جامعة محمد خيضر – بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

Université
de Biskra

مذكرة ماستر

تخصص: قانون إداري

إعداد الطالب:
حميمي عبد المالك

يوم: .....

نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية

لجنة المناقشة			
العضو:	الرتبة	الجامعة:	الصفة:
/1			رئيسا
/2 غلابي بوزيد	أستاذ مساعد(أ)	جامعة بسكرة	مشرفًا ومقررًا
/3			عضوًا ممتحنًا

الموسم الجامعي:2019 – 2020

(لا إِلَهَ إِلا أَنتَ سُبْحَانَكَ إِنِّي كُنتُ مِنَ الظَّالِمِينَ). سورة الأنبياء، الآية: 87.

إهـداء:

إلى أُمِي التي كانت سندي في هذه الحياة.

إلى أبي الذي علمني أن الصبر مفتاح النجاح.

وإلى كل من علمني حرفا خلال مشواري الدراسة.

إلى كل من ساعدني ولو بكلمة أو نصيحة أو دعاء ودعمني معنويا.

الحمد الله الذي بنعمته تتم الأمور ووفقني إلى إنجاز هذا العمل المتواضع.

شكر وعرفان:

لله الحمد والشكر على توفيقنا لإتمام هذه المذكرة.

أتقدم بالشكر والعرفان لأستاذي"بوزيد غلابي" المشرف الذي لم يبخل عليَّ بالنصح والإرشاد والتوجيه خلال فترة إنجاز المذكرة.

والشكر الجزيل لكل شخص من قريب أو بعيد كان سندا لي خلال مشواري الدراسي.

والكلمات وحدها لا تكفي للتعبير عن شكري وإمتناني.

مقدمة:

تعتبر العقود من أفضل الوسائل التي توصل اليها الانسان في العصر الحديث، وأصبحت العقود وسيلة تبادل السلع والخدمات سواء بين الافراد او بين الشركات والدول، وتطور هذا البنيان القانوني في انتقاله من نطاق القانون المحلي الى نطاق القانون الدولي، وأصبح من اللازم وضع ركائز اساسية التي تحافظ على استقرار المعاملات.

وتقوم الادارة اثناء سعيها لتحقيق المصلحة العامة بتصرفات التي تمثل جوهر النشاط الإداري، منها الاعمال المادية التي لا تسعى من وراء القيام بها احداث اثر قانوني سواء بالإيجاب او بالسلب، واعمال قانونية توضح فيها ارادتها وترتب اثار قانونية على ذلك، اما بإنشاء مركز قانوني او تعديله او الغائه او بتقرير وجود هذا المركز فقط دون انشائه، والتصرفات في ما يخص هذه الاعمال قد تكون اعمال قانونية فردية والمتمثلة في القرارات، وهناك اعمال قانونية تتم بصورة اتفاقية اي الاعمال الصادرة بناءا على اتفاق وتبادل الرضى بين الادارة والطرف الاخر والمتمثلة في العقود الادارية.

كما عرّف سليمان محمد الطماوي العقد بأنه؛ "هو الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام او تنظيمه، وتظهر الادارة في ذلك نيتها في الاخذ بأحكام القانون العام، واية ذلك ان يتضمن شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، او يلتزم المتعاقد مع الادارة الاشتراك في تسيير المرفق العام"، ولكن ليس كل عقد تبرمه الادارة مع فرد او هيئة خاصة يعتبر حتما وبالضرورة عقدا إداريا، في الواقع ان الاصل العام في عقود الادارة العامة انها عقود ادارية تخضع لهذه الصفة لأحكام القانون الاداري التي تختلف عن القانون المدني في هذه الاخيرة تخضع لقواعد التي تضمنها العقد بالنسبة التي تتم بين الافراد.

غير ان العقود الادارية التي تبرمها الادارة مع الخواص تبقى عقود خاصة غير عادية تخضع في نفس الوقت للقانون الخاص مثل العقود المدنية او التجارية.

وبالرجوع الى النصوص القانونية والقرارات القضائية ذات صلة بالعقد الاداري او بشكل غير مباشر، يمكن تعريف العقد الاداري بأنه كل عقد يتم ابرامه من طرف الإدارة، وهذا التعريف يتماشى مع المعيار العضوي المعتمد من قبل المشرع الجزائري، وذلك لتحديد الجهة القضائية المختصة بالفصل في النزاع.

وكون العقد يعتبر بمثابة قانون للمتعاقدين كونه ينشا عن الارادة الحرة لهما وهي وحدها من تملك سلطة تقييدها ببنود العقد الذي اتفق عليه، ويبقى سلطان الارادة مقيد بما جاء به القانون من استثناءات في حالات التي حددها القانون.

واذا كانت الشروط مستوفية في العقد ولم يشب ارادة المتعاقدين عيب يفسدها فيكون العقد صحيحا و يكون في غير الامكان قدرة احد المتعاقدين على الرجوع عن ذلك و ينجم عليها الوفاء بالتزامات المترتبة على اتفاق الارادتين وعليه نجد ان في القانون، ومن المفترض ان تكون التزامات طرفي العقد متوازنة من الناحية الاقتصادية فاذا حدث اختلال في التوازن الاقتصادي في مرحلة تنفيذ العقد وذلك بسبب ظروف او حوادث استثنائية غير متوقعة ادت الى ارهاق المدين ارهاقا لا يمكنه على اثره الوفاء بالتزاماته، فنلجأ الى الاحكام الخاصة بنظرية الظروف الطارئة والتي تتميز بمكانتها الخاصة والبارزة في الدراسات القانونية والتطبيقات القضائية الى حد سواء تقوم هذه النظرية اساسا على مبادئ العدالة، وتطبق لحماية الطرف الضعيف في العقد، والذي وضعته الظروف الطارئة في مازق ولا دخل لإرادته فيها، ادت الى احداث اضطراب في التوازن المالي الى حد يتجاوز فيه الضرر الطبيعي وتعد هذه النظرية استثناء من القواعد العامة التي تجعل من العقد شريعة المتعاقدين.

ونجد في الشريعة الاسلامية السمحاء التي اساسها وقوامها العدل والانصاف فنجد الفقهاء اجتهدوا في تخريج احكام شرعية من نصوص الشريعة الاسلامية وذلك موازنة لتطور الحياة ومواكبة احوال الناس ومناسبة لالتزاماتهم وعاداتهم وذلك لتحقيق الرحمة والعدل والاحسان.

وقد عالجت الشريعة الاسلامية مجال العقود والمعاملات التغيرات المفاجئة الاقتصادية التي تنتج عنها بعض الاشكالات بين الناس بعد ابرام العقد قد يطرا حادث مفاجئ ولم يكن متوقعا ولا في الحسبان يجعل تنفيذ العقد امرا مرهقا للمدين، ويكلفه خسارة فادحة، وهنا تتجلى مرونة الشريعة الاسلامية في وضع استثناءات عن مبدا العقد شريعة المتعاقدين في مثل الحالات، وتعتبر نظرية العذر التي جاء بها المذهب الحنفي، ونظرية الجوائح في الثمار والزروع التي جاء بها المالكية والحنابلة وكذا فيما يخص تغير قيمة النقود.

وان وضعت الشريعة الاسلامية صورا تمثل نظرية الظروف الطارئة التي تطبق على العقود الادارية بشكل عام، فالهدف من ورائها هو كفالة حسن سير المرفق العام، ولا تتحقق هذه الغاية الا بتنفيذ الالتزامات التعاقدية وفقا للمدة المحددة والشروط والمواصفات والآجال المنصوص عليها في العقد.

ولضمان هذه الاستمرارية يجب ان تقف الادارة مع المتعاقد معها في حالة اختلال توازن مالي للعقد احتلالا جسيما يهدد المتعاقد بوقف تنفيذ التزاماته العقدية ويتأثر بالسلب على الغاية من ابرام العقود.

أهمية الدراسة:

تتجلى اهمية موضوع دراستنا في مسالة العدالة وتوازن الاداءات بين المتعاقدين الذي يعتبر امرا ضروريا سواء في عقود القانون الخاص او العقود الإدارية، لأن القانون يسعى الى تحقيق العدالة، ونظرية الظروف الطارئة من بين النظريات التي جرى حولها خلاف من حيث نطاق تطبيقها وشروطها والتعريفات التي جاءت بها مختلف التشريعات، وتعتبر النظرية اساسا قانونيا يطبق في حالة اختلال اقتصاديات العقد، الذي من شأنه ان يجعل التنفيذ امرا مرهقا ويهدد بوقفه والذي يرتب على ذلك عرقلة سير المرفق العام التي تسعى الادارة من خلاله تلبية حاجيات الجمهور، فهنا تكمن اهمية تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

أهداف الدراسة:

وتكمن اهداف دراستنا في توضيح نظرية الظروف الطارئة كما جاءت في التشريعات المقارنة كالقانون المصري والفرنسي، ومحاولة توضيح موقف المشرع الجزائري ازاء النظرية من حيث التشريع والتطبيق.

أسباب اختيار الموضوع:

إن من من بين الاسباب الذاتية التي على اساسها قمنا باختيار الموضوع لارتباطه بالجانب المالي الذي هو اساس ميولنا ورغباتنا وما يثيره في الجانب العملي من اشكالات التي تلزم المشرع بوضع الاليات القانونية للمحافظة عليه في زمن الازمات حتى تحقق الدولة التطور المنشود والمسطر له وفق نظام اقتصادي متوازن.

ومن الاسباب الموضوعية التي دفعتني لاختيار الموضوع ان هذه الدراسة ملائمة للواقع بحيث الظرف الطارئ قد تحصل مع الكثيرين في ظل ابرامهم للعقود او بمناسبة تنفيذها التي يمكنها ان تخلف العديد من المشاكل ومثال ذلك ما يعيشه العالم اليوم من انتشار جائحة كورونا _ كوفيد 19 المستجد.

المنهج المعتمد:

واعتمدنا في دراستنا على المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص الواردة في القانون المدني الجزائري والاشارة الى بعض القوانين العربية والاجنبية التي ترتبط بالموضوع ومع التعرض لآراء الفقه في هذا الصياغ، وبالإضافة الى المنهج المقارن في بعض الاحيان.

الإشكالية:

نطرح الاشكالية التالية: كيف تؤثر نظرية الظروف الطارئة على التوازن المالي للعقد وما هو دور القاضي في ذلك؟

تقسيمات الموضوع:

من خلال مقدمتنا ومن خلال عرض اشكاليتنا ووفقا لما تقدم سيكون علينا معالجة هذه الدراسة ضمن فصلين، ففي الفصل الأول الذي جاء تحت عنوان؛ الاطار المفاهيمي لنظرية الظروف الطارئة حيث قسم الى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول؛ تعريف نظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي، أما المبحث الثاني؛ فخصصناه الى تمييز نظرية الظروف الطارئة عن ما يشابهها من انظمة ونطاق تطبيقها، اما الفصل الثاني؛ فحصصناه الى الاطار التنفيذي لنظرية الظروف الطارئة، وقسم هذا الفصل الى مبحثين، في المبحث الأول؛ تناولنا فيه شروط تطبيق النظرية واثارها، وفي المبحث الثاني وضحنا فيه سلطة القاضي في مواجهة الظرف الطارئ ونهايته. ثم اختتمنا دراستنا بخاتمة تتضمن اهم النتائج المتوصل إليها.

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لنظرية الظروف الطارئة.

اثناء تنفيذ العقود الادارية قد تطرأ حوادث من شانها جعل التنفيذ امرا مرهقا وان لم يكن مستحيلا، ونظرية الظروف الطارئة التي نشأت في القانون الاداري باجتهاد من مجلس الدولة الفرنسي وان ظهرت قبل هذا التاريخ في عصور قديمة لكن لم تعرف كما هي معرفة اليوم تقوم على فكرة المخاطر الاقتصادية، بمعنى انه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري ظرف استثنائي عام لم يكن متوقع أثناء إبرام العقد فيقلب اقتصاديات العقد ويجعل من التنفيذ امرا مرهقا وليس مستحيلا، رغم ذلك فان القوانين والاجتهادات الفقهية تضاربت التعاريف من حولها ان لم يكن الاختلاف في المبنى اختلفوا في المعنى، وهذه الاختلافات لم تنقص من الدور الذي تلعبه في محافظتها على بنود العقد في الجانب المالي منه، وساهم التطور الحاصل في توضيح معالمها اكثر، وباعتبار العقد الاداري انه يشغل مكانا بارزا ضمن الوسائل التي تلجا اليها الادارة لتسيير المرافق العامة، واذ تكمن الغاية من ابرام العقد الاداري اساسا في ضمان حسن سير المرفق العام واداء الاعمال والخدمات وسرعة انجازها لتحقيق المصلحة العامة وهذا الهدف الذي ابرم لأجله العقد الا بتنفيذ الالتزامات التي يولدها تنفيذا سليما على وفق شروط الواردة به في المدة الزمنية المحددة، والمتعاقد عند مباشرته التنفيذ قد تحصل ظروف لم يكن في الوسع توقعها تجعل من التنفيذ امرا مرهقا.

ولمعرفة ما جاء في تعريف نظرية الظروف الطارئة فقها وقضاء وتاريخ ظهورها في المبحث الاول من هذا الفصل سنعرف بنظرية الظروف الطارئة، ونتطرق في المبحث الثاني الى مراحل تكوينها لنضبط مدلول النظرية حتى يتضح كيف اعمالها.

المبحث الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي.

من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة لتحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام القود وتعتبر من اهم جاءت به الحضارة الإنسانية وهي العقود سواء ابرمة بين الافراد او ابرمة بين الافراد والادارة العامة يمكن ان تصيب هذه حوادث من شانها ضرب اقتصاد العقد الذي يضع المتعاقد في خسارة فادحة قد تؤدي لإفلاس، وعلى أساس العدالة وعلى أساس اهمية المرفق العالم في تسيير شؤون الدولة ظهرت نظرية الظروف الطارئة فقد كان من الضروري الوقوف مع الطرف الضعيف من باب العدالة التي جاءت في مختلف الشرائع والقوانين الوضعية للوقف لجبر الضرر الذي يصيب العقد أثناء تنفيذه مما يصعب ويرهق كاهل المتعاقد مع الإدارة الاستمرار في تنفيذ العقد وأن لم يكن التنفيذ مستحيلا أصبح مرهقا ونظرية الظروف الطارئة دفعتها الظروف الى القانون الإداري الفرنسي، وان كان ظهورها قبل ذلك بكثير وان لم تكن معروفة بها الشكل الا انها وجدت حالات التي استوجبت أن تعوض الطرف المتضرر في العقد ولمعرفة النظرية اكثر سنوضح مدلول نظرية الظروف الطارئة كما جاءت في اللغة وكما عرفتها القوانين والاجتهادات الفقهية في البحث الاول ثم في مبحث ثاني نتطرق فيه الى الحقب الزمنة التي مرت بها هذه النظرية.

المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لنظرية الظروف الطارئة.

تعتبر المخاطر الاقتصادية عمادا لقيام نظرية الظروف الطارئة وإن اختلفت التعريفات الفقهية لهذه النظرية، وان لم ترد في الفقه الاسلامي بهذا الشكل الا ان الشريعة الإسلامية عرفت ما يقابل النظرية في القانون الوضعي وذلك فيما يسمى الجوائح في الثمار وكذلك ما يعرف بالعذر، وهي نفس الاسس والتعريفات التي جاء بها مجلس الدولة الفرنسي وإن كانت هذه النظرية تطبق في القانون الإداري بشكل عام فلا يمنع من تطبيقها في القانون المدني وهذا ما سارت عليه قوانين التشريعية لدول مخلفة منها مصر والجزائر اذا كان القانون الفرنسي المدني لا يأخذ بالنظرية ويعتبرها مساس بالقوة الالزامية للعقد.

إلا إننا سنسلط الضوء عليها في القانون الإداري والذي اخذ بها مجلس الدولة الفرنسي الذي يعتبر اول من وضع لها أسس وقواعد، وسنشير اليها في الشريعة الإسلامية، وسنوضح ذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول: التعريف اللغوي.

أولا: الظرف في اللغة، ومعناه دائرة على وعاء الشيء، وإمكانية إطلاق الظرف على الحال لذا فشرط الزمان هو ما يهمنا هنا[1].

تغير الزمن هو المقصود والمعني بالظروف الطارئة من تغير الأحوال وتجدد التوقعات.

ثانيا: الطارئة في اللغة، هي أحداث من غير الممكن توقعها وتحدث فجأة، والظروف الطارئة هي كل حادث خرج عن المألوف غير متكررة ونادر الحدوث وغير متوقعة الحدوث أصلا.

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي.

عرف من قبل فقهاء القانون عندما يخل التوازن المالي اختلالا جسيما بسبب ظهور حوادث استثنائية غي متوقعة عند ابرام العقد، تجعل التنفيذ أمرا مرهقا للمتعاقد ورغم ذلك يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية، وهذا تطبيقا للعدالة التي تستوجب رفع الضرر عن المتعاقد وان لا يترك وحده في مجابهة هذه الظروف وحده وليس من مصلحة الادارة ان يتوقف المتعاقد عن التنفيذ بسبب عجزه المالي وتعطل المرفق العام من جراء حادث عام واستثنائي غير متوقع لم يكن في مقدوره تلافيه بأي حال من الأحوال بأنه كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول إثناء التعاقد[2]، فيتولد الحق للمتعاقد بمطالبة الإدارة بتعويض جزئي يغطي ما لحق من ضرر.

وعرفها الفقه الفرنسي ومنهم الفقيه Pequignot نظرية الظروف الطارئة (إذا طرأت ظروف عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وكان من شانها قلب توازنه تجعل تنفيذه أمرا مرهقا ولم يكن مستحيلا ولم يكن في إمكان الطرفين المتعاقدين توقع ذلك الإرهاق فأن للمتعاقد إن يطلب من

---

[1] محمد ابو بكر عبد المقصود، **إعادة التوازن المالي في ظل الأزمة العالمية** (نظرية الظروف الطارئة)، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، جامعة المنصورة، كلية الحقوق، مصر، من 1 _ 02 افريل 2009، ص17.

2 محمد بو كماش، **نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح**، المركز الجامعي خنشلة، ص323.

الإدارة إن تساعده في تنفيذ العقد عن طريق مقاسمته الظرف الطارئ في صورة تعويض يحسب على أساس العجز الذي يتحمله المتعاقد بمراعاة كافة ظروف العقد).

وقد أورد الفقه المصري عدت تعريفات لنظرية الظروف الطارئة ومن بينها: (هي الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادة الإدارة والمتعاقد معا، والتي تقع إثناء قيام المتعاقد تنفيذ العقد تؤدي إلى جعل تنفيذه مرهقا بالنسبة له من الناحية المالية وتعجزه عن تنفيذه، إي بمعنى آخر تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد بشكل جسيم، مما يحتم على الإدارة تقدير تعويض مالي له يعيد للعقد توازنه ويعيد للمتعاقد قدرته على الاستمرار في تنفيذ العقد[1]).

بالرجوع الى القضاء المصري نجد محكمة القضاء الاداري في قرارها الصادر في 1957/06/30 كما يأتي : (ان حدث اثناء تنفيذ العقد الاداري ان طرأت ظروف او احداث لم تكن متوقعة عند ابرام العقد فقلبت اقتصادياته، واذا كان من شان هذه الظروف او الاحداث انها لم تجل تنفيذ العقد مستحيلا، بل اثقل عبئا واكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، واذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك التجاوز تجوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها اي متعاقد الى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فان من حق المتعاقد المضار إن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها بتعويضه عنها تعويضا جزئيا، وبذلك يضيف من التزمات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما عند إبرام العقد) وفي نفس السياق عرفتها المحكمة الإدارية في مصر في قرارها الصادر في 1972/06/17 بما يأتي (اذا طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وقلبت اقتصاديته وكان من شان هذه الظروف أنها إن لم تجعل العقد مستحيلا, بل اشد وأثقل عبئا مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وكانت الخسارة الناشئة تتجاوز الخسارة العادية المألوفة، في مثل هذه الحالة من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة والتعويض عنها تعويضا جزئيا)[2].

---

[1] محفوظ عبد القادر، **أثر تغير الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري**، اطروحة دكتوراه علوم في الحقوق، تخصص قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2019/2018، ص81.

[2] محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص94,

يرى العديد من المختصين ان نظرية الظروف الطارئة تجد أساسها في القانون المدني الجزائري لسنة 1975 ساري المفعول وفي مادته 107منه إن العقد لا يقتصر على ما ورد في من التزام بل يمتد لشمل القانون والعرف وقواعد العدالة بحسب طبيعة الالتزام، غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها إن التنفيذ أصبح مرهقا وان لن يكن مستحيلا يهدد المتعاقد بخسارة فادحة، وعليه فان القانون المدني اعتمد صراحة على رد الالتزام إلى الحد المعقول ذهب إلى تعريف الظرف الطارئ من خلال تنظيم الصفقات، إذ اعتبرت المادة 153 من المرسوم الرئاسي15 –247المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وجاء في فقرتها الخامسة (... يجب على المصلحة المتعاقدة إن تدرج في دفتر الشروط اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاع قبل كل مقاضاة أمام العدالة) ويرى البعض إن مبدأ الحسم الودي للنزاع يتماشى وهدف خطة الصفقات العمومية، اذ يسمح هذا الاخير بإيجاد حل مناسب لمواصلة التنفيذ وتسليم المشروع في اجاله المحددة[1].

فقد عرفها بعض الفقهاء ايضا بأنها: (كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحدوث اثناء التعاقد ينجم عنه اختلاف بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه الي اجل او اجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزماته كما اوجبها العقد يرهقه ارهاقا شديدا، ويتهدده بخسارة فاضحة تخرج عن الحد المألوف في خسارة ماليه، وذلك كارتفاع سلعة عن ثمنها الاصلي وقت الابرام, كما قيل ايضا بانها: (حالة عامة غير مألوفة او غير طبيعية، او واقعة مادية عامة لم تكن في الحسبان ولم يكن في وسعهما ترتيب حدوثها بعد التعاقد، ويترتب عليها ان يكون تنفيذ الالتزام للمدين بحث يهدده بخسارة فادحة وان لم يصبح مستحيلا[2].

أن الظهور غير المتوقع لتبعات تقنية وخارجة عن إرادة الطرفين، هي حالة من الحالات التي تسمح بإمضاء ملحق للصفقة حتى وإن كان من شأن هذا الملحق أن يؤثر في توازن الصفقة.

---

[1] خليفة خالد بودالي محمد، **اثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية**، مجلة الدراسات الحقوقية، مجلد عدد 2، 2020، ص 176.

[2] جميس صالح عبدالله المنصوري، **نظرية الظروف الطارئة واثرها الاقتصادي على العقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاماراتي)**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، جامعة الامارات العربية المتحدة، كلية القانون، 2017 صص38، 39.

من خلال اطلاعنا على عدة تعريفات لنظرية الظروف الطارئة نجد ان اغلبها استقر بان الظروف الطارئة حوادث استثنائية عامة لم تنشا عن فعل المتعاقد مع الادارة او بسبب خطئها.

المطلب الثاني: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة.

ان نظرية الظروف الطارئة كانت شرطا ضمنيا بمقتضاها يجور للدول التي ارتبطت في مابينها ان تطلب اعادة النظر في شروط المعاهدة اذا تغيرت الظروف التي ابرمة فيها وتعتبر فكرة الظروف الطارئة فكرة عريقة ولكنها لم تستقر على مدلول واحد خلال جميع العصور التي مرت بها النظرية، ولفهمها اكثر نتبع حذورها التاريخية[1].

وتزايدت اهميتها في الآونة الأخيرة لكثرة المشاكل التي تخلفها الظروف الاقتصادية للعديد من البلدان مما اثر على التزامات الاطراف التعاقدية[2].

فتشكل نظرية الظروف الطارئة خرقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد أو استثناء منه، ولذلك كان موقف القانونيين من النظرية في البداية موقف معارض، تمسكا بمبدأ القوة الملزمة للعقد، فما لبث ان تعدل هذا الشرط[3]، تحت وطأت الظروف فأصبحت النظرة أمرا لابد منه حتى توازن بين الشوط العقدية والتزاماتها.

ولضمان ذلك سنبين في الفرع الأول نشأتها في الشرائع القديمة ثم في الفرع الثاني نعرف كيف ظهرت في الشرائع الحديثة.

الفرع الأول: ظهور نظرية الظروف الطارئة في العصور القديمة.

وسنقوم في هذا الفرع بتناول نظرية الظروف الطارئة في القوانين القديمة، وكيف بدأت تتكون بفعل الظروف والمرجعيات التي برروا بها حيادهم عما جاء في العقد اول مرت حتى يكون لهم موقف قوة يفوق القوة العقدية الملزم لأطراف العقد ويجدوا للطرف الضعيف موضع ان هو

---

[1] احمد يوسف عبد الرحمان بحر، **نظرية الظروف الطارئة واثرها على العقد الاداري في فلسطين، (دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية)**، مذكرة ماجستير، قانون عام، الجامعة الاسلامية غزة، كلية الشريعة والقانون، 2017، ص63.

[2] حميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص 10.

[3] ايمن الدباغ، **منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تحليل ونقد)**، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد 28، العدد7، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2014ص1670.

اصابه ارهاق وعسر من الحوادث المفاجئة، وفقا لقانون معاملاتهم في ذلك الوقت، في القانون الكنسي والروماني والبابلي ثم في الشريعة الاسلامية وما جاء في هذا المجال.

أولا: القانون الكنسي.

ارتبط تاريخ ظهور نظرية الظروف الطارئة بمفهوم الالتزام وتطوره كان بسبب مبدأ العدالة التي هي أساس الدين المسيحي.

ويرجع الباحثين والفقهاء أن نظرية الظروف الطارئة عرفها القانون الكنسي حين قيام الدولة الرومانية بمحاربة الديانة المسيحية حيث لجأت الكنيسة إلى وضع قوانين تمكنها من حماية مصالحها هي وأتباعها على أساس الإنصاف والعدالة التي تقوم على أساسها الديانة، ووضع الكنسيون قانون يسمى " نظرية عدم تغير الظروف" وهي افتراض شرط ضمني الظرف أن تبقى الظروف كما هي عليه قبل إبرام العقد حتى تنفيذه وإن تغيرت الظروف تغيرا جوهريا، أدى بإضرار أحد المتعاقدين إما يعدل العقد أو يفسخ.[1]

ونلاحظ هنا الكنيسة لم توضح النظرية كما هي معروفة في الوقت الحاضر وإنما وضعت لتحمي الطرف الضعيف في العقد وفقا للمبادئ المسيحية الأخلاقية ولنشر التوافق والتآلف داخل المجتمع وبين الأفراد.

ثانيا: في القانون الروماني.

على الرغم من قدم نظرية الظروف الطارئة في العصور القديمة إلا أنها لم ترد في القانون الروماني حيث كان القانون لا يعترف بفكرة الغبن، وأن الغبن لا يعيب الرضا ولا يؤثر في صحة العقد وانعقاده مادام كل الشروط مستوفية في ذلك العقد.[2]

[1] خميس صالح ناصر عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص 16.

[2] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص64.

وتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود يعد إخلالا بمبدأ من المبادئ الأساسية أن العقد شريعة المتعاقدين، وعلى الرغم من ذلك نجد أن فقهاء الرومانيين قد نادوا بأنه الاستمرار في تنفيذ العقد يجب حين تستمر نفس الظروف وقت إبرام العقد.[1]

من أقوال شيشرون: " عندما يتغير الزمن يتغير الواجب"، ومن أقوال سبيديك:" ألا أعتبر حادثا لعهدي ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه وقت التزامي ثم لم أنفذه والتغير الذي يطرأ على أمر يجعلني حرا في أن أناقش التزامي من جديد ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في وقت الذي تعاهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي.[2]

إن كان القانون الروماني لا يوجد في مجال للنظرية الظروف الطارئة في العقود إلا أن نتيجة الفتوحات الرومانية الواسعة أدت إلى ظهور عادات وتقاليد وانعكاسات إيجابية في المجتمع فنادي الفقهاء بالخروج من عباءة الشكلية في إتباع القانون وألا يتغير الالتزام العقدي إلا في تغير الظروف في حالة الضرورة الملحة التي تستدعي تطبيق هذه النظرية.

ثالثا: في القانون البابلي.

اعترف قانون حمورابي عن البابلين بنظرية الظروف الطارئة وذلك بإقراره بأحقية الاطراف ا نالي اعادة التوازن للعقد المبرم بينهم اذا تغيرت الظروف الاقتصادية، التي ابرم العقد في ظلها واثرت على الالتزام العقدي, فنجد هذا الاعتراف بالنظرية في قوانين حمورابي، حيث يتحدث في المادة 136منه عن هجر المدينة وترك زوجته في ظروف عادية وغير عادية في هاتين الحالتين يحق للزوجة ان تفسخ العقد وتتزوج باخر، وان عاد الزوج بعد ذلك فلا يحق استرجاع زوجته في حالة زواجها ففي هذه الحالة يكون مرتكب لذنب تركه المدينة والهروب خارجها.

[1] محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص85.

[2] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص64.

وتكلم في المادة 135 من هذا القانون عن الوقوع في الاسر، انه فاذا وقع الزوج في الاسر فيحق لزوجته ان تتزوج غير لبقائها دون نفقة، اذا عاد الاسير الي وطنه يحق له استرداد زوجته واحتفاظ الزوج الاحر بالأولاد من نفس الزوجة.

وجاء في قانون حمورابي ايضا ما يعرف بالإعسار حيث انه اذا حدث اعسار تتسبب في عجز الفلاح عن سداد ديونه فان ذمته تبرا ان تنازل عن نتاج ارضه لمجموعة دائنيه, حتى ولو لم تكن تكفي لسداد جميع ديونه.

منه كما جاء كذلك فيما يخص حدوث الكوارث الطبيعية (اذا استدان رجل واغرق حقلة او جرفه فيضان التربة او لم يزرع قمح في الحقل بسبب نقص الماء، في تلك السنة لا يعطي للدائن قمحا وسوف تمحى الشروط المدونة في لوحته ولا يدفع فائدة عن تلك السنة.[1]

نلاحظ ان قانون حمورابي قد اعترف بفكرة الظروف الطارئة وذلك تحت مسميات مختلفة ولكن وضع لتطبيق هذه الفكرة، لعدم في الارادة فيما حصل الا بالاستثناء ان يكون المدين له دخل فيما حصل.

رابعا: النظرية في الشريعة في العصر الإسلامي.

إن كانت النصوص الشرعية لا تعالج بالتفصيل الأحكام الشرعية باستثناء الأمور الثابتة كأحكام الأسرة والحدود، إلا أن بعض الفقهاء أورد استثناءات على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، تعتبر الشريعة الإسلامية أو من عرف النظرية للظروف الطارئة قبل أن يعرفها القانون الوضعي بأن الشريعة الإسلامية قائمة على العدالة كمبدأ من مبادئها ويجب رفع الغبن على من وقع عليه الغبن أثناء تنفيذ العقد، بالرغم من معالجة الفقه لهذه النظرية خير علاج إلا أنه لم يضع لها صياغة بشكل نظرية ويعتبر أول من بين نظرية الظروف الطارئة وما جاء في الفقه الإسلامي، وما قاله إدوارد ولامبير عام 1932م، وكذلك ما قاله السنهوري عام 1936م في دراسة له وجوب تنقيح قانون المدني المصري وذلك بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة المعروفة بالشريعة الإسلامية لاتساعها و شموليتها.

[1] خميس صالح عبد الله المنصوري، المرجع السابق، ص 13.

وأضاف أيضا الأستاذ لامبير في مؤتمر دولي في القانون المقارن انعقد في لاهاي سنة 1932م "بأن نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة وفي القضاء الإداري الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة وفي القضاء الإنجليزي فيم أدخله من مرونة في استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب وفي القضاء الدستوري الأمريكي نظرية الحوادث المفاجئة.[1]

وتجد النظرية من القرآن والسنة ما يبررها في قوله تعالى: "وما جعل عليكم في الدين من حرج".[2]

وقوله تعالى أيضا:" لا يكلف الله نفسا إلا وسعها ".[3]

وقال تعالى أيضا: "يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر".[4]

وفي قول الرسول صلى الله عليه وسلم: "لا ضرر ولا ضرار"، وكذلك ما وضعه الفقه من قواعد" الضرر يزال" "الضرورات تبيح المحظورات" "درئ المفاسد أولى من جلب المنافع" " الضرر أشد يزال بالضرر الأخف".[5]

والحق في المنظور الاسلامي هو وسيلة لتحقيق مقاصد الشارع، حتى اذا خولف هذا المقصود في الناحية المالية، لم يعد ذلك مشروعا، وبناء عليه فان مبدا القوة الملزمة للعقد يكون مقيد بتحقيق العدل والمصلحة، فقام الفقه بتخريج (يعني العلم الذي يبحث عن علل او مأخذ الاحكام الشرعية وربطها بفروعها، تبيانا لأسباب الخلاف، او لبيان الحكم مالم لم يرد عنه نص عن الائمة، بإدخاله ضمن قواعدهم او أصولهم) فقاموا بتخريج نظرية الظروف الطارئة على

---

[1] بلقاسم زهرة، **أثر نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية**، مذكرة ماستر، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2014، ص 06.

[2] سورة الحج، الآية 78.

[3] سورة البقرة، الآية، 286.

[4] سورة البقرة، الاية، 185.

[5] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص66.

ثلاث قياسات، تطبقها في وضع الجوائح وتطبيقها في فسخ الاجارة بالإعذار، تطبيقا على الوضع الذي تتغير فيه قيمة العملة[1].

نجد فقهاء المسلمين يسارعون لوضع قوانين عملية لما يتوفق مع واقع الحال وذلك من خلال قياس وإجماع من أجل تفسير النصوص الشرعية لتطبيق مبدأ العدالة الذي يقوم عليه الدين الإسلامي، وفي النظرية تكون العدالة في رفع الضرر عن المضرور.

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في العصر الحديث.

ظهرت النظرية بداية في القانون الدولي كشرط ضمني في العقود الدولية، وبفضل جهودات مجلس الدولة الفرنسي انتقلت للقانون الاداري وتبنت النظرية العديد من الدولة ضمن احكامها القضائية الادارية مثل مصر وان كانت غير واضحة المعالم في القانون الاداري الجزائري، سنتتبع اثرها من القانون الدولي ثم القانون الفرنسي والمصري.

أولا: ظهور النظرية في القانون الدولي.

كان أول ظهور لنظرية الظروف الطارئة في القانون الدولي قبل معرفتها في القوانين الداخلية للدول بالصورة المتعرف عنها الآن، واختلفت أسماء هذه النظرية في العقود الدولية يبقى لها مدلول واحد وهو الالتزام الذي يقضي بمراعاة الأطراف المتعاقدة في شرط إعادة التفاوض حول العقد بمواجهة الظرف الطارئ لرفع الضرر عن المضرور، ثم انتقلت النظرية إلى المعاهدات الدولية، بقاء الدولة ملتزمة باتفاقية منصوص عليها طالما لم تتغير الظروف فقد تم تقنينها في اتفاقية فيينا في سنة 1969م والمتضمن قانون المعاهدات المعتمدة بفيينا في تاريخ 22 مايو سنة 1969م[2].

ثانيا: في القانون الفرنسي.

كان ظهور النظرية في القانون الفرنسي في القضاء الإداري بالتحديد حيث كان له الفضل في نقلها من القانون الدولي إلى القانون الإداري وذلك في الحادث الشهير "غاز بوردو" وتتلخص

[1] ايمن الدباغ، المرجع السابق، ص28.

[2] خميس الصالح عبدالله المنصوري، المرجع السابق، ص18.

وقائع القضية أنه في عام 1904م حصلت شركة على امتياز توريد الغاز والكهرباء إلى مدينة بوردو لمدة 30سنة، وكانت قائمة الشروط تحدد سعر الغاز والكهرباء الواجب على الشركة البيع بيه للجمهور، وروعي في تحديد هذا السعر في ثمن الفحم في ذلك الوقت حيث أنه المادة الأساسية لصنع الغاز واستخراجه وقد حدد سعر توزيع الغاز في عقد الامتياز بمبلغ معين للمتر المكعب على أساس أن سعر طن الفحم 23فرنكا، كان هذا هو متوسط سعر الفحم وقت التعاقد وقد توقع الطرفان المتعاقدان تغير سعر الغاز والكهرباء تبعا لتغير أسعار الفحم، وكان أقصى تقدير توقعه الأطراف العقد هو ارتفاع طن الفحم من 23 فرنك إلى 28 فرنك حيث كان أقصى سعر وصله الفحم قبل ذلك هو 28.4 فرنك، وكان ذلك في أثناء حرب بين فرنسا سنة 1874م ولما قامت الحرب العالمية الأولى ارتفعت الأسعار ارتفاعا فاحشا ووصل سعر الطن من الفحم إلى 117 فرنك، وبعدها وجدت الشركة الملتزمة أضحى من الصعب عليها إزاء هذه الظروف أن تورد الغاز والكهرباء بالسعر المحدد في وثيقة الالتزام وأصبحت مهددة بخسارة جسيمة قد تعوقها في تقديم خدامتها للجمهور المنتفعين، إذ كانت الأسعار أقل بكثير من أن تغطي نفقات الإدارة وتوجهت الشركة إلى بلدية بوردو لإعادة النظر في العقد وأن تسمح لها بزيادة الأسعار بما يوافق زيادة سعر الفحم إلا أن البلدية رفضت بحجة أن العقد شريعة المتعاقدين وأن التنفيذ ممكنا وليس مستحيلا وعندما رفع الأمر للمحافظ إلى مجلس المحافظة تمسك بنفس موقف البلدية وعندما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أقر مبدأ جديد بمقتضاه يتم تعديل العقد إذا اختل اختلالا جسيما بسبب ظرف طارئ غير متوقع من الناحية الاقتصادية، وقد راع المجلس الدولة الفرنسي وهو يقرر النظرية لو طبقت القواعد على إطلاقها لترتب على توقف الملتزم في نهاية الأمر في عزله عن إدارة مرفق العام بسبب زيادة التكاليف.[1]

وفي المقابل لم تلق ترحيبا في القضاء المدني الفرنسي، وقد أدى انتشار المذهب الفردي في أوروبا وسيادة سلطة سلطان الإرادة إلى عدم الأخذ بالنظرية باعتبارها ثغرة يمكن أن ينفذ منها قاضي للمساس بقوة العقل الملزمة، وقامت محكمة النقض بإجهاض كل محاولة من طرف المحاكم

[1] محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص87.

أن تمس بحرمة العقد، أبرز مثال على ذلك عندما أبت محكمة النقض أن تعدل عقدا يرجع إلى القرن 16م.

وفي عام 1567م تعهد المهندس "آدم دوكرا بون" بإزواء الأراضي العائدة لسكان منطقة "ياليسان" لقاء مبلغ متفق عليه بعملة ذلك الزمن وبعد مضي أكثر من 3 قرون أضحى هذا المبلغ زهيدا فتقدم الماركيز "دو كالفيه" الذي آلت إليه ملكية القنال إلى المحكمة أكس وطلب تعديل العقد ورفع زيادة على حساب المنتفعين.[1]

تمسكت محكمة النقض بحجة القوة الملزمة ولا يمكن المساس بالعقد بأي شكل من الأشكال ما دام التمهيد ممكنا وليس مستحيلا.[2]

القضاء المدني أحبط كل المحاولات للمساس بالقوة الملزمة للعقد التي أساسها الالتزام لسد أي ثغرة قانونية تستغل لتعديل العقد دون رضى الطرف الاخر، أما القضاء الإداري فكان سباقا لجعل هذه النظرية من المبادئ التي تبرم على أساسها العقود الإدارية وذلك للحفاظ على استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراد.

ثانيا: في القانون المصري.

لم يأخذ القضاء المصري في الظروف الطارئة كما هو المنصوص عليها في القانون المدني الحالي كان يأخذ بفكرة أن الالتزام لا ينقضي إلا إذا أصبح تنفيذه مستحيلا, قضت محكمة الاستئناف في مصر على أساس النظرية في قضية عرضت عليها(... إنه وإن كان من المقر احترام العقود باعتبارها قانونا لمتعاقدين وما دام لم يصبح التنفيذ مستحيلا استحالة مطلقة لحادث قهري إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيدا بروح الإنصاف ومقتضيات العدالة، وإذا طرأت عقود لم تكن في الحسبان في حساب المتعاقد وكان من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما بحيث يختل توازنها اختلالا خطيرا تجعل التنفيذ مرهقا لدرجة لم يكن يتوقعها في حال من الأحوال فإنه من الظلم احترام العقد في مثل هذا الظرف ومن العدل مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب).

[1] خميسي صالح ناصر عبد الله المنصوري، مرجع سابق، ص18.

[2] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص69،

وقرار آخر قضت محكمة آسيوط (... ليس للمحاكم في مصر أن تأخذ بنظرية الظروف الطارئة بل عليها أن تحكم بتنفيذ العقود كما هي وقت الإبرام ولا تدخل أي تعديل في الشروط المتفق عليها بين الطرفين).

واستمر الحال ما هو عليه حتى صدور القانون المدني النافذ وأخذ بهذه النظرية في 1948م وذلك في نص المادة 2/147 منه جاء فيها "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الإلتزام أصبح مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول و يقع باطلا كل إتفاق خلاف ذلك، أما القضاء الإداري المصري الذي عاصر إنشاء قرار النظرية في العديد من أحكامه منها الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 30/حزيران/1957 جاء فيه لا شبهة في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الإستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها والتي ترتب عليها أنه أصبح تنفيذ الإلتزام أشد إرهاقا وأكبر كلفة للمتعاقد فيحق له مطالبة الإدارة بمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على إزدياد الأعباء الناشئة في تلك الظروف.[1]

[1] إحسان ستار خضير، **نظرية الظروف الطارئة وأثر إختلاف التوازن الإقتصادي في تنفيذ العقد**، جزء من الترقية الى الصنف الأول، من صنف القضاة، محكمة استئناف ذي قار، 1997، ص17.

المبحث الثاني: تمييز النظرية عما يشابهها من الأنظمة ونطاق تطبيقها.

إذا كانت الإدارة لا تستغني عن العقود الإدارية لتنظيم المرفق العام والحفاظ على استمراريته إلا أن وقت إبرام الإدارة للعقود قد تصادف ظروف إستثنائية لم تكن متوقعة من طرفي العقد فيختل إختلالا جسيما يصبح من الصعب على المتعامل الاستمرار ويهدد بخسارة فادحة بالمتعامل المتعاقد، لذلك قام مجلس الدولة الفرنسي من ابتداع عدة نظريات الهدف منها إعادة التوازن المالي للعقد الإداري بانتظام واضطراد وكذلك حتى لا يتجنب الأفراد التعامل مع الإدارة في المستقبل.[1]

وهذه النظريات هي نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية القوة القاهرة ونظرية الظروف الطارئة وهذه الأخيرة التي سنميز بينها وبين النظريات المذكورة أعلاه، في المطلب الأول سنميزها عن فعل الأمير والصعوبات المادية غير المتوقعة، وفي مطلب الثاني سنميزها عن نظرية القوة القاهرة ونبين نطاق تطبيقها.

المطلب الأول: تمييز النظرية عن فعل الأمير والصعوبات المادية الغير متوقعة.

يعد استعمال الإدارة لسلطتها في تعديل العقد وانهائه بإرادة المنفردة من شأنه أن يخل بالتوازن المالي للعقد اختلافا للوضع الذي كان عليه حين الإبرام، باعتبار إن الإدارة هي صاحبة السلطة التي تدير الأمور في الدولة من خلال قراراتها التي يمكن أن توثر عن الحقوق والالتزامات المخولة للمتعاقد معها، كقيام حرب أو قيامها بتوقيف التصدير أو فرض رسوم جمركية أو زيادة الضرائب، وهذه القرارات يمكن أن تصيب المتعامل مع الإدارة ويختل توزان العقد المبرم اقتصاديا لأن المتعاقد غايته تحقيق الربح وليس إشباع الحاجيات، وتحقيق المنافع العمومية وهي أقصى ما تطمح إليه الإدارة من غايات، وعلى ذلك كل الزيادة في أعباء المتعاقد نتيجة استخدام الإدارة لسلطتها في تعديل العقد أو ظروف طارئة أو وجود صعوبات مادية غير متوقعة اثناء المباشرة في التنفيذ كوجود طبقات صخرية تحت الارض تزيد من تكلفة المشروع، ولم يكن يتوقها المتعاقد

[1] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص59.

او على الاقل لم يطن يتوقعا بالشكل الذي قبل به شروط العقد في البداية فيرتب عن ذلك حق للمتعاقد تغطية تلك الأعباء على نحو يعيد توازن المالي في حالته الأولى.[1]

سنتناول في هذا المطلب فرعين، الفرع الأول فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة، وفرع الثاني الصعوبات المادية غير المتوقعة النظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة.

للتمييز بين النظريتين نورد تعريف ثم نتبعها بشروطها التي تقوم عليها لنتمكن من تمييزها عن نظرية الظروف الطارئة إقرار حق المتعاقد من جراء فعل الأمير عند اختلال التوازن المالي للعقد يتطلب شروط معينة.[2]

أولا: تعريف فعل الأمير.

نكون في إطار نظرية عمل الأمير متى اتخذت جهة الإدارة المتعاقدة اجراءات هي في حقيقتها ترتب عليها زيادة أعباء المتعاقد معها ماليا في حين أنه لم يكن يتوقعها أو يتوقع أثارها.[3]

واقر المشرع الفرعي الجزائري ذلك في قانون الصفقات العمومية، وعمل بها وذلك في المادة من قانون الصفقات العمومية مئة وخمسة عشر، حيث جاء فيها: (تسوي النزاعات التي تطرا عند تنفيذ الصفقة في اطار الاحكام التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل، غير انه يحب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق هذه الاحكام، ان تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرا عند تنفيذ صفقتها، كما يسمح هذا الحل بما ياتي: ايجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل الطرفين).

---

[1] صفاء فتوح جمعة، **المبادئ العامة في العقود الإدارية التقليدية المتطورة وإشكاليات تسوية منازعاتها**، مكتبة الوفاء القانونية اسكندرية، طبعة أولى، 2017، ص 502،503.

[2] لفراس أسامة، **إعادة التوازن المالي للعقد الإداري**، مذكرة ماستر، تخصص دولة ومؤسسات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2014، ص12.

[3] عبد العزيز منعم خليفة، **المسؤولية الإدارية في المجال العقود والقرارات الإدارية** (دراسة تحليلية في ضوء أحداث أحكام مجلس الدولة)، دار الفكر الجامعي، 2007، ص143.

وايد ذلك الفقيه محمد الصغير بعلي الاساس الذي قامة عليه النظرية بقوله: (يقصد بفعل الامير التصرف او العمل الصادر عن الادارة المتعاقدة لدى ممارستها لأعمال السلطة التي تتمتع بها من خلال مباشرتها هذه المهام قد تؤدي الى ارهاق المتعاقد معها بصورة جدية، الامر الذي يقتضي دعمه ماليا وتعويضه حتى يتمر في تنفيذ الصفقة تحقيقا للمصلحة العامة من خلال مواصلة تقديم خدمات للجمهور في شتى المجالات)[1]

يراد بعمل الأمير لجميع أعمال المشروعة التي تصدر عن السلطة الإدارية المتعاقدة وتؤدي لضرر بالمركز المالي المتعاقد معها وذلك كون خطا من الادارة يؤدي التزام الجهة المتعاقدة عن تعويض المتعاقد معها عن جميع الاضرار التي لحقت به.

ثانيا: شروط إعمال فعل الأمير.

أ)- أن يكون هناك عقد إداري يجب أن يكون عقد إداري الصحيح بالعمل الفني الدقيق لأن نظرية فعل الأمير تطبق بالصفة خاصة بالعقود الإدارية.

ب)- أن يكون الإجراء المتخذ غير المتوقع، يشترط تطبيق فعل الأمير الإجراء المتخذ من طرف الإدارة غير متوقع وقت إبرام العقد، إذا توقع صدور الإجراء ولم يقدره التقدير الجيد يعتبر مقصر كرجل عادي حريص ولا يمكنه المطالبة بتطبيق فعل الأمير.

ج)- أن يكون الإجراء صادر عن المصلحة المتعاقدة وهي اختلال توازن المالي للعقد دون خطأ من الإدارة عكس المسؤولية العقدية التي تقوم على أساس الخطأ.

د)- أن يؤدي الإجراء الإضرار بالمتعاقد فلا يشترط في هذا الإجراء درجة كبيرة من الجسامة التي يصيب بها العقد، يكفي أن المتعامل المتعاقد تضرر بفعل ذلك الإجراء.

[1] بوشارب الزهرة، **نظرية فعل الأمير واثرها في المادة الإدارية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون إداري، قسم الحقوق، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2014، ص10.

ومجلس الدولة الجزائري لقرار له 9 أفريل 2001 بمناسبة قضية منزل "ب" ضد رئيس مجلس الشعبي البلدي لبلدية المغير حول نزاع على عقد إداري بينهما جاء في حيثياته اشترط حصول الضرر لاقتضاء التعويض سواء تعلق الضرر بما فات من كسب أو ما لحقه من خسارة.

- ألا تكون الإدارة متعاقدة قد أخطأت حين اتخذت التصرف الضار.
- أن يكون الإجراء الضار متخذ من طرف الإدارة ليس الخطأ منها وإنما لأجل الصالح العام، وإلا طبقت المسؤولية على أساس خطأ.[1]

الفرع الثاني: نظرية الصعوبة المادية غير المتوقعة.

تعد من النظريات التي أوجدها المجلس الدولي الفرنسي، فكان له الدور الكبير في وضع النظرية وتم تعريفها من طرف الفقه على أنها: (نظرية خاصة بمقاولات الأشغال تفترض صعوبات مادية لا يستطيع المتعاقدين توقعها ترمي بأعباء خطيرة طبيعية على عاتق المقاول مثل مواجهة طبقات المائية غير متوقعة في طريقه وحق التعويض معترف به للمقاول).

تطبق بشكل خاص على عقود الأشغال العامة لما تتطلبه لمدة للتنفيذ وعدم توقع الصعوبات المادية وإذا توافرت شروطها يمكن تطبيقها على بقية العقود.[2]

وتشترط الصعوبات المادية غير المتوقعة الآتي:

- أن يتعلق الأمر بالصعوبات المادية لا معنوية حيث يكتشف المقاول التركيبة الجيولوجية للأرض التي سيتعامل معها.
- أن تكون الصعوبات استثنائية غير عادية لا يمكن التغلب عليها بالسهولة.
- أن تكون طارئة حيث لا يمكن التنبؤ بها في حين الصعوبات البسيطة لا تلزم الإدارة بالتعويض فيتحملها المقاول وحده.
- ويترتب عليها زيادة أعباء مالية للمتعاقد مع الإدارة.[3]

---

[1] لفراس أسامة، مرجع سابق، ص 13،14.

[2] جهاد ضيف الله دياب الجازي، **إعادة توازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات أجنبية (دراسة تحليلية)**، مجلة بحوث القانونية والإقتصادية، المجلد 3، العدد: 01، جامعة الامير نورة بنت عبد الرحمان، كلية الادارة والاعمال، المملكة العربية السعودية 2020، ص 608/584.

[3] صفاء فتوح جمعة، مرجع سابق، ص506،507.

إذا توفرت هذه الشروط يستمر المتعاقد تنفيذ التزامه ومن حقه الحصول على تعويض كامل.

ويعتبر الهدف واحد من النظريات الثلاث هو إعادة التوازن المالي للعقد، إلا أن النظرية تختلف حسب الأصل فيها بينما من ناحية الفعل الذي تتحقق فيه المسؤولية في نطاق كل نظرية من النظريات (فعل الأمير صعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الظروف الطارئة) وتختلف في خصائص الضرر القابل للتعويض، وأخيرا من حيث المقدار الذي يجب في التعويض الكلي أو الجزئي.

قام الفقه التقليدي بوضع فواصل بين مصدر بين كل من النظريات الثلاث فأرجع نظرية فعل الأمير للمخاطر الإدارية، ونظرية الظروف الطارئة الحادث الطارئ الاستثنائي ليس من عمل الإدارة والصعوبات المادية غير متوقعة تنسب إلى الظواهر الطبيعية.

ولكن لم يستمر هذا التقسيم الثلاثي في نظرية الصعوبات المادية هذه النظرية لا يمكن تطبيقها إذا كان مرجع الصعوبات المادية بفعل الإدارة ونظرية فعل الأمير والظروف الطارئة قد تداخل فيم بينهما من ناحية الفعل الذي يوجب المسؤولية فنظرية فعل الأمير تشترط أن يكون مصدر فعل الضار هو الجهة الإدارية المتعاقدة فلا تطبق إذا كان من غير جهة الإدارة المتعاقدة، أما نظرية الظروف الطارئة فيمكن أن يكون الفعل الضار من طرف الإدارة المتعاقدة أو من غيرها.

تمتاز نظرية فعل الأمير بأن الفعل الضار يجب أن يكون منسوب إلى جهة الإدارة المتعاقدة بعكس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أن يكون الضرر خارج عن الطرفين، أما نظرية الظروف الطارئة فتشارك النظريتين الأخريات في مصدرهما، قد يكون مصدر الظرف فعل من جهة الإدارة ويمكن أن يكون مستقلا.

أما من حيث خصائص الضرر فلا يشترط فالنظريتين ان يكونا (فعل الأمير، نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة) على قدر كبير من الجسامة للتعويض فيكفي أن الشروط تطبيق إحدى النظريتين متوفرة في الظرف الواجب تعويض من خلالهما، إلا أن الصعوبات المادية بالعقود الجزافية تشترط أن تكون على قدر كبير من الجسامة، أما نظرية الظروف الطارئة فتشترط

أن يكون الضرر جسيما بحيث يكون من الصعب تنفيذ الالتزام بالوضع الذي سار عليه الحال بعد حدوث الظرف الطارئ.

يكون التعويض كاملا على كل ما لحق المتعاقد من خسارة وفاته من كسب وذلك في نظرية فعل الأمير وصعوبات المادية غير المتوقعة في حين نظرية الظروف الطارئة لا يترتب عليها سوى الحصول المتعاقد على تعويض جزئي مؤقت لمساعدته على استمرار في تنفيذ التزاماته حتى زوال الظرف الطارئ.[1]

قد وضعت النظريات الثلاث للحفاظ على التوازن المالي للعقد وإن تشابه الظرف اختلفت في أسباب تطبيقها حسب مصدر الفعل الضار وشدة هذا الفعل الضار من حيث التعويض الذي يأتي على إثره.

المطلب الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة ونطاق تطبيقها.

تبقى الظروف الطارئة كالزلازل والفيضانات والجوائح والأوبئة والتي تكون نادرة الوقوع وغير متوقعة حين إبرام وأبرز مثال ووقع الحال الظرف الذي يمر به العالم المتمثل في الوباء المنتشر كوفيد –19 المستجد الذي أثر في توازن ميزانيات الدول فما بالك بالعقود المبرمة بين الإدارة والمتعامل معها داخل الدولة ويمكن لهذا الظرف أو غيره أن تخلق نزاع حول اعتبار هذه الظروف الطارئة تستوجب تنفيذ الالتزامات العقدية رغم الضرر الذي تخلفه أم نعتبرها قوة قاهرة تجعل التنفيذ مستحيلا والفسخ احتمال أكيد لإنهاء الالتزام العقدي.

سنحاول في هذا المطلب توضيح فروق الجوهرية التي تميز القوة القاهرة عن الظروف الطارئة وتبيان نطاق تطبيقها.

الفرع الأول: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الظروف القاهرة.

لم يعرف المشرع الجزائري القوة القاهرة بل جعلها ضمنا في القانون المدني كسبب يعفي من المسؤولية 138،581 ق م، أشار إليها قانون الإجراءات المدنية والإدارية للمادة 322 كاستثناء حق الطعن بسبب عدم احترام الآجال المقررة في القانون.

[1] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص21.

في حين نجد المشرع المغربي لقانون الالتزامات والعقود يعرفها على أنها: (كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه كالظواهر الطبيعية كالجفاف والعواصف والحرائق والجراد وغارات العدو وفعل السلطة يكون من شأنه أن يجعل التنفيذ أمرا مستحيلا يقدم المدين الدليل أنه بذل كل العناية لدرئه عن نفسه).

كما عرفها المشرع الفرنسي حدوث السبب خارج عن إرادة المدين لم يتوقعه عند إبرام العقد ولا يمكن درئه بالوسائل الملائمة.[1]

ويمكن إجمال شروطها كما يلي:

- عدم إمكانية توقع الحدث أو حدث غير مترقب بحيث ألا يكون المتعاقد قد تصور الحدث قبل إبرام العقد لأن توقع الحدث أو عدم توقعه الحد الفاصل بين تطبيق النظرية قوة القاهرة من عدمه.
- يكون الحدث خارج عن إرادة المتعاقدين: إذا كان الإهمال من طرف الإدارة أو الأمين فهنا لا يمكن تطبيق القوة القاهرة في هذه الحالة.
- استحالة الدفع الضرر(عدم إمكانية تلافي الحدث) بعد وقوع الحدث غير المتوقع يجب كذلك أن لا يكون في الإمكان دفعه وأن يجعل تنفيذه مستحيلا وهو شرط بديهي تقتضيه طبيعة الفكرة التي تقوم عليها القوة القاهرة.

وتكمن اختلافات بين النظريتين المذكورتين أعلاه من حيث التنفيذ والالتزام، فنظرية الظروف الطارئة عند تطبيقها يستمر الالتزام رغم صعوبة تنفيذه أما في القوة القاهرة فتجعل التنفيذ أمرا مستحيلا ويحكم القاضي في نظرية الظروف الطارئة بتعويض جزئي على الضرر الذي خلفه الظرف الطارئ، أما القوة القاهرة فتستلزم فسخ العقد وإنهاء الالتزامات فلا تعويض بدون التزامات.

والظرف الطارئ من النظام العام لا يجوز مخالفته وهذا بنص المادة 107 من القانون المدني بعكس القوة القاهرة التي يجوز للأفراد الاتفاق مسبقا تحمل المدين الخسائر وهذا في نص المادة 172 من نفس القانون.[2]

---

[1] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص 57.

[2] عبد الرشيد طبي، **القوة القاهرة وأثرها على التشريع والقضاء (فيروس كوفيد-19 نموذج)** محكمة العليا، الجزائر، 2020 ,ص5.

تتفق النظريتين أن كلاهما ناتج عن ظرف غير متوقع ولا يمكن دفعه وتختلف في تنفيذ الالتزام رغم الصعوبات المادية المرهقة أو بطلان الالتزام لعدم القدرة على التنفيذ نهائيا.

في ظل انتشار فيروس كورونا كوفيد-19 المستجد عبر العالم قد يُحتَج بسبب الظروف الطارئة أو القوة القاهرة في التملص من المسؤولية والإشكالية التي تثيرها النزاعات المطروحة حول هذا الظرف لما لها أثر في تنفيذ الالتزامات التعاقدية على القضاء الإداري اتخاذ موقف صريح في توضيح معالم النظرية لتجنب الكثير من النزاعات والمغالطات.[1]

الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

يعتبر المجال واسع لتطبيق النظرية في العقود الإدارية طويلة الأجل كعقود امتياز المرفق العام وعقود الأشغال العمومية.[2]

ونشير أن نظرية عدم التوقع قابلة للتطبيق على عقود قانون خاص لأن القانون المدني يعتد بالتوقع على الرغم من أن نظرية الظروف الطارئة بفرنسا في عقود امتياز القانون العام وشملت فيما بعد جميع العقود الإدارية وأصبح مجال تطبيقها في العقود الإدارية كقاعدة عامة ويرى أحد الفقهاء أن بعض العقود الإدارية من الصعب تطبيق عدم التوقع بشأنها، فهل يمكن مثلا قبول لطلب تعويض عن عدم توقع يتقدم به حامل السندات الحكومية تصدرها الدولة عن الانقلاب الحاصل إثر هبوط قيمة العملة، أو هل يقبل أيضا طلب موظف بالتعاقد بتعديل المكافأة التي حصل عليها وقد تدنت قيمتها بسبب انخفاض العملة وارتفاع كلفة المعيشة، الحقيقة أن كل ما يمكن أن نؤكده هو إن نظرية عدم التوقع يمكن أن تلعب دورها في تطبيق العقود الإدارية عند توفر شروط تطبيقها حيث تكون قابلة للتوقع في واقع الأمر الذي ليس محقق في كافة العقود.

ونظرية الظروف لا تطبق إلا في مجال النشاط التجاري أو الصناعي كعقد الامتياز وعقد التوريد وعقد النقل وعقد الأشغال العامة.

---

[1] بوغرارة الصالح، **إنتشار فيروس كورونا سبب اجنبي لدفع المسؤولية بين نظريتي القوة القاهرة للظروف الطارئة**، حوليات جامعة الجزائر، مجلد 34ن عدد خاص، 2020، ص315.

[2] كرمة عبد العزيز غويني، **العدالة العقدية في العقود الإدارية**، مذكرة ماستر، 2015تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجلفة 2016، ص 63 ص67.

ويرى الفقيه (M.WALLNU) أن نظرية تطبق على العقود التي تستغرق وقتا لتنفيذها مم يسمح بظهور بعض الظروف غير متوقعة التي يترتب عليها الاختلال الاقتصادي للعقد، أما العقود التي تستلزم تنفيذها فور إبرامها فهي لا تدخل في مجال تطبيق النظرية.

الفصل الثانـي: الإطار التنفيذي لنظريـة الظروف الطارئـة.

بعدما تكلمنا في الفصل الاول عن نظرية الظروف الطارئة ومختلف التعريفات التي جاءت بها ومختلف التشريعات والاجتهادات القضائية والفقهية بأن نظرية الظروف الطارئة تعبير عن تطبيق نظام قانوني قائم على حماية المتعاقد مع الإدارة من أمر طارئ قد يخل بالعقد اختلالا جسيما ويقلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ومن أجل الاحتجاج بالتعويض أمام القضاء يجب أن تتوفر مجموعة من الشروط التي يجب مراعاتها قبل تطبيق النظرية وفي حين توفر الشروط وأصبحت النظرية لازمة التطبيق فإنها ترتب على تطبيقها جملة من الأثار ويلتحق المتعاقد كالتزام على الإدارة بأن تقاسمه الخسارة والضرر الذي لحق به تعويضا جزئيا لتمكينه من الاستمرار التنفيذ ويأتي هنا دور القاضي لتقدير التعويض حيث الظرف والوقائع التي حصل فيهان باعتبار ان الظرف مؤقت ينتهي الظرف الطارئ بزوال اسبابه ,وفي حال استمر الوضع على حاله مدة طويلة جعلت الاستمرار في التنفيذ مستحيل هنا نكون بصدد القوة القاهرة ويكون نهاية الظرف الطارئ مع نهاية الالتزامات التعاقدية.

سنحاول في هذا الفصل إبراز شروط وآثار تطبيق النظرية الظروف الطارئة ضمن المبحث الأول، اما المبحث الثاني سنبين سلطة القاضي في مواجهة الظرف الطارئ ونهايته.

المبحث الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وآثارها.

أرسى القضاء الإداري الشروط التي يتعين تحقيقها حتى يمكن تطبيق النظرية من خلال قرار الشهير لمجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو والقرارات اللاحقة له كقرار "شربورج" الصادر بـ 9 ديسمبر 1932 الذي ضبط أحكام وشروط تطبيق النظرية.[1]

إذا أردنا تقسيم الشروط الواردة في هذا المجال ستكون هناك شروط خاصة بالظرف الطارئ في حد ذاته والظروف المتعلقة بالمتعاقد، وإذا اجتمعت هذه الظروف يلزمنا تطبيق نظرية الظروف الطارئة وما ينتج عنها من آثار.

سنقوم في هذا المبحث بذكر الآثار التي تخلفها النظرية وقبل ذلك نذكر أهم الشروط التي وضعها الفقه.

المطلب الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

تتميز نظرية الظروف الطارئة بجملة من الشروط التي تميزها عن غيرها من نظريات الأنظمة القانونية، وبعض هذه الشروط ترتبط بالظرف الطارئ في حد ذاته وبعضها متعلقة بالمتعاقد،[2] المطلب مقسم إلى فرعين، الفرع الأول شروط متعلقة بالظرف الطارئ، والفرع الثاني شروط المتعلقة بالمتعاقد.

الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ.

أولا: أن يكون الظرف استثنائيا.

ويقصد بالحادث الاستثنائي ذلك الحادث الذي ينذر وقوعه في الحياة العادية، فلا يدخل في الحسبان أي من طرفين العقد،[3] وهذا الحادث الاستثنائي يكون في الزلازل والفيضانات والحروب أو وباء منتشر أو ارتفاع باهض في الأسعار...

---

[1] شاسوا نورالدين، **اثر الظروف الاقتصادية على التوازن المالي للعقد الإداري**، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، مجلد 3، العدد 02، جامعة بن خلدون، تيارت، 2018، ص 43.

[2] عبد الله فداق، **نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماستر، تحصص قانون خاص معمق، جامعة مستغانم، كلية الحقوق، 2018، ص32.

[3] هبة محمد محمود ديب، **أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني**، مذكرة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، 2012، ص36.

ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر ذلك بأن "... نظرية الظروف الطارئة بمقتضاها يطرأ على تنفيذ العقد الإداري حوادث الظروف الاقتصادية لم تكن في الحسبان عند التعاقد..." إلا أن بعض الفقهاء يرى شرط الاستثناء يجب أن يكون تابعا للأثر الذي يخلفه الظرف وليس الظرف في حد ذاته، وبعض الظروف قد تكون عادية ومألوفة مثل موجات البرد التي تصيب المحاصيل الزراعية فلا نستطيع اعتبارها ظروف استثنائية ولكن في نفس الوقت تسبب ضر.

وهنا يمكن إجمال القول في أن التعويض العبرة به تكون على أساس الآثار المترتبة على الحادث.[1]

ثانيا: أن يكون الظرف عاما.

ويقصد بالعام أن يمس طائفة من الناس فلا يتعلق الأمر بالمتعاقد وحده سواء بمرضه أو بإفلاسه أو موته.[2]

يتحدد شرط العمومية بعدد الأشخاص الذين يتأثرون بهذا الظرف ولا يشترط في ذلك أن يشمل إقليم معين داخل دولة أو في دولة بأكملها، بل يكفي أن يصيب طائفة معينة منهم كالتجار أو الحرفيين أو المزارعين.

نجد القانون المدني الجزائري أخذ بشرط العمومية إلا أن التقني الإيطالي واليوناني لم يأخذ بهذا الشرط لأن ذلك يتنافى مع مبدأ العدالة الذي يقضي برفع الإرهاق عن المضرور حين أقر بتطبيق النظرية حتى لو كان الظرف خاصا فرديا لا يمس سوى المتعاقد وحده، وهذا ما نصت عليه المادة 467 من القانون المدني الإيطالي.[3]

إذا اطلعنا على أراء الفقهاء والقانون والقضاء مجد أنها تجمع على أن الظرف يجب أن يكون عاما واستثنائيا، فماهي طبيعة الظرف الطارئ فهل نستطيع أن نرجعه إل أسباب اقتصادية أم إلى مخاطر إدارية أو طبيعية؟

---

[1] عبد الله فداق، المرجع السابق، ص 35.

2 محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص20.

3 عبد الله فداق، مرجع سابق، ص 34.

ثالثا: طبيعة الظرف الطارئ.

ذهب الاتجاه التقليدي إلى ضرورة أن يكون الظرف طارئ اقتصاديا ليتميز عن نظرية عمل الأمير التي تواجه المخاطر الإدارية للجهة المتعاقدة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تواجه المخاطر الطبيعية.

أنتقد هذا الاتجاه الذي حصل شرط الظرف الطارئ أن يكون ذا طبيعة اقتصادية، قد تتشابه نظرية الظروف الطارئة أو فعل الأمير في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة لأسباب إدارية إلا أن ما يميز فعل الأمير عن نظرية الظروف الطارئة في الحالة الأولى يكون الفعل من طرف جهة الإدارة المتعاقدة، أما في الحالة الثانية يكون الفعل صادر عن غير الجهة المتعاقدة فإذا كان الفعل من جهة الإدارة نطبق فعل الأمير وفي نظرية فعل الأمير يكون الظرف خاص بالمتعاقد عكس نظرية الظروف الطارئة التي تستلزم أن يكون الظرف على عامة الناس ويشترط كذلك في الظرف الطارئ على قدر كبير من الجسامة عكس نظرية فعل الأمير إضافة إل أنه يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الإدارية والمدنية على سواء فإن نظرية فعل الأمير تطبق فقط في العقود الإدارية.[1]

أما في حالة الظواهر الطبيعية عندما تحصل الكوارث وتؤدي إلى انقلاب اقتصاديات العقد نكون بصدد تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك ما أقره مجلس الدولة الفرنسي في قراره الصادر 1944/04/21 في قضية الشركة الفرنسية للكابلات التليغراف، وكذلك ما ذهبت إليه المحكمة الإدارية في القضاء المصري "" الظروف الطارئة قد تكون من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها والتي يترتب عليها أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا وأكبر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة في تحمل النتائج المترتبة عن زيادة الأعباء الناشئة في تلك الظروف.

مع ذلك يبدو من الصعوبات وضع حد فاصل بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لأن عندما يحدث ظرف يقلب اقتصاد العقد نكون هنا أمام

[1] سامي الطيب إدريس، **حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي** ،كلية الدراسات العليا جامعة النيل، مجلد 10، العدد37 2017، ص207.

نظرية الظروف الطارئة، أما إن كانت الصعوبات الطبيعية هي من أدت إلى اختلال التوازن المالي للعقد نطبق نظرية الصعوبات المالية غير المتوقعة وهي أحسن بالنسبة للمتعاقد لأن التعويض يكون كامل وليس جزئي.

ومع ذلك يبدو أن الصعوبات وضع حد فاصل بين النظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة لأن عندما يحدث ظرف طارئ يقلب اقتصاد العقد نكون هنا أمام نظرية الظروف الطارئة أما إن كانت الصعوبات الطبيعية هي من أدت إلى اختلاف التوازن المالي للعقد نكون أمام نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وهي أحسن بالنسبة للمتعاقد بأن يكون فيها التعويض كامل وليس جزئي وفي حالة تدخل السلطة العمومية سواء كان إجراء تنظيمي أو تشريعي كارتفاع الأسعار أو زيادة في الأجور بسبب إجراءات المالية، كل ذلك يؤدي إلى قلب اقتصاد العقد بسبب تدخل السلطة العمومية فتستبعد نظرية الظروف الطارئة وتفعل نظرية الأمير مثل قرار مجلس الدولة الفرنسي في قضية (Tanti) في عام 1924/11/28.

نجد مجلس الدولة في قرار آخر له في 1949/05/04 بشأن الإجراءات التي اتخذتها السلطات العسكرية لمدينة طولون، وقرار مجلس الدولة الفرنسي كذلك خفض مبيعات الإنارة في مدينة (ELBEUF).

نجد أن القضاء قد توسع في مفهوم الظرف الطارئ وأصبح يشمل الظروف الطبيعية والاقتصادية على أن تتوافر باقي الشروط.[1]

رابعا: أن يحدث الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد.

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يقع الظرف الاستثنائي قبل تمام العقد وخلال تنفيذه، فلا يعتبر الظرف الطارئ الأمر الحاصل قبل إبرام العقد حيث يمكن للمتعاقد أن يأخذ اختياره في إبرام العقد من عدمه وإذا قبل الإبرام مع وجود الحادث فلا يعتبر هذا الظرف طارئ ولا يعد الظرف طارئا متى حصل بعد إتمام تنفيذ العقد إلا في حالة امتداد مدة تنفيذ بسبب الإدارة

1 محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص98.

فيعوض المتعاقد بسبب انتهاء التنفيذ ولسبب خارج عن إرادته حيث مدة التنفيذ تكون المدة الأصلية المتفق عليها حين إبرام العقد.

وقد ذهب البعض أن تطبيق النظرية لا يكون في العقود متراخية التنفيذ وذلك لأجل إعمال تقدير المناسب للتعويض في حكمة من التشريع، ولكن الرأي الراجح فقها وقضاء أن نظرية الظروف الطارئة يمكن تطبيقها على العقود متراخية والعقود الفورية على حد سواء فلا مانع من تطبيق النظرية إذا حدث الظرف عقب إبرام العقد مباشرة وقبل الشروع في التنفيذ وترتب على ذلك أن أصبح الالتزام مرهقا.[1]

الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمتعاقد.

أولا: استقلال الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقد.

ومن شروط النظرية أن يكون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقد أو تقاعس في بذل العناية بالرجل العادي يستفيد المتعاقد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة صدور إجراء الإداري الضار بفعل الإدارة غير المتعاقدة وفي الحالة الثانية إذا فشل المتعاقد في إثبات خصوصية الضرر في وصفه شرطا لتطبيق فعل الأمير.[2]

ثانيا: ألا يكون في وسع المتعاقد توقع الظرف ولا يمكن دفعه.

ويعتبر سليمان الطماوي هذا الشرط جوهر النظرية وهو أن كل عقد يحتمل توقع مخاطر وكل متعاقد حذر الذي أخذ جميع حساباته يضع في توقعه هذه المخاطر إذا قصر فلا يمكنه المطالبة بالتعويض ولكن ما يمكن أن يؤمن عليه المتعاقد هو الظروف التي تفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان وينفرد بكونه حادث غير متوقع وليس بالإمكان درئه وهنا الحادث الذي لا يستطاع دفعه ولا يشترط أن يكون متوقع أو غير متوقع، وشرط عدم التوقع شرط جوهري لأن النظرية تسمى كذلك (نظرية عدم التوقع) ويعتبر الحد الفاصل بأنه طارئ من عدمه، ومثال ذلك

---

1 حمد محمد حمد الشلماني، **إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 2007، ص311.

2 حسن محمد علي حسن البنان، **نظرية اثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)**، مجلة الرافدين للحقوق مجلد16، العدد58، جامعة الموصل، كلية الحقوق، 2018، ص185.

زيادة الضرائب أو تخفيف قيمة العملة في هذه الظروف لا يمكن وضعها في الحسبان عند التعاقد أما إن كانت المخاطر عادية ولا تتجاوز مكانة للمتعاقد أن يتوقعه فلا يعد ظرفا طارئا كالزيادة المعقولة في الأسعار، وهناك من قال أن عدم التوقع أمر نسبي يختلف من وضع لآخر فإذا كان الحادث المتوقع فهو من صنف الحوادث المتوقعة والعادية التي تستلزم التعويض اما الحوادث النادرة فلا يمكن توقعها، وكذلك في حالة أن يكون العقد المبرم لمدة طويلة فاحتمال وقوع الحادث أكبر منه في العقود قصيرة الأجل نراعي في ذلك قدرات المتعاقد إذا كان شخصا أو شركة، فمهما تكن قدرة المقاول التي يمتلكها فلا يستطيع توقع الحادث بدقة في حين أن الشركة التي تمتلك الخبرات والإمكانيات تمكنها من توقع الظرف الطارئ، مثل شركة تجارية يمكنها أن تعلم الأزمات الحاصلة في الموانئ التي يمكن أن تحدث أثناء تنفيذ العقد.[1]

ثالثا: إصابة المتعاقد بخسائر فادحة.

هذه الخسائر يمكن أن تنقلب اقتصاديات العقد يتعين لتطبيق النظرية أن يصاب المتعاقد جراء الحادث الاستثنائي وغير المتوقع ويؤدي إلى خسائر فادحة يمكنها قلب الاقتصاديات العقد رأسا على عقب وإذا اقتصر الظرف الطارئ على آثار بسيطة كأن يفقد أرباحه مثلا فلا مجال لتطبيق النظرية وتعتبر من المخاطر التي كان بوسع المتعاقد توقعها، الأمر الذي يجعله المسؤول الوحيد عن تلك الأضرار.[2]

وقلب اقتصاديات العقد فكرة نسبية حيث تختلف من متعاقد لآخر بحسب قدرة كل متعاقد في مواجهة الظرف، أقر مجلس الدولة الفرنسي عدة اعتبارات يجب الأخذ بها قبل أن الحكم خطأ جسيما ويستحق التعويض مثل مقدار الاحتياط، وقضت المحكمة الإدارية في مصر أنه "... ويتفق أن تأخذ جميع عناصر العقد المؤثرة في اقتصادياته في الاعتبار كمدة العقد، ويجب تفحص العقد في مجموعه كوحدة واحدة دون التوقف عند أحد عناصره أو عناصر الخسارة فيه فقد تكون باقي العناصر ما يعوض المتعاقد عن العنصر الخاسر...".[3]

3محمد أبو بكر المقصود، المرجع السابق، ص23.

4 عبد العزيز عبد المنعم، المرجع السابق، ص148.

[1]حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص25.

وبالتالي اذا اقتصر الظرف الطارئ على اصابة المتعاقد اصابة عادية كان يفقد ارباحه مثلا فلا يعد ذلك من شروط تطبيق النظرية، ويعتبر من قبيل المخاطر التعاقدية التي كان للمتعاقد في الوسع توقعها، الامر الذي يفرض عليه تحملها وحده، فيشترط ان يكون الخطأ جسيما لدرجة يختل معها التوازن المالي للعقد، في الشكل الذي يصيب المتعاقد بخسائر فادحة لا يمكن تداركها.[1]

المطلب الثاني: آثار النظرية ومجال تطبيها الشخصي.

بالشروط التي تم ذكرها تقوم نظرية الظروف الطارئة وتقوم على فكرة جوهرية هي تعذر أو صعوبة الاستمرار في التنفيذ من طرف المتعاقد الذي أصبح مثقلا بخسائر لا يمكن تداركها إن استمر الظرف بنفس الوضع، وهنا إمكانية التنفيذ موجودة وإن بشكل أقرب للمستحيل فتقع هذه الحالة في مكان وسط بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة وهذه الأخيرة التي تحرر المتعاقد من التزاماته وهذه الفكرة هي التي تحكم الآثار المترتبة كما قام المجلس الدولي الفرنسي بابتداعها.

فإنه من الطبيعي أن ترتب هذه النظرية آثار قانونية بزاوية التزام المتعاقد مع الإدارة استمرار في تنفيذ العقد وفي الجهة المقابلة تلتزم الادارة بتعويض المتعاقد معها المضار.

وعلى هذا النحو سيكون المطلب مقسم إلى فرعين؛ الفرع الأول آثار تطبيق النظرية، الفرع الثاني مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: الآثار الناتجة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

إذا كنا أمام عقد اختلت اقتصادياته اختلا جسيما جعل من الاستمرار امرا عسيرا على المتعاقد يلزم تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، ويترتب عليها حق المتعاقد في حصوله على تعويض، اذا كانت هي في المقابل تطالبه بالاستمرار في التنفيذ حسب النظرية وشروطها.

وسنوضح في هذا الفرع الآثار التي تترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة؛

أولا: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

[1] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص148.

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته متى توفرت الشروط لتطبيق النظرية، ويعتبر استمرار في التنفيذ شرطا جوهريا في نظرية الظروف الطارئة كما سبق ذكره، بالإضافة كونه شرطا للنظرية فهو من أحد الآثار التي تميز النظرية عن القوة القاهرة التي يصبح التنفيذ فيها مستحيلا.[1]

ولتطبيقها قضت المحاكم العليا لمعظم البلدان بأنه: " ليس مؤدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد توفر شروطها أن يمتنع المتعاقد فورا عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد وللمتعاقد أن يدعو الإدارة لمشاركته جزء من الخسائر التي لحقت به نتيجة التزاماته الواردة في العقد في ظل الظروف الطارئة فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء فيقتصر دور القاضي في هذه الحالة بالتعويض المناسب".[2]

وفي حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد وذلك مع توافر جميع شروط النظرية الطارئة فيعد ذلك خطأ عقديا يمكن للإدارة أن توقع الجزاء ذلك فلها أن تفسخ العقد ومن الممكن أن توقع عليه جزاءات كالغرامات التأخيرية عن الفترة التي توقف فيها عن التنفيذ.[3]

ويرجع المبرر الأساسي للالتزام المتعاقد مع جهة الإدارة لتنفيذ التزاماته الى المرفق العام ووجوب سيره بانتظام واضطراد، مم يلزم المتعاقد على بذل أقصى جهد في تنفيذ التزاماته العقدية والتي تتمثل في المقام الأول لتحقيق النفع العام الذي هو أساس النظرية وألا يحرم الجمهور من المرفق ولتجنب العديد من المشاكل والآثار والتي تنشأ من جراء توقف المرفق العام وما يخلفه من أضرار تحسب على الدولة وإقتصادها وتبقى العقود الإدارية مبرمة من طرف الإدارة هي وسيلة من الوسائل التي تستعملها الإدارة لتسيير المرافق العامة.[4]

---

[1] كرمة عبد العزيز لغويني، مرجع سابق، ص67.

[2] سامي الطيب إدريس محمد، مرجع سابق، ص211.

[3] خليفة خالد، بوالي محمد، **أثر الظروف الطارئةعلى تطبيق غرامة التأخيرية في مجال الصفقات العمومية**، مجلة الدراسة الحقوقية، المجلد7، العدد2، جامعة سيدي بالعباس، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية 2020، ص180.

[2] محمد أبو بكر عبد المقصود، مرجع سابق، ص35.

ثانيا: إلتزام الإدارة بالتعويض.

إذا كان على المتعاقد المضرور من الظرف الطارئ واستمر في تنفيذ العقد ينشأ في حقه على الإدارة التزامها في تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به لهدف جعله يستمر في تنفيذ بشكل عادي عموما.[1]

فالتعويض هنا لا يغطي الخسائر التي تحملها كلها، وانما يكون بالقدر الذي يمكن المتعاقد من استمرار تنفيذ التزاماته التعاقدية، فليس له الحق المطالبة بتعويض يشمل الارباح وفوات الكسب[2]، والتزام الإدارة بالتعويض يعتبر في نفس الوقت حق المتعاقد في الحصول على معونة الإدارة المالية لمواجهة الظروف التي طرأت أثناء تنفيذ العقد، فالنظرية تطبق على فكرة العدالة وكذلك لاستمرار المرفق العام من اجل تحقيق المصلحة العامة، ويتحقق ذلك بالتعويض جزئي، فالتعويض هنا ليس كامل مثل نظرية فعل الأمير وفي الغالب يقضي القاضي بتحمل الإدارة الجزء الأكبر من الخسارة ، وهو ما ذهب إليه المجلس الدولة الفرنسي حين أقر فيه: " أن الزيادة في الأعباء المالية للمتعاقد الناتجة عن الظروف الخارجية الطارئة يبرر له طلب التعويض على أن يكون مغطيا بنسبة 90% إلى 95% من تلك الأعباء.[3]

إن الهدف من التزام الادارة بالتعويض هو مساعدة المتعاقد على التغلب على هذه الظروف بشكل مؤقت إلى أن يزول الظرف حتى يعود إلى حالته الطبيعية التي أبرم فيها العقد ويتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما ذكرت في العقد فالتعويض الجزئي عبارة عن مساعدة من جهة الإدارة حتى يتجاوز الظرف الطارئ الذي تعرض له المتعاقد وإعادة التوازن المالي.[4]

لقد اختلفت الآراء حول الأساس القانوني الذي يؤسس عليه حق المتعاقد للحصول على التعويض تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة حيث لم يجمع الفقهاء والقضاء على أساس واحد وإنما نسبوا التعويض لأسس مختلفة سنوردها فيم يلي:

---

[3] كرمة عبد العزيز لغويني، مرجع سابق، ص 67.

[2] عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع، ص 149.

[4] جهاد ضيف الله ذياب الجازي، مرجع سابق، ص593.

[1] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص174.

أ- الحفاظ على التوازن المالي للعقد يقتضي منح التعويض على اعتبار أن الظروف أخلت بهذا التوازن كالفقيه"" فالين"" والفقيه ""دي سوتو"".[1]

وفي فكرة التوازن المالي لها مكان بارز في النظرية العامة للعقد الاداري ويعتبر أمرا مفترضا في كل عقد دون الحاجة للنص عليه وانتقد هذا الرأي أيضا لأن فكرة التوازن المالي لا تكفي لتبرير حق المتعاقد للحصول على تعويض بعد طلب فسخ العقد لاستحالة التنفيذ وفي هذه الحالة لا مجال للحديث عن التوازن المالي للعقد الذي لم يعد موجودا اصلا بالإضافة إلى ذلك أن الأخذ بفكرة التوازن المالي اساسا للتعويض وكن المبدأ مؤسس على مصلحة المتعاقد وفي حين أن هدف من التعويض في الأساس هو محافظة على المرفق العام واستمرارا رغم الأزمة الاقتصادية وليس الغرض تعويض المتعاقد على وجه الخصوص.[2]

ولقد أخذت في هذه الفكرة محكمة القضاء الإداري المصري في حكم صادر عنها في 30 يونيو 1957 حيث قالت: "إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يتمتع بها اعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وفي ذات الحكم ""وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون..." وقالت أيضا: " إن التوازن المالي أمر مفترض في كل أمر إداري"، وهو ما تحدث عنه سليمان الطماوي في تعليقه على هذا الحكم بقوله: " وواضح من صياغة الفقرات السابقة من حكم محكمة القضاء المصرية أن المحكمة قد أخذت بالأفكار الراجحة بم يتعلق بنظرية التوازن المالي من العقود الإدارية وأهم انتقاد موجه لفكرة التوازن المالي التي يكون فيها التعويض كاملا في حين ان التعويض في نظرية الظروف الطارئة يكون فيها التعويض جزئيا ولو تحملت الإدارة النصيب الأكبر من الخسارة.[3]

ب- مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد؛

---

[2] شاشوا نور الدين، مرجع سابق، ص46.

[3] محمد أبوبكر عبد المقصود، مرجع سابق، ص 47.

[1] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص 111.

تقدم المرافق العامة خدمات ضرورية وحيوية للجمهور فإذا تأخرت فترة عن العمل سيؤدي ذلك إلى مشاكل وأضرار وخسائر جمة لذا كان من أهم واجبات الإدارة أن تحافظ وتضمن سير المرفق العام فتعتبر هذه الفكرة هي الاكثر شيوعا وتطبيقا للقوانين حين الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وقد وضعت لبنات هذه الفكرة في حادث غاز بوردو الشهير حين أقر مجلس الدولة الفرنسي ""... أنه ينبغي أن نجد حلا لهذه المسألة يحقق المصلحة العامة التي تستلزم استمرار المرفق محل الالتزام..."" إن توقف المرفق عن إشباع حاجيات الجمهور قد يرتب الكثير من الصعوبات والمشاكل فإذا طرأ ظرف غير متوقع جعل المتعاقد غير قادر على المحافظة على استمرارية المرفق العام وجب على الإدارة هنا أن تهب لمعاونته وأن تسنده في ظرفه هذا ويقول الأستاذ جاستون جينز: "إن ضرورة سير المرفق العام هي الفكرة الأكثر رواجا في القانون العام".[1]

ويقول الأستاذ جون ريفيرو: "إن نظرية الظروف الطارئة لهدف استمرار أداء خدمات العامة".

ولكن في الواقع تبقى فكرة استدامة سير المرفق العام بانتظام واضطراد وغير كافية لوحدها لتكون أساسا للتعويض عن خسائر الظرف الطارئ، توجد حالات يستحق المتعاقد على الرغم من فسخ العقد وانتهائه.[2]

يبقى مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد هي جوهر نظرية الظروف الطارئة وأساسها في التعويض، لأن الأصل في إبرام العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة وليس مصلحة المتعاقد الخاصة.

ت-فكرة العدالة؛

تعتبر فكرة العدالة أن الأساس القانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، قد توجد حالات لا نستطيع التعويض على أساس المرفق العام بانتظام واضطراد وذلك حين ينسخ العقد وتنتهي مدته، واستعملت هذا المبدأ المحكمة الإدارية المصرية فقالت: "أن نظرية الظروف الطارئة تقوم

[2] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص ص 105،106.

[3] محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص 48.

على فكرة العدالة المجردة وهي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة..." ويعتبر الدكتور هاني غانم: "أن الرأي الراجح فقها وقضاء يكمن في قواعد العدالة ومقتضيات المصلحة العامة التي تهدف إلى استمرار المرفق العام وتقديم خدمات للجمهور وبطريقة مضطردة".

وانتقدت هذه الفكرة من بعض الفقهاء على أساس أنها فضفاضة ويمكن أن تحمل تفسيرات مختلفة، وهناك من الفقهاء من أضاف فكرة العدالة كفرع من مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد وليس كأساس مستقل في حد ذاته يلزم التعويض بناءا عليه بما يسمى بالطبيعة الذاتية للعقود الإدارية فيما قاله سليمان الطماوي: "ويذهب الرأي الراجح في نظرنا إلى إرجاع التعويض إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية فالتعويض إذن يستند إلى ضرورات سير المرافق العامة وقواعد العدالة".[1]

ث- فكرة النية المشتركة؛

هناك جانب من الفقه أسس تعويض على فكرة النية المشتركة لأطراف العقد فالتعويض عن الظرف الطارئ يستند إلى ما اتجهت إليه نية الطرفين ضمنا أثناء تنفيذ العقد ويجب أن تنفذ العقود بحسن النية وما قصده الأطراف حين إبرام العقد.[2]

واعتبار أن نية الأطراف أنها تنصرف إلى أن يتحمل أطراف العقد الآثار الضارة التي تترتب على الظرف الطارئ طيلة العقد وتضمنت فكرة النية المشتركة تقارير بعض المفوضين مثل مفوض (chardenet) في تقريره المقدم في قضية الغاز بوردو حيث جاء في قوله الموجه لمجلس الدولة الفرنسي: "لقد طبقتم مبدأ أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، ووفقا للنية التي قصدها الطرفان لحظة إبرام العقد"، وتعرضت هذه الفكرة كذلك للنقض لأن النية أمر غاية في الصعوبة لتحديده ويتطلب من القاضي العودة إلى بداية إبرام العقد وقد يكون العقد أبرم منذ مدة طويلة فيصعب عليه تحديد نية الطرفين بدقة، واعتبرها سليمان الطماوي فكرة تعسفية في معظم الحالات، ويقول الدكتور عبد الحليم حشيش: "إن هذه الفكرة منتقدة وتعسفية ولا يمكن أن تخدم

[1] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، المرجع السابق، ص 105.

[2] محمد أبو بكر عبد المقصود، المرجع السابق، ص49.

الأساس القانوني لفكرة الظروف الطارئة والنية يمكن أن تذهب ضمنيا إلى التعويض الكامل وليس الجزئي في حين أن النظرية تقر بالمتعاقد معها المضرور بتعويض جزئي فقط حتى وان انصرفت نية الطرفين لاحتساب تعويض كامل كما يمكن ان تنصرف كذلك النية الى عدم تحمل الخسارة اطلاقا ومع ذلك يمكن للمتعاقد الحصول على التعويض الجزئي".[1]

يبقى الهدف من إبرام هو ذات طبيعة مصلحية تبادلية بين أطراف العقد فلا يعقل أن نجد بين الإدارة والمتعاقد نية مشتركة تجمعهما على تحمل الخسارة ويبقى دائما المدين بهذه الحالة يتملص من التزاماته والدائن يطالب بالتعويض هنا يقع التعارف بين نيتين متعارفتين.

ويمكننا الترجيح المبدأ المختلط بين تطبيق العدالة ومبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد لأن هذا المبدأ الذي يحفظ حقوق طرفي العقد بشكل توزيع الخسارة بين الطرفين.

الفرع الثاني: المجال الشخصي لتطبيق النظرية.

عند بداية ظهور النظرية كان للأفراد وحدهم الحق في التمسك بالنظرية والمطالبة بالتعويض غير أن التطور الذي أصاب المرافق العامة ذات الصفة التجارية والصناعية أصبح هناك سؤال يثور حول إمكانية المرافق العامة في التمسك بالنظرية؟ وعن حلول متعاقد الجديد محل المتعاقد الأصلي.

اولا: بخصوص حوالة الحق أي أن يتنازل المتعاقد الأصلي إلى مستثمر ثالث برضا الإدارة وموافقتها.

كما وضح مجلس الدولة الفرنسي أن الملتزم الجديد يتمتع بجميع الحقوق التي كان المتعاقد الأصلي يتمتع بها، ويطالب بالتعويض من تاريخ مباشرته الأعمال إن أثبت أن الظرف طارئ قد حصل أثناء بداية تنفيذه للعقد، فالتنازل هنا يخلق صلة بين المتنازل له والإدارة.[2]

في حالة التنازل غير مرخص من طرف الإدارة لا يستطيع الاحتجاج بالتعويض لانتفاء أي علاقة تعاقدية بين الإدارة والمتنازل له.[3]

---

[3] محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص109.

[1] محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص 95.

[2] حسن محمد علي حسن البنان، مرجع السابق، ص 176.

ولكن المتنازل له لا يستطيع أن يحتج بالتنازل غير المرخص مبدئيا فقط، قد خالف هذا الرأي مجلس الدولة الفرنسي في قرار صادر عنه في تاريخ 1930/06/27 في قضية Filip للملتزم غير المرخص له من قبل الإدارة الحق في الاحتجاج في نظرية الظروف الطارئة إذا أثبت أنه قام بتنفيذ العقد وهذا الحق أسنده لوجود شبهة تعاقدية.

ثانيا: حلول الورثة محل المتعاقد الأصلي.

تطبق نفس القواعد في حوالة الحق إلا في حالة إذا أبرمت الإدارة هذا العقد على أسس شخصية متعلقة بالمتعاقد الأصلي دون غيره من الورثة كالخبرة في مجال معين، وإذا وافقت الإدارة استمر الوارث في التنفيذ ويكون له كامل الحق في الاحتجاج بالتعويض استادا إلى مبدأ انتقال الإلتزام فينتقل كل الحق يتمتع به المتعاقد الأصلي بوصفه خلفا له على ما أقره مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1934/11/21 في قضية (Dupart).

ثالثا: في حالة تأثر المرفق العام المتعاقد بالظرف الطارئ.

ويرى البعض لا يوجد ما يمنع من المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ولا يوجد سبب في استبعاد التطبيق طالما أن الغرض من العقود هو خدمة صالح العام، في حين يرى البعض من الفقه خان النظرية جاءت من اجل انصاف المتعاقد مع الادارة وهو فقط من يطالب بالتعويض على أساسها، لانتفاء الأرباح المالية التي يسعى المتعاقد مع الإدارة تحقيقها.[1]

رابعا: في حالة التأميم قد يلجأ المشرع لتأميم المرافق العامة.

حين يصدر القانون بإنهاء الالتزام مع نقل ملكية أموال المرفق المادية والمعنوية للدولة ولكن هنا الإشكال يكمن في هل حق التعويض مقدر للمشروع السابق ومن ثم يضاق إلى التعويض المستحق الأداء والمترتب على التأميم أم يعد التعويض من الحقوق الموروثة للمؤسسة الوطنية التي حلت محله؟

[1] محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص69.

لم يقف القضاء الفرنسي على موقف واحد فتارة حق التعويض يخص الملتزم القديم وتارة أخرى التعويض من قبيل الأموال والحقوق والالتزامات التي تنتقل بالكامل للمؤسسة الوطنية ولا يوجد موقف صريح في القضاء المصري.[1]

المبحث الثاني: سلطة القاضي في مواجهة الظرف الطارئ ونهايته.

بعد وقوع الظرف الطارئ وتوفر شروط تستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة ويلتزم المتعاقد بالتنفيذ ينشأ حق في الطرف الآخر وهو التزام الإدارة بالتعويض تعويضه جزئيا وإذا لم يكن الاتفاق بين الإدارة والمتعاقد على إعادة شروط جديدة للعقد تماشيا مع وقائع الجديدة فيلجأ المتعاقد الذي أصيب بضرر إلى القاضي ليحكم له بالتعويض، ودور القاضي في القانون الإداري يختلف عنه في القانون المدني، فالأول لا يملك سوى سلطة الحكم بالتعويض، أما الثاني فيمكنه أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وماهي الحلات التي يؤول فيها الظرف الى الزوال على اساس ارتباطه بمدة زمنية محددة.

وسنتناول في هذا المبحث سلطة القاضي في مواجهة الظرف الطارئ في القانون المدني والإداري وكيف ينتهي الظرف الطارئ.

المطلب الأول: دور القاضي في مواجهة الظرف الطارئ.

يختلف دور القاضي المدني عن القاضي الاداري حيث يجوز للقاضي المدني ان يعدل في بنود العقد، فله ان ينقص الالتزام او يزيد في الالتزامات الطرف الثاني، اذ نصت القوانين المدنية (...جاز للقاضي وتبعا للظروف، وبعد موازنة مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق للحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق غير ذلك).

وهناك مبدأ ان القاضي لا يمكنه تعديل بنود العقد الإداري، فدور القاضي سواء في القانون الخاص او العام يقتصر على استنتاج ارادة الطرفين الصريحة والضمنية وتطبيقها لحل النزاع لأن الادارة المشتركة تعتبر قانون للطرفين وبالتالي لا يستطيع القاضي ان يعل من الشروط التي جاءت في العقد ليتلاءم مع الوضع الجديد لأنه لا يملك سلطة اصدار الأوامر لتغيير ارادة

[2] حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص177.

الطرفين وتوجه اوامر لهما، فهمته تكون فقط في تفسير واستخلاص وتطبيق بنود العقد وليس مهمته تعديل شروط العقد المتفقة عليها بين طرفي العقد[1].

الفرع الأول: رد الالتزام للحد المعقول.

الدور الذي يأخذه القاضي المدني ليس نفسه عند القاضي الاداري في الحكم في التعويض ونجد في القانون المدني المصري نص المادة 147 من القانون المدني المصري، التي منحت للقاضي وبعد موازنة المصلحة بين الطرفين ان يرد الالتزام الى الحد المعقول، وقد علق السنهوري على المادة 147 فقرة 2 من القانون المدني المصري ان القاضي عندما ينقص الالتزام المرهق ويزيد في الالتزام المقابل فيكون رد الالتزام للحد المعقول بالنسبة للحاضر والا دخل للمستقبل في ذلك لان الظرف قد يزول ويرجع الى ما كان عليه وقت ابرامه ويكتسب قوته الملزمة من جديد كما كان في الاصل وهذا دور القاضي في نطاق القانون المدني[2].

اما في القانون المدني الجزائري حيث تكلمت المادة 107 فقرة 3 صراحة على دور القاضي (إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعات مصلحة الطرفين ان يرد التزام المرهق الى الحد المعقول).

ومن نص القانون المدني المصري او الجزائري نستطيع القول بان المقصود يرد الالتزام هو اما إنقاص التزام المرهق او زيادة التزام في المقابل الأخر وأما أن يوقف التنفيذ الى حين زوال الظرف الطارئ الرد هنا لا يخول للقاضي ان يصل الى الفسخ مهما كانت شدة الظرف الواقع[3].

عبارة رد الالتزام الى الحد المعقول نجدها في النص باللغة الفرنسية في كلمة إنقاص، فيرى البعض أن كلمة الإنقاص في معناها تحد من سلطة القاضي التقديرية فهي ليست الوسيلة المناسبة لرد التوازن المالي للعقد، المشرع المصري أورد كلمة ينقص قبل حسم الأمر من لجنة القانون

[1] محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص313.

[2] حسن محمد علي حسن البنان، الرجع السابق، ص209.

[3] لفراس أسامة، المرجع السابق، ص47.

المدني لمجلس الشيوخ وأبدلها بكلمة " يرد" التي توافق معنى التعديل الذي يراد به العدالة بإعمال سلطة القاضي والمحافظة على القوة الملزمة للعقد.[1]

وطبق المشرع الجزائري في المادة3/561من القانون المدني على عدة عقد مثل عقد المقاولات حيث جاء في فحواها: (اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن في الحسبان وقت التعاقد، وتداعى بذلك الأساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للقاضي ان يحكم بزيادة الأجر او بفسخ العقد).

نلاحظ ان المشرع الجزائري قد منح سلطة التعديل للقاضي بما يوافق الاستمرارية في التنفيذ[2].

وقضت الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا الجزائرية في حكم صادر لها في 1999/10/24 " من المقرر قانونا أن يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتملت عليه، والحكم مطعون فيه هذا فصل فيه قضاة الموضوع بزيادة نسبة 10% أن السعر الإجمالي للسكن وفق لعقد التخصيص تماشيا مع عدالة العقد وتوازنه ولم يراع في هذا الحكم أحكام المادة 03/107 قانون مدني وهو خطأ في التنفيذ.

يجوز للقاضي بعد توفر شروط نظرية العامة أن يحكم سلطته التقديرية في إما أن يوازن بين مصلحة الطرفين ويرد الالتزام المرهق بالحد المعقول، وإما بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق أو ينقص التزام المدين أو يجمع بين الحلين، وللقاضي السلطة التقديرية الواسعة في تعديل العقد في حالة حدوث الظرف الطارئ من شأنه أن يجعل التنفيذ مرهقا، واعتبر المشرع الجزائري ذلك من النظام العام، بتغير دور القاضي من السلبي الي الايجابي ويقوم بدور فعال داخل المجتمع بحماية الافراد مما قد يتعرضون له من استغلال فتمتع القاضي بدور تعديل العقد ولو

[1] بلقاسم الزهرة، المرجع السابق، ص47.

[2] مروك احمد، **شرط اعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية**، اطروحة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة الجزائر، 2015 ص53.

كان في حالات استثنائية مثل ما جاء به القانون، السلطة التي أعطية للقاضي قيدته بما يلزمه الحال والهدف المسطر لذلك.[1]

الفرع الثاني: سلطة القاضي الإدارية في التعويض.

كما رأينا أن سلطة القاضي المدني تشمل تعديل العقد بما يرجعه بالحد المعقول ولا تمتد سلطته إلى فسخ العقد بأي حال من الأحوال في المادة 107 من القانون المدني، أما القاضي الإداري فلا تكون سلطته إلا في الأمر بالتعويض، وهذا ما استقر عليه حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو.[2]

بما أن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو المحافظة على اسقرار المرفق العام فقد أنشأ المجلس الدولة الفرنسي في إطار المساعي الحميدة وهي دعوة الأطراف للتفاوض وإن فشلوا في الوصول لاتفاق وتعديل شروط العقد بما يوافق اتفاق جديد يعدل العقد حسب الظرف الطارئ في هذه الحالة يحكم القاضي بالتعويض المالي المستحق.

في البداية كان القضاء الاداري المصري كان يسمح للقاضي بتعديل شروط العقد ولكن تراجع عن موقفه وسحب هذه السلطة من يد القاضي وأجمع الفقه والقضاء في ذلك أن صلاحية القاضي الإداري في مصر تكون في حكم بتعويض المتعاقد وليس لدرجة تعديل العقد والعبارات الواردة في بعض الأحكام الإدارية ليست إلا هفوة في صياغة الحكم، فحسمت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكم صادر عنها بتاريخ 1960/07/04 الذي تضمن تعديل شروط العقد وحكمت بالتعويض الجزئي كما تستلزم أحكام نظرية الظروف الطارئة، وكذلك في حكم آخر لها في تاريخ 1995/11/30 "... يلجأ القاضي إلى القضاء ويقتصر دوره في هذه الحالة على إلزام الإدارة بالتعويض".

وفي نفس السياق قرر القضاء الاداري الجزائري في قرار صادر عنه في تاريخ 1993/10/10 بالتعويض بسبب ظرف طارئ والخسائر التي خلفها، وجاء فيه أن سوق المواشي

---

[1] دالي البشير، **سلطة القاضي في تحقيق التوازن العقدي في إطار نظرية الظروف الطارئة**، مجلة القانون، العدد 06، المركز الجامعي احمد زبانة غليزان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2016، ص144.

[2] لفراس أسامة، المرجع السابق، ص47.

المغلق بسبب حمى أصابت الماشية وهذا حدث طارئ غير متوقع وجب التعويض عنه، القضاء الإداري حكم بالتعويض دون تعديل العقد ولكن استند في حكمه على المادة 107 من القانون المدني وكان في غنى عن ذلك لأن القواعد العامة الناظمة للعقود الإدارية تمنحه ذلك دون الرجوع إلى أي نص في القانون الخاص، وأن المسؤولية الإدارية خاصة تخضع لقواعد ذاتية وأحكام القانون المدني أجنبية عن القانون الإداري وخصوصية النظرية التي لها أحكام نوعية.[1]

الذي يستطيع أن يحكم به القاضي المدني لا يمنكن أن يحكم به القاضي الإداري فالمسلم به أن القاضي الإداري لا يستطيع إطلاقا تعديل بنود العقد فيقتصر دوره على الحكم بالتعويض.[2]

كما يرى الفقيه سليمان الطماوي: "أن نظرية الظروف الطارئة تختلف من القانون المدني عنها في القانون الإداري ومرجع ذلك في اختلاف إلى سلطة القاضي من كل القانونيين، ففي نطاق القانون المدني يستطيع القاضي أن يعدل من التزامات المتعاقدين في حين أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يحكم إلا بالتعويض".[3]

لم يأخذ القانون المدني الفرنسي بفكرة الظروف الطارئة وكان من اشد معارضيها فقها وقضاء باعتبار القوة الملزمة للعقد التي تفرض على المتعاقدين التنفيذ الصارم للالتزامات التعاقدية وهذا تأكيدا وتأييد وتسليما بما جاء في المادة 1134 منه والتي تنص على امكانية تعديل العقد باتفاق الطرفين، او قوة قاهرة تجعل من التنفيذ أمرا مستحيلا.[4]

ويمكن تبرير مجلس الدولة الفرنسي في هذه الحالة على النحو التالي:

- مهمة القاضي في قاعدة عامة هي تفسير العقود وتطبيقها لا تعديل الشروط سواء في العقد المدني أو الإداري.
- لو أتيح للقاضي تعديل الالتزامات التعاقدية يعد بمثابة الأمر للإدارة وهذا غير موافق لاستقلالية سلطة الإدارة.

---

[1] محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص316.

[2] أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، المرجع السابق، ص177.

[3] محفوظ عبد القادر، مرجع سابق، ص317.

[4] مروك احمد، المرجع السابق، ص22.

- الإدارة تسعى لتحقيق المصلحة العامة من خلال الشروط التي جاءت في العقد ولو تدخل القاضي وعدل الشروط ويجعل من المصلحة العامة في خطر لعدم امتلاكه للتقدير جيد الذي تستعمله الإدارة لتقدير المصلحة العامة.[1]

والتعويض يكون مباشرة بعد وقف الظرف الطارئ ويأخذ القاضي الفرنسي بتاريخ وقوع الظرف وليس بتاريخ المطالبة بالتعويض، ويرتبط التعويض كذلك بوجود الظرف إن زال الظرف رجع العقد لحالته الأصلية.

وتوزع الخسارة على الطرفين وتتحمل الإدارة الجزء الأكبر هذا ما اقره القضاء الإداري الفرنسي ويراعي القاضي في ذلك موقف المتعاقد في مواجهة الظرف الطارئ، الحالة الاقتصادية العامة للمشروع ....، أما القضاء الإداري المصري يخالف القضاء الإداري الفرنسي في نسبة التعويض فيوزعها مناصفة بين الأطراف وذلك في حكم محكمة الإدارية المصرية: " ... ويكون التعويض جزئيا ".

المشرع الجزائري لم يقرر مشاركة الخسارة ولكن ألزم التعويض لجبر الضرر ولم يبين الطريقة في ذلك بل اكتفى في حكم غرفة إدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1993/10/10 المشار إليه سابقا بعبارة: " ... أن المبلغ المعروف من الإدارة معقول "، ولم يحدد طريقة توزيع الأعباء.[2]

المطلب الثاني: نهاية الظرف الطارئ.

بعد وقوع الظرف ولجوء المتعاقد الى القاضي ليحكم له بالتعويض عن الضرر الذي أصابه ليحكم القاضي بعد توفر الشروط نظرية الظروف الطارئة تعويض جزئي الذي تتحمله الإدارة مع المتعاقد معها.

وتفترض الفرضية ان الظرف مؤقت ويزول بعد مدة وتسعى في مضمونها الوقوف مع المتعاقد حتى يزول الظرف وترجع الأمور إلى ما كانت عليه، في بعض الحالات يتعذر على المتعاقد الاستمرار في التنفيذ إلا بمساعدة دائمة من الإدارة.[3]

---

[1] أحمد يوسف هبد الرحمن بحر، مرجع سابق، ص178.

[2] محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 118،119.

[3] لفراس أسامة، المرجع السابق، ص 56.

سنتناول في هذا المطلب كيف ينتهي الظرف الطارئ في حالتين إما بزوال الظرف أو فسخ العقد.

الفرع الأول: عودة التوازن المالي للعقد.

عودة التوازن المالي هي سبب من أسباب نهاية الظرف الطارئ، وذلك بعودة العقد إلى الحالة التي أبرم فيها، وتكلم مجلس الدولة الفرنسي فيما يخص التوازن المالي بأن زوال الظرف وعودة الأوضاع إلى الحالة الطبيعية والتي كانت قبل ذلك تسبب ضرر للمتعاقد، كعودة الأسعار إلى مستواها الطبيعي أو إلغاء القيود الاقتصادية وفي هذه الحالة لا تثير أي إشكال.

وإما على اتفاق الطرفين على إعادة النظر في شروط العقد الأصلية بما يعدل الجانب المالي في الأمر وهو حل كثير ما تأخذ به الإدارة، مثل عقود الالتزام مرافق العامة مثلا فتقبل زيادة الالتزام ورفع الرسوم لتغطية جزء من الخسارة بما يرجع التوازن المالي للعقد.[1]

الفرع الثاني: فسخ العقد.

إن نظرية الظروف الطارئة لا تؤدي إلى استحالة التنفيذ، كل ما يحصل هو أن يكون التنفيذ أمرا مرهقا كما أوردنا سابقا ولا يمكن أن يفسخ العقد سواء في القضاء الإداري أو في القضاء المدني وذلك راجع إلى احترام إرادة الطرفين والقوة الملزمة للعقد، لذا لا يستطيع القاضي أن يفسخ العقد إلا في حالة استحالة التنفيذ إطلاقا وهنا تشترك نظرية القوة القاهرة مع نظرية الظروف الطارئة لأن القوة القاهرة هي التي تستلزم فسخ العقد وتحلل المتعاقد من التزاماته وتعرف القوة القاهرة على أنها حدث خارجي مستقل عن إرادة المتعاقدين يجعل الالتزام العقدي مستحيلا فيعفى المتعاقد من التزاماته وله الحق في المطالبة بالفسخ ويمنع على الإدارة توقيع جزاءات عليه، وإذا تحققت شروط نظرية الظروف الطارئة وتبعتها شروط القوة القاهرة ففي هذه الحالة فقط يستطيع أن يحكم القاضي بفسخ العقد.

ونشير إلى أن القاضي لا يمكنه الحكم بالفسخ إلا بطلب أحد الطرفين إما الإدارة أو المتعاقد وإذا لم يطلب منه ذلك يبقى حق التعويض والمطالبة به قائما ما دامت شروط النظرية قائمة.[2]

---

[1] لفرس أسامة، المرجع السابق، ص57.

[2] سحر جبار يعقوب، **فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة**، جامعة الكوفة، العراق، ص152.

وعلى ذلك فان اي زيادة في التزامات المتعاقد نتيجة تدخل الادارة او وجود صعوبات مادية غير متوقعة، فانه يرتب على ذلك حقا اساسيا للمتعاقد في تغطية تلك الاعباء على نحو يعيد التوازن المالي للعقد لحالته التي كان عليها قبل البداية في تنفيذ العقد.[1]

والمعايير التي اتخذت فيما يخص الحكم بالفسخ لاستحالة في التنفيذ، الا انه لا يمنع من تعليق التنفيذ الي اجل لاحق حتى تزول القوة القاهرة اذا كانت محتملة الزوال وامكانية الاستئناف لتنفيذ العقد، يرتب التأخر عن تنفيذ الالتزامات التعاقدية تقع مسؤولية دفع اضرار التأخير، الا ان في حالة القوة القاهرة تعطل العمل بهذه القاعدة، استنادا الى القاعدة القانونية التي تعفي المدين من المسؤولية لعدم وفائه بالتزاماته العقدية لأسباب خارجة عن ارادته[2].

[1] صفاء فتوح جمعة، **الرجع السابق**، ص503.

[2] فتوح صباح. المرجع السابق، ص5073.

خاتمة:

من خلال دراستنا لجوانب المختلفة التي تطبق فيها نظرية الظروف الطارئة باعتبارها من الاجراءات التي تهدف لحماية حق المتعاقد مع الادارة وتحقيق المصلحة العامة والمصلحة الخاصة للمتعاقد من خلال التعويض واعادة التوازن المالي للعقد.

ولقد نشأت في ظل القانون الاداري وما جاء به مجلس الدولة الفرنسي من اجتهادات لاستنباط الشروط والاحكام التي تطبق على العقود الادارية عند اختلالها في الجانب المالي واصابة المتعاد مع الادارة بأضرار لا دخل فيها ولا يمكنه تداركها حتى وان بذل في ذلك عناية الرجل الحريص، لذا فكان لزاما على الادارة الوقوف مع المتعاقد حتى يزول الظرف الطارئ ويرجع التوازن المالي كما كان في بداية ابرام العقد، لا تعتبر هذه الشروط والاحكام جديدة كل الجدة، بل لها جذور تاريخية منذ نشأة العقود وتطور المعاملات بين الافراد، ففي الشريعة الاسلامية نجد من الافكار التي استنبطها واخرجها الفقهاء المسلمين فكرة الجوائح في الثمار وفكرة الفسخ بالعذر وفكرة تغير العملة.

وقد توصلنا في دراستنا الى النتائج التالية:

- نشأة نظرية الظروف الطارئة في القضاء وتم تقنينها في كثير من النصوص التشريعية.
- مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة يشمل جميع العقود باستثناء العقود الغير صناعية او التجارية.
- في حالة التامين لم تبين معظم النصوص التشريعية أيلواة حق التعويض، هل يبقى مع المشروع السابق او يؤول الى المؤسسة الوطنية التي حلت مكانه.
- لا يوجد نص تشريعي يلزم بتطبيق النظرية في التعاملات التي تتم مع الافراد فقط، بل يجوز للغدارة طلب التعويض من الادارة المتعاقدة معها.
- يستفيد المتعاقد من النظرية في حالتين، في حالة اذا صدر الاجراء المضار من الجهة الغير متعاقدة، او في حالة صدور اجراء من الجهة المتعاقدة وفشل المتعاقد في اثبات خصوصية الضرر الذي اصابه لتطبيق نظرية فعل الامير.

- بتطور الحياة الاقتصادية والسياسية وكون النظرية ناتجة عن هذه التطورات يمكن ان تعود الكثير من الظواهر الاقتصادية الى تدخلات السلطة العامة، ويختلف مصدر الفعل الضار قد يكون من فعل الادارة وقد يكون من جهة مستقلة عن عمل الادارة.
- اساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة مزدوج بين ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد وقواعد العدالة.
- ليست المسؤولية العقدية الناشئة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالمعنى الموافق لهذا المفهوم مثل نظرية فعل الامير التي تكون على اساس خطا الادارة ومن مسؤوليتها.
- في توزيع الخسائر بين طرفي العقد تتحمل الادارة الجزء الاكبر من الخسائر وهذه النسبة ليست محددة بدقة وفي اغلب الاحيان تتحمل الادارة نسبة 90 بالمئة او أكثر.
- لا يجوز تضمين شروط عدم اللجوء لنظرية الظروف الطارئة في العقد، باعتبار النظرية من النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها وهو ما اقره المشرع الجزائري في القانون المدني في المادة 107 منه.
- ان الهدف من نظرية الظروف الطارئة هي حماية طرف ضعيف للعقد، التي وضعته الظروف لا دخل له فيها في مازق حرج نتج عنه اضطراب التوازن المالي للعقد الى الحد الذي يتجاوز فيه الضرر الطبيعي، وتعد نظرية الظروف الطارئة كاستثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.
- ابتدع مجلس الدولة الفرنسي النظرية التي استمدها من قواعد العدالة ومن الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، وسار القضاء المصري على ذات المنهج، ونجد المشرع الجزائري قننها فب القانون المدني ولم ترد لها تطبيقات واضحة وصريحة في القضاء باعتبار ان القضاء الجزائري يأخذ بالازدواجية.
- نجد المشرع الجزائري قد منح سلطات واسعة للقاضي في تعديل العقود بموجب نصوص قانونية واضحة ودقية، ومن اهم هذه السلطات والصلاحيات نجد سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول في إطار تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهذه السلطة لها الاهمية البالغة من الناحية القانونية والواقعية كونها تهدف بالدرجة الاولى الى حماية الطرف الضعيف في العقد وبالدرجة الثانية تحقيق التوازن المالي للعقد، من هنا تبرز اهمية السلطة

التقديرية للقاضي الموصوفة في اعادة التوازن المالي للعقد وازالت الاجحاف في حق المضرور.

من الملاحظات المتوصل اليها من الدراسة فيما يخص النظرية وكيف عالجها المشرع الجزائري.

- ان المشرع لم يضم المبدأ الاساسي للعقد والاستثناء الوارد على ذلك في مادة واحدة نجد في المادة03/107من القانون المدني يتكلم على الاستثناء الذي يراد به تطبيق نظرية الظروف الطارئة والمادة106جاءت بالمبدأ الاساسي الذي يقضي بان العقد شريعة المتعاقدين، بعكس المشرع المصري في المادة 147 من القانون المدني الذي نص على نظرية الظروف الطارئة كاستثناء وعن مبدأ القوة الملزمة للعقد في الفقرة الثانية من نفس المادة.
- ونجد في القانون الاداري لم يتبع القضاء في تطبيق النظرية على قواعد اصيلة وخاصة بالقانون الاداري بل نجده يستند في كثير من قراراته على قواعد القانون الخاص بالرغم من ان القانون الاداري قانون مرن ومتطور يستند في ذلك على الاجتهادات القضائية، وعلى المشرع الجزائري ان يخرج من مجال قواعد القانون المدني التي تبقى محصورة في قوانينه ومن الصعوبة على القاضي ان يخرج عن هاته النصوص، في حين ان القانون الاداري يفسح المجال امام القاضي في اعمال سلطته فيما يتوافق مع طبيعة الحالة التي بين يديه.
- وعلى القضاء الاداري الجزائري ان يأخذ موقفا صريحا في تطبيق نظرية الظروف الطارئة مثلما ذهبت اليه التشريعات المقارنة في كل من فرنسا ومصر، وذلك ليواكب التطور الحاصل في المعاملات الاقتصادية التي لابد من ان تتم عن طريق العقود الادارية ويجد الحلول التي يمكن تطبيقها في ظل ظهور الازمات.

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المصادر والمراجع:

أولًا). المصادر.

-القرآن الكريم

ثانيا). المراجع.

أ). الكتب.

1. حمد محمد حمد الشلماني، **امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري**، دار المطبوعات الجامعية، اسكندرية، 2007.
2. صفاء فتوح جمعة، **المبادئ العامة في العقود الادارية التقليدية والمتطورة**، واشكاليات تسوية منازعتها، مكتبة الوفاء القانونية، طبعة الأولى،2017.
3. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، **مسؤولية الادارة في مجال العقود والقرارات الإدارية (دراسة تحليلية في ضوء احداث احكام مجلس الدولة)**، دار المفكر الجامعي، الإسكندرية، 2015.

ب). الأطروحات والرسائل الجامعية.

- أطروحات الدكتوراه:

1. محفوظ عبد القادر، **اثر تغير الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري**، اطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة ابو بكر بلقايد، تلمسان، 2019.
2. محمد بوكماش، **سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي**، اطروحة دكتوراه، تخصص شريعة وقانون، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.
3. مروك احمد، **شرط اعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية**، اطروحة دكتوراه، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2015.

-رسائل الماجستير:

1. احمد يوسف عبد الرحمان بحر، **نظرية الظرف الطارئة واثرها على العقود الادارية في فلسطين (دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية)**، مذكرة ماجستير قانون عام، الجامعة الإسلامية، فلسطين، كلية الشريعة والقانون، 2017.
2. خمبس صالح عبد الله المنصوري، **نظرية الظروف الطارئة واثر الاقتصادي للعقد (دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الاماراتي)**، مذكرة ماجستير في القانون الخلص، جامعة الامارات العربية المتحدة، 2017.
3. هبة محمد محمود ديب، **اثر الظروف الطارئة على العقود المدنية (دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني)**، مذكرة ماجستير، جامعة الازهر فلسطين، 2012.

- مذكرات الماستر:

1. بلقاسم زهرة، **اثر نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية**، مذكرة ماستر، جامعة البويرة،2018.
2. بوشارب الزهرة، **نظرية فعل الامير واثرها في المادة الإدارية**، مذكرة ماستر، تخصص قانون اداري، قسم الحقوق، جامعة ورقلة، 2014.
3. عبد الله فداق، **نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري**، مذكرة ماستر، جامعة مستغانم، 2018.
4. كرمة عبد العزيز غويني، **العدالة العقدية في العقود الإدارية**، مذكرة ماستر، تخصص دولة ومؤسسات، جامعة الجلفة، 2016.
5. لفراس أسامة، **اعادة التوازن المالي للعقد**، مذكرة ماستر، تخصص دولة ومؤسسات، الجلفة، 2014.

ج). المقالات:

1. احسان ستار حضير، **نظرية الظروف الطارئة واثر اختلاف التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقد**، جزء من متطلبات الترقية الى الصنف الاول من صنف القضاة، محكمة استئناف ذي قار، 1997.

2. ايمن الدباغ، **منهج الفقهاء المعاصرين في تناول نظرية الظروف الطارئة (تحليل ونقد)**، مجلد 28، عدد 07، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2014.
3. بوغرارة الصالح، **انتشار فيروس كورونا سبب اجنبي بين نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة**، حوليات جامعة الجزائر، عدد خاص، 2020.
4. جهاد ضيف الله ذياب الجازي، **اعادة التوازن المالي للعقد الاداري ازاء تدخلات اجنبية (دراسة تحليلية)**، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مجلد 03، العدد 01، جامعة الاميرة نورة بنت عبد الرحمان، المملكة العربية السعودية، 2020.
5. حسن محمد علي حسن البنان، **اثر نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، (دراسة مقارنة)**، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 58، جامعة الموصل، 2018.
6. خليفة خالد، بودالي محمد، **اثر الظروف الطارئة على تطبيق الغرامات التأخيرية في مجال الصفقات العمومية**، مجلد 07، عدد 02، جامعة تيارتن كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، مجلة الدراسات الحقوقية، 2020.
7. دالي البشير، **سلطة القاضي في تحقيق توازن العقدي في اطار نظرية الظروف الطارئة**، مجلة القانون، العدد 06، المركز الجامعي احمد زبانة، غليزان، 2016.
8. سامي الطيب ادريس محمد، **حق المتعاقد في حفظ التوازن المالي في العقد الإداري**، مجلة كلية الدراسات العليا، جامعة النيلين، مجلد 10، عدد 37، 2017.
9. سحر جبار يعقوب، **فسخ العقد الاداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة**، المجلد 05، العدد 07، جامعة الكوفة العراق، 2018.
10. شاشوا نور الدين، **اثر الظروف الاقتصادية على التوازن المالي للعقد الإداري**، مجلة البحوث للحقوق والعلوم السياسية، مجلد 03، العدد 02، جامعة ابن خلدون، تيارت، 2018.
11. عبد الرشيد طبي، **القوة القاهرة واثرها على التشريع والقضاء (فيروس كوفيد 19 نموذج)**، المحكمة العليا، الجزائر، 2020.

12. محمد ابو بكر عبد المقصود، **اعادة التوازن المالي للعقد في ظل الازمة العالمية، (نظرية الظروف الطارئة)**، المؤتمر العلمي السنوي الثالث عشر، جامعة المنصورة كلية الحقوق، مصر 2009.
13. محمد بوكماش، **نظرية الظروف الطارئة وعلاقتها بالجوائح**، مجلة الحقوق والعلوم الانسانية مجلد 05، عدد 01، المركز الجامعي، خنشلة.

قائمة المحتويات:

مقدمة: أ

أهمية الدراسة: د
أهداف الدراسة: د
أسباب اختيار الموضوع: د
المنهج المعتمد: هـ
الإشكالية: هـ
تقسيمات الموضوع: هـ

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لنظرية الظروف الطارئة. و

المبحث الأول: تعريف نظرية الظروف الطارئة وتطورها التاريخي. **8**
المطلب الأول: التعريف اللغوي والاصطلاحي لنظرية الظروف الطارئة. 8
الفرع الأول: التعريف اللغوي. 9
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي. 9
المطلب الثاني: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة. 12
الفرع الأول: ظهور نظرية الظروف الطارئة في العصور القديمة. 12
الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في العصر الحديث. 17
المبحث الثاني: تمييز النظرية عما يشابهها من الأنظمة ونطاق تطبيقها. **21**
المطلب الأول: تمييز النظرية عن فعل الأمير والصعوبات المادية الغير متوقعة. 21
الفرع الأول: فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة. 22
الفرع الثاني: نظرية الصعوبة المادية غير المتوقعة. 24
المطلب الثاني: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة ونطاق تطبيقها. 26
الفرع الأول: تمييز نظرية الظروف الطارئة عن الظروف القاهرة. 26
الفرع الثاني: نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة. 28

الفصل الثاني: الإطار التنفيذي لنظرية الظروف الطارئة. **30**

المبحث الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وآثارها. **32**
المطلب الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة. 32
الفرع الأول: الشروط المتعلقة بالظرف الطارئ. 32
الفرع الثاني: الشروط المتعلقة بالمتعاقد. 36
المطلب الثاني: آثار النظرية ومجال تطبيها الشخصي. 38
الفرع الأول: الآثار الناتجة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة. 38

الفرع الثاني: المجال الشخصي لتطبيق النظرية. _____ 44
المبحث الثاني: سلطة القاضي في مواجهة الظرف الطارئ ونهايته. _____ **46**
المطلب الأول: دور القاضي في مواجهة الظرف الطارئ. _____ 46
الفرع الأول: رد الالتزام للحد المعقول. _____ 47
الفرع الثاني: سلطة القاضي الإدارية في التعويض. _____ 49
المطلب الثاني: نهاية الظرف الطارئ. _____ 51
الفرع الأول: عودة التوازن المالي للعقد. _____ 52
الفرع الثاني: فسخ العقد. _____ 52

قائمة المصادر والمراجع: _____ **58**

قائمة المحتويات: _____ **63**

ملخص:

تتمتع الإدارة في العقد الإداري بسلطات وامتيازات التي تمكنها من تحقيق صالح العام وضمان سير المرافق العمومية في الدولة بانتظام واضطراد، ويقابلها في العقد المتعاقد وهو الطرف الضعيف في العقد، وهنا تنشأ علاقة عقدية غير متوازنة، مما حتم على القضاء الإداري استنباط أحكام وقواعد مبدأها العدالة وأساسها سير المرفق بانتظام واضطراد، وتتناول دراستنا نظرية الظروف الطارئة والتي تطبق عندما يكون هناك ظرف طارئ استثنائي عام خارج عن إرادة الطرفين ويخل باقتصاديات العقد اختلالا جسيما، ومن شأن هذا الاختلاف أن يرهق المتعاقد ويزيد من التزاماته مم يجعله عاجز وغير قادر على تنفيذ هذه الالتزامات وهذا يتطلب إعادة توازن للعقد فيبرز دور القاضي وسلطته التي منحها إياه القانون وبعد موازنته لمصالح الطرفين يقضي بتعويض حسب حالة الظرف يكون جزئيا ولا يشمل الأرباح على القدر الذي يجعل المتعاقد قادر على الاستمرار في تنفيذ بنود العقد، دون أن يتكبد خسائر كبيرة وفي نفس الوقت يضمن استمرار المرفق العام في أداء وظيفته.