نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وأثرها على اختلال توازن العقد الإداري في التشريع الأردني

نادر عبد الحليم محمد السلامات

DOI:10.15849/ZJJLS.250330.14

القانون العام ، أكاديمية الأمير الحسين بن عبد الله الثاني بن الحسين للحماية المدنية ، جامعة البلقاء التطبيقية، الاردن.

* للمراسلة:alsalamatnader@bau.edu.jo

تاريخ استلام البحث:19/09/2025

تاريخ قبول البحث:23/04/2025

الملخص

غالبًا ما يطرأ إثر تنفيذ العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير آثارٌ من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد، ويعود السبب وراء ذلك إلى جملة من الأسباب أجملتها الدراسات الفقهية والقانونية بنظريات ثلاث هي؛ نظرية عمل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ولكل منها أسبابها ومبرراتها وموقف للقانون والقضاء والفقه حيالها. تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تسعى إلى المصلحة العامة في العقود الإدارية ولضمان حُسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، من خلال تعرف ماهيتها وأساسها وشروط تطبيقها بما يضمن مراعاة الاختلال في توازن العقد وعدم إغفال حقوق المتعاقد مع الإدارة، ومستعرضة لآثارها وواقعها في الأردن. وقد انتهت هذه الدراسة إلى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ونظراً لعدم وجود تطبيقات قضائية كثيرة لم يكن تتناول الفقه الأردني لها كافياً وقد تطرقت الدراسة إلى مثالين عمليين كانا قد تناولا هذه النظرية، وانتهت الدراسة الى توصيات منها تمنياً على المشرع الأردني بضرورة ادخال منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري الأردني، وبتوصية ليدلي الفقه الأردني والباحثون والدارسون بآرائهم وأفكارهم لتكون منيراً ومرشداً للمشرع الأردني في إدخالها إلى ضمن اختصاص القضاء الإداري.

الكلمات الدالة: العقود الإدارية، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، التوازن المالي.

The Theory of Unexpected Material Difficulties and the Effect of the Imbalance of Administrative Contracts in Jordanian Legislation

Nader Abdel Halim Moh'd Alsalamat

Piblic Law Prince Al Hussein Bin Abdullah II Academy for Civil Protection , Al- Balqa' Applied University , Jordan .

*** Crossponding author:** alsalamatnader@bau.edu.jo

Recived:19/09/2025

Accepted:23/04/2025

Abstract

Administrative contracts concluded by the government with external entities leads to perturbations in the financial equilibrium of said contracts. The origins of these perturbations can be found in a confluence of factors, which have been synthesized into three jurisprudential and legal theories: Prince's Theory, Force Majeure Theory, and Unforeseen Material Hardship Theory. Each of these theories has its own causes, justifications, and legal, judicial, and jurisprudential stances. This study aims to explore the theory of unforeseen material hardship, which is designed to serve the public interest in the context of administrative contracts. Its primary objective is to ensure the smooth and continuous operation of public facilities. This exploration involves understanding the essence and foundation of this theory, as well as the conditions governing its application, all while safeguarding the contractual balance and respecting the rights of contractors engaged in administrative contracts. The study also sheds light on the practical implications and real-world scenarios of this theory within the legal landscape of Jordan. Finally, this study concludes that the theory of unforeseen material hardship is an integral component of the public legal framework. It stands as an inviolable aspect that cannot be contravened by contractual agreements. Furthermore, it advocates for the necessity of including disputes arising from administrative contracts within the jurisdiction of the Jordanian administrative judiciary.

Keywords: Administrative contracts, Theory of Unforeseen Material Hardship, Financial Equilibrium

المقدمة

يُخلف العقد الإداري آثارًا تتميز عن تلك التي تترتب على عقود القانون المدني، خاصةً فيما يتعلق بحقوق وسلطات الإدارة تجاه المتعاقد معها، ولا يمكن الرجوع إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في ظل العقود الإدارية طالما أن الإدارة تهدف من خلال إبرامها لهذه العقود تحقيق المصلحة والنفع العام وحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وهي مصلحة تسمو على مصلحة المتعاقد.

ويبقى المتعاقد ملتزماً مع الإدارة بتنفيذ العقد ولا يعفيه من ذلك إلا القوة القاهرة، ومع ذلك قد يواجه العقد بعض الظروف والحوادث التي من شأنها التأثير باقتصاديات العقد مما يرتب إخلالاً بالتوازن المالي للعقد، وهذا كله ينصب مؤثراً على المتعاقد مع الإدارة بخسارته أو بالتقليل من أرباحه أو زيادة إرهاقه، وهذه المؤثرات التي تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد قد تكون بسبب قيام المتعاقد بأعمال غير مكلف بها وهنا تقوم نظرية الإثراء بلا سبب، وقد يعود هذا الإخلال إلى أسباب قوامها النظريات الثلاث:

فإذا كان السبب أفعالاً مشروعة قامت بها الإدارة وكان من شأنها التأثير بتوازن العقد فتظهر نظرية عمل الأمير، أما إذا كان السبب ظروفاً طارئةً فسيكون محلها نظرية الظروف الطارئة، وفي آخر حالة يمكن أن يعزى السبب في الاختلال المالي للعقد لصعوبات أو عقبات مادية فتبرز نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ومما لا شك فيه يغدو سبر التطبيقات العملية –مما قد يظهر من قضايا– مهماً في طرح كيفية تعامل القضاء الأردني مع قوام هذه النظرية، وبما يعطي انطباعاً عن ثغرات التعامل معها من خلال القضاء العادي لا الإداري، الذي يعتبر منهجاً قائماً في الأردن.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية الدراسة من كون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظريات الهامة التي جاءت لتعالج مسألة اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، خاصةً أنها تتناول تلك المخاطر المادية التي تظهر أثناء تنفيذ العقد ولم يكن بالإمكان توقعها، والتي ترتب وبلا شك ارهاقاً للمتعاقد مع الإدارة وتزيد من التكلفةِ عليه. ولا بد من التعرف على شروطها وآثارها التي تأتي انطلاقاً من الصعوبات المادية التي لا يمكن حصرها، ومدى إحاطة المشرع والقضاء الأردني بها.

ونحاول في هذا البحث التعرف على أي مدى أخذ القضاء الأردني بهذه النظرية وهل هناك تطبيقات عملية لها في الأردن، الذي أخذ بها تحت مظلة القضاء العادي، وباعتبارها لا زالت تخرج عن اختصاص القضاء الإداري، وقد حاولت الدراسة أن تسلط الضوء من خلال الأمثلة العملية على المنهج المتبع في الأردن في التعامل مع واقع هذه النظرية.

مشكلة الدراسة:

- تبرز مشكلة الدراسة حيث لم يأخذ قانون القضاء الإداري باختصاص العقود الإدارية –ولم يكن **هذا الاختصاص للقضاء الإداري في الأردن منذ نشأته وفي جميع قوانين محكمة العدل العليا المتعاقبة السابقة لقانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014**– وبما تحتويه من نظريات، والذي بقي خاضعا لاختصاص القضاء النظامي، التي تعتريها إجراءات خاصة انطلاقًا من رجوعها إلى عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية ولشريعة العقد بين أطرافه، وبأن العديد من الدراسات قد تناولت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عدد من الدول مركزة على النواحي النظرية ومتناقلةً لحرفية بعض الأمثلة، في حين لم يكن هناك دراسات متخصصة تُعنى بالتطبيقات القضائية لها، وهذا هو الحال في الأردن.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة الى:

- الوقوف على ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
- التعرف على شروط تطبيق هذه النظرية وأساسها.
- توضيح آثار تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
- التعرف على واقع تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الأردن.

أسئلة الدراسة:

تتركز أسئلة الدراسة بما يلي:

- ما هي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؟
- ماهي شروط تطبيق هذه النظرية وما هو أساسها؟
- ما هي آثار تطبيق هذه النظرية؟
- ما هو واقع تطبيق هذه النظرية في الأردن؟

الدراسات السابقة:

بحث بعنوان **نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود الأشغال العامة في التشريع الجزائري،** جمال عيساني وأحمد لعروسي، منشور في المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد (7)، العدد (1)، سنة 2022.

عرف هذا البحث عقود الأشغال العامة ومضمون نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وتعريفها وشروط تطبيقها وآثارها وذلك في التشريع الجزائري.

بحث بعنوان **نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في أثناء التنفيذ العقد الإداري**، غسان عبد اللطيف الجيوش والدكتور عمار التركاوي، المنشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد (1)، العدد الثاني، 2021.

تناول هذا البحث مفهوم نظرية الصعوبات المادي غير المتوقعة وشروط تطبيقها وآثارها في سوريا في إطار مقارن.

وإن ما يميز هذا البحث عن الدراسات السابقة هي محاولة تسليط الضوء على واقع هذه النظرية في الأردن من حيث واقعها التشريعي والفقهي وتطبيقات القضاء.

منهجية الدراسة:

سعيا إلى الإجابة على التساؤلات التي تثيرها الدراسة، تم اتباع المنهج الوصفي التحليلي المقارن، حيث سيتم دراسة المشكلة بجميع أبعادها وخصائصها، وسيتم دراسة النصوص القانونية والأحكام القضائية –حيث وجدت– ومقارنتها مع أحكام القضاء والفقه الفرنسي والمصري للوصول إلى نتائج علمية مقبولة ومتماشية مع متطلبات الدراسة.

خطة الدراسة:

اتبعت دراسة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وواقعها في الأردن تقسيما ثنائيًا؛ يتناول المبحث الأول ماهية هذه النظرية وشروط تطبيقها وأساسها، في حين خُصص المبحث الثاني لآثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وواقعها في الأردن.

المبحث الأول: ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري

في البداية وللحديث عن هذه النظرية وشروطها وآثارها لا بد من التعرف على مفهومها ونشأتها التاريخية (المطلب الأول) والتعرف على أساسها (المطلب الثاني) والتعرف على شروطها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: النشأة التاريخية لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري ومفهومها

في سبيل تيسير فهم هذه النظرية فسيتم الحديث عنها في هذا المطلب من خلال فرعين يخصص الأول لنشأتها في حين يتناول الثاني مفهومها.

الفرع الأول: نشأة نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري

نشأت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة –كأغلب نظريات القانون الإداري– نشأة قضائية على يد مجلس الدولة الفرنسي[1] وكان أول حكم قضائي في مجلس الدولة يبرز هذه النظرية هو حكم دوشى (Duche) الصادر في 1864/6/24 حيث انتهى المجلس في هذا الحكم إلى تعويض المتعاقد مع الإدارة عن أية صعوبات مادية غير متوقعة واجهته أثناء تنفيذ العقد حتى يستطيع الاستمرار في التنفيذ[2].

وفي مصر أخذ مجلس الدولة المصري بهذه النظرية، ومن أول الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري متناولةً نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة حكميها الصادرين بتاريخ 1953/5/5 وبتاريخ 1957/1/20[3] الذي جاء بحيثياتهما أنه "بالنسبة للصعوبة التي تبدت للمدعي عند البدء في تنفيذ العملية بسبب الأتربة المتكتلة، فإن الثابت بعد الاطلاع على الملف الإداري للمقاول أن المدعى قد شكى من هذا الأمر مرارًا، وقد عنى وكيل الوزارة بشكواه ففحصها وبعد أن انتقل كبير مهندسي المديرية فعاين وحصر فريق التكاليف ورفع تقريرًا للوزير وأوضح فيه أن الصعوبة التي صادفت المقاول في العمل أثناء حفره للأجزاء المتكتلة لم تكن متوقعة ولم يكن في وسع المدعي ولا الحكومة توقعها .... ومن ثم لا يجوز تحميل المدعى بجميع النفقات التي تكبدها بسبب ذلك، بل إن العدالة تقتضي بمشاطرة الحكومة المدعي في تحمل نصف قيمة زيادة التكاليف الناشئة عن تكتل الأتربة".

ويرى الباحث أنه لا زال هذا القرار يخلط بين نظريات الصعوبات المادية التي يترتب عليها تعويضًا كاملاً ونظرية الظروف الطارئة حيث التعويض الجزئي. فكان الأولى أن يأتي الحكم بتعويض كامل وليس مشاطرة.

وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1969/6/14 فقد "تعاقد أحد المقاولين مع الإدارة لحفر وردم خنادق ورمي برابخ وبناء حجرات التفتيش الخاصة بمشروع سنترال العباسية وعند التنفيذ تبين أن الأرض محل الحفر كانت من ضمن توسيع الشارع، وإن تحت الأرض أساسيات خرسانية وخزانات مجاري ومياه لم يسبق لها مثيل أدت إلى تأخير التنفيذ. فلما وقعت عليه الإدارة غرامات التأخير، طالب بإسقاط هذه الغرامات، وبتعويضه عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، فأجابت محكمة القضاء الإداري إلى طلبه استنادًا إلى نظرية الصعوبات غير المتوقعة"، ولكن المحكمة الإدارية العليا ألغت حكم محكمة القضاء الإداري، استناداً إلى البند 13 من دفتر الشروط العامة الذي يلزم المقاولين بأن يتحروا بأنفسهم عن طبيعة التزاماتهم وأنهم مسؤولون عن كل الصعوبات التي تصادفهم منظورة أو غير منظورة. ولكنها لم تقر تطبيقها لتخلف الشروط[4].

ويرى الباحث أن هذا الحكم قد جافى واقع هذه النظرية التي يأتي قوامها بصعوبات لم يكن بالمستطاع التعرف عليها، وأن ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري هو الصواب إذ إنه لا يمكن للمقاول تحريها وذلك على

([1]) الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1975، دار الفكر العربي، 1975، ص710، والمولى، خالد، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري–دراسة مقارنة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد (8)، 2005، ص85، وناصيف، إلياس، عقد أل BOT، بدون دار نشر، 2006، ص334.

([2]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (12)، العدد (54)، 2012، المرجع السابق، 502.

([3]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص718.

([4]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص717.

خلاف ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية العليا التي افترضت أن عليه تحريها وهذا ما لا يمكن تصوره خاصة أن الأساسيات الخراسانية والخزانات تحت الأرض لا مثيل لها.

كما أن الباحث لم يجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية في الأردن على حد بحثه واطلاعه.

ويخلص الباحث إلى أن هذه النظرية هي نظرية قضائية كغيرها من النظريات –فعل الأمير والظروف الطارئة– وهي من صنع مجلس الدولة الفرنسي وتبعه في ذلك مجلس الدولة المصري.

الفرع الثاني: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يذهب الفقه الفرنسي إلى أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة 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[1].

ويعرفها الفقه المصري بأن 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 إرهاقًا وأشد وطأةً وأكثر كلفة على المتعاقد مع الإدارة"[2].

وجاءت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها في عام 1957 لتعرفها بأنها "الصعوبات غير المتوقعة من النظريات التي ابتكرها القضاء الإداري ومن مقتضياتها أنه عند تنفيذ العقود الإدارية، وبخاصة عقود الأشغال العامة تطرأ صعوبات عند التعاقد، وتجعل التنفيذ أشد 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 اعتبارا بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الأعمال العادية المتوقعة فقط، إن هذه نية الطرفين المشتركة"[3].

ويعرفها ديوان المظالم في المملكة العربية السعودية في قراره في القضية 1/677/ق لعام 1405هـ بأنها "ما يصادف المقاول أو المتعاقد من صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة ولا يمكن توقعها بحال من الأحوال عند إبرام العقد تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً"[4].

([1]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام سعيد، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص496.

([2]) كنعان، نواف، القانون الإداري (الكتاب الثاني: الوظيفة العامة – القرارات الإدارية – العقود الإدارية– الأموال العامة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005 ، ص 375.

([3]) نصار، جابر، عقود البوت "B.O.T " والتطور الحديث لعقد الالتزام "دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام"، دار النهضة العربية ، 202، ص 187. والطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1975، دار الفكر العربي، 1975، ص714، والمولى، خالد، المرجع السابق، ص86، والخلايلة، محمد، القانون الإداري – الكتاب الثاني (الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة)، عمان، دار الثقافة، 2012، ص323.

([4]) مشار إليه لدى العبيدي، صام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص497.

في حين لم يرد في أحكام القضاء الأردني أي ذكر لهذه النظرية. وكذلك الحال في القضاء الإداري العراقي الذي لم يأخذ بها في أحكامه[1].

ومن الأمثلة على الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يصادف المتعاقد أرضًا غير متماسكة أو كهوف بحاجة إلى ردم أو كتل صخرية بالغة الصلابة أو وجود طبقات غزيرة من المياه تحتاج إلى نفقات غير عادية في سحبها وتجفيفها[2].

وتختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن نظرية الظروف الطارئة في أن المتعاقد يستحق في حالة الصعوبات المادية تعويضاً كاملاً بينما لا يستحق في حالة الظروف الطارئة سوى تعويض جزئي يتمثل بمعاونة تمنحها الإدارة إلى المتعاقد لتساعده على تخفيض خسارته، وتختلف عن نظرية فعل الأمير في أن الصعوبات المادية أمر خارج عن إرادة المتعاقدين بينما فعل الأمير يصدر من السلطة الإدارية[3].

كما تختلف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عن القوة القاهرة[4] في أنه يكفي في حالة الصعوبات غير المتوقعة أن يصبح التنفيذ أشد 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 الخاصة[5] .

أما في مجال تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فيلاحظ أن هناك خلافاً بين الفقهاء ويمكن أن نقسم ذلك إلى اتجاهين رئيسين:

الاتجاه الأول يجد أن مجال تطبيق النظرية تواجدها في عقود الأشغال العامة[6]. وفي ذلك يرى العميد جورج أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تعتبر نظرية خاصة على الأقل من الناحية العملية بعقود الأشغال العامة. أما الأستاذ فلام فيرى "أن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي نشأت في مجال عقود الأشغال العامة فيجب أن تظل محددة في هذا المجال دون سواه" أي أن كلا الفقيهين يحصر نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة بعقود الأشغال العامة[7].

([1]) العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص498.

(2) مشار إليها لدى الخلايلة، محمد، المرجع السابق، ص322، وهي التي قادت إلى الاسترشاد بمثال سيتم معالجته لاحقاً انصب على وجود أرض غير متماسكة، وهو الذي عثرت عليه في سجلات إحدى الدوائر الحكومية الأردنية والذي يعتبر مثالاً وحالة عملية من الواقع الأردني لكنها لم تصل للقضاء.

([3]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص733–734، وناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص335.

([4]) تحدث قرار محكمة التمييز الأردنية رقم 78 لسنة 1963 عن شروط القوة القاهرة، منشورات مركز عدالة.

([5]) ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص335، ونصار، جابر، المرجع السابق، ص188.

([6]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص711، والشهاوي، إبراهيم، عقد امتياز المرفق العام B.O.T ، بدون مكان نشر، 2003، 318.

([7]) العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص500 وما بعدها.

أما الاتجاه الثاني فيذكر الفقيه دي لوبادير "بأنه لا توجد تطبيقات قضائية لهذه النظرية خارج عقود الأشغال العامة لكن لا يوجد مانع – متى توافرت شروطها – من تطبيقها في مجال العقود الإدارية الأخرى"[1]. ولم يطبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية خارج عقود الأشغال العامة ومما يؤكد ذلك أنه رفض تطبيقها لمناسبة عقد التزام مرفق عام[2].

المطلب الثاني: أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري

اختلف الفقه حول الأساس القانوني لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة – حيث يمنح المتعاقد تعويضاً على الرغم من عدم توافر خطأ من جانب الإدارة– إلى عدة اتجاهات:

فذهب اتجاه منهم الفقيه جيز[3] إلى أن أساس النظرية هي النية المشتركة للطرفين المتعاقدين وأن الأساس المتفق عليه في العقد إنما يقصد به مواجهة التنفيذ في ظروف عادية، أما الصعوبات غير المتوقعة التي لم تخطر على بال الطرفين فتفترض أنهما قصدا أن يُقدر مقابلها بطريقة خاصة.

وإن فكرة النية المشتركة للطرفين المتعاقدين –وفقًا لهذا الاتجاه– لا تكفي لتبرير التعويض في الوقت الحاضر لأن التعويض قد أصبح جزءاً من النظام القانوني للعقود، يطبق في حالة عدم توافر نص في العقد وفي حالة اشتراط التنفيذ مهما كانت الصعوبات[4].

في حين ذهب الاتجاه الثاني إلى أن أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يكمن في فكرة المسؤولية التقصيرية وفي هذا يذهب الفقيه بيكينو إلى أن أساس المسؤولية للتعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يرجع إلى نظرية عمل الأمير أو مبدأ المسؤولية التقصيرية للإدارة[5].

ويرى الباحث أن هذا الاتجاه يخالف شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تتطلب أن تكون الصعوبات المادية بعيدة عن طرفي العقد ولا دخل لهما فيها بما في ذلك الصعوبات من غير عمل الإدارة، بمعنى أنه يجب أن تكون الصعوبات أجنبية عن طرفيه، فكيف يمكن أن نعود بأساسها إلى خطأ من جانب الإدارة وهل يمكن الحديث عن المسؤولية التقصيرية؟

واعتبر الاتجاه الثالث[6] أن أساس التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو اعتبارات العدالة والتعاون في العقد الإداري – وهو الرأي الراجح– ذلك أن التعويض في نطاق هذه النظرية وثيق الصلة بالطبيعة

([1]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص711.

([2]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص501، والطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص711.

([3]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص727، والعبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص523–525، وناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص334.

([4]) وهذا ما وضحه مجلس الدولة الفرنسي في 1929/7/5 في قضية "Yaher" انظر الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص713.

([5]) العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص525، والطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص713.

([6]) كنعان، نواف، المرجع السابق، ص377، والطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص713، والشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص333.

الذاتية للعقود الإدارية، التي تربط المتعاقد بالمرفق العام باعتباره مساعداً ومعاوناً للإدارة في ضمان استمرارية سير المرافق العامة، وناصر هذا الاتجاه الفقيه دي لوبادير والفقيه فالين.

وأشارت إلى ذلك محكمة القضاء الإداري المصرية بعبارات صريحة في حكمها الصادر في 1957/1/20 بقولها إن "الحق الخاص في شأن العلاقة الوثيقة بين جهة الإدارة والمتعاقد معها أن تنظر إليها جهة الإدارة من زاوية تراعي فيها كثيراً من الاعتبارات الخاصة التي تسمو على مجرد الحرص على تحقيق الوفر المالي للدولة .... وأن ينظر إليها المتعاقد مع الإدارة على أنها مساهمة اختيارية منه ومعاونة في سبيل المصلحة العامة ... وهذا وذاك يقتضي من الطرفين قيام نوع من الثقة المتبادلة بينهما وحسن النية والتعاضد والتساند والمشاركة في وجهات النظر المختلفة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات"[1].

وهذا ما أخذت به الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مصر في فتواها الصادرة في 1964/2/4 التي تضمنت " أن قوام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو اعتبارات العدالة ..."[2].

هذا مع الإشارة إلى خلو أحكام القضاء الإداري الأردني من أية أحكام تتعلق بأساس التعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، وقد يعود السبب في ذلك إلى عدم وجود قرارات قضائية صادرة ومتضمنة لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

المطلب الثالث: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري

عندما يصادف المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية استثنائية غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد أمراً مرهقاً وأشد وطأةً وأكثر كلفةً فإن من حقه أن يطالب بالتعويض الكامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار. ولكن لإعمال هذه النظرية لا بد من توافر عدة شروط تتمثل فيما يلي:

الشرط الأول: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية

يتطلب تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يواجه المتعاقد عند تنفيذه للعقد صعوبات مادية غالباً ما ترجع إلى الظواهر الطبيعية[3]، مثل وجود طبقات غزيرة من المياه بحاجة إلى نفقات مرهقة لسحبها أو تجفيفها، أو ظهور طبقات صخرية كبيرة[4]، أما إذا كانت الصعوبات تتعلق بظروف أخرى إدارية أو اقتصادية فلا مجال لتطبيق هذه النظرية بل تطبق نظرية فعل الأمير أو نظرية الظروف الطارئة إذا توافرت شروط أي منهما.

([1]) بدر، أحمد، العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص265.

([2]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص526.

([3]) المولى، خالد، المرجع السابق، ص88، وناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص337.

([4]) عيساني، جمال، ولعروسي، أحمد، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود الأشغال العامة في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد (7)، العدد (1)، سنة 2022، ص1321.

وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عدة حالات مماثلة وهي الطبيعة الصخرية للأراضي التي تعترض المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذه لالتزاماته العقدية[1].

وهذه الصعوبات المادية غير المتوقعة لا ترجع دائماً إلى الظواهر الطبيعية فقد يكون مصدرها فعل الغير كوجود قناة خاصة بجوار موقع العمل لم تظهر في مواصفات العقد، وترميم المتعاقد لطريق مجاور لموقع تنفيذ العقد لحاجته الماسة إليه في الوصول إلى مكان محل العقد[2].

وأُخذ بهذا الشرط في أحكام القضاء المصري حيث صادف أحد المقاولين أثناء حفرة لبئر ارتوازي طبقات صخرية لا يجدي ثقبها وتحتاج إلى الآلات الحديثة لا يمكنه الحصول عليها[3]. وأيدت الجمعية العمومية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر في 1964 بأن تكون الصعوبات المادية غير المتوقعة ذات طبيعة مادية[4].

ويجب ألا تحدث الصعوبات المادية بفعل أحد المتعاقدين من جهة وأن تكون استثنائية وغير متوقعة من جهة أخرى، فإذا كانت هذه الصعوبات من عمل الإدارة فلا بد من الرجوع إلى نظرية عمل الأمير للتعويض. وإذا كانت بفعل المتعاقد يتحمل وحده المسؤولية[5] ولا مجال لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، وعلى المتعاقد أن يثبت أنه لم يكن بالإمكان توقي آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل.

الشرط الثاني: أن تكون الصعوبات غير متوقعة خارجة عن إرادة طرفي العقد

يجب أن تكون الصعوبات المادية وفقًا لهذه النظرية خارجة عن إرادة طرفي العقد، وهو شرط مقبول لغايات تطبيق مبدأ التعويض الكامل، أما إذا رجعت الصعوبات لعمل أي من طرفي العقد فعليه وحده تحمل آثارها، أما إذا توزع سبب وجودها بين طرفي العقد فعلا كليهما تقاسم آثارها كلاً بنسبة مساهمته في وجودها، وإذا مرجع هذه الصعوبات عمل الإدارة بخطئها فعليها التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أما إذا كان بدون خطأ منها فيكون أساس التعويض نظرية عمل الأمير، وفي حين أن المتعاقد مع الإدارة هو من يتحمل آثارها إذا كان هو السبب في وجود الصعوبات المادية[6].

([1]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص718-719.

([2]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص719، والمولى، خالد، المرجع السابق، ص88، وناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص337.

([3]) العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص507.

([4]) بدر، أحمد، المرجع السابق، ص259.

([5]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص719 الذي جعل من أن لا تكون الصعوبات من غير عمل أحد الطرفين المتعاقدين شرطاً مستقلاً، وناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص337.

([6]) البنان، حسن محمد، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري: دراسة مقارنة مجلة كلية القانون للعلوم القانونية، المجلد (11)، العدد (41)، 2022، ص 108- 134.

الشرط الثالث: أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد الإداري

للحديث عن إمكانية تعويض المتعاقد عن الصعوبات المادية غير المتوقعة يجب ألا تكون هذه الصعوبات متوقعة أو قابلة للتوقع فقط، بل يجب أن تكون مفاجئة، وهذا يعني أن على المتعاقد أن يبذل جهداً معقولاً للإحاطة بجميع الصعوبات المادية التي من المحتمل أن تصادفه عند التنفيذ وأن تكون قد فاقت كل توقعاته بعد بذل هذا الجهد[1]. وبمفهوم المخالفة فإن الصعوبات المتوقعة لا تمكن المتعاقد مع الإدارة من طلب التعويض. وهي صعوبات موجودة بالأصل قبل التعاقد إلا أنها غير متوقعة ولا يمكن تحريها بسهولة كتلك الموجودة تحت طبقات الأرض، وهذا بالتالي يخرج الصعوبات المادية التي تستجد بعد العقد بين الطرفين.

وعلى سبيل المثال على المتعاقد أن يدرس طبيعة الأرض باذلاً جهده وهو الجهد المطلوب من كل متعاقد حريص أن يبذله للإحاطة بكل الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد تواجهه عند التنفيذ[2]. وهنا يظهر أيضًا دور الإدارة في معاونة المتعاقد بوضع كل ما لديها من معلومات تحت تصرفه إعمالاً لمبدأ حسن النية في التعاقد[3]. وفي حال تقصيره القيام بالتحري فإن طلب التعويض يُرفض[4].

ويقع عبء إثبات وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة وعدم إمكانية توقعها على عاتق المتعاقد طالب التعويض، وتحديد فيما 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 وليس لمعيار شخصي وفي ضوء ما يبذل المتعاقد الحريص من جهد ومدى معاونة الإدارة في تزويده بكل المعلومات التي لديها عن موقع العمل[5].

وهذا ما يؤكده القضاء المصري في حكم له حيث لم تقدم الإدارة للمتعاقد معلومات إضافية عن طبيعة التربة التي تبين أنها تختلف تماماً عن الأعمال الأصلية وأنها كانت تعلم بذلك، إذ حكمت بأنه "من حيث إنه 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 أن الثابت من تقرير الخبير الذي ندبته محكمة القضاء الإداري المصرية، أن الأتربة المتولدة عن الحفر بالنسبة إلى الأعمال الأصلية تختلف اختلافاً جوهرياً عن الأعمال الأصلية، وأن حجم الأتربة التي قام المطعون ضده بنقلها بمناسبة تنفيذ الأعمال الإضافية يجاوز 25% من قيمة الأعمال الأصلية، ونظراً لأن الإدارة لم تقدم ما يفيد أن المطعون ضده قام بمعاينة الأرض موضوع الأعمال الإضافية عن الأعمال الأصلية ،....وبالتالي يكون من الثابت من الأوراق أن هناك صعوبات مادية لم تكن متوقعة لدى طرفي العقد"[6].

([1]) بدر، أحمد، المرجع السابق، ص262، وناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص338، والشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص319.

([2]) العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص509-510.

([3]) المولى، خالد، المرجع السابق، ص89، ص338، والشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص319.

([4]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص721، وكذلك جاء في الحكم الصادر في 1969/6/14 مشار إليه لدى الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص722. والشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص319.

([5]) العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص510.

([6]) الحكم الصادر في 1997/12/30 عن المحكمة الإدارية العليا المصرية مشار إليه لدى ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص 338-339.

وهنا يثور التساؤل ماذا لو نبهت الإدارة المتعاقد إلى طبيعة الأرض وما قد يكون فيها من صعوبات؟

والإجابة –باختصار هنا– هي أن الأمر يعود للقضاء لتقدير أهمية هذا التنبيه وفيما إذا كافيًا أم لا، فإذا كان كافيًا فيتحمل المتعاقد المسؤولية وإلا فله المطالبة بالتعويض استناداً إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[1].

الشرط الرابع: أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت

ليس أي عقبة أو صعوبة مادية تقع تحت إطار هذه النظرية، فلا بد أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي بحت غير عادي، بمعنى أنها غير مألوفة، في حين أنها لو كانت مألوفة، فلا مجال لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ومسألة تحديد الصعوبات ذات الطابع الاستثنائي من عدمه تخضع لتقدير قاضي الموضوع يقدرها لكل حالة على حدة استنادًا لما يقدمه المتعاقد من إثباتات[2].

وقد ورد تطبيق لهذا الشرط في حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ 1957/1/20 حيث نص على أنه "ومن حيث إن شرط العقوبة 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 مجموعة المنطقة محل العقد. وبهذا وحده يتحقق المراد من اعتبار الصعوبة غير عادية أو استثنائية، لأنه يدل على طبيعة أصلية في التربة ذاتها"[3].

الشرط الخامس: العقود الجزافية لا تعوض في الصعوبات إلا في حالة انقلاب العقد

أضاف مجلس الدولة الفرنسي شرطاً آخر للعقود الجزافية تلك 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، فلا تعويض فيها إلا في حال انقلاب العقد[4]. ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في الحكم الصادر بتاريخ 1938/11/8 في قضية (Le'aute) بذلك[5].

كما أن الباحث يرى أن صعوبة أخرى قد تظهر في ظل هذا الشرط تكمن في أن الطابع الجزافي في تحديد الثمن قد يحول دون تطبيق هذه النظرية، وهذا ما سيذهب إلى تقدير المحكمة الناظرة للدعوى في حال إحالتها إليها.

([1]) حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر بتاريخ 1992/5/19 مشار إليه لدى ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص340–341، والحلو، ماجد، العقود الإدارية والتحكيم، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004، ص137 الهامش (2).

([2]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص722، والشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص320.

([3]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص513.

([4]) النابلسي، نصري، العقود الإدارية – دراسة مقارنة، لبنان، منشورات زين الحقوق، 2010، ص637، والطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص722–723، والشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص320.

([5]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص722–723.

الشرط السادس: الإخلال باقتصاديات العقد الإداري

وهذا الشرط هو شرط مفترض وأساسي، يتعلق بالأضرار التي تلحق بالمتعاقد وفوات الوقت عليه، والإخلال بالتوازن المالي للعقد نظراً لما يدفعه من مبالغ زادت من إرهاقه[1]. ويقدر هذا الإخلال باقتصاديات العقد بالنظر لأهمية النفقات الإضافية التي أثارتها الصعوبات مع أهمية العقد في هذا المجال بالذات، ولا يشترط أن تؤدي الصعوبات إلى جعل التنفيذ مستحيلاً بل إلى جعله مرهقاً ومكلفاً للمتعاقد مع الإدارة ولم يكن يتوقعه عن إبرام العقد[2].

ويتمثل الضرر بارتفاع الكلفة وزيادة الأسعار بصورة لم يكن بالإمكان توقعها الأمر الذي يزيد من أعباء المتعاقد مع الإدارة.

وهنا لا بد من الإشارة إلى أن على المتعاقد وحتى يتمكن من المطالبة بالتعويض بسبب الصعوبات غير المتوقعة أن يستمر بتنفيذ العقد، وهذا ما سنتحدث عنه في المطلب الأول من المبحث الثاني.

المبحث الثاني: آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري وواقعها في الأردن

بعد توافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لا بد من الحديث عن تلك الآثار القانونية التي تترتب (المطلب الأول)، وانطلاقاً مما تم التعرض له من مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونشأتها التاريخية وما تلاها من إيراد للشروط الواجب توافرها لانطباق النظرية يتبادر إلى الذهن تساؤل غاية في الأهمية هل طُبقت هذه النظرية في الأردن؟ وهل هناك حالات عملية تحاكيها؟ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: آثار نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

بتوافر شروط تطبيق نظرية الصعوبات غير المادية المتوقعة تترتب عليها عدة آثار قانونية هي: استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته (الفرع الأول)، والحق في التعويض (الفرع الثاني)، وأثر الاتفاقات الخاصة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزاماته العقدية (بقاء الالتزام)

يجب على المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية لأن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تؤثر في التزام المتعاقد مع الإدارة، فهي لا تؤدي إلى استحالة تنفيذ هذا الالتزام وإلا لكان الحديث عن القوة القاهرة إلا أنها تجعل تنفيذ هذا الالتزام أكثر إرهاقاً وكلفة [3].

والسبب في استمرار التزام المتعاقد هو أن العقد الإداري يتصل بمرفق عام، وهذا الأخير عليه أن يسير بصفة منتظمة ودائمة لتعلقه بمصالح العامة، وإن المتعاقد في العقد الإداري يعتبر معاوناً للإدارة في سبيل تحقيق

([1]) المولى، خالد، المرجع السابق، ص90، والطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص723، والشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص320، والنابلسي، نصري، المرجع السابق، ص636.

([2]) نصار، جابر، المرجع السابق، ص 187، وناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص334.

([3]) عيساني، جمال، ولعروسي، أحمد، المرجع السابق، ص1322.

أهدافها. لذلك يجب على المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ العقد الإداري بالرغم مما يواجهه من صعوبات مادية غير متوقعة متى كان ذلك في استطاعته وما دامت الصعوبات التي يواجهها لم يترتب عليها استحالة التنفيذ بصفة مطلقة، واستحالة التنفيذ لا يمكن تصورها إلا في حالة القوة القاهرة، التي يترتب عليها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية[1].

وفي الحالة التي يتوقف فيها المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية يحرم من التعويض المستحق على أساس تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كما يجوز للإدارة توقيع الجزاءات التعاقدية عليه[2]. وقد يؤدي وجود الصعوبات المادية إلى إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير، إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ التزاماته[3].

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في 1969/6/14 حيث نصت على أنه "وبناء على ما تقدم فإن الصعوبات المادية غير المتوقعة لا تبرر وقف تنفيذ العقد، لأن 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 ..."[4].

الفرع الثاني: حق المتعاقد في الحصول على التعويض الكامل

يُخلف تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة تعويض المتعاقد عما أحدثته الصعوبات من زيادة في التكاليف أو الأسعار ويجب أن يكون التعويض كاملاً ومعادلاً لقيمة الضرر[5]. ويجب أن تُرد له جميع النفقات الإضافية التي تحملها لمواجهة الصعوبات التي اعترضت التنفيذ العادي للعقد، وذلك بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها[6]، وفي هذا تأكيد على الاختلاف عن نظرية الظروف الطارئة التي يقتصر التعويض فيها على قدر محدد تساهم فيه الإدارة[7]، وهو تعويض جزئي.

وهذا المبلغ الإضافي –في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة– يتضمن في حقيقته المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد وهي تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه مضافاً إليها نسبة معينة من الأرباح

([1]) المولى، خالد، المرجع السابق، ص102.

([2]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص724.

([3]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص724.

([4]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص519–520.

([5]) النابلسي، نصري، المرجع السابق، ص643.

([6]) ناصيف، إلياس، المرجع السابق، ص342–343، والمولى، خالد، المرجع السابق، ص 94، والطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص724–725.

([7]) الخلايلة، محمد، المرجع السابق، ص324.

المعقولة، وفي هذا الصدد تشترك نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع نظرية فعل الأمير وتفترق عن نظرية الظروف الطارئة، إذ إن التعويض بموجب النظرية الأخيرة يكون تعويضاً جزئياً لا كلياً[1].

وقد قدر مجلس الدولة الفرنسي حساب التعويض الكامل على أساس السعر المتفق عليه في العقد، والأسلوب المتبع في حساب التعويض هو المتعلق بالجزء الزائد عن السعر. ولكن إذا ثبت أنه عند مواجهة الصعوبات المادية أثناء التنفيذ كانت الظروف التي أبرم العقد قد تغيرت فإن التعويض في مثل هذه الحالة يقدر على أساس الأسعار الجديدة[2].

وقد خلط القضاء الإداري المصري بين نظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة والظروف الطارئة عندما تناول مبدأ التعويض في الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري المصري بتاريخ 1953/5/5[3] حيث حكمت بالتعويض الجزئي، ولقد عادت وعدلت –وحسناً فعلت– إلى المبدأ السليم الذي يقرر تعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً عن الأضرار التي لحقته بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة وذلك في حكمها الصادر بتاريخ 1957/1/20[4].

وعاد التشكيك إلى المحكمة في مبدأ التعويض الكامل في حكمها الصادر بتاريخ 1969/6/14 حين ألغت المحكمة حكم محكمة القضاء الإداري، وذكرت أن الصعوبات التي استندت إليها محكمة القضاء الإداري للحكم بالتعويض الكامل لا ترقَ إلى مستوى الحوادث الطارئة الموجبة لإلزام الإدارة بتحمل نصيب من الخسارة الفادحة التي تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه"[5].

ويرى الباحث أن الأصل أن يقدر التعويض على أساس ثلاثة مبادئ هي: التعويض الكامل، التعويض على أساس السعر المتفق عليه، التقدير المستقل، وذلك تبعًا لنوع الصعوبة غير المتوقعة وعلى أساس ما تم التوافق عليه من أسعار بين المتعاقدين، والتي تأخذ في عين الاعتبار طيلة أمد التقاضي أو الخلاف بين المتعاقدين، وهنا يدخل دور المحكمين والخبراء في هذا التقدير وبما يضمن عدم الإضرار بالمتعاقدين.

الفرع الثالث: حق المتعاقد في تمديد مدة العقد

يمكن إيجاد هذا الحق بتمديد مدة إنجاز العقد بالعودة إلى عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية لسنة 2010 بنسخته المعدلة سنة 2013، ونجد ذلك من خلال استقراء نصوص البند (12/4) منه التي أكدت على حق المقاول تمديد مدة الإنجاز بسبب ذلك التأخر، إذا كان الإنجاز قد تأخر أو سوف يتأخر.

([1]) العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص 520–521.

([2]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص728، والشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص33، ومشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص521.

([3]) سبق الإشارة إليه عند الحديث عن نشأة النظرية.

([4]) للمزيد انظر الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص724–727.

([5]) الطماوي، سليمان، المرجع السابق، ص727.

وهذا ما أكده البند (4/8) باعتبار أن هذه الصعوبات تمثل أوضاعاً مادية تجيز طلب مدة العقد، حيث تشير الفقرة (ب) من البند (4/8) من عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية إلى حق المقاول بالحصول على تمديد مدة الإنجاز إذا حصل تأخر أو كان متوقعاً أن يحصل تأخر (والى أي مدى) في موعد تسليم الأشغال في حالات منها؛ أي سبب للتأخير يبرر تمديد مدة الإنجاز بمقتضى أي من هذه الشروط، وهذا بالإضافة إلى احتفاظ المقاول بالتعويض عن هذه الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الرابع: أثر الاتفاقات الخاصة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

قد يتوقع طرفا العقد الإداري فكرة وجود أية صعوبات مادية غير متوقعة؛ بمعنى أنه قد يتم النص عليها كمبدأ في العقد، فقد يصادفها المتعاقد مع الإدارة وقد لا يصادفها، وقد ينظمان أمور التعويض عنها في حال ظهورها – وهذا احتمال نادر الحدوث– مع العلم بأنه لا يشترط النص على الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري حتى يحكم بها، وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية دون وجود نص في العقد[1].

وقد يتم الاتفاق بين الطرفين على إعفاء الإدارة من التعويض في صورتيه الكامل أو الجزئي حال توفر شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة على ما يأتي:

الحالة الأولى: اتفاق إعفاء الإدارة من المسؤولية عن التعويض بصفة مطلقة

يسلم غالبية الفقه[2] بعدم مشروعية الاتفاق المبرم بين الإدارة والمتعاقد الذي من شأنه تنازل المتعاقد بصورة مطلقة عن المطالبة بالتعويض عن أي ضرر يواجهه أثناء التنفيذ بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، ويقرر مجلس الدولة الفرنسي بأن احتواء العقد على ثمن جزافي يغطي جميع الأعباء التي يصادفها المتعاقد في التنفيذ لا يحول دون مطالبة الإدارة بالتعويض عن الصعوبات المادية غير المتوقعة، التي تتسم بطابعها الاستثنائي فالثمن الجزافي لا يقصد به سوى مواجهة المخاطر العادية المحتملة[3]، وكذلك الحال في محكمة القضاء المصري التي نصت في حكمها على أنه من المقرر في العقود الإدارية أن جهة الإدارة لا تملك أن تضع فيها نصاً عاماً بعدم مسؤوليتها أو إعفائها من الالتزام بتعويض الضرر الحادث للمتعاقد معها، لأن ذلك يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري من ثبوت حق المتعاقد مع الإدارة في التعويض[4]، أما الصعوبات الاستثنائية غير المتوقعة فإن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ويجب أن نشير إلى أنه لا يجوز للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على إعفائها من مسؤوليتها عن الأضرار التي قد تصادف المتعاقد نتيجة الصعوبات المادية غير المتوقعة أثناء تنفيذ العقد لأن وجود مثل هذا الاتفاق لا يعتد به، ولأن حق المتعاقد هو حق ثابت ومشروع تحقيقاً لمبدأ التوازن المالي للعقد الإداري واتساقاً مع المبادئ التي تأتي بها العقود الإدارية، وفي هذا نجد أن حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم 800 الصادر بتاريخ 19 أيار

([1]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص527.

([2]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص527، ولدى إبراهيم الشهاوي، المرجع السابق، ص337.

([3]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص528.

([4]) الشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص337.

1992 قد نص على أنه "لا يصح القول بأنه ثمة اتفاق على عدم مسؤولية هيئة قناة السويس عن تعويض الشركة عما تصادفه من صعوبة غير متوقعة كتلك التي صادفتها في زيادة حجم التربة"[1].

وهذا مع إشارة الباحث إلى أنه لم يعثر على أحكام قضائية في الأردن تناولت نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، والذي قد يعود إلى أسباب عدة تناولها في الدراسة.

الحالة الثانية: الاتفاق على إعفاء الإدارة من التعويض بصفة جزئية

على عكس الحالة السابقة يسلم الفقه[2] بمشروعية الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد بخصوص إعفاء الإدارة من مسؤوليتها عن تعويض بعض الأضرار، 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 وفقاً لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ويتضح ذلك من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1916/12/29 في قضية (Bove) وحكمه الصادر بتاريخ 1935/3/6 في قضية (Min.guerrec.vitrone) وحكمه الصادر بتاريخ 1953/4/29 في قضية (Communede Moissac)[3].

ويتضح مما تقدم أنه إذا توافرت 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.

ويذهب الباحث إلى عدم صواب الحالة الأولى المتمثلة بالاتفاق على إعفاء الإدارة من مسؤوليتها بصفة مطلقة إذ إن مثل هذا الاتفاق غير مشروع، لأنه يحرم المتعاقد من حقه في التعويض الكامل عن الصعوبات المادية غير المتوقعة عند التعاقد، وبالمقابل فإنه لا يجوز للمتعاقد أن يتفق مع الإدارة على إعفائها عن مسؤوليتها عن الأضرار التي صادفتها من جراء هذه الصعوبات لأن هدف نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هو تحقيق المصلحة العامة ودوام سير المرافق العام 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.

المطلب الثاني: واقع نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في الأردن

بدايةً لا بد من الإشارة إلى أن الاختصاص في العقود الإدارية في الأردن لم ينعقد يومًا للقضاء الإداري منذ صدور قانون محكمة العدل العليا ووصولاً إلى قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014م[4]، وقد حددت

([1]) مشار إليه لدى الحلو، ماجد، المرجع السابق، ص137. الهامش 2، ومشار إليه لدى نصار، جابر، المرجع السابق، ص191.

([2]) مشار إليه لدى العبيدي، عصام، وقبع، لمياء، المرجع السابق، ص528، ولدى الشهاوي، إبراهيم، المرجع السابق، ص337.

([3]) مشار إليه لدى المولى، خالد، المرجع السابق، ص528.

([4]) المنشور على الصفحة رقم (4866) من عدد الجريدة الرسمية رقم (5297) الصادر بتاريخ 2014/8/17م الذي حل محل قانون محكمة العدل العليا رقم (12) لسنة 1992؛ حيث لم يكن أيضًا من بين اختصاصات محكمة العدل العليا وفقاً للقانون الأخير الواردة بالمادة (9) النظر بالعقود الإدارية.

المادة (5) من هذا القانون بشكل صريح وحصري اختصاصاته ولم يكن من بينها العقود الإدارية– وهذا هو النهج الذي سارت عليه قوانين محكمة العدل العليا التي سبقت هذا القانون– وبذلك بقيت العقود الإدارية ومنازعاتها خاضعة للقضاء العادي (النظامي).

ومن خلال البحث في قرارات المحاكم ومن خلال الوسائل المتاحة لم يتم العثور على أي من القرارات التي تناولت أو تحدثت عن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ولعل السبب في ذلك يعود إلى:

- لم تعرض قضايا استند فيها المتعاقد مع الإدارة في مطالبته بالتعويض على أساس نظرية الصعوبات المادية.
- قد تتفهم الإدارة مثل هذه الصعوبات التي قد تحدث، فتقوم على حل تلك الإشكاليات والحيلولة دون عرضها على القضاء، وفي سبيل ذلك قد تلجأ الدولة إلى وسائل أخرى لغايات فض الخلافات منها[1]؛ تعيين مجلس فض الخلافات[2] أو بالتسوية الودية أو بالتحكيم تلك التي تحول دون ظهورها بقرارات قضائية.
- من الممكن أن تكون بعضاً من الأحكام قد تطرقت لهذه النظرية إلا أنها لم تسهب بشرح وافٍ تناول جزئياتها وشروط انطباقها ولم يتعد ذلك تناولاً مقتضباً من ذلك قرار محكمة التمييز الأردنية بصفتها الحقوقية بالقضية رقم (2016/243) الصادر بتاريخ 2016/5/18م[3] الذي أثارت فيه الجهة المدعية مسألة الانزلاقات والانهيارات غير المتوقعة التي أشارت فيه إلى أنه لا يمكن لخبير أن يتوقع حدوثها، دون أن يفصل قرار الحكم طبيعة هذه الانزلاقات ومدى اعتبارها غير متوقعة! وخاصة أن المقاول قد احتصل على تمديد لمدة الإنجاز لعدة أسباب منها هذه الانزلاقات والانهيارات، وتم التوافق بين طرفي العقد على تعديل أسعار بنود مناطق الانزلاقات. كما أن المحكمة لم تبحث ظروف وشروط هذه النظرية، التي بقيت قابعةً في أحضان نظريات القانون الإداري.

وقد أخذ المشرع الأردني بأحكام تطرقت لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية لسنة 2010 بنسخته المعدلة سنة 2013 في عدة مواقع، حيث تناولها بدايةً في المادة (12/4) متناولاً إياها تحت عنوان الأوضاع المادية غير المنظورة، وهو الأمر الذي يتحقق معه شرط أنها غير متوقعة (غير منظورة)؛ وقد عرف الأوضاع المادية بأنها الأوضاع المادية الطبيعية والعوائق الاصطناعية وغيرها من العوائق الطبيعية والملوثات التي قد يواجهها المقاول في الموقع عند تنفيذ الأشغال ، بما فيها الأوضاع تحت السطحية والهيدرولوجية ، ولكنها لا تشمل الأحوال المناخية.

(1) الفصل العشرون من الشروط العامة الواردة في دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية الصادرة عن وزارة الأشغال العامة والإسكان – دائرة العطاءات العامة عام 2010، منشور على الموقع الإلكتروني لدائرة العطاءات العامة.

(2) حيث يقوم الطرفان بتسمية أعضاء المجلس بشكل مشترك، المادة 4/20 من الشروط العامة الواردة في دفتر عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية.

(3) منشورات قسطاس.

فإذا واجه المقاول أوضاعاً مادية معاكسة يُعتبر أنها كانت غير منظورة، فعلى المقاول أن يشعر المهندس بها في أقرب فرصة ممكنة عملياً، وعلى أن يتضمن الإشعار وصفا لها وبيان الأسباب التي حدت به لاعتبارها كذلك، حتى يتمكن المهندس من معاينتها والتحقق من الأسباب التي يعزوها المقاول إلى كونها غير منظورة. وأضاف ذات البند أن على المقاول مواصلة تنفيذ الأشغال، متخذاً الاحتياطات المعقولة والمناسبة تجاه هذه الأوضاع المادية، وأن يتقيد بأية تعليمات قد يصدرها المهندس بخصوصها.

ووفقاً لهذه المادة فيكون المقاول مستحقاً لطلب تمديد مدة الإنجاز بسبب ذلك التأخر، إذا كان الإنجاز قد تأخر أو سوف يتأخر، وذلك بموجب أحكام المادة (4/8) من ذات العقد، وبأي كلفة لإضافتها إلى قيمة العقد. وقد ألزمت ذات المادة على المهندس أن يقوم بعد استلامه الإشعار المشار إليه سابقاً بالمعاينة و/ أو التحري عن تلك "الأوضاع المادية"، ومن ثم يقوم بتحري وجودها وإلى أي مدى يمكن اعتبارها غير منظورة.

كما أن عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية قد أشار في المادة (5/3) إلى أن على المهندس في المشروع أن يسعى بتشاوره مع كل من الفريقين في مسعى جدّي للتوصل إلى اتفاق، في ظل ما يظهر من أوضاع غير منظورة.

وقد بين الفصل العشرون من عقد المقاولة الموحد في بيان مفصل وواضح إلى آلية فض النزاعات بين طرفي العقد، ومن ذلك تلك النزاعات التي قد تثور في حال ظهور أوضاع مادية غير منظورة (صعوبات مادية غير متوقعة) لا سيما تلك المطالبات التي قد يطالب بها المقاول جراء هذه الصعوبات إما بتمديد مدة العقد و/ أو التعويض عنها، والتي قد يصل النزاع بها إلى تعيين مجلس لفض الخلافات أو بالتسوية الودية أو باللجوء إلى التحكيم أو حتى اللجوء إلى القضاء.

ومع وجود هذه الأحكام المفصلة في عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية إلا أن القضاء الناظر لأي نزاع في حال ظهور الصعوبات المادية غير المتوقعة هو للقضاء النظامي وليس للقضاء الإداري.

أما على الصعيد العملي فقد عثر الباحث على حالتين عمليتين تناولتا الصعوبات المادية غير المتوقعة في مرحلتين لم تعرضا على القضاء–وهذا ما قد يؤكد السبب الثاني المذكور سابقاً– استندت أولاها إلى وجود أرض غير متماسكة[1] ظهرت بعد البدء بتنفيذ مشروع مبنى المعهد العربي الأردني للرقابة، وثانيها هي حالةٌ تثير التساؤل تتمحور حول قضية الباص سريع التردد. وسأتناول هاتين الحالتين بالحديث وبشكل مفصل وتحليلي وفي ضوء ما تم الاطلاع عليه، علَّ الباحث يصبو إلى بيان واقع هذه النظرية في الأردن.

([1]) مشار إلى الأرض غير المتماسكة كأحد الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تظهر بعد التنفيذ.

الحالة الأولى:

تتلخص وقائعها بأنه أحيل عطاء لبناء مشروع المعهد العربي الأردني للرقابة على المقاول شركة صلاح خلف الحجاج وشركاه للتعهدات العامة وذلك في أرض مجاورة لمبنى ديوان المحاسبة ومن خلال الوثائق فقد تقدم الاستشاري دار التخطيط للاستشارات الهندسية (استشاري المشروع) بمخاطبة طالبا تغيير بعض بنود العقد مستندًا إلى أن طبيعة التربة متفككة وأن زيادة الحفر لعمق يزيد عن (8) أمتار أدى إلى حدوث انهيارات، ولاستحداث بند للطمم لعدم صلاحية ناتج الحفر كطمم.

ولوجود اختلافات في التقارير الفنية فقد شُكلت لجنة برئاسة مدير عام دائرة العطاءات الحكومية وعضوية مندوبين عن؛ دائرة الأبنية الحكومية وديوان المحاسبة ونقابة المهندسين وهيئة المكاتب الهندسية لتحديد مسؤولية الاستشاري المصمم مكتب صبح للاستشارات الهندسية عن خطئه في وجود نقص في الدراسة التي أدت إلى استحداث بنود جديدة، ومما أدى إلى إصدار أوامر تغييرية وأعمال إضافية (زيادة كميات الحفر) وبالتالي زيادة كلفة المشروع.

وصدر قرار بذات الوقت بتمديد مدة العطاء (40) يوماً تقويمياً بسبب تعديل مخطط الموقع العام حيث تبين أن طابق القبو يبرز عن حدود قطعة الأرض، إضافة إلى وجود كوابل كهرباء خاصة بمبنى ديوان المحاسبة القائم وما ترتب على ذلك من تعديل لمخطط غرفة المحول ومخطط كراج السيارات، وكذلك بسبب اختلاف قوة تحمل التربة عما تم اعتباره أثناء التصميم مما أدى إلى تعديل مخطط الأساسات وزيادة عمق التأسيس، خاتما قرار التمديد بأن ذلك لا يرتب أية مطالبات مالية وفي حال المطالبة يعتبر التمديد لاغياً.

وتمحور عمل اللجنة حول البحث عن أسباب النقص والخطأ في الدراسة التي تتلخص كما يلي:

1- عدم وجود بند خاص بأعمال الطمم رغم أن تصنيف التجربة المذكورة هو A6 الذي تطلب استحداث بند جديد لأعمال الطمم أثناء التنفيذ.

2- زيادة كميات الحفريات للمشروع بعد التنفيذ وتغيير التصميم للقواعد والأساسات باعتماد قوة تحمل جديدة.

وقد كانت المشكلة الرئيسية تتمثل بقوة فحص التربة وأعماق التأسيس للقواعد والأساسات وتصميمها قد ظهرت بعد إجراء عمليات الحفر وتبين أن هناك تناقض في تقرير فحص التربة.

وتبين أن فحص التربة الذي قام به مكتب صبح للاستشارات الهندسية قد تضمن 9 نقاط آبار سيبرية وتبين في 6 منها وجود طبقة صخرية وبقوة تحمل 3.5 كغم/ سم2 والباقية بقوة تتحمل 2.5 كغم/سم2، وبعد الحفر للمناسيب المقترحة لم يتم الوصول للطبقة الصخرية المطلوبة، لذلك تم تغيير تصميم القواعد والأساسات على قوة تحمل 2.5 كغم/سم2 لتجنب زيادة الحفر. وتبين أن هناك أخطاء مطبعية في تقرير المركز الدولي للدراسات الهندسية الجيولوجية.

وخلصت اللجنة إلى أن تقرير فحص التربة المعد من قبل مكتب فحص التربة المركز الدولي للدراسات الهندسية والجيولوجية لم يكن يمثل الواقع حيث لم يتم التوصل إلى الطبقات الصخرية رغم تجاوز الحفر لمناسيب الأعماق المقررة.

كذلك خلصت اللجنة إلى أن الاستشاري المصمم مكتب صبح للاستشارات الهندسية لم يقم الأخذ بعين الاعتبار قوة فحص التربة الأخرى الواردة في التقرير 2.5 كغم/سم2 رغم وجودها في أربعة آبار من أصل تسعة وصمم رغم ذلك.

وحَمّلت اللجنة المكتب الاستشاري مكتب فحص التربة المسؤولية الأكبر لعدم توخي الدقة في تقرير فحص التربة ووجود تناقض بين النتائج والتوصيات، في حين تحميل الاستشاري المصمم مسؤولية أقل.

وبالنسبة لأعمال الطمم وعدم وجود بند خاص فقد انتهت اللجنة إلى أن مكتب فحص التربة أخطأ بسبب تناقضه في تقريره بين إمكانية استخدام مواد التربة كطمم من دونه مع أن التربة من الصنف A6. وكذلك أخطأ الاستشاري المصمم بعدم إيراد بند خاص بأعمال الطمم في جدول الكميات عند إعداد وثائق العطاء.

وقد نسبت اللجنة؛ بإلزام الاستشاري المصمم بمعالجة التقصير وتحمل التبعات المالية المترتبة وإلزام الاستشاري مكتب فحص التربة بمعالجة التقصير وتحمل التبعات المالية وإلزام الاستشاري المشرف بمعالجة التقصير وتحمل التبعات المالية. ونسبت بعرض التقرير على لجنة التأهيل للنظر في الشكوى. حيث صدر قرار عن لجنة تأهيل الاستشاريين بتوجيه إنذار خطي للاستشاري المشرف وتنبيه خطي للاستشاري المصمم ولفت نظر المكتب فحص التربة.

وبعد هذا العرض المفصل لحيثيات هذه القضية يتضح في إطار تطبيقنا لنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ما يلي:

- أن شروط نظرية الصعوبات المادية قد تحققت حيث إن هذه الصعوبات هي مادية تركزت على ظهور طبقات غير متماسكة (متفككة) من الأتربة، كان من المفروض أن تكون طبقات صخرية ترتب عليها قيام المقاول بالحفر لأعماق أكثر وبالتالي زيادة الكلفة والإرهاق عليه، الأمر الذي دفعه للمطالبة بتغيير بنود العقد.
- هذه الصعوبات تمثلت أيضاً بوجود كوابل كهربائية تعود لديوان المحاسبة.
- هاتان الصعوبتان السابقتان غير متوقعتين ومفاجأة الأولى مصدرها الطبيعة والثاني مصدرها الغير، وكلاهما لا يد للمتعاقد فيها، وهما استثنائيتين، وهما غير متوقعتين عند إبرام العقد.

- يبدو أنه بذل جهداً تمثل في إعداد دراسة تلاها التصميم وإشراف من قبل مكاتب متخصصة، وتبين بأن التقصير من تلك المكاتب. ولم يظهر للباحث في ظل ما أتيح لي من وثائق أن أتبين لما هو دور المقاول في التأكد من عدم وجود صعوبات.
- أخلت هذه الصعوبات غير المتوقعة بالتوازن المالي للعقد وترتب عليها كلفة أكثر وإرهاقا.
- يبدو أن مثل هذه القضية حسمت دون الإحالة للمحكمة واكتفت الدولة بتحميل تلك الشركات فحص التربة والاستشاري والمشرف التقصير وتبعاته وبالتالي لم تخسر الدولة، وتم تعويض المتعاقد.

الحالة الثانية:

يثور التساؤل هنا حول مشروع الباص سريع التردد[1] منها من تحدث عن أن الشركة واجهت صعوبات مادية تتمثل بمواجهة صعوبات مادية تتمثل بالأنفاق (كنفق الصحافة) والجسور (كجسر مستشفى الجامعة) ودوار (كدوار المدينة الرياضية)[2] أمام تخصيص وفتح طريق (مسرب خاص) بالباص سريع التردد وبذلك تمت المطالبة بنفقات جديدة لمواجهة مثل هذه الصعوبات، وإنني –ورغم البحث– لم أستطع التأكد من هذا التساؤل، لكن وعلى فرض وجوده، فما هو الرأي القانوني وهل تنطبق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؟

في البداية أعتقد أن مثل هذا القول –وعلى افتراض وجوده– يدفعنا إلى إسقاط شروط نظرية الصعوبات المادية لنرى مدى انطباقها ومدى توافرها على هذا المشروع.

وإنني أجد باختصار أن المقاول أتيح له الاطلاع على المخططات الهندسية وعلى واقع المشروع بما فيه من جسور ودواوير وأنفاق وإشارات، وبالتالي ليس من السهل القول بأن هذه صعوبات مادية غير متوقعة، إذ إنها مرئية ومن السهولة بمكان التعرف على طبيعتها. كما أنها ليست مفاجئة بل هي موجودة على أرض الواقع وهي قائمة أمام الناظرين. على الرغم من أنها صعوبات مادية لكن ليست بغير المتوقعة.

(1) مشروع الباص السريع هو إنشاء وتخصيص مسرب خاص من الطريق العام ضمن مناطق معينة وبمراحل وهذا المسرب مغلق ومخصص فقط لباصات سريعة التردد.

(2) أشار التحقيق الصحفي بعنوان (تراجيديا الباص السريع من الانطلاق للتوقف) الذي أعدته شبكة أريج (إعلاميون من أجل صحافة استقصائية عربية) بالتعاون مع موقع عمون الإخباري إلى أن ديوان المحاسبة تحفظ في تقرير له على كون "اتفاقية التصميم، الموقعة مع الشركة الإنجليزية المصممة للمشروع، لم توضح كيفية و آلية معالجة العديد من العوائق...التي تعترض المشروع من جسور، أنفاق، إشارات ضوئية وتقاطعات من أبرزها جسر المدينة الرياضية ونفق الصحافة"، وأشار التقرير إلى أن الأمانة كان لديها تصورات عن حلول لهذه المواقع مع كلف تقديرية لتقاطع الصحافة ودوار المدينة بلغت للأخير نحو 14 مليون دينار وللأول نحو 7 ملايين. منشور على الموقع الإلكتروني لموقع عمون الإخباري على الرابط http://www.ammonnews.net/article.aspx?articleno=128804 ، تم الاطلاع عليه بتاريخ 2024/8/2م.

الخاتمة والنتائج

احتلت نظرية الصعوبات المادية موقعها الصحيح في العقود الإدارية وفي القانون الإداري، وهذه النظرية نشأت قضائياً، كما لم يكن هناك أية أحكام قضائية في الأردن –ولعل السبب في ذلك يعود لأسباب منها استيعاب تلك الإشكاليات وحلها بطرق ودية، ويخلص البحث إلى أهم النتائج كما يلي:

- للقول بتحقق وجود الصعوبات المادية غير المتوقعة يشترط تحمل المتعاقد كلفة أكثر وإرهاقا نتيجة لتلك الصعوبات التي زادت من الأعباء والكلفة، وهي لا تطبق إلا على الصعوبات غير العادية وغير المتوقعة وذات الطبيعة المادية، ولا بد من تحقق إخلال بالتوازن المالي للعقد، وأن يكون هذا الإخلال جسيماً، وعلى المتعاقد أن يستمر بتنفيذ العقد حتى لو كان مرهقاً وحتى لا يكون عرضة للجزاءات التي من الممكن أن تفرضها الدولة.

- إن نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة من النظام العام لذا لا يجوز الاتفاق على مخالفتها ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

- لم يكن هناك تطبيقا لهذه النظرية في القضاء الأردني.

- لم يتناول الفقه الأردني هذه النظرية بالبحث ولعل السبب في ذلك عدم وجود تطبيقات قضائية، تلك التي تدفع الباحثين دوما للبحث والنقد.

- إن الأثر المترتب على عدم اختصاص القضاء الإداري الأردني بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية واختصاص القضاء العادي بالنظر بها يحول دون وجود نظرية خاصة بالعقود الإدارية لدى القضاء الإداري ويحول دون تطور قواعد أحكام العقود الإدارية في القانون الأردني.

- تم طرح مثالين عمليين –على الرغم من صعوبة الحصول على وثائقها– تعرضا للصعوبات المادية غير المتوقعة.

التوصيات:

انتهى الباحث إلى عدد من التوصيات كما يلي:

- يتمنى الباحث من المشرع الأردني البدء بالتفكير الجاد حول إمكانية إدخال منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري، وقد لا يكون الاختصاص شاملاً في البداية لجميع العقود الإدارية، إذ قد يقتصر على منازعات لعقود دون غيرها، وهذا حال الدول الأخرى كفرنسا ومصر التي بدأت بمنح اختصاص للقضاء الإداري بعقود معينة دون غيرها ثم سحبه على باقي العقود الإدارية، ومنها سيبدأ الاهتمام القضائي والفقهي بالظهور لسبر أغوار نظرياتها ومنها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

- يتمنى الباحث –انطلاقًا من قلة الأمثلة القضائية على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي قد تعود إلى تسوية تلك الخلافات بطرق سلمية أو عدم وجود نظام قضاء إداري مختص بالعقود الادارية–

على الفقه الأردني والباحثين والدارسين الإدلاء بآرائهم وأفكارهم التي –وبلا شك– خير منير ومرشد للمشرع الأردني، هذا إضافة إلى ما أدلي في هذا المجال، ولا بد من إيلاء هذه النظريات الإدارية –ومنها نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة– جلَّ الاهتمام. **المراجع**

أولاً: الكتب والأبحاث

- بدر، أحمد سلامة، **العقود الإدارية وعقود البوت B.O.T**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- الحلو، ماجد راغب، **العقود الإدارية والتحكيم**، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2004.
- الخلايلة، محمد علي، **القانون الإداري – الكتاب الثاني (الوظيفة العامة، القرارات الإدارية، العقود الإدارية، الأموال العامة)**، عمان، دار الثقافة، 2012.
- الشهاوي، إبراهيم، **عقد امتياز المرفق العام B.O.T** ، بدون مكان نشر، 2003.
- الطماوي، سليمان، **الأسس العامة للعقود الإدارية**، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1975، دار الفكر العربي، 1975.
- كنعان، نواف، **القانون الإداري (الكتاب الثاني: الوظيفة العامة – القرارات الإدارية – العقود الإدارية– الأموال العامة)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005.
- النابلسي، نصري منصور، **العقود الإدارية – دراسة مقارنة**، لبنان، منشورات زين الحقوق، 2010.
- ناصيف، إلياس، **عقد ال BOT**، بدون دار نشر، 2006.
- نصار، جابر جاد، **عقود البوت "B.O.T " والتطور الحديث لعقد الالتزام "دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام"**، دار النهضة العربية ، 2002.

ثانياً: الأبحاث

- البنان، حسن محمد، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري: دراسة مقارنة مجلة كلية القانون للعلوم القانونية، المجلد (11)، العدد (41)، 2022، ص 108– 134.
- عيساني، جمال، ولعروسي، أحمد، **نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في عقود الأشغال العامة في التشريع الجزائري**، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد (7)، العدد (1)، سنة 2022، ص 1312– 1327.
- المولى، خالد محمد، **نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة في العقد الإداري–دراسة مقارنة**، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، العدد (8)، 2005.
- نصار، جابر جاد، **عقود البوت "B.O.T " والتطور الحديث لعقد الالتزام "دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام"**، دار النهضة العربية ، 2002.

ثالثاً: التشريعات

- قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014م.

- دفتر عقد المقاولة الموحد للمشـــاريع الإنشـــائية الصـــادرة عن وزارة الأشـــغال العامة والإســـكان – دائرة العطاءات العامة عام 2010، منشور على الموقع الإلكتروني لدائرة العطاءات العامة.
- منشورات مركز عدالة.
- موقع قرارك.
- موقع قسطاس.

ثالثاً: المواقع الإلكترونية

1- موقع عمون الإخباري.