقد، ومن شأنه إحداث صعوبات غير عادية أثناء التنفيذ"([١]), وقد عرفها أحد الفقهاء الفرنسيين بأنها نظرية خاصة بعقود الأشغال العامة، تفترض وجود صعوبات مادية لا يستطيع الفريقان توقعها، مثل مواجهة طبقات مائية غير متوقعة في حفر نفق ترمي باعباء خطيرة وغير طبيعية على عاتق المتعاقد[٢].

[١]) د. علي محمد علي عبد المولى ،،الظروف الني تطرأ اثناء تنفيذ العقد الاداري ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراة في كلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٩٩١ ،ص ١٨ محفوظ عبدالقادر , اثر تغيير الظروف على العقد الاداري, اطروحة دكتوراه , جامعة ابي بكر بلقايد , الجزائر, ٢٠١٩ , ص١٠٨.

(٢) اشار اليه :د. السيد فتوح محمد هنداوي ، القاضي الاداري والتوازن المالي في العقود الاداريى – دراسة مقارنة ،الطبعة الاولى ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ،٢٠١٦ ،ص ٤٧٧..

وفي مصر عرفها الفقيه الكبير سليمان الطماوي بانه "اذا ما صادف المتعاقد اثناء تنفيذ التزماته التعاقدية صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ،ولايمكن توقعها بحال من الاحوال عند ابرام العقد ، وتؤدى الى جعل تنفيذ العقد مرهقا فان من حقه ان يطالب بتعويض كامل عن ماتسببه هذة الصعوبات من اضرار." (١)

و في الفقه العراقي من عرفها بأنها "النظرية التي تقوم على تعويض المتعاقد مع الادارة ضد المخاطر الطبيعية التي يواجهها اثناء التنفيذ.. وتجد هذه النظرية تطبيقها بوجه خاص في المخاطر الطبيعية التي يواجهها في أثناء التنفيذ في عقود الأشغال العامة (المقاولات) وعلى المتعاقد في هذه الحالة الاستمرار في تنفيذ التزاماته . . . مقابل تحمل الإدارة النفقات الإضافية الناجمة عن الصعوبات المادية غيرالمتوقعة عند إبرام العقد(٢).

وعرضت محكمة القضاء الإداري المصرية مفهوم هذه النظرية في حكم لها جاء فيه "."انها من النظريات التي ابتكرها الفقه والقضاء الإداري ومقتضاها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة واكثر كلفة فيجب من باب العدالة تعويضه عن ذلك بزيادة الأسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط ،وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة، وإن التعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة ل لمتعاقد معها بل تكون تعويضا كاملا عن جميع الاضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها"(٣).

(١) د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٨٤.
(٢) د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، الوسيط في القانون الاداري ، دار ابن الأثير ل لطباعة والنشر، جامعة الموصل ، ٢٠٠٩، ص ٤٥٣.
(٣) حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى المرقمة ٧٨٩٢لسنة ٨ قضائية في ١٩٥٧/١/٢٠ ، اشار اليه المصدر نفسه ٤٥٤.

لم ياحذ القضاء العراقي بهذه النظريه في احكامه على الرغم من تبني الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنيه لها في الماده(١١) والتي الزمت المقاول بان يجري بنفسه جميع التحريات اللازمه والخاصة بالاحوال المائيه و المناخيه و الطبيعه وكذلك نصت الماده (١٢) في نفس الشروط على " يفترض في المقاول انه قد اقتنع قبل تقديم العطاء بصحة و شمول عطاءه للاعمال و المفردات والاسعار و المبالغ المدونه في جدول الكميات و تعتبر تلك الاسعار و المبالغ باستثناء و بالقدر الذي ينص على خلافه شامله لجميع التزمات المقاول بموجب المقاوله، و كذلك جميع الامور و الاشياء اللازمه لاكمال و صيانه الاعمال بصوره مرضيه , و مع ذلك اذا تعرض المقاول اثناء تنفيذ الاعمال لاحوال طبيعه او عوائق اصطناعيه و كانت هذه االاحوال و تلك العوائق لايمكن عقلا لمقاول ذي خبره ان يتوقعها فعلى المقاول المبادره بدون تاخير بتقديم اشعار تحريري بذلك الى المهندس . و اذا تبين للمنهدس ان مثل هذه الاحوال او العقوائق الاصطناعيه لا يمكن عقلا لمقاول ذي خبره ان يتوقعها فعندئذ يتعين على المهندس ان يؤيد ذلك و على رب العمل ان يدفع المصروفات الاضافيه التي كان يتحتم على المقاول انفاقها بسبب مثل هذه الاحوال .

وتختلف هذة النظرية عن القوة القاهرة من حيث طبيعة الفعل او الصعوبة فهي محصورة في النظرية محل البحث في الظروف المادية بينما في القوة القاهرة قد تكون الظروف الحادثة من طبيعة مادية اواقتصادية اوسياسية . وتختلف ايضا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع القوة القاهرة من حيث النتائج المترتبة على تطبيق كل منهما ، فتطبيق الاخيلرة يؤدي الى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا فيتوقف التنفيذ اويفسخ العقد ، بينما تطبيق الاولى ينتج عنهاان يكون التنفيذ اكثر ارهاقا واكثر تكلفة من الناحية المالية ، الامر الذي يسوغ منح المتعاقد التعويض لجبر الضرر ولخصت محكمة القضاء الإداري المصرية في احد احكامها الفرق بين نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة بالقول "وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسب ظروف

سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ينشا عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة"

ومن ناحية التعويض: تختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة في إن المتعاقد يستحق في حالة الصعوبات المادية **تعويضا كاملا** بينما لا يستحق في حالة **الظروف الطارئة سوى تعويض جزئي** ويتمثل بمعاونة تمنحها الإدارة إلى المتعاقد لمساعدته على تخفيض خسارته وتختلف عن نظرية فعل الأمير في أن الصعوبات المادية أمر خارج عن إرادة المتعاقدين بينما فعل الأمير يصدر من السلطة الإدارية "[1].

ومن ناحية اخرى نجد ان جوهر اختلاف النظرية محل البحث عن نظرية الظروف الطارئة الطبيعية يكمن في معيار زمن وجود تلك الظروف ،فاذا كانت موجودة وقت التعاقد واكتشفت وقت التنفيذ طبقت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، في حين ان تواجدها اثناء التنفيذ يخلق لنا حالة نظرية الظروف الطارئة .

الفرع الثاني:

مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

تقوم النظرية على تعويض المتعاقد مع الادارة ضد المخاطر الطبيعية التي يواجهها اثناء التنفيذ.. وتجد هذه النظرية تطبيقها بوجه خاص بسبب المخاطر الطبيعية التي يواجهها في أثناء التنفيذ في عقود الأشغال العامة (المقاولات).

انقسم الفقه الفرنسي الى فريقين ، اذ ذهب الفريق الاول يتزعمه الفقيه لوباديير إلى أنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج نطاق عقود الأشغال العامة، إلا أنه يرى بعدم وجود ما يمنع من تطبيقها على العقود الإدارية الأخرى إذا ما توفرت فيها شروط تطبيقها والفريق الثاني يتزعمه الفقيه جورج فيدل والذي يقصر تطبيق النظرية على عقود الاشغال العامة .

١) اشلر اليه د. محمد يعقوب السعيدي ، مبادئ القانون الاداري ، الجزء الأول ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، دون تاريخ طبع , ص٢٨٧.

الا ان مجلس الدولة الفرنسى امتنع عن تطبيق هذه النظرية والحكم بالتعويض عن نفقات الأسلاك والكيبلات الممدودة تحت الماء والمستخدمة من قبل المتعاقد في استثمار المرفق العام والتي تحطمت أثر هزة أرضية قوية بالاستناد لهذه النظرية وإن كان قد سمح له بطلب التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، و الذي صدر بتاريخ ١٩٤٤/٤/٢١([1]).

نخلص الى ان نطاق هذه النظرية يتعلق بالصعوبات المادية التي تحتاج إلى إمكانيات وقدرات متميزة لمواجهتها ولكون مجال هذه النظرية يتعلق بالصعوبات المادية فإن مثل هذه الصعوبات تظهر خصوصا في عقود الأشغال العامة ذات العلاقة بطبيعة الأرض الجيولوجية كأن تكون الأرض صخرية قاسية.

المطلب الثاني

الاساس القانوني للنظرية

تتلخص الاسس القانونية في **النية المشتركة للطرفين و المسؤلية التقصيريةو اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية وسنتناول كل منها في فرع مستقل وعلى النحو التالي :**

الفرع الاول

النية المشتركة للطرفين أساسا للنظرية

يذهب بعض الفقه الى ان أن أساس هذه النظرية هو النية المشتركة للطرفين المتعاقدين اللذين أبرما العقد على أساس أن السعر المتفق عليه في العقد تم تحديده مقابل التنفيذ في ظروف عادية، أما الصعوبات المادية غير المتوقفة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد والتي لم تكن متوقعة من قبل المتعاقدين ولم تكن في حساباتهما لانهما يفترض انهما قصدا أن يقدرا مقابل تغطية تكلفة نفقات هذة الصعوبات بطريقة خاصة([2]).

---

١) اشار الى الفريقين د. سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية دراسة مقارنة الطبعة الرابعة ، مطبعة عين شمس ، ١٩٨٤, مصدر سابق ،ص ٦٨٦ وص ٦٨٧.

[2]) د.سايمان الطماوي ، مصدر سابق ، ، ص٧١٦.

ولم يسلم هذا الاساس من النقد من قبل بعض الفقه لأنه يمكن أقرار التعويض استنادا إلى هذه النظرية عند وجود نص في العقد باستبعاد تطبيقها،لان التعويض قد تم الاتفاق عليه من قبل طرفي العقد مسبقاً([1]).

الفرع الثاني

المسؤلية التقصيرية اساساً للنظرية

يذهب بعض الفقه الى ان الاساس القانوني لصرف التعويض هو ان الادارة تتحمل مسؤوليتها التقصيرية من خلال تداخلاتها اثناء تنفيذ العقد كصورة من صور عمل الأمير ، كاحدى حالات المسؤولية التعاقدية دون خطأ. الا ان هذا الراي تعرض للنقد كسابقه على أساس أنه لا يتفق مع مضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة والتي يتطلب احد شروطها أن تكون **الصعوبات أجنبية** عن آرادة المتعاقد وخارجة ايضا عن ارادة الإدارة، أما إذا كانت الصعوبات راجعة إلى تدخلات الادارة نكون بصدد تطبيق نظرية عمل الأمير إذا توافرت شروطها أو قواعد المسؤولية التقصيرية([2]).

الفرع الثالث:

اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الإدارية أساسا للنظرية

يذهب الفقيهان دولوبادير وفالين ـ وبحق ـ إلى أن الأساس يكمن في اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الادارية. تأسيسا على العلاقة الوثيقة بين العقود الادارية وفكرة المرفق العام،والنظر إلى المتعاقد على أنه معاون للإدارة في أداء وظيفتها، لذا يلتزم بالاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من وجود صعوبات مادية غير

---

١) د. نصري نابلسي , العقود الادارية , منشورات زين الحقوقية , بيروت ,٢٠١٢ , ٦١٩.

٢) د.احمد عبد الرزاق خليفة ، اثر تغيير الظروف على العقد الاداري واعادة التوازن المالي للعقد ، الطبعة الاولى ،مكتبة الرشد ،ص٦٨، د.عبد العليم عبد المجيد مشرف الوجيز في القانون الاداري ـ دراسة مقارنة ـ الجزء الثاني ، دار النهضة العربيلة ، القاهرة ٢٠٠١ ،ص٣٤٨.

متوقعة تؤدي إلى ارهاقه وزيادة تكاليف تنفيذ الالتزامات التعاقدية وعليه متابعة التنفيذ إلا إذا أصبح التنفيذ مستحبا([1]).

إن أساس النظرية هو تحقيق العدالة بين طرفي العقد الإداري، و أن الإدارة هي التي أعدت شروط العقد وجداول كمياته وآلية تنفيذه ومدة التنفيذ وقامت بإعداد الجداول والمخططات والرسوم والكميات و وصف المواد وخصوصا في العقود الإنشائية وعقود مقاولات الهندسة المدنية، وإن المتعاقد قد قدم عطاءه والتزم به على أساس هذه المعطيات فليس من العدالة بعد ذلك أن تتنصل الإدارة عن تحمل المخاطر والصعوبات المادية غير المتوقعة التي تظهر في موقع العمل وتحمل المتعاقد عبء تنفيذ العقد مع ظروف التنفيذ الصعبة وهو مسوغ مقبول لطلب التعويض الكامل،كما انه لتحقيق ضمان استمرار واستقرار سير المرافق العامة باستمرار واضطراد يستلزم مساهمة الإدارة في دفع هذه الصعوبات المادية وتمكين المتعاقد من الاستمرار في الوفاء بالتزاماته.

نخلص من هذا إن اعتبارات العدالة والطبيعة الذاتية للعقود الادارية هي الأساس القانوني الذي يمكن الارتكاز اليه لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. وذلك حفاظاً على المصلحة العامة وسير المرافق العامة بانتظام واضطردا، وحفاظاً على حقوق المتعاقد الذي تكبد أعباء اضافية نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة، موضوع العقد وباعتباره معاونا ل لإدارة في تسيير المرافق العامة.

المبحث الثاني

شروط تطبيق النظرية

سنبحث في الشروط المطلوبة لنطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من خلال المطلبين التاليين المطلب الاول: ان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية وخارجة ان ارادة الاطراف و ذات طابع استثنائي, المطلب الثاني: ان تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام العقد وان تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد.

١) اشارت اليهما لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة الموصل ،٢٠١٠ ،ص١٤٥ ..

المطلب الاول

ان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية خارجة ان ارادة الاطراف و ذات طابع استثنائي

لذا سيكون هذا المطلب في فرعين وعلى النحو التالي :

الفرع الاول

ان تكون الصعوبات مادية و خارجة ان ارادة الاطراف

ومفهوم ذلك ان تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية وكذلك ان تكون خارجة عن ارادة احد طرفي العقد وعلى النحو التالي :

اولا: **ان تكون الصعوبات مادية:** وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في احد احكامها والذي جاء فيه ". . .الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدي طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة ،وترجع إلى **طبيعة الأرض والاتربة**، إنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها، وهو ما يفيد توفر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بما يتعين معه تعويض المقاول بالتكاليف التي تحملها باعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة"([1]).

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 ٢١/٧/١٩٣٧ في دعوى (كاركسون) وحكمه في ١٩٣١/٢/٥ في دعوي(انسونا)"([2]).

---

[1]) د. مازن ليلو راضي , مصدر سابق, ص٣٢٦.

٢)اشار الى الخكمين د. سليمان محمد الطماوي مصدر سابق، ص٦٥٧.

ثانيا: **ان تكون الصعوبات المادية** خارجة ان ارادة الاطراف: يجب ان تكون الصعوبات المادية مستقلة عن إرادة طرفي العقده، وهذا شرط مقبول لتسويغ مبدأ التعويض الكامل إذا لو كانت الصعوبات المادية راجعة لعمل أحد أطراف العقد فعليه وحده تحمل آثارها، ولو كانت **نتيجة لعمل مشترك بينهما فتوزع الأعباء على** الطرفين كلا بقدر مساهمته ف إحداث الصعوبات

وينبغي الا تكون الارة مرجع الصعوبات ،فإذا **تسببت الإدارة بخطئها** في وجود تلك الصعوبات، فيستحق المتعاقد التعويض على اساس **المسئولية التقصيرية**، وليس على اساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وكذلك إذا كان مرجع الصعوبات لفعل الإدارة دون خطأ من جانيها فان ان بالتعويض على الإدارة يكون على اساس نظرية عمل الأمير. و يجب ايضا الا يكون للمتعاقد دورا في حدوث تلك الصعوبات او زيادة آثارها، بل عليه أن يثبت انه لم يكن في وسعه توقعها، فإذا كان له دور في وجود هذه الصعوبات، فعليه وحده تحمل آثار فعله دون الرجوع على الإدارة، فعلى المتعاقد التحري والتقصي قبل إبرام العقد و دراسة كافة الصعوبات التي تحيط تنفيذ العقد، وأن يكون لديه الإمكانيات اللازمة للتغلب على كافة الصعوبات قبل تنفيذ العقد مادامت في استطاعته[١].

الفرع الثاني

ان تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي

يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرورة مواجهة المتعاقد عند تنفيذ العقد لصعوبات ذات طابع مادي غير عادي. فإذا كانت الصعوبات تتعلق بظروف أخرى، **أي ظروف اقتصادية طارئة أو صعوبات إدارية، فلا** مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ولا بد من تطبيق نظرية فعل الامير اذا توافرت شروطها. والغالب الاعم من الحالات أن يكون **مصدر هذه الصعوبات المادية ظواهر طبيعية غير متوقعة** كأن تكون طبيعة **الأرض صخرية من النوع القاسي غير**

[١] د.رافت فودة ،دروس في القانون الاداري ،العقود الادارية والاموال العامة ،دار النهضة العربية ،القاهلرة ،١٩٩٤، ص١٢٣.

العادي، أو تكون هشة غير متماسكة، أو ينضح عنها كميات كبيرة من المياه، **وكذلك سقوط أمطار وثلوج غير عادية**([1]).

و قررت المحكمة الادارية العليا في مصر في احد احكامها :"يلتزم القضاء باحقية المقاول في التعويضطبقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة توافر الشروط ومن ضمنها ان تكون الصعوبات مادية وغير عادية او استثنائية

وقد اعتبرت نفس المحكمة انه من قبيل الصعوبات المادية غير المتوقعة وجود أساسات خرسانية وخرسانات مجارى تحت أرض موقع الأشغال، موضوع العقد، وذلك أثناء قيام المقاول بتنفيذ عقد يتضمن ردم خنادق وبناء حجرات تفتيش خاصة بسنترال العباسية([2]).

المطلب الثاني

ان تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام العقد من قبل الاطراف

وان تؤدي الى قلب اقتصاديات العقد.

سنعرض في الفرع الاول مفهوم اشتراط عدم توقع الصعوبات عند الابرام من قبل طرفي العقد ، وفي الفرع الثاني سنشرح كيف ان هذة الصعوبات تؤدي الي جعل التنفيذ مرهقا والى انها تقلب اقتصاديات العقد وعلى النحو التالي:

الفرع الاول

ان تكون الصعوبات غير متوقعة عند ابرام العقد من قبل الاطراف

يشترط أن تكون الصعوبات غير المتوقعة انه لا يمكن توقعها عند التعاقد وفقا للظروف التي أبرم فيها العقد قبل ابرام العقد، يتوجب على المتعاقد أن يبذل الجهد االلازم في الاطلاع على طبيعة الأرض وفق ما هو مطلوب من كل متعاقد حريص، للإحاطة بكافة الأوضاع والصعوبات التي يمكن أن يصادفها عند تنفيذ التزاماته التعاقدية، أما إذا كانت تلك الصعوبات متوقعة أو يمكن توقعها فلايمكن تطبيق هذة

---

[1]) د نصري نابلسي , مصدر سابق, ص٦٢٣.

[2]) اشار الى الحكمين د.جابر جاد نصار العقود الادارية،دار النهضة العربية ،القاهرة ٢٠٠٤، ص٣٤٧. .

النظرية.. ([1]), ويشترط مجلس الدولة الفرنسي في احد احكامه انه لطلب التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون هذه الصعوبات من **نوع يستحيل توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التي** جرى فيها [2].

وقد قر ر مجلس الدولة الفرنسي أيضا في حكم اخر له أنه: ولئن كان يقع على المتعاقد واجب تقصي طبيعة الصعوبات التي قد تقابله عند التنفيذ، فإن المجلس لا يسقط من اعتباره مدى معاونة الادارة للمتعاقد في هذا الصد د. ذلك أن **الالتزام بمبدأ حسن النية والثقة المشروعة في المعاملات، يملي على جهة الا دارة أن تحيط المتعاقد بسائر ما لديها** من معلومات من شأنها معاونته في بلوغ هدف التقصي، فإذا ثبت تقصير الأدارة في ذلك، فإن المجلس يمنح التعويض([3]).

وقد اكدت المحكمة الادارية المصرية هذا الشرط في احد احكامها بقولها :... كان على المقاول ان يتحرى بنفسه تلك الصعوبات وكان في وسعه ان يتوصل اليها " [4]

وفي نفس الاتجاة قضت محكمة التمييز العراقية في احد احكامها : ...ان عقد المقاولة قد اوجب على المقاول قبل تقديم مناقصته ان يجري التحريات عن ماهية العمل وان يقف على المعلومات الخاصة بنوع الارض ترابية [5].

ويقع عبء اثبات وجودالصعوبات المادية غير المتوقعة وعدم امكانية توقعها على عاتق المتعاقد طالب التعويض ،ويحدد قاضي العقد امكانية توقع الظروف من عدمه وفقا لظروف كل دعوى وفقا للمعيار الموضوعي وليس الشخصي على ضوء مايبذله المتعاقد من جهد وما يبديه من حرص ، ومدى تعاون الادارة مع المتعاقد معها من خلال ماتزوده من معلومات عن موقع العمل [6]

---

[1]) اشار اليه د. سليمان الطماوي, مصدر سابق, ص٧٢٧.

[2]) االشار اليه : د. نصري نابلسي, مصدر سابق, ص ص٦٢٧-٦٢٨.

[3]) د . نصري نابلسي, مصدر سابق, ص٦٢٨.

[4]) د.سليمان الطماوي ،مصدر سابق،ص ٦٦٠

[5] طاهر طالب التكمجي،حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الاداري ـ دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد،١٩٧٦، ص٥١٩.

[6] د. ابراهيم محمد على اثار العقود الادارية وفقا للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشان المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، الطبعة الثانية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٣، ص ص٣١٥و٣١٦

الفرع الثاني

أن يترتب على هذه الصعوبات جعل تنفيذ العقد مرهقا وان تقلب اقتصاديات العقد

تهدف نظريات التوازن المالي في المقام الأول إلى معالجة الإخلال المالي الحاصل في العقد، وذلك عن طريق تعويض المتعاقد تعويضاً قد يكون كامل اوغير كامل بما يعيد العقد إلى حالته لحظة إبرامه. و الذي يسوغ التزام الإدارة بتعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا عند إعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في هذه الحالة هو ما يترتب على هذه الصعوبات من ضرر للمتعاقد معها،وصور الضر ر هنا تكمن في **ارتفاع تكاليف تنفيذ العقد ارتفاعا غير عادي بمعنى حدوث زيادة في الأسعار بصورة كبيرة عن تلك** المتفق عليها أثناء إبرام العقد فضلا عن انه لم يكن أي من طرفي العقد توقعها،والذي يترتب عليها إرهاق شديد مما يؤدي الى قلب اقتصاديات العقد للمتعاقد ،أما إذا كانت الزيادة في الأسعار لا تخل باقتصاديات العقد ولا تؤدي إلى ارهاق المتعاقد مع الإدارة، فلا تطبق النظرية في هذه الحالة([1]).

واكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع المصربة " ان تحديد الزيادة في الاسعار هي مسألة فنية، مع مراعاة أن يؤخذ في الاعتبار في هذا المقام أن كل زيادة لا يكون من شأنها الإخلال باقتصاديات العقد ولا تؤدي تبعا إلى وضع الشركة في مركز غير ذلك الذي يمكن توقعه عند التعاقد ويكون من شأنه قلب اقتصاديات العقد – لا مجرد ا اعتبار تنفيذه مما يرهق الشركة ويثقل كاهلها – كل زيادة لا تكون من شأنها ذلك يتجاوز عنها ولا تعوض الشركة عنها"([2]).

نخلص الى انه يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرورة مواجهة المتعاقد عند تنفيذ العقد لصعوبات ذات طابع مادي غير عادي. فإذا كانت الصعوبات تتعلق بظروف أخرى، **أي ظروف اقتصادية طارئة أو صعوبات إدارية، فلا** مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن الصعوبات المادية غير

[1]) د. مال الله جعفر الحمادي, حقوق و ضمانات المتعاقد مع الادارة و التحكيم في العقد الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ٢٠١٤, ص٦٩٤

[2] د. مال الله جعفر الحمادي, ،مصدر سابق , ص٦٩٤.

المتوقعة لا ترجع في جميع **الأحوال إلى الظواهر الطبيعية** فقد يكون مصدرها **فعل الغير**، و انه لطلب التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون هذه الصعوبات من **نوع يستحيل توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التي** جرى فيها ،ويقع عبء اثبات وجودالصعوبات المادية غير المتوقعة وعدم امكانية توقعها على عاتق المتعاقد طالب التعويض ،ويحدد قاضي العقد امكانية توقع الظروف من عدمه وفقا لظروف كل دعوى ،ومن اللازم **أن يترتب على هذه الصعوبات جعل تنفيذ العقد مرهقا وان تقلب اقتصاديات العقد.**

المبحث الثالث:

اثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة واثر الاتفاقات الخاصة فيها

سيكون هذا المبحث في مطلبين وعلى النحو التالي :المطلب الاول : اثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.المطلب الثاني: اثر الاتفاقات الخاصة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

المطلب الاول

اثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يترتب عليى تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة جملة من الاثار جملة من الاثار منها استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته ، فضلا في انه يحق له المطالبة بالتعويض عن مااصابه من اضرار، وسنعرض ذلك في فرعين وعلى النحو التالي :

الفرع الاول

استمرار المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد

لاتضع الصعوبات المادية غير المتوقعة نهاية لتنفيذ الالتزامات التعاقدية، لان التنفيذ اصبح مرهقا وليس مستحيلا ولو كان كذلك لاعفي المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ العقد لاننا في مواجهة القوة القاهرة ا التي من شأنها أن تعفى المتعاقد من تنفيذ العقد الذي يصبح من المستحيل اتمامه. ويجب على المتعاقد مع الإدارة، أن يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وفي حالة عدم استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته التعاقدية

فإنه يحرم من التعويض المستحق عن تطبيق النظرية، فضلا ان للادارة حق توقيع الجزاءات عليه([1]).

وقد أوردت المحكمة الإدارية في مصر أيضا أنه : "ولئن كانت الشروط العامة قد جعلت المقاول – كقاعدة عامة – مسؤولا عن الصعوبات المادية المتوقعة وغير المتوقعة، إلا أنها استثناء من هذه القاعدة العامة أعفت في البند ٤٠ منها المقاول من المسؤولية في حال تأخره في تنفيذ التزاماته إذا كان مرد ذلك إلى أسباب لم يكن في الامكان توقعها وقت تقديم العطاء وكانت خارجة عن ارادته.

نستنتج انه يجب علي المتعاقد اعلام الادارة بحدوث هذه الصعوبات وعليه أن يتابع تنفيذ التزاماته التعاقدية كي يحمي نفسه من فرض الجزاءات التعاقدية بسبب الامتناع عن التنفيذ كي يحفظ كامل حقوقه.

الفرع الثاني

الحق في التعويض الكامل و الاعفاء من الغرامة التأخيرية

من الاثار المهمة لتنفيذ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حق المتعاقد في طلب التعويض الكامل ، فضلا عن اعفائه من الغرامة التاخيرية وسنبحث ذلك وعلى النحو التالي :

اولا : الحق في التعويض الكامل وحسابه: استحقاق المتعاقد مع الإدارة تعويضا كامل عن كافة الأضرار التي لحقت به نتيجة هذه الصعوبات غير المتوقعة والتي تتجسد في النفقات الزائدة التي انفقها للتصدي لهذه الصعوبات كي يستمر في تنفيذ العقد هو الأثر الرئيسي المترتب على تطبيق هذه النظرية في حالة توافر شروطها ،، وبذلك تختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية الظروف الطارئة من حيث السبب والنتيجة فالاخيرة تطبق في حالة وجود ظرف طارئ سواء كان ذا طبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية في حين الأولى تطبق في حالة وجود صعوبات مادية بحتة،اما **من حيث النتيجة وهو حصول المتعاقد على تعويض كامل في**

[1]) د.. السيد فتوح محمد هنداوي ، مصدر سابق, ص٤٩٦.

الاولي بينما تعويض جزئي في الثانية وبذلك تتفق هذه النظرية مع نظرية فعل الأميرمن حيث النتيجة (التعويض الكامل) وتختلف عنها من حيث السبب فهذه الأخيرة تطبق بمناسبة صدور إجراء عام أو خاص من الإدارة في حين أن سبب نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو مخاطر وصعوبات مادية غير متوقعة لا ترجع لفعل الطرفين ([1]).

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر عام ٩٧ ١٩ الذي جاء فيه ". . .الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدي طرفي العقد قد صادفت تنفيذ الأعمال الإضافية التي قامت الإدارة وترجع إلى طبيعة الأرض والاتربة، إنه ما كان بإمكان طرفي العقد توقعها، وهو ما يفيد توفر شروط انطباق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، بما يتعين معه تعويض المقاول بالتكاليف التي تحملها باعتبار أن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة"([2]).

لم يأخذ القضاء العراقي بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أحكامه اعلى الرغم من ان الشروط العامة العراقية لمقاولات أعمال الهندسة المدنية النافذ قد أخذت بالنظرية في المادة (١١) التي االزمت المقاول بأن يجري بنفسه جميع التحريات اللازمة والخاصة بالأحوال المائية والمناخية والطبيعية ، أما المادة (١٢) التى 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 عقلا لمقاول ذي خبرة أن يتوقعها فعلى المقاول المبادرة بدون تأخير بتقديم إشعار تحريري بذلك إلى المهندس ، وإذا تبين

---

١) د. سليمان الطماوي , مصدر سابق, ص٦٩٩.
٢) اشار اليه د. مازن ليلو راضي , مصدر سابق, ص٣٢٦.

للمهندس أن مثل هذه الأحوال **أو العوائق الاصطناعية لا يمكن عقلا المقاول ذي خبرة أن يتوقعها فعندئذ يتعين على المهندس أن يؤيد ذلك وعلى رب العمل أن يدفع المصروفات الإضافية التي كان يتحتم على المقاول أنفاقها مثل هذه الأحوال**"

ونصت المادة (١٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢)لسنة ٢٠١٤ والمتعلقة بمدة العقد والتمديد على أن "أولا : 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 وتراعي **عند تمديد العقود ما يأتي:-**

أ- إذا طرأت أية زيادة أو تغير في الأعمال بالنسبة ل لمقاولات المختلفة أو الكميات المطلوب

تجهيزها كما أو نوعا بما يؤثر في تنفيذ المناهج المتفق عليها بحيث لا يمكن أكمالها ضمن العقد الأصلي في المدة المتفق عليها"[١].

نخلص الى ان 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.

يلجا مجلس الدولة الفرنسي عند حساب التعويض الكامل إلى **الاسعار المتفق عليها في العقد للاقتداء به في حساب التعويض. والذي يحسم منه** قيمة الخسائر الناتجة عن اخطاء المتعاقد بخطئه في التحري والدراسة الكاملة للصعوبات المادية غير المتوقعة. ويحرص القضاء على تقدير التعويض على سبيل الاستقلال مع الاخذ في الاعتبار الأسعار الجديدة، اذاكانت الظروف التي أبرم فيها العقد قد اختلفت، أو إذا ثبت أن هذة الصعوبات أدت إلى تغيير جذري في الأسس التي روعيت في تحديد الأسعار في العقد، وهذا كله يتم وفق القواعد العامة .

الفرع الثاني: الاعفاء من الغرامة التاخيرية

[١]) تعليمات تنفيذ العقود العامة الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ الصادرة من وزارة التخطيط نشرت في الوقائع العراقية العد د ٤٠٧٥ في ٢٠٠٨/٥/٠٨.

قد تؤدي الصعوبات المادية إلى تأخير تنفيذ الالتزامات التعاقدية ،التنفيذ الامر الذي يمكن أن يؤدي إلى اعفاء المتعاقد من غرامة التأخير إذا تجاوز التنفيذ الحدود الزمنية المقر رة لانجاز الالتزامات التعاقدية([1]).

وبذلك لا يتعرض المتعاقد لفرض غرامة التأخير، لأن التأخير أنما كان بسبب خارج عن ارادته ويتمثل بالصعوبات غير المتوقعة التي اعترضت التنفيذ، وجعلته أكثر تعقيدا وكلفة وتسببت بتأخير عملية التنفيذ([2]).وقد جسدت المحكمة الادارية العليا المصرية ذلك في قرارها المرقم)١٢٧٢٠(الصادر في ٥/ ٦/ ٢٠٠٧)اذ نص على : (....وبالنسبة لغرامة التأخير فقد انتهت لجنة الخبرة إلى أن ثمة عوائق كانت بموقع تنفيذ البازارات حالت بين المقاول وبين إتمام الأعمال في المدة المتفق عليها بالعقد فانه لا يسأل عن التأخير ولا وجه لتوقيع غرامة التأخير عليه والثابت من أوراق الدعوى انه كان هناك إشكالات في الموقع وتسببت هذه الإشكالات في عدم نقل محول كهرباء كان بالموقع إلى مكان جديد كان محد دا له. . . . . .(٣).

نستنتج أن تطبيق هذه النظرية لا يعفي بحال من الأحوال من الاستمرار في تنفيذ التزاماته ، مالم يصبح التنفيذ مستحيلا فنكون أمام حاله القوه القاهرة. ولكن اعتراض الصعويات المادية لتنفيذ قد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد **من غرامات التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد.**

المطلب الثاني

اثر الاتفاقات الخاصة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

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 في الفرعين التاليين :

الفرع الاول :- حالة الاتفاق على الاعفاء المطلق

---

[1]) د. سليمان الطماوي , مصدر سابق, ص٧٢٤.

[2]) المصدر , ص٧٢٤.

[3]) اشار اليه: محمد كال الله سمايل ,سلطة الادارة في فرض الجزاءات المالةي على المتعاقد معها, جامعة صلاح الدين, اربيل, ٢٠١٣, ص١٨١.

االفرع الثاني : – حالة الاتفاق على الاعفاء الجزئي .

الفرع الاول

حالة الاتفاق على الاعفاء المطلق

يحدث ان يتفق اطراف العقد على تضمينه شرط باستبعاد مسئولية الادارة عن الصعوبات المادية غير المتوقعة فيتحمل وحده مخاطر التنفيذ ايا كانت طبيعة التربة .والمستقر ان الادارة لاتملك ان تعفي نفسها من دفع التعويض عن الاضرار الناتجة عن حدوث الصعوبات المادية ويقع باطلا كل اتفاق بهذا الشان [١] .

و يحدث أن العقد يحدد سعرا جزافيا مهما كانت الصعوبات التي تعترضه، كما يتحمل المتعاقد مخاطر التنفيذ أيا كانت طبيعة الأرض. و يبقي **التساؤل قائمًا عن الحل في هذة الحالة ؟(٢).**

اوضح مجلس الدولة الفرنسي بخصوص هذه الشروط **بأنها تنصرف فقط إلى الصعوبات العادية** ، أما بالنسبة للصعوبات الاستثنائية غير العادية، فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض عنها رغم تلك الشروط(٣).

ويقر ر مجلس الدولة الفرنسي بأن احتواء **العقد على ثمن جزافي لمواجهة جميع الأعباء التي يصادفها المتعاقد في التنفيذ لا يحول المتعاقد في مطالبة الإدارة بالتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة** والتي يكون طابعها استثنائي فالثمن الجزافي لا يقصد به سوى مواجهة المخاطر العادية المحتملة أما الصعوبات الاستثنائية غير المتوقعة فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة [٤].

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

---

[١] د.جورج توفيق ساري ،المباديء العامة للقانون الاداري ، الكتاب الثاني ، القواعد القانونية للنشاط الاداري ، دار النهضة العربية ، ، القاهرة ،٢٠٠٤ص١٠٣٩)

[٢]) محفوظ عبدالقادر , اثر تغيير الظروف على العقد الاداري, المصدر السابق, ص١٠٩.

[٣]), المصدر نفسه, ،ص١١٠.

[٤] د.عبد العظيم عبد السلام ، اثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الاداري ،دار الولاء للطبع والنشر ،١٩٩٠،ص ١٦٦.

ويحدث ذلك بان يتضمن العقد شرطا تعفي بمقتضاه الادارة من مسؤوليتها تجاه صعوبات مادية معينة بان يتحمل المتعاقد مع الادارة مخاطر تنفيذ هذة الصعوبات ، فكثيرا من كراسات الشروط تتضمن اقرارا من المتعاقد بانه عاين موقع العمل المعاينة الكافية والنافية للجهالة وتحقق من طبيعة التربة وطبيعة العمل [١].

يسلم الفقه **بمشروعية الاتفاق الجزئي بين الإدارة والمتعاقد بخصوص إعفاء الإدارة من مسؤوليتها عن تعويض بعض الأضرار التي قد تصيبه نتيجة ما يصدر من الإدارة من إجراءات معينة،** بيد أن وجود مثل هذا الشرط في أحد العقود ، يجعل القاضي يتشد د في اعتبار صعوبات معينة من قبيل الصعوبات المادية التي تخول الحق في التعويض وفقا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة [٢].

ونخلص من ذلك إلى أنه لا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على إعفائها من مسؤوليتها عن الأضرار التي قد تصادف المتعاقد أثناء تنفيذ العقد نتيجة للصعوبات المادية غير المتوقعة لأن وجود مثل هذا الاتفاق لا يعتد به ،ولان حق المتعاقد هو حق ثابت ومشروع تحقيقا لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري واتساقا مع المبادئ التي تقررها العقود الإدارية. وان الثمن الجزافي لا يقصد به سوى مواجهة المخاطر العادية المحتملة وليس المخاطر الناتجة عن الصعوبات المادية غير العادية،في حين غالبية الفقه تسلم بمشروعية الاتفاق الجزئي **بخصوص إعفاء الإدارة من مسؤوليتها عن تعويض بعض الأضرار التي قد تصيبه نتيجة ما يصدر من الإدارة من إجراءات معينة.**

الخاتمة

في نهاية البحث وجدنا انه من اللازم ادراج الاستنتاجات والتوصيات وعلى النحو التالي:

اولا: الاستنتاجات :

[١] ايمن محمد جمعة ، اثار عقد الاشغال العامة بين المتعاقدين ،دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراة ، كلية الحقوق،جامعة الزقازيق ، ص٦٢٧.

[٢] د.ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف ،عقد امتياز المرفق العام ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراة ،كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ،٢٠٠٣، ص٣٣٧.)

١. لم ياحذ القضاء العراقي بهذه النظريه في احكامه على الرغم من ان الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنيه الصادرة من وزارة التخطيط تطرقت الى مضمون النظرية لها في الماده(١١) والمادة(١٢).

٢. تختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة من حيث سببها والنتائج المترتبة عليها، فالاخيرة تطبق بسب ظروف سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية ينشا عنها قلب اقتصاديات العقد أو اختلال توازنه المالي بينما الاولى سببها صعوبات مادية تعرقل التنفيذ وتجعله اكثر ارهاقا وكلفة ،وكذلك من حيث النتيجة فالاولى ينتج عنها تعويض كلي بينما الثانية ينتج عنها تعويض جزئي.

ومن ناحية اخرى نجد ان جوهر اختلاف النظرية محل البحث عن نظرية الظروف الطارئة الطبيعية يكمن في معيار زمن وجود تلك الظروف ،فاذا كانت موجودة وقت التعاقد واكتشفت وقت التنفيذ طبقت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، في حين ان تواجدها اثناء التنفيذ يخلق لنا حالة نظرية الظروف الطارئة

وبينما تتفق النظرية محل البحث مع نظرية فعل الامير من حيث النتيجة فالتعويض في كلاهما كامل ، الا انها تختلف معها من حيث الاسباب، فاالنظرية الاخيرة سببها اجراءات تقوم بها الادارة بينما سبب نظرية الصعوبات المادية هو تواجد صعوبات مادية تعرقل التنفيذ وتجعله اكثر ارهاقا وكلفة،

وتختلف هذة النظرية عن القوة القاهرة من حيث طبيعة الفعل او الصعوبة فهي محصورة في النظرية محل البحث في الظروف المادية بينما في القوة القاهرة قد تكون الظروف الحادثة من طبيعة مادية اواقتصادية اوسياسية.

٣. ان نطاق هذه النظرية يتعلق بالصعوبات المادية التي تحتاج إلى إمكانيات وقدرات متميزة لمواجهتها ولكون مجال هذه النظرية يتعلق بالصعوبات المادية فإن مثل هذه الصعوبات تظهر خصوصا في عقود الأشغال العامة ذات العلاقة بطبيعة الأرض الجيولوجية كأن تكون الأرض صخرية قاسية.

٤. **إن اعتبارات العدالة والطبيعة** الذاتية للعقود الادارية هي الأساس القانوني الذي يمكن الارتكاز اليه لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة. وذلك حفاظاً على

المصلحة العامة وسير المرافق العامة بانتظام واضطردا، وحفاظاً على حقوق المتعاقد الذي تكبد أعباء اضافية نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة، موضوع العقد وباعتباره معاونا ل لإدارة في تسيير المرافق العامة.

٥- . يشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ضرورة مواجهة المتعاقد عند تنفيذ العقد لصعوبات ذات طابع مادي غير عادي. فإذا كانت الصعوبات تتعلق بظروف أخرى، **أي ظروف اقتصادية طارئة أو صعوبات إدارية، فلا** مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا ترجع في جميع **الأحوال إلى الظواهر الطبيعية** فقد يكون مصدرها **فعل الغير**، و انه لطلب التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب أن تكون هذه الصعوبات من **نوع يستحيل توقعه عند التعاقد وفقا للظروف التي** جرى فيها ،ويقع عبء اثبات وجودالصعوبات المادية غير المتوقعة وعدم امكانية توقعها على عاتق المتعاقد طالب التعويض ،ويحدد قاضي العقد امكانية توقع الظروف من عدمه وفقا لظروف كل دعوى ،ومن اللازم **أن يترتب على هذه الصعوبات جعل تنفيذ العقد مرهقا وان تقلب اقتصاديات العقد.**

٦. يجب علي المتعاقد اعلام الادارة بحدوث هذه الصعوبات وعليه أن يتابع تنفيذ التزاماته التعاقدية كي يحمي نفسه من فرض الجزاءات التعاقدية بسبب الامتناع عن التنفيذ كي يحفظ كامل حقوقه.

٧- أن تطبيق هذه النظرية لا يعفي المتعاقد بحال من الأحوال من الاستمرار في تنفيذ التزاماته ، مالم يصبح التنفيذ مستحيلا فنكون أمام حاله القوه القاهرة. ولكن اعتراض الصعويات المادية لتنفيذ قد يؤدي إلى إعفاء المتعاقد **من غرامات التأخير إذا تعدى الجدوال الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ الأشغال موضوع العقد.**

٨. لا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على إعفائها من مسؤوليتها عن الأضرار التي قد تصادف المتعاقد أثناء تنفيذ العقد نتيجة للصعوبات المادية غير المتوقعة لأن وجود مثل هذا الاتفاق لا يعتد به ولان حق المتعاقد هو حق ثابت ومشروع تحقيقا لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري واتساقا مع المبادئ التي تقر رها العقود الإدارية. وان

الثمن الجزافي لا يقصد به سوى مواجهة المخاطر العادية المحتملة وليس المخاطر الناتجة عن الصعوبات المادية غير العادية،في حين غالبية الفقه تسلم بمشروعية الاتفاق الجزئي **بخصوص إعفاء الإدارة من مسؤوليتها عن تعويض بعض الأضرار التي قد تصيبه نتيجة ما يصدر من الإدارة من إجراءات معينة.**

٩ـ وفي نهاية استنتاجاتنا نودان نوضح اهمية ان يكون لدينا في العراق قضاء اداري متخصص في النظر في منازعات العقود الادارية ، لان للقاضي الاداري دورا في الحفاظ على التوازن المالي للعقد من خلال ماابتدعه من نظريات ،فهو لايهتم بالدرجة الاولي بتطبيق القواعد القانونية الجامدة ،وانما يبحث عن الحلول المناسبة لكل منازعة ادارية من خلال العمل على تطوير شروط تطبيق نظريات اعادة التوازن المالي للعقدـ ومنها النظرية محل البحث ـ في ضوء التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وطبيعة المنازعة ،ويجد الحلول المناسبة بعيدا عن القواعد القانونية الجامدة التي يمكن تواجدها في القانون الخاص ، والى ان يتحقق ذلك نجد انه يمكن للقضاء العادي ان يعمل بموجب هذة النظرية محل البحث ولاسيما انه لايوجد مايمنعه من ذلك .

التوصيات :

١ـ على الرغم من ان هذة التوصية لاتتعلق بموضوع البحث بشكل مباشر، الا اننا ننتهز كل الفرص المتاحة كي نوصي المشرع العراقي بضرورة ان ينص على اختصاص القضاءالاداري بمنازعات العقود الادارية جنبا الى جنب مع منازعات القرارات الادارية .

٢ضرورة ان يتضمن قانون العقود الحكومية العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤وتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢)لسنة ٢٠١٤ نصا يلزم الادارة ان تتعهد باعادة التوازن المالي للعقد وذلك في جميع حالات حدوث الخلل فيه ،وخصوصا في حالة تحقق شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة .

قائمة المصادر

اولا الكتب :

١ــ :د. السيد فتوح محمد هنداوي ، القاضي الاداري والتوازن المالي في العقود الاداريى ـ دراسة مقارنة ،الطبعة الاولى ، المركز القومي للاصدارات القانونية ، القاهرة ،٢٠١٦

٢ــ د. ماهر صالح علاوي الجبوري ، الوسيط في القانون الاداري ، دار ابن الأثير ل لطباعة والنشر، جامعة الموصل ،٢٠٠٩ .

٣ــ محفوظ عبدالقادر , اثر تغيير الظروف على العقد الاداري, اطروحة دكتوراه , جامعة ابي بكر بلقايد , الجزائر, ٢٠١٩ .

٤. محمد يعقوب السعيدي ، مبادئ القانون الاداري ، الجزء الأول ، مطبعة الزهراء ، بغداد ، دون تاريخ طبع .

٥ــ د.سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة ل لعقود الإدارية، مطبعة عين شمس ، القاهرة، ١٩٨٤.

٦ــ د. نصري نابلسي , العقود الادارية , منشورات زين الحقوقية , بيروت ,٢٠١٢ , ٦١٩.

٧ــ د.احمد عبد الرزاق خليفة ، اثر تغيير الظروف على العقد الاداري واعادة التوازن المالي للعقد ، الطبعة الاولى ،مكتبة الرشد ،ص٦٨،

٨ــ د.عبد العليم عبد المجيد مشرف الوجيز في القانون الاداري ـ دراسة مقارنة ــ الجزء الثاني ، دار النهضة العربيلة ، القاهرة ٢٠٠١

٩ــ د. نصري نابلسي , العقود الادارية , منشورات زين الحقوقية , بيروت ,٢٠١٢ ,.

١٠ــ رافت فودة ،دروس في القانون الاداري ،العقود الادارية والاموال العامة ،دار النهضة العربية ،القاهلرة ،٣،١٩٩٤..

١١. مال الله جعفر الحمادي, حقوق و ضمانات المتعاقد مع الادارة و التحكيم في العقد الاداري , منشورات الحلبي الحقوقية , بيروت ٢٠١٤, ص٦٩٤

١٢ـ د.جورج توفيق ساري ،المباديء العامة للقانون الاداري ، الكتاب الثاني ، القواعد القانونية للنشاط الاداري ، دار النهضة العربية ، ، القاهرة ،,

١٣ــ د.جابر جاد نصار، العقود الادارية،دار النهضة العربية ،القاهرة ٢٠٠٤. .

رافت فودة ،دروس في القانون الاداري ،العقود الادارية والاموال العامة ،دار النهضة العربية ،القاهلرة ،١٩٩٤،.

١٤د.عبد العظيم عبد السلام ، اثر الظروف الطارئة والصعوبات المادية على تنفيذ العقد الاداري ،دار الولاء للطبع والنشر ،١٩٩٠

ــ١٥د. ابراهيم محمد على اثار العقود الادارية وفقا للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بشان المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، الطبعة الثانية ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،٢٠٠٣

ثانيا:الرسائل والاطاريح:ـ

الرسائل:

١٦ــ طاهر طالب التكمجي،حماية مصالح المتعاقد المشروعة في العقد الاداري ــ دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير الى كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، ١٩٧٦

١٧ـ لمياء هاشم سالم قبع، اختلال التوازن المالي في العقد الإداري، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية الحقوق في جامعة الموصل،٢٠١٠

١٨ــ محمد كال الله سمايل ,سلطة الادارة في فرض الجزاءات المالةي على المتعاقد معها, رسالة ماجستير جامعة صلاح الدين, اربيل, ,٢٠١٣

١٩ـ ايمن محمد جمعة ، اثار عقد الاشغال العامة بين المتعاقدين ،دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراة ، كلية الحقوق،جامعة الزقازيق.

الاطاريح :ـ

٢٠ـ د.ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف ،عقد امتياز المرفق العام ، دراسة مقارنة ، اطروحة دكتوراة ،كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ،٢٠٠٣،
٢١ـ . علي محمد علي عبد المولى ،،الظروف التي تطرأ اثناء تنفيذ العقد الاداري ، دراسة مقارنة رسالة دكتوراة في كلية الحقوق جامعة عين شمس ،١٩٩١
٢٢ـ مازن ليلو راضي , دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الاداري (دراسة مقارنة) ،اطروحة دكتوراة ،كلية القانون /جامعة بغداد ، ١٩٩٩
ثالثا:الاحكام القضائية
٢٣ـ حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٣١/٢/٥ في دعوي(انسونا)
٢٤ـ حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في الدعوى المرقمة ٧٨٩٢لسنة ٨ قضائية في ١٨/١/٢٠
٢٥ـ مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ١٩٤٤/٤/١
٢٦ـ مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٢١/٧/١٩٣٧ في دعوى (كاركسون)
رابعا : القوانين والتعليمات :
٢٧ـ قانون العقود الحكومية العامة رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤
٢٨ـ تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢)لسنة ٢٠١٤
٢٩ـ الشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنيه الصادرة من وزارة التخطيط .