اثر جائحة كورونا علي العقود الإدارية

المملكة العربية السعودية أنموذجا

ملتقى الدولي بتقنية التحاضر المرئي عن بعد: معالجة إنعكاسات جائحة كوفيد 19 على الصفقات العمومية في القانون الجزائري و المقارن

د. هالة عبد الحميد علي

الأستاذ المشارك بالقانون الإداري و مساعد العميد للشئون التطوير والجودة

كليات الاصالة المملكة العربية السعودية

لقد شهد العالم اجمع في بداية 2020 مارس جائحة كورونا التي عصفت بالعالم كله، بحيث اصبح يعيش العالم في ظروف متقلبه اقتصاديا و اجتماعيا، و ان كل هذا له انعكاسات وخيمة علي سير المرافق العامة و علي كيفية تنفيذ العقود الإدارية وعلي النحو المتفق عليه بين الأطراف المتعاقدة. وبالنظر الي الالتزامات العقدية قد تكون عرضه للتأثير بالأزمات التي قد تواجهها المجتمعات مثل جائحة كورونا المستجد حاليا، وما تبعها من إجراءات وقائية كانت ضرورية للمواجهه. فقد وضع القانون أطرا عامة لحماية مصالح الأفراد المتعاقدة في تلك الحالات. فعقب تفشي وباء فيروس كورونا (كوفيد- 19)، وإعلان منظمة الصحة العالمية أنه جائحة عالمية عابرة للحدود أخذت الدول تباعًا تفرض حالة الطوارئ وأدى ذلك إلى تعطل الحياة في مختلف دول العالم، وترتب عليه عدم القدرة على الوفاء بالالتزامات التعاقدية التي دخلت إجباريا تحت بندي القوة القاهرة والظروف الطارئة. وبذلك أن جائحة «كورونا» وفق المنظور القانوني تعتبر أمرًا خارجًا عن إرادة المتعاقدين، بحيث لا يمكن توقعه ولا دفعه.

فخطورة هذا الوباء و سرعة انتشاره لا يعد ان يكون ظرفا طارئا و حسب بل اصبح ظرفا مستحيلا ان يتوقع المرء انتشار الوباء بهذه السرعه وطريقة التعاطي الصارم معه. و لاشك ان لجائحة كورونا أثار وخيمة على التوازن المالي للعقد الإداري و الذي يجعل تنفيذ العقد الإداري مرهقا و عسيرا، دون الحاق الضرر بالمتعاقد. وكما نعلم جيدا ان المقصود بالتوازن المالي للعقد ان تكون حقوق و التزامات آطراف وقت إنشاء العقد قد نشأت بطريقة متوازنة ماليا. حيث تتجه الإرادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة ابرام العقد الي استمرار هذا التوازن المالي حتي تنفيذ العقد، فطبيعة العقود الإدارية، هي توازن الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع جهة الإدارة والمزايا التي ينتفع بها ، وذلك اعتبارا من ان نصوص العقد تؤلف من مجموعها كلا من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين.

والعقود الإدارية ملزمة لأطرافها والوفاء بالالتزام العقدي هو واجب ديني قانوني فالله سبحانه تعالي في سورة المائدة يقول" يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود" وان مفهوم الآية واضح وصريح بعدم الإجازة لاحد الأطراف ان يستقل بتعديل او اضافة لبنود العقد. فالعقد شريعة المتعاقدين، وعلى أطراف العقد القيام بالالتزامات المترتبة عليه. إلا أنه وبسبب القوة القاهرة او الظروف الطارئة التي لا دخل لاحد الاطراف في وجودها يصبح القيام بالالتزامات العقدية مستحيلاً احياناً ومرهقاً في أحيان اخرى لبعض الاطراف كما هو الحال في جائحة كورونا. ولقد حاولت في هذا البحث بيان مفهوم جائحة كورونا وبيان ابعادها القانونية المؤثرة علي العقود الإدارية و تنفيذها في المملكة العربية السعودية، و ذلك بناء علي مناقشة النظريات العقدية المتعلقة بالظروف القاهرة و الطارئة و الخلل في تنفيذ العقد و فقد التوازن بالعقد، ومن ثم مناقشة الأسس التي أدت إلي اختراق مبدأ شريعة المتعاقدين. وقد جاءت اشكالية البحث في التساؤل الرئيس المتمثل في مدى إمكانية تعديل الامتيازات العقدية تبعا للظروف الطارئة و ذلك بناءا علي القانون السعودي و الفقه الفرنسي والجزائري. كما اعتمد الباحث المنهج الوصفي التحليلي القائم على تحليل النظريات الفقهية والنصوص القانونية ذات العلاقة بجائحة كورونا وأثرها على العقود الادارية. وقد خلص البحث الي مجموعة من النتائج، أهمها، أن جائحة كورونا تنطبق عليها نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة بحيث أن الفصل في ذلك يعود لقاضي الموضوع وذلك لخلق نوعاً من التوازن بين مصالح اطراف العقد الاداري وتطبيق القاعدة الفقهية " لا ضرر ولا ضرار ". وقد أوص الباحث بضرورة أخذ كل عقد عليى حدا بصورة انفرادية لاختلاف العقود وظروفه التنفيذية .

الكلمات المفتاحية: جائحة كورونا، الظروف الطارئة، القوة القاهرة ، فسخ العقد، العقود الإدارية.

مقدمة

تناول هذا البحث مسألة موقف القانون السعودي من "الظروف الطارئة" وكذلك استقراء توجهات القضاء السعودي ، ودراسة نظرية الظروف الطارئة التي ابتدعها القضاء الإداري (مجلس الدولة الفرنسي)، خلال الحرب العالمية الأولى نتيجة تغير الظروف التي أبرمت في ظلها العقود الإدارية، مما تسبب في إرهاق مالي للطرف المتعاقد مع الإدارة، وحتم وقوف الإدارة مع هذا المتعاقد المتعثر ومشاركته بالخسائر من أجل تحقيق مقتضيات العدالة وضمان حسن سير المرافق العامة، وكان هذا التوجه مناقضا لما استقرت عليه العقود المدنية في فرنسا (العقد شريعة المتعاقدين). أما النظام القانوني السعودي المرتكز على الشريعة الإسلامية فلم يجد صعوبات في تطبيق هذه النظرية، لما يتحقق من إعمالها من عدل وإعادة التوازن المالي وإنصاف المتعاقدين مع الإدارة. من أجل ذلك طور المنظم السعودي والقضاء الإداري السعودي (ديوان المظالم) خلال عهده الأول (قبل 1402 هـ-1982م) والحالي (بعد 1402 هـ-1982م)، تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفق ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداريان المقارنان..

وحيث يحتل التوازن المالى للعقد الادارى مكان الصدارة في قائمة موضوعات القانون الادارى، على الرغم من حداثته، وعدم استقرار احكامه، وذلك لسرعه تطوره المستمر، وكما انه لكونها وليدة اجتهادات القضاء الادارى خلال القرن الماضى، الذى يتصف بكونه قضاء مرنا ومتطورا، ويتكيف مع الواقع وغير مقيد بنصوص تحد من حريته في ايجاد الحلول العادلة لما يستجد من وقائع تفرزها القضايا المعروضة عليه، متوخيا في ذلك تحقيق المصلحة العامة وضمان استمرار سير المرافق العامة .

وكما ان جميع العقود تخضع لقاعدة واحدة وهي التزام الأطراف بتنفيذ ماورد من التزامات، ولكن هذه القاعدة تصدم بقاعدة اخري هي ان التوازن بين الأطراف في مرحلة تكوين وتنفيذ العقد. ويتم تنفيذ مواجهه أي اختلال بالتوازن العقد عبر نظرية الظروف الطارئة. وحيث تناولت كثيرا من القوانين الوضعية هذه النظرية ، وحيث تفترض هذه النظرية وجود عقد يتراخي وقت تنفيذه ألي اجل وعندما يحل هذا الاجل تطأ ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها من قبل الأطراف، ويترتب عليها اختلال التوازن المالي للعقد الأطراف في تنفيذه.

ومن أهداف البحث هو إلقاء الضوء علي عدة محاور رئيسية في بيان،ماهية الظروف الطارئة، وهل تطبق علي جميع العقود؟

، وكيف يمكن معالجة آثارها بالنسبة للمتعاقدين او الغير، وأيضا بيان سلطة القاضي في تعديل العقد او فسخة استندا لهذه النظرية.

ولتحقق هذه الأهداف قد تناولنا بداية لمحة بسيطة عن نظرية الظروف الطارئة و تطورها، ومن ثم تقسيم البحث الي مطلبين . وتناولنا بالاول : التأصيل القانوني لنظرية "الظروف الطارئة" في النظام السعودي والنظم المقارنة.
والمطلب الثاني : الآثار القانونية المترتبة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

إشكالية البحث، تظهر بنظرية الظروف الطارئة، وكيفية تطبيق النظرية ، وكيف يمكن معالجة اثر الظروف الطارئة بين المتعاقدين؟ وهل للقاضي دور و سلطة في فسخ العقد.

وتنبع أهمية البحث في ،ان نظرية الظروف الطارئة، هي نظرية متكاملة البناء، وحديثة النشأة في القوانين الوضعية، ومن ثم هذه النظرية يشوبها بعض الغموض واللبس في الوسط التعاقدي. وكما ان البحث يركز علي كيفية مساعدة الأطراف المبرمة العقد بكيفية حماية حقوقهم التي تتأثر بنظرية الظروف الطارئة من حيث بيان الشروط الواجب توافرها في هذه الظروف وذلك بهدف حمايتهم من محاولة تنصل الإدارة من الالتزام بتقديم التزاماتها التعاقدية وليوفر لهم الأمان المطلوب خلال التعاقد.

ومنهجية البحث استقرائية تحليلة، حيث تتبعت بالاستقراء و التحليل مباحث النظرية في كتب القانونيين و الفقهاء المتقدمين و المعاصرين ، ثم عرضت الموضوع في مطالب ويشكل كل محور من المحاور مهما للبحث.

الدراسات السابقة، التي تناولت موضوع نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي و النظام الإداري السعودي و المقارن ويعرض البحث الممنهج القانونين في تأصيل نظرية الظروف الطارئة. وحيث تضاربت في الآونة الأخيرة آراء المختصين من القانونيين سواء على المستويين المحلي أم الدولي في اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة أو ظرفا طارئا من عدمه، ومدى أثره في إبرام العقود والاتفاقيات سواء في الجانب المصرفي أو التجاري أو في نطاق التوريد والمقاولات أو

في علاقة رب العمل مع العامل. والذهاب الي التأصيل الصحيح من حيث الاجتهاد و الإفتاء و التطبيقات الفقهية للنظرية ، بما يحقق العدل و المصلحة .

المطلب الأول :التأصيل القانوني لنظرية "الظروف الطارئة" في النظام السعودي والنظم المقارنة

نظرية الظروف الطارئة من اهم النظريات التي تواجه آثار الظروف التي تقع في اثناء تنفيذ العقد الإداري وهي من ابداعات مجلس الدولة الفرنسي. وأن الجائحة انتشرت في العالم بأكمله، الأمر الذي أدى بمنظمة الصحة العالمية إلى اعتباره جائحة عالمية، وفي إطار مسؤولية المملكة العربية السعودية بشأن سلامة مواطنيها والمقيمين على أراضيها بهدف القضاء على المرض قامت بتاريخ 18 مارس 2020م، بتخفيض حضور موظفي القطاع الخاص لمقرات عملهم والاكتفاء بنسبة 40% من الموظفين، وتطبيق منع الحضور إلى مقرات العمل للجهات الحكومية، وبتاريخ 23 مارس 2020م صدر أمر ملكي بحظر التجول الجزئي ليلاً والذي يختلف من مدينة إلى أخرى وبحسب كل منطقة، وعدد من القرارات الأخرى الهامة التي أدت في مجملها إلى انخفاض شديد في الطلب والتشغيل على عدد من القطاعات في مقابل ارتفاع كبير على قطاعات أخرى مثل سلع المواد الغذائية والدوائية والطبية.

وحيث أن أغلب دول العالم وفي مقدمتها المملكة العربية السعودية سارعت إلى البدء باتخاذ إجراءات احترازية لمنع تفشي هذه الجائحة، مما قد ينعكس عن تلك الإجراءات الاحترازية بعض الآثار القانونية على بعض الالتزامات الناشئة عن بعض العقود المبرمة. وفي ضوء ما تقدم، يجدر بنا تناول الموضوع كتالي:

الفرع الأول: ماهية النظرية

الفرع الثاني: شروط وأركان تطبيق نظرية الظروف الطارئة

الفرع الثالث: الحكم في نظرية الظروف الطارئة

الفرع الأول: ماهية النظرية

ان تسمية هذه النظرية بهذا الاسم، فيه الدلالة الكافية على معناها، حيث تفترض هذه النظرية أن عقدا يتراخى تنفيذه إلى أجال ، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيرا فجائيا لم يكن منظوراً وقت إبرام العقد فيصبح الوفاء بالالتزامات الناشئة من العقد لا مستحيلا.

وحيث ان الاستحالة تامة ينقضي بها الالتزام، كالاستحالة التي تنشأ من القوة القاهرة مثلا، وإنما يصبح مرهقا للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف والسؤال الطروح هنا : ما مصير هذا العقد الاداري وما ينبغي أن يكون موقف المشرع أو القاضي من هذا المتعاقد الذي ابرم العقد بأنه عازم على تنفيذه بأمانة وحسن نية، إلا أن ظروف باغتته لم تكن في الحسبان طرأت به، أعاقته عن تنفيذ التزامه وهددته بخسارة فادحة .

ونود بداية أن نؤكد بأن أي عقد, ينعقد إذا أرتبط الإيجاب بالقبول على نحو يثبت أثره في المعقود عليه, وعلى أن يتم ذلك الارتباط وفقاً للصيغ والأوضاع التي ينص عليها أو يتطلبها القانون وبعبارة أخرى فأنه إذا توافرت للعقد أركانه مستوفية شروط صحتها وذلك بأن صدر من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه ولم يشب إرادة العاقدين عيب يفسدها فقد انعقد العقد صحيحاً نافذاً وترتبت عليه آثاره. [1].

د/ على محمد على عبد المولي، *الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1991، ص31.*

د/ سليمان الطماوي، *الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991، ص631.*

1

والأصل في العقد الصحيح واللازم عدم استطاعة احد المتعاقدين الرجوع عنه بإرادته المنفردة وكما انه حيث يكون ملزماً لطرفيه ويجب عليهما الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه. ولا يستطيع أي منهما أن ينفرد بنقضه أو تعديله إلا باتفاقهما على ذلك أو استناداً إلى نص في القانون فالالتزام الذي ينشئه العقد يساوي الالتزام الذي يفرضه القانون, وحيث لا يجوز الخلاص من التزام مفروض بقوة أو بحكم القانون, لذا لا يجوز للمتعاقد أن يتحلل من التزام نشأ عن عقد هو طرف فيه, فالعقد كما هو معروف شريعة المتعاقدين بمعنى أنه قانونهما العام الذي يتضمن التزامات كل من طرفيه, وعليهما تنفيذه بكل ما أشتمل عليه من بالإضافة إلى كل ما يعتبر من مستلزماته وبما يتماشى مع القانون أو العرف أو العدالة وطبقاً لطبيعة الالتزام موضوع ذلك العقد..

وحيث ان نظرية الظروف الطارئة تنوه علي أن الالتزام لا ينقضي لأن الحادث الطارئ ليس قوة قاهرة، ولا يبقى هذا الالتزام كما هو لأنه مرهق، ولكن يرد القاضي الالتزام إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه، بحيث يطيقه بمشقة ولكن في غير إرهاق وهذا بالرغم من تشبث الدائن بالقوة الملزمة للعقد وتمسكه بمطالبة المدين بوفاء التزاماته كاملة، متجاهلا ما تغير من الظروف وما يلحق بالمدين من خسارة لو اكره على التنفيذ.

المعني العام نظرية الظروف الطارئة:

وقد عرفها بعض المعاصرين بأنها: مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها([2]).والمعنى الإجمالي للنظرية، هو: أن المقصود بالظرف أو الحادث الطارئ هو كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بيّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال،[3]

فالمقصود بالظرف أو الحادث الطارئ في هذه النظرية هو: كل حادث عام, لاحق على تكوين العقد, وغير متوقع الحصول على التعاقد, ينجم عنه اختلال بَيّن في المنافع المتولدة عن عقد يتواخى تنفيذه إلى أجل أو آجال ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار. وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة وارتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع.[4]

وتبعا لنظرية الظروف الطارئة: " بأن القاضي له أن يوزع تبعة الحادث الطارئ بين طرفي العقد, ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول, حتى يطيق المتعاقد تنفيذه, يطيقه بمشقة, ولكن في غير إرهاق. لكن أول ما ينبغي التنبه إليه هنا هو: تمييز الحادث الطارئ عن القوة القاهرة في القانون الوضعي.

محمد خالد منصور، تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، [2] .الجامعة الأردنية، المجلد (1)، العدد1، 1998، ص153

منصور، تغيّر قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه اإلسالمي 153 [3]

. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني 1/705-706 ،سوار، النظرية العامة لاللتزام 1/334-335)) .

من الجدير بالذكر أن نظرية الظروف الطارئة ظهرت كنص عام في العديد من التشريعات المدنية فقد نص القانون المدني الإيطالي في المادة (1467) على ما يلي (... في العقود ذات التطبيق المستمر أو التنفيذ الدوري المؤجل إذا أصبح التزام أحد المتعاقدين مرهقاً أثر ظروف استثنائية جاز للمتعاقد بهذا الالتزام أن يطلب فسخ العقد وللمتعاقد الآخر أن يدرأ الفسخ بأن يعرض تعديلاً لشرط العقد بما يتفق مع العدالة.

كما نص قانون الالتزامات البولوني في المادة (269) منه على أنه: (إذا وجدت حوادث استثنائية كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد جاز للمحكمة، إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقاً لمبادئ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعين طريقة لتنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره أو أن تقضي بفسخ العقد.

كذلك نصت المادة 146 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على أنه: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة. جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

4

برغم أن كلا منهما هو أمر غير متوقع الحصول عند التعاقد, ولا يمكن دفعه ,إلا أنهما يختلفان من حيث إن القانون قد اشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاماً ورتب عليه تعديل العقد, ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. بينما يمكن أن تكون القوة القاهرة حادثاً فردياً أو عاماً كان ينقضي بها الالتزام ؛ لاستحالة التنفيذ.

الظروف الطارئة والفقة الإسلامي:

وأن نظرية الظروف الطارئة نابعه من صميم الفقه الإسلامي، حيث انها تقوم على أساس الضرورة، والعدل ،والإحسان لقوله تعالى((يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)) سورة البقرة، الآية 185, وقوله سبحانه ((ان الله يأمر بالعدل والاحسان)) سورة النحل، الآية 90.

فانطلاقا من ذلك تنبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أثر الظروف الاقتصادية، ومجافاة هذا الوضع لقواعد العدالة، فاسندوا نظرية الظروف الطارئة إلى نظرية العذر، ونظرية الحوائج، ونظرية الضرورة، وكلها نظريات تتماشى مع أحدث النظريات القانونية في هذا المجال.
ومن القواعد تدخل ضمنها 'لا ضرر ولا ضرار'، 'المشقة تجلب التيسير'، 'الضرر الأشد يزال'، 'الضرورات تبيح المحظورات'، 'الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، الضرر الخاص لدفع الضرر العام'، 'درء المفاسد أولى من جلب المصالح، الضرورات تقدر بمقدارها'، وغيرها من القواعد الكلية التي تجيز تغير العقود وتعديلها , وبالرغم من معرفة الفقه الإسلامي لتطبيقات متنوعة لهذه النظرية، إلا أنه يصعب القول بأن الفقه الإسلامي أشاد نظرية متماسكة الأطراف للحوادث الطارئة.

النظام **القانوني السعودي و نظرية الظروف الطارئة :**

ونلاحظ ان الأنظمة السعودية مثل نظام الجمارك الموحد 2003([5]) و النظام العمل 2005 [6]) ونظام نقل الحجاج الي المملكة ، 2005([7]) ونظام المنافسات و المشتريات الحكومي (2019)[8].

حتماً ستصبح دعاوى "القوة القاهرة" معقدة ومحل خلاف بين الأطراف عندما لا تتسبب متغيرات كبرى فى التأثير بشكل مباشر على العمل.
استشهد هنا بحالتين في القرن الماضي توضحان الاختلاف في التصور وتبين بعضاً مما اقصد –
في حالة الاولي سنتناول الحديث عن شركة روفر الشركة الاسبانية بمدينة ورقلة بالجزائر ، التي كانت تعمل الايدي العاملة تحت درجات الحرارة العالية مما أدي الي توقف العمل و الدخول في المفاوضات مع الحكومة و ادي ان طلبت الشركة الاسبانية توقيف العمل وتحجّجت بوجود "قوة قاهرة" تتمثل في الارتفاع المفرط لدرجة الحرارة، إلا أن الجهة الأخرى في العقد، وهي "مؤسسة مترو الجزائر"، ردّت هذا الطلب نظراً إلى أن حالة جوّية، كارتفاع مفرط في درجة الحرارة بمدينة ورقلة، قابلة للتوقّع، وتالياً لا يمكن اعتبار ارتفاع درجة الحرارة "قوة قاهرة".

وفي الحالة الثانية ،حدث أن تعاقد أحد المقاولين السعوديين مع الحكومة السعودية على تشييد مبنى في منطقة الظهران لقاء مبلغ معين في العام 1956. وإثر الاعتداء الثلاثي على مصر وإغلاق قناة السويس أمام الملاحة البحرية، تعطل نقل مواد البناء إلى المملكة العربية السعودية فارتفعت الأسعار إلى ثلاثة أضعاف ما كانت عليه, فأوقف المقاول الأشغال وطالب الحكومة برفع قيمة الأعمال لتعويض الخسارة. لكن الحكومة طلبت منه الاستمرار, وقد اضطر ان يطلب من دار الإفتاء المصرية بيان الحكم الشرعي في ذلك، وهل له الحق في أن يطالب برفع قيمة الأعمال لكي يعوض الخسارة التي لحقت به. فصدرت الفتوى بأنه "يجب شرعا رفع الغبن عن هذا المقاول بما يعوضه عن ارتفاع أسعار مواد البناء التي استعملها في أعمال البناء... فإذا اتفق الطرفان على زيادة معينة ترفع الضرر والغبن عن المقاول لزمت وارتفع النزاع

الفرع الثاني:. شروط وأركان تطبيق نظرية الظروف الطارئة

[5] الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/41) وتاريخ 1423/4/3
[6] الصادر بمرسوم ملكي (م/51)وتاريخ 1426/8/23
[7] الصادر بالمرسوم الملكي رقم م /58 وتاريخ 28/12/1425
[8] الصادر بمرسوم ملكي م/128 1440/11/13

قبل الخوض بالحديث عن الشروط نظرية الظروف الطارئة ، يتوجب علينا ان نعرف الركن و الشرط تبعا لاصطلاح اللغوي و القانوني. فالركن هو ما يتوقف الشيء على وجوده وكان جزءاً من حقيقته، أو ماهيته([9]).
أما الشرط هو العلامة المميزة، ومنه أشراط الساعة، قال الله تعالى:(وَالَّذِينَ كَفَرُوا فَتَعْسًا لَّهُمْ وَأَضَلَّ أَعْمَالَهُم) محمد/8. أي: علاماتها، ومنه سمي الشرط-بضم وفتح- لأعوان السلطان، لأنهم جعلوا لأنفسهم علامات يعرفون بها. والشرط- بفتح وسكون- إلزام الشيء، والتزامه في البيع ونحوه كالشريطة([10]). ما يلزم من عدمه عدم المشروط، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته([11]).

فالركن والشرط يتفقان بأن كلا منهما يتوقف عليه وجود الشيء وجودا شرعيا، ويختلفان بأن الركن يدخل في تكوين الشيء ويتوقف وجوده عليه، فهو يدور معه وجودا وعدما، والشيء في أركانه، فإن تخلف أي منها انتفى وجوده، في حين أن الشرط وإن كان يتوقف عليه وجود الشيء فهو لا يدخل في مقومات تكوينه، بمعنى أن الركن به اقتضاء الشيء، أو به وجوده، وليس كذلك الشرط([12]).

اركان نظرية الظروف الطارئة:
هناك ركنان لتطبيق نظرية الظروف الطارئة :
الركن الأول : وجود التزام عقدي تراخي تنفيذه:

ويشترط في تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الالتزام ناشئا عن عقد، سواء أكان هذا العقد من العقود ثنائية الطرف كعقود التوريد، أو الإجارة، أم من العقود أحادية الطرف كعقود الإرادة المنفردة.نظرية الظروف الطارئة شروط يلزم توافرها لتطبيق النظرية, والعقد هنا ليس كأي عقد يتحقق به النظرية، فإنما يشترط في العقد شروط وهي كما يلي:

الشرط الأول: أن يكون العقد الذي تثار النظرية بشأنه متراخياً وقت التنفيذ:

ويمكن ان تكون الظروف الطارئة سببا بتعديل العقد، يجب ان يكون هذا العقد متراخيا بتنفيذ، أي ان تكون هناك فترة من الزمن ما بين صدور العقد وتنفيذه.
وذلك أن طرء حوادث استثنائية عامة وانه لم يكن في الوسع توقعها وقت التعاهد وكما يكون هناك فترة تفصل ما بين صدور العقد وتنفيذه, على أن العقد إذا كان غير متراخ. ويعقد عنصر الزمن هاما في شرط التراخي ، وتتجلي هذه الأهمية في جانبين: **الجانب الأول**: ضرورة ان يمتد تنفيذ العقد للمستقبل حتي يجد الظرف الطاريء مسرحا زمنيا يقع فيه الاخلال باقتصاديات العقد. **اما الجانب الثاني:** ان يكون هذا الوقت المتبقي ان يؤثر علي الالتزام العقدي قبل تمام تنفيذه.([13])

صور العقد التي تحقق هذا الشرط والتي يستغرق تنفيذها مدة من الزمن هي:

عقود المدة، أو المستمرة: وهى العقود التي يدخل الزمن في تعيين محلها، فيكون الزمن عنصرا جوهريا فيها بحكم طبيعة الأمور، بحيث لا يتصور الأداء إلا ممتدا مع الزمن، إما لأنه لا يمكن تحديدها إلا على أساس الزمن كما هو الشأن في الالتزامات التي يكون محلها الانتفاع بشيء من الأشياء، مثل التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع. وإما لأن المتعاقدين

علي بن محمد بن علي السيد الزين الجرجاني الحنفي، (ت 816هـ/1421م)، التعريفات للجرجاني، تحقيق: عبد الرحمن عميرة، بيروت، عالم الكتب، 1987، (ط1)، ص124. د.وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، 1996، (ط1)، ج1، ص100. بدران بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، مؤسسة شباب

[9] .الجامعة، 1984، ص290

[10] .ابن منظور، لسان العرب، ج7، ص329، أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، بيروت، دار القلم، ج1، ص421 محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني الحنبلي (ت 510هـ/1115م)، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق: محمد بن علي بن إبراهيم، جدة، دار المدني، 1985، ج1، ص68.

[11] سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (ت 474هـ/1079م)،كتاب الحدود في الأصول للباجي، تحقيق: نزيه حماد، بيروت، مؤسسة الزعبي، 1973، ص60 عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، القاهرة، دار التوزيع والنشر الإسلامية، 1993، (ط1)، ص59. محمد الزحيلي، علم أصول الفقه، دبي، دار القلم، 2004، (ط1)،

[12] .ص148. بدران، أصول الفقه الإسلامي، ص290

فتحي الدريني، النظريات الفقهية، دمشق، جامعة دمشق، ص143، 139. قباني، نظرية الظروف الطارئة، ص85. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي،

[13] .بيروت، المجمع العلمي العربي الإسلامي، 1959، ص90

قد اتفقا على تكرارها فترة زمنية معينة مما يجعل من الزمن مقياسا لها كما هو الشأن في الالتزام بتوريد شيء معين كل فترة زمنية معينة([14]).

وتنقسم عقود المدة إلى:

عقود ذات تنفيذ مستمر: كعقد الإجارة حيث يعد الزمن فيه عنصرا ملازما للاستيفاء لا ينفصل عنه، لأنه معياره بالنسبة للمستأجر، أو يعدّ عنصرا في الأداء بالنسبة للمؤجر، فالأداء الرئيسي في عقد الإيجار هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر لمدة معينة، وهذا الانتفاع لا يمكن أن يتحقق إلا إذا ترك الشيء في يد المستأجر مدة، أو زمناً معيناً، وبحيث يكون الزمن هو أساس تحديد مقدار المنفعة المعقود عليها، وعقد المزارعة، والمعاملة عند الحنفية)[15]، وكعقود بيع الثمر القائم على الشجر، وبعد بدو صلاحه، فإنه تقطف بطونها متلاحقة على النضارة عادة عند المالكية والحنابلة([16])، فيستمر تنفيذ العقد ولا يتزامن مع وقت إبرامه، وكبيع الزروع والخضار التي يتلاحق قطفها، وكعقد العمل حيث يقوم العامل بالعمل لحساب رب العمل، ويتم تحديد مقدار الخدمات التي يؤديها العامل بالزمن.

عقود ذات تنفيذ دوري: كعقد التوريد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين أن يورد للآخر شيئا يتكرر لمدة معينة، كما لو تعاقد متعهد مع شركة على أن يورد لها مادة الإسمنت بواقع (100) مائة طن لكل شهر مقابل مبلغ اتفق عليه بينهما ولمدة ستة أشهر، فمحل التزام المتعاقد هنا يمكن قيامه دون حاجة إلى الزمن، ولكن المتعاقدين باتفاقهما جعلا الزمن عنصرا جوهريا في العقد. فهنا يتصور إمكانية أن يطرأ الحادث بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه، أو في أثناء تنفيذه.

وعقود المدة بقسميها هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة، ولهذا التقى الفقه الإسلامي والقانون على تطبيق النظرية عليها([17])

العقود الفورية المؤجلة التنفيذ: العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصرا جوهريا فيه، فيكون تنفيذه فوريا كما هو الشأن في عقد البيع عادة إذ بمجرد تمام العقد يقوم البائع بتسلم المبيع والمشترى بدفع الثمن، وقد يتراخى تنفيذ العقد إلى أجل يحدد اختياريا، أو إجباريا: اختياريا كما لو اتفق على تأجيل تسليم المبيع، أو على تأجيل دفع الثمن، إجباريا كبيع شيء في حالته المستقبلة إذ يجب مرور بعض الوقت لإعداد المبيع، ولكن تأجيل تنفيذ العقد اختيارا، أو إجبارا لا يؤثر على صيغته، بل يظل عقدا فوريا، لأن تدخل عنصر الزمن فيه يعدّ تدخلا عرضيا لا يؤثر على مقدار الثمن، أو على مقدار المبيع([18]
ومن ذلك يتضح أن العقد الفوري يتحدد محله مستقلا عن الزمن، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل عنصرا عرضيا، لا عنصرا جوهريا، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد قيمة المحل المعقود عليه.

فالعقود الفورية التي لا يتفق على تأجيلها، وإنما يتم تنفيذها فور انعقادها ،وإن طرأ بعد تنفيذها فلا مجال لتحقق هذه النظرية أو ترتيب آثارها، لأن الالتزامات التي نشأت عن العقد تكون قد انقضت بالوفاء، وبالتالي لا تكون هناك التزامات قائمة يمكن تعديلها([19]). غير أنه قد يحدث في العقد الفوري التنفيذ أن ينعقد، وبعد إبرامه فورا وقبل تنفيذه يطرأ الحادث، أو العذر، أو الظرف، ففي هذه الحالة فإن النظرية تنطبق على العقد، لأنه لا يشترط في العقد إلا أن يكون متراخيا في تنفيذه، وهنا وإن كان العقد فوريا إلا أنه ولسبب طارئ لا يد للمدين فيه حدث العذر، أو الحادث بعد الإبرام وقبل التنفيذ الفوري للالتزام الناشئ عن هذا العقد . وبالتالي تنطبق نظرية الظروف الطارئة عليها، لأن شرط التراخي هو شرط غالب لا شرط

السنهوري، الوسيط، ج1، ص166. العدوي، أصول المعاملات، ص212. حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج2، ص103. سمير عبد الستار تناغو، نظرية الالتزام، الإسكندرية، منشأة المعارف، ص25. أنور سلطان، مصادر الالتزام، عمان، منشورات الجامعة الأردنية، 1987، ص17. البرعي، نظرية الالتزام في القانون المغربي، ص47. السنهوري، نظرية العقد، ص142. [14]

أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(ت 587هـ/ 1192م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي، 1974، ج4، ص197. عثمان بن علي الزيلعي، (ت 743هـ/1348م)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، بولاق، المطبعة الأميرية، ج5، ص284. عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخ زاده، (ت 1078هـ/ 1655م)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج3، ص399 [15]

سليمان بن خلف الباجي (ت 474هـ/ 1079م)، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، بيروت، دار الكتاب العربي، 1983، (ط3)، ج4، ص232. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 595هـ/1200م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار المعرفة، 1978، ج2، ص156. موفق الدين عبد الله بن قدامة (ت 620هـ/ 1225م)، المغني على مختصر الخرقي، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة، ج4، ص216. أحمد ابن عبد الحليم بن تيمية الحراني (ت728هـ/1333م)، مجموع الفتاوى، بيروت، مؤسسة الرسالة، (ط1)، ج20، ص282 [16]

الدريني، النظريات الفقهية، ص149. المعيني، النظرية العامة للضرورة، ص156. الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص318. وحي فاروق لقمان، الظروف الاستثنائية التي تطرأ على العقد بعد إبرامه، رسالة ماجستير، 1992، ص121. السنهوري، الوسيط، ج1، ص642. طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج1، ص418. عمر، العقد والإرادة المنفردة، ص272. [17]

السنهوري، الوسيط، ج1، ص165. سلطان، مصادر الالتزام، ص17. مرقس، نظرية العقد، ص81. تناغو، نظرية الالتزام، ص25. العدوي، أصول المعاملات، ج1، ص112. [18]حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج2، ص101

[19]العدوي، أصول المعاملات، ج1، ص291. مرقس، نظرية العقد، ص84. حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج2، ص107

ضروري، والعبرة في هذا الشرط وجود فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذه، هذا في الفقه الإسلامي([20])، أما في القانون فقد اختلف شراح القانون في إعمال نظرية الظروف الطارئة في العقود الفورية المؤجلة التنفيذ.

الشرط الثاني: أن تجدّ بعد صدور العقد حوادث استثنائية عامة

يشترط في حوادث استثنائية ان يكون غير متوقع مثل زلزال, أو حرب, أو إضراب مفاجئ, أو قيام تسعيرة رسمية, أو إلغاؤها, أوارتفاع باهظ في الأسعار, أو نزول فاحش فيها, أو وباء ينتشر, أو جراد يزحف أسراباً, ويظهر من هذه الأمثلة أن الحوادث لا بد أن تكون استثنائية يندر وقوعها.

الشرط الثالث: أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية العامة ليس في الوسع توقعها ولا دفعها

وعليه فإذا أمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة, ويتفرع .على أن الحادث الطارئ لا يمكن توقعه أن يكون أيضاً مما لا يستطاع دفعه ؛ فإن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع ,ولا يكون حينئذ حادثاً. وأن تجعل هذه الحوادث الطارئة تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً .وهنا يظهر الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة فهما - وإن كانا يشتركان في أن كلاً منهما لا يمكن توقعه ولا يستطاع دفعه - إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً, فينقضي بها الالتزام, بينما الحادث الطارئ يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً فحسب, فيرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول, فتتوزع الخسارة بين الدائن والمدين, ويتحمل المدين شيئاً من تبعة الحادث.

ويلاحظ هنا أن الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ, معيار مرن, ليس له مقدار ثابت ومحدد, بل يتغير بتغير الظروف, فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر, وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى, لكن المهم في هذه الحال أن يصبح تنفيذ الالتزام بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة, فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي ؛ لأن التعامل كسب وخسارة.

<u>الركن الثاني: الظرف الطارىء</u>

ليس كل ظرف، أو حادث يكون سببا لتطبيق النظرية، بل يتعين في هذا الظرف أو الحادث أن يتصف بأوصاف معينة . وحيث يشترط في الحادث الذي يطرأ على العقد فيما بين إبرامه وتنفيذه، والذي يترتب عليه جواز تعديل العقد أو فسخه، الشروط التالية:

الشرط الأول: أن يكون الظرف أو الحادث استثنائياً:

والمقصود بالحادث الاستثنائي أن يكون غير مألوف، أي نادر الوقوع، سواء أكان هذا الحادث سماويا كالجوائح، والفيضان، والجراد، والعفن، والدود، والزلزال، والوباء، أم كان من الآدميين كالحرب، والثورة، أو فرض تسعير جبري أو إلغائه. فإذا كان الحادث مألوفا، فلا يعتد به، ولا تنطبق النظرية عليه، لأنه من عادة المألوف أن يكون محتملا بحكم العادة، أو التعامل([21]).

وان جائحة الوباء 2019 قد يكون استثنائيا بطبيعته حيث أتت بان تتاخذ الدول الأوامر الإدارية كصدور أوامر السلطة الحاكمة بإغلاق الحوانيت أم الاستيلاء عليها، وقد يكون بجسامة قدره التي جاوزت المألوف، كارتفاع الأسعار ونزولها ، وما ينشأ عنه من أضرار لا يعد ظرفا استثنائيا يؤثر في الالتزام التعاقدي، ولكنه يعد استثنائيا إذا جاوز حده المألوف وجعل تنفيذ الالتزام مرهقا([22]).ويجب أن يراعى في تحديد الحادث الاستثنائي المكان والزمان، فما يكون استثنائيا في بلد قد يكون عاديا في بلد آخر، وما يكون استثنائيا في زمن يبدو مألوفا في زمن آخر([23])

الدريني، النظريات الفقهية، ص149. الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ص318. المعيني، النظرية العامة للضرورة، ص156. الثلب، الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام

[20] .العقدي في الفقه الإسلامي، ص154

سوار، النظرية العامة للالتزام، ج1، ص [21]432

[22].الدريني، النظريات الفقهية، ص150. الثلب، الظروف الطارئة، ص156. مرقس، نظرية العقد، ص341. لقمان، الظروف الاستثنائية، ص57

[23].سوار، النظرية العامة للالتزام، ج1، ص432

الشرط الثاني: أن يكون الحادث الاستثنائي عاما:

يقصد بالعموم أن لا يكون الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين الذي يطلب تعديل العقد بل يجب أن يشمل أثره عددا كبيرا من الناس كأهل بلد، أو إقليم معين، أو طائفة معينة منهم كالزراع في جهة من الجهات، أو منتجي سلعة بذاتها، أو المتجرين بها.كالحاله التي بها الوضع تحت الوباء الان وحيث أخذت غالبية التقنينات العربية بشرط العمومية، وقد تابعهم بعض فقهاء القانون في الأخذ بهذا الشرط، واستبعاد الظروف الخاصة بالمدين من جانب تطبيق النظرية، ضمانا لعدم الغش من جانبه بدعائه خلاف الواقع([24]). وحيث ان هذا الشرط يؤكد أن أساس هذه النظرية هي العدالة. ويمكن تعريف جائحة وهي: المصيبة تحل بالرجل في ماله فتجتاحه كله وتهلكه وتتلفه إتلافاً ظاهراً كالسيل والحريق، أو هي الآفة التي تجتاح الثمر. ويقصد بالظرف الطارئ هو " كل حادث ينشأ أو عذر يطرأ بعد إبرام العقد، كالآفة أو الجائحة أو النازلة، بحيث يجعل العاقد عاجزاً عن تنفيذ العقد بضرر زائد لم يستحق بالعقد". فالحوادث الطارئة هي حالات عامة غير مألوفة لم يكن في الحسبان توقعها

ولم تأخذ الشريعة الإسلامية بشرط العمومية-إلا في بعض المسائل كالجوائح عند المالكية والحنابلة([25])، حيث اشترطوا أن تكون الجائحة عامة كالجراد، والمطر، والبرد، والطير الغالب، تحقيقا للعدالة بيت المتعاقدين- بل يستوي في الحادث الاستثنائي أن يكون عاما أم خاصا لاحقا بشخص، أي من المتعاقدين، فجميع النظريات الفقهية المتعلقة بالأعذار، أو الجوائح، أو نظرية تغير القيمة لا تأخذ به، وتكتفي في ذلك بأن يكون الحادث فرديا لا يتعدى أثره حدود الالتزام الذي يتحمل المتعاقد وحده.

ثم إن شرط العمومية يجافي المنطق من حيث إن القوة القاهرة قد تكون أمرا عاما، وقد تكون حادثا فرديا خاصا بالمدين، مع أنها أشد وطأة من الحادث الطارئ، فهي تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وهذه الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام. أما الحادث الاستثنائي فيجعل تنفيذ الالتزام مرهقا، ويقتصر أثره على رد الالتزام إلى الحد المعقول، فليس من المنطق أن يشترط في الحادث الطارئ وهو أقل خطورة ما لا يشترط في القوة القاهرة وهو العمومية([26]).

ومن ثم إن القوانين العربية والتي اشترطت العموم تجاوزت هذا الشرط في بعض الحالات فطبقت النظرية في حالات يكون فيها الحادث الاستثنائي خاصا بالمدين. من ذلك ما نصت عليه المادة (2/246) من القانون المدني المصري: (يجوز للقاضي في حالات استثنائية، إذا لم يمنعه نص في القانون، أن ينظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه، إذا استدعت حالته ذلك، ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم)([27]).

ونصت المادة (608) على أنه: (إذا كان الإيجار معين المدة، جاز لكل من المتعاقدين أن يطلب إنهاء العقد قبل انقضاء مدته إذا جدت ظروف خطيرة غير متوقعة من شأنها أن تجعل تنفيذ الإيجار من مبدأ الأمر أو في أثناء سريانه مرهقا...)([28])

الفرع الثالث: الحكم في نظرية الظروف الطارئة

اذا توافرت الشروط المتقدمة هنا جاز للقاضي - تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين - أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول, ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك . ولذلك فصلاحية القاضي هنا برد الالتزام إلى الحد المعقول واسعة فهو قد يرى زيادة الالتزام المقابل, أو إنقاص الالتزام المرهق, أو وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث

ناغو، نظرية الالتزام، ص148. الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، ص138. العدوي، أصول المعاملات، ج1، ص292. مرقس، نظرية العقد، ص341. عمر، [24] .العقد والإدارة المنفردة، ص273. البرعي، نظرية الالتزام، ص221

ابن رشد، بداية المجتهد، ج2، ص192. ابن قدامة، المغني، ج4، ص [25]216

انظر: الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، ص33، 110. مرقس، نظرية العقد، ص338. بولحية، جميلة نظرية الظروف الطارئة، ص94، 102. طلبة، الوسيط في [26].القانون المدني، ج1، ص146

السنهوري، الوسيط، ج1، ص643. السنهوري، مصادر الحق، ج6، ص24. سلطان، مصادر الالتزام، ص229. العدوي، أصول المعاملات، ج1، ص292. مرقس، [27].نظرية العقد، ص341. عمر، العقد والإرادة المنفردة، ص273

الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص297. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، بيروت، دار الفكر، 1991، ج4، ص445. محمد علاء الدين بن الشيخ علي الحصفكي، (ت 1088هـ/1693م، الدر المنتقى شرح الملتقى، بيروت، دار إحياء التراث العربي، [28].ج2، ص401

الطاريء. وقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً يقدر له الزوال , كما إذا تعهد مقاول بإقامة بناء, وارتفعت أسعار بعض مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً, لكن يوشك أن يزول لقرب فتح باب الاستيراد مثلاً فيوقف القاضي التزام المقاول بتسلم المبنى في الموعد المتفق عليه, حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق, إذا لم يكن في وقف التنفيذ هنا ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى. ([29])

وقد يري القاضي في حالة زيادة الأسعار بالأسواق فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد ، ولكن القاضي يراعي حالتين هامتين ان يكون رفع الأسعار فيه تحميل للطرف الآخر وليس فقط تبعه الارتفاع الفاحش لاسعار بأكمله، بل أيضا يتبعه الارتفاع المألوف. وبالحالة الأخرى ان القاضي لا يقوم بفرض علي الطرف الآخر ان يشتري بهذا السعر ، إنما يخيره ان يشتري به وان يفسخ العقد وبذلك يرتفع عنه كل اثر للحادث الطاريء. ونلاحظ هنا ان القاضي أراد الالتزام الي الحد المعقول بالنسبة الحالة القائمة أمامه لكن هذا لا يرتب علي المستقبل ، إنما هو أمرا مؤقتا لفض إشكال حدث طارئا. فيرجع العقد الي سابق حاله قبل تعديل ، وتعود له قوته الملزمة كاملة كما كان بالاصل.

قد ازدهر مبدأ سلطان الإرادة إثر ظهور المذاهب الإرادية وانتشار الفلسفة الفردية في العصور الحديثة، وبحسب الأصل فإن مبدأ سلطان الإرادة في القانون لا يجيز لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض الاتفاق، أو تعديله إلا بموافقة المتعاقدين أو لسبب قانوني، أما خلاف ذلك فليس له سوى تنفيذ هذا الالتزام طوعا، أو جبرا، وليس هناك ما يعفي المدين من عدم قيامه بما التزم به إلا أن تحول دون ذلك قوة قاهرة، أو حادث مفاجئ. وإن كانت نظرية القوة القاهرة قد عالجت الحالات التي تقوم فيها استحالة مطلقة عن طريق إنهاء الالتزام وإعفاء المدين من التنفيذ، فإن السبيل إلى معالجة الحالات التي تطرأ فيها استحالة نسبية لا تؤدى إلى الحيلولة دون تنفيذ الالتزام هو نظرية الظروف الطارئة.

وتفترض هذه النظرية أن عقدا ما قد أبـرم في ظل الأحوال العادية، فإذا بالظروف الاقتصادية التي كانت أساسا يرتكز عليه توازن العقد وقت تكوينه قد تغيرت بصورة لم تكن في الحسبان، فيؤدي هذا التغير في الظروف إلى أن يصبح تنفيذ العقد ليس مستحيلا وإنما مرهقًا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة.

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية غيرها من الشرائع بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة، ذلك لأن الشريعة الإسلامية تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم، وهي بذلك تختلف عن مبدأ سلطان الإرادة ومن يقول به، لأنها تقوم على أساس مفهوم الحق.

وحيث قال الفقيه الفرنسي الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة 1932: "إن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف المقارنة، وفي القضاء الانكليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة.([30])

وفي نهاية هذ المطلب نستنتج نظرية الظروف الطارئة هي استثناء يرد علي المبدأ، وذلك يتضح جليا بالقانون السعودي و المصري ([31])و الجزائري كون العقد شريعة المتعاقدين. وان نظرية مستمدة من الشريعة الإسلامية وخالفت القضاء المدني الفرنسي والقوانين الغربية. وحيث ان أن الفقه الغربي اضطر إلى وضع نظرية عامة للحوادث الطارئة لأن قوة العقد الملزمة فيه قد بولغ فيها مبالغة دعت إلى إيجاد وسائل تخفف منها نزولا عند مقتضيات العادلة، فكانت المبالغة تحت تأثير المذاهب الفردية، والتخفيف تحت تأثير مذهب التضامن الاجتماعي. أما الفقه الإسلامي حيث مقتضيات العدالة تسود دائما عند تعارضها مع القوة الملزمة للعقد، فقد أمكن في ضوء هذه المقتضيات فتح ثغرات مختلفة في القوة الملزمة للعقد.

[29] الأسس العامة للعقود الإدارية، د عبد العزيز خليفة،ص 204

[31]

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

تُمثل الإجراءات الاحترازية لانتشار الفايروس في المملكة العربية السعودية ظرف طارئ لكثير من العقود الإدارية لما نصت عليه المادة الرابعة والسبعون من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية من جواز تمديد العقد والاعفاء من الغرامة في عدد من الحالات منها "إذا كان التأخير يعود إلى الجهة الحكومية أو ظروف طارئة" وعرّف النظام هذه الظروف بأنها: "حالة يكون فيها تهديد السلامة العامة أو الأمن العام أو الصحة العامة جدياً وغير متوقع، أو يكون فيها إخلال ينذر بخسائر في الأرواح أو الممتلكات"، وعلى صعيد آخر تم تفسير القوة القاهرة من قبل القضاء الإداري في بعض الأحكام المتعلقة بها على أنها حدث ينجم عن ظروف خارجة عن الإرادة وبسبب أجنبي وبشكل مفاجئ يستحيل توقعه ودفعه عند وقوعه كما جاء في الحكم الإداري في القضية رقم (2117/ق/1437هـ)
في حين لم يتناول نظام المنافسات والمشتريات الحكومية أي تنظيمات تتعلق بتفاصيل التعامل مع الأضرار غير المعقولة أو غير المتوقعة والتي قد تنتج عن العقود الخاضعة للنظام. إذ أن النظام أجاز للجهة الحكومية إيقاف العقد في حال وجود ظروف طارئة في حين لم يتناول آثار هذا الإيقاف على المتعاقد مع الجهة الحكومية مما يجعل الأمر في تعديل مسألة الإرهاق وإعادة التوازن للعقد الإداري منوطة بالقضاء.

وان الظرف الطاريء لا يعفي المتعاقد من التزاماته التي تنشأ عن العقد. فالتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد رغم وقوع حادث طاريء و ان كان مرهقا الا انه ممكن .لذا يمكن القول ان فكرة الظروف الطارئة تقع في مركز وسط من الحالة العادية التي يستطيع فيها القول ان فكرة الظروف الطارئة تقع في مركز وسط من الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد القيام بتنفيذ التزاماته و بين حالة القوة القاهرة التي تؤدي الي تحرير المتعاقد من التزاماته([32]).

وحيث أن توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة التي أسلفنا بذكرها بالمطلب الأول لا تعطي للمتعاقد الحق في عدم الاستمرار في تنفيذ العقد بحجة أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقاً جداً، ولكن تحقيقاً لمصلحة المرفق العام يجب عليه أن يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وحتي تستمر الإدارة بإمداد يد العون له .

وهكذا فإن بحث آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة يقتضي منا أن نقسم المطلب في فرعين علي وفق مايأتي:
الفرع الأول: التزامات المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد
الفرع الثاني:التزامات الإدارة بتعويض المتعاقد المضار

الفرع الأول: التزامات المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد

وحيث ان الذي اصابه خسائر فادحة من جراء وقوع الظرف الطارئ غير المتوقع والذي لا دخل لإرادته فيه يلتزم أن يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وبالتالي لا يعفي من تنفيذ التزاماته، وذلك لأن الظرف الطارئ لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ولكي يبقي تنفيذ الالتزام ممكناً حتى ولو كان مرهقاً للمتعاقد .([33])
وذلك تطبيقاً لحكم المحكمة الإدارية العليا بأنه " ليس مؤدي تطبيق نظرية الظروف الطارئة ـ بعد توافر شروطها ـ أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، وللمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقد معها لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة، فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء، فيقتصر دور القاضي في هذه الحالة على إلزام الإدارة بالتعويض المناسب"[34].
وانه من الطبيعي ان يلتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ان عملية تقدير توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أمر يتعلق بقاضي العقد، وانه من الطبيعي لا يحق للمتعاقد مع جهة الإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد بحجة أن الظروف الاستثنائية التي وقعت تستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك لأنه قد ينتهي الأمر في النهاية برفض التعويض لعدم توافر شروط تطبيق النظرية.
إن في حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العقدية وذلك يعد خطأ عقدياً يعطي لجهة الإدارة الحق في توقيع الجزاء المناسب علي المتعاقد، بالإضافة إلى ذلك فإن امتناعه هذا يقلل من نسبة التعويض التي يمكن أن يحصل عليها. وأن

---

[32] د. محمد سعيد حسن أمين ، المباديء في تنفيذ العقود الإدارية و تطبيقاتها (دراسة مقارنة)، دار الثقافة الجامعية، القاهرة ،1995،ص283ومابعده

[33] **د/ جابر جاد نصار**، *عقود B.O.T، والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر، ص181، وما بعدها.*

[34] *حكم المحكمة الإدارية العليا، 1985/11/30، رقم 2541 لسنة 29ق عليا*

الجزاء هنا يقتصر في الغالب على توقيع غرامات التأخير على المتعاقد، دون أن يصل الأمر إلى الامتناع عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة كجزاء لعدم الاستمرار في تنفيذ العقد[35].

يرجع المبرر الأساسي لالتزام المتعاقد مع جهة الإدارة بتنفيذ التزاماته العقدية إلى فكرة المرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام واضطراد، مما يستلزم بذل أقصي الجهد من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية والتي تتمثل في المقام الأول بتحقيق النفع العام للمستفدين من خدمات المرفق العام، وذلك باعتبار أن ذلك هو الغاية التي من أجلها خلقت نظرية الظروف الطارئة. وهكذا يمكن القول بأن العقد الإداري ما هو إلا وسيلة من وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد[36].

إن الاساس من إقرار نظرية الظروف الطارئة تتمثل في معاونة المتعاقد مع جهة الإدارة في تخطي الظروف الطارئة الاستثنائية المؤقتة وذلك من أجل الاستمرار في تنفيذ العقد، ولكن على الرغم من أن من المفترض أن تكون تلك الظروف مؤقتة، ولكن أحياناً يتحول الظرف الطارئ في مرحلة لاحقة إلى قوة قاهرة يستحيل معها مواصلة تنفيذ العقد، كما يستحيل معه إعادة التوازن المالي للعقد، بحيث لا يستطيع المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمعاونة الإدارة له بصفة دائمة. ففي مثل هذه الحالة يحق لطرفي العقد أن يطلبا من القاضي فسخ العقد إذا أخفق الطرفان في إعادة النظر في شروط العقد بالوصول إلى اتفاق جديد يعيد الحياة للعقد[37].

الفرع الثاني
حق المتعاقد في الحصول على التعويض

في حالة توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، واستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية على الرغم من الإرهاق الشديد الذي يصيبه من تنفيذ هذا الالتزام، فإنه يستحق معاونة جهة الإدارة، وذلك للخروج من الأزمة التي يمر بها تنفيذ العقد، ويكون ذلك عن طريق تعويضه جزئياً عن الخسارة التي أصابته من جراء وقوع الظرف الطارئ.

أولاً: أساس التعويض:

لقد اختلف الرأي حول الأساس القانوني لحق المتعاقد فى الحصول على التعويض تطبيقًا لنظرية الظروف الطارئة، وذلك على النحو التالي:

1- النية المشتركة لأطراف العقد:

ذهب جانب من الفقه إلى تأسيس التعويض عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الإرادة المشتركة لطرفي العقد، فالتعويض عن الظروف الطارئة إنما يستند إلى ما انصرفت إليه نية الطرفين ضمناً أثناء العقد، حيث أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، ووفقاً للنية التي قصدها الأطراف لحظة إبرام العقد[38].

ولقد انتقد الفقه هذا الرأي وذلك لأن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين أمر دقيق وصعب جداً على القاضي، حيث أن ذلك يتطلب أن يعود القاضي إلى تاريخ إبرام العقد، وربما يكون قد أبرم منذ فترة طويلة، وإضافة لذلك فإنه يمكن أن

---

35 **د/ جابر جاد نصار**، *مرجع سابق، ص183؛ حكم المحكمة الإدارية، 1962/7/9، سابق الإشارة إليه*

د/ على محمد على عبد المولي، *الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1991، ص407، وما بعدها؛ حكم المحكمة الإدارية، 1972/6/17، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة 17، ص576.*

36

د/ سليمان الطماوي، *مرجع سابق، ص704، وما بعدها؛* **د/ على محمد على عبد المولي**، *مرجع سابق، ص421، وما بعدها.*

LAUBADERE (A.DE), MODERNE (F), DELVOLVE (P), Op. Cit., p. 605 et **C.E., 30 Juin 1932,** *Communede Ganges, Rec., p. 647.*

37

د/ سليمان الطماوي، *مرجع سابق، ص697.*

د/ سعاد الشرقاوي، *العقود الإدارية، بدون دار نشر، وبدون تاريخ نشر، ص518؛* **د/ صلاح الدين فوزى**، *المبسوط فى القانون الادارى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص985، وما بعدها؛* **د/ جابر جاد نصار**، *مرجع سابق، ص180؛ حكم المحكمة الإدارية العليا، 1984/12/18، طعن رقم 1223 لسنة 27ق، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً، السنة 30، العدد الأول، ص250.*

BONNARD (R.), *Précis de droit administratife, L.G.D.J., Paris, 1940, p. 744.*

38

تكون النية المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد تطبيق النظرية صراحة أو ضمناً، وعلى الرغم من ذلك يتم تطبيق النظرية، وذلك لتعلق أحكامها بالنظام العام(39).

يرجع البعض أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى فكرة التوازن المالي للعقد، حيث أن فكرة التوازن المالي تمثل مكاناً بارزاً في النظرية العامة في العقد الإداري، ويعتبر أمراً مفترضاً في كل عقد إداري دون حاجة للنص عليه(40).

وانتقد الفقه هذا الرأي أيضاً، وذلك لأن فكرة التوازن المالي للعقد لا تكفي لتبرير حق المتعاقد في الحصول على التعويض بعد طلب فسخ العقد قضائياً، لأنه في مثل هذه الحالة لا مجال للحديث عن إعادة التوازن المالي للعقد الذي لم يصبح موجوداً أصلاً بعد أن انتهي بالفسخ.[41]

واضف الي ذلك إن الاستناد على مبدأ التوازن المالي للعقد كأساس للتعويض عن الظروف الطارئة، يجعل التعويض في هذه الحالة وكأنه مؤسس فقط على مصلحة المتعاقد، في حين أن الهدف من تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتمثل في الأساس في ضمان حماية المرافق العامة بالاستمرار في تنفيذ العقد رغم الأزمة الاقتصادية، وليس تعويض المتعاقد مع جهة الإدارة بالأخص(42).

لقد ذهب الرأي الراجح فقهاً وقضاءً إلى تأسيس التعويض عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، فالمرافق العامة يجب أن يسير العمل فيها بانتظام واستمرار بدون توقف، فإذا ما طرأت حوادث استثنائية قلبت اقتصاديات العقد، فعلى جهة الإدارة في هذه الحالة أن تسارع إلى مد يد العون للمتعاقد معها لكي يتغلب على تخطي تلك الظروف الطارئة(43).

وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ..... مؤدي تطبيق هذه النظرية، بعد توافر شروطها، إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي أحاقت به طوال فترة الظرف الطارئ، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامته لسير المرفق العام الذي يخدمه.... "(44)

والواقع أن فكرة استدامة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد لا تكفي لوحدها كأساس لتعويض المتعاقد عن وقوع الظروف الطارئة، وخاصة في الحالات التي يستحق فيها المتعاقد التعويض على الرغم من فسخ العقد وانتهائه، ولذا فإننا نري أن أساس التعويض ـ هنا ـ يكون أساس مزدوج يتمثل في ضرورات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وقواعد العدالة. وهذا الأساس المزدوج يفسر التزام جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها على الرغم من عدم حدوث خطأ منها، وفي

HACHICH (A.), *La Théorie de l'imprévision dans les contract administratifs, étude comparée du droit Français et du droit de la République Arabe Unie, Caen, 1962, p. 395*.

39

د/ محمد السناري، *مرجع سابق، ص25*؛ **د/ على محمد على عبد المولي**، *مرجع سابق، ص505*.

40

41 **WALINE (M.),** *Traité de droit administrative, sirey, 1963, p. 340*

LAUBADERE (A.DE), MODERNE (F), DELVOLVÉ (P), *Op. Cit., p. 609.*

وراجع في ذلك أيضاً الرأي الاستشاري الصادر عن ديوان المحاسبة برئاسة مجلس الوزراء اللبناني، رقم 97لسنة 2004، بتاريخ 2004/9/15.

ظهرت فكرة التوازن المالى للإدارة لأول مرة فى قضاء مجلس الدولة فى 11 مارس 1910( ) وتبناها مجلس الدولة ا

.ففى حكم شهير لمحكمة القضاء الإدارى([42]) أوضحت أن «نظرية التوازن المالى للعقد وغيرها من النظريات والقواعد التى تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التى يتحملها المتعاقد مع الإدارة، وبين المزايا التى ينتفع بها، على اعتبار أن العقد الإدارى يكون فى مجموعه كلا من مقتضاه وجوب التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين، وتعادل كفة الميزان بينهما، وذلك بتعويض المتعاقد فى أحوال وبشروط معينة حتى ولو لم يصدر خطأ من جانب الإدارة، مع اختلاف مقدار التعويض، فتارة يكون التعويض كاملا، وتارة يكون جزئيا وأيا كانت الأسانيد التى قامت عليها هذه النظريات والقواعد، أو اختلاف الرأى فى مبرراتها، فإنه مما لا شبهة فيه أنها ترتد فى الحقيقة إلى أصل واحد وهو العدالة المجردة التى هى قوام القانون الإدارى. وكما أن هدفها الأعلى هو تحقيق المصلحة العامة بناء على فهم صحيح لطبيعة العلاقة بين الإدارة وبين من يتعاقد معها من الهيئات والأفراد فى شأن من شئون المرافق العامة .وبهذا الفهم أمكن حل أغلب مشكلات العقود الإدارية، ووضحت معالم الطريق لعلاجها على الوجه الصحيح

42

د/ سليمان الطماوي، *مرجع سابق، ص697*؛ **د/ محمد عبد الحميد أبو زيد**، *دوام سير المرافق العامة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1975، ص223.*

VEDEL (G.) ET DEIVOLVE (P.), *Droit administratife, Thémis, 1984, p. 359.*

C.E., 28 Novembre 1952, *Sté coopérative des Owriers et Techniciensdu batiment, Rec., p. 542.*

د/ سليمان الطماوي، *مرجع سابق، ص697، وما بعدها* [43]

غير منشور، مشار إليه في مؤلف **د/ على محمد على عبد المولي**، *مرجع سابق، ص* [44]*512*

حالة انتهاء العقد بفسخه لاستحالة إعادة التوازن المالي للعقد[45]بالإضافة إلى ذلك فإنه تم إقرار نظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الخاص إعمالاً لقواعد العدالة، ومنعاً لاستغلال أحد الطرفين للمتعاقد الآخر، وبالتالي فإن النظرية تكون أولي بالتطبيق في مجال العقود الإدارية لوحدة العلة في الحالتين، زيادة على الاعتبارات المستمدة من ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام[46].

وتأكيداً على هذا الأساس المزدوج، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد جهة الإدارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد"[47].

سلطات القاضي الإداري فتنحصر في الحكم بالتعويض الجزئي دون تعديل في نصوص العقد، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا على أنه "..... مؤدي تطبيق نظرية الظروف الطارئة بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فترة الظرف الطارئ ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتصر دور القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية[48]).

يمكننا إجمال قواعد وأحكام التعويض المستحق للمتعاقد عن الظروف الطارئة في النقاط التالية:

1- إن التعويض يكون جزئي، فالمتعاقد مع جهة الإدارة يتحمل جزءاً من هذه الخسارة، حتى ولو كان جزءاً يسيراً[49].

2- يجب على القاضي أن يراعي عدة اعتبارات عند تحديد النسبة المئوية لمشاركة جهة الإدارة في الخسائر التي تكبدها المتعاقد المترتبة على وقوع الظرف الطارئ[50]، وتتمثل في سلوك المتعاقد مع الإدارة ومدي المجهودات التي بذلها لمواجهة الظرف الطارئ ومدي تعاون الإدارة وحسن اهتمامها بمساعدة المتعاقد معها على تخطي الظرف الطاريء.

3- إذا يتضمن العقد شروطاً يتنازل بمقتضاها المتعاقد مع جهة الإدارة ـ مقدماً ـ عن حقه في المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة، فإن هذه الشروط تعد باطلة، وذلك لأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متعلقة بالنظام العام، لأنها وسيلة لضمان سير المرافق العامة وتحقيقاً للصالح العام.

4- وإذا تضمن العقد شرطاً يجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد في حالة حدوث الظرف الطارئ، فإن الفقه والقضاء يجمع على مشروعية مثل هذا الشرط.

د/ عزيزة الشريف، *دراسة في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص244.*

45 LAUBADERE (A.DE), MODERNE (F), DELVOLVE (P), *Op. Cit., p. 609*

46

( ] حكم *المحكمة الإدارية العليا، 16 مايو 1987، الطعن رقم 3562 لسنة 49ق، حكم غير منشور، مشار إليه في مؤلف* **د/ على محمد على عبد المولي**، *مرجع سابق، ص512.*

([74]) **د/ عزيزة الشريف**، *دراسة في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص244.*

LAUBADERE (A.DE), MODERNE (F), DELVOLVE (P), *Op. Cit., p. 609.*

د/ سليمان الطماوي، *مرجع سابق، ص697، وما بعدها.*

حكم المحكمة الإدارية العليا، 1972/6/27، رقم 46 لسنة 14ق، سابق الإشارة إليه.

د/ سليمان الطماوي، *مرجع سابق، ص692، وما بعدها؛* **د/ جابر جاد نصار**، *مرجع سابق، ص184.*

47

د/ سليمان الطماوي، *مرجع سابق، ص701.*

48

C.E., 4-3-1949, *Min de la équerre, Rec., p. 318.*

[49] *حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 1968/5/11، الطعنان رقم 1562 لسنة 1ق، 68 لسنة 11ق، سابق الإشارة إليهما.*

د/ سليمان الطماوي، *مرجع سابق، ص692، وما بعدها؛* **د/ جابر جاد نصار**، *مرجع سابق، ص184.*

50

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه الآن هو هل وجود مثل هذا الشرط يمنع المتعاقد من الاستناد لنظرية الظروف الطارئة للمطالبة بالتعويض، إذا كان تطبيق النظرية يؤدي إلى حصوله على مزايا أكبر من تلك التي يحصل عليها إذا طبق الشرط الوارد في العقد ؟.

بعد النظر الي أحكام مجلس الدولة الفرنسي يمكن أن نستخلص أنه يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على الرغم من وجود تلك الشروط، وذلك في حالتين:

أ- عدم التمكن من تطبيق الشرط الوارد في العقد، ومثال ذلك صدور تشريع يجمد الأجور والأسعار عند حد معين، مما يترتب عليه عدم تمكن جهة الإدارة من إعادة النظر في الأسعار الواردة في العقد[51].

ب- في حالة عدم جدوى تطبيق الشرط الوارد في العقد لمواجهة الآثار المترتبة على إخلال التوازن المالي للعقد، ومثال ذلك أن يؤثر الظرف الطارئ على عناصر أخري غير تلك التي قدرها المتعاقدون ووضعوا الشروط لمواجهتها[52].

وهكذا إذا ما توافرت حالة من الحالتين السابقتين، فإنه يكون للمتعاقد الحق في التعويض الأكثر قيمة، إما بناء على تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وإما بناء على تطبيق الشروط الواردة في العقد. ولكنه في النهاية لا يستطيع أن يجمع بين التعويضين.

وهكذا نفهم مما سبق أنه في حالة توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، فإنه علي المتعاقد مع جهة الإدارة أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك لكي يستحق أن تمد له الإدارة يد العون لتخرجه من حالة الإرهاق التي لحقت به من جراء الظرف الطارئ. ولكن بقي لنا في النهاية أن نعرض لمدي اعتبار الأزمة المالية العالمية الراهنة ظرفاً طارئاً، وبالتالي يستحق المتعاقد الحق في إعادة التوازن المالي للعقد.

الخاتمة

أما ما يمكن أن نختم به هذا المبحث، فهو الإشارة إلى كون نظرية الظروف الطارئة، نظرية حديثة أخذت بها جل القوانين العربية مستمدة إياها من الشريعة الإسلامية، وخالفت بذلك ما استقر عليه القضاء المدني الفرنسي والقوانين الغربية مند عهد طويل، فالعقد عندهم شريعة للمتعاقدين لا يجوز تعديله إلا باتفاق المتعاقدين، وعلى ذلك فنظرية الظروف الطارئة تعتبر استثناءا يرد على المبدأ، ولذا أوردها القانون المصري كاستثناء في فقرة ثانية على كون العقد شريعة للمتعاقدين وعلى خطى هذا الأخير سارت جل القوانين المدنية العربية.

اهم نتائج البحث تتلخص فيما يلي:

1. أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية العربية وغير العربية في نظرية الظروف الطارئة.
2. أنه يشترط في تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الالتزام ناشئا عن عقد متراخي التنفيذ عن وقت إبرامه، سواء أكان من العقود المستمرة التنفيذ، أم من العقود الفورية المؤجلة التنفيذ، وحتى العقود الفورية غير المؤجلة إذا طرأ حادث، أو عذر بعد إبرام العقد فورا وقبل تنفيذه.
3. أنه لا يشترط أن يكون العقد ملزما للجانبين حتى تنطبق النظرية، بل تنطبق النظرية على العقود الملزمة لجانب واحد، لأن الحكمة التي شرعت من أجلها النظرية هي إزالة الإرهاق عن أحد المتعاقدين وتخفيف التزامه، وهذا كما ينطبق على العقود الملزمة للجانبين تنطبق على العقود الملزمة لجانب واحد.
4. أنه لا يشترط في الظرف الطارئ أن يكون عاما، بل يستوي في الحادث الاستثنائي أن يكون عاما، أو خاصا لاحقا بشخص أي من المتعاقدين، وقد تابع القانون المدني الإيطالي والبولوني واليوناني الشريعة الإسلامية في عدم الأخذ بشرط العموم.
5. أن الضرر أو الحادث في الفقه الإسلامي ليس ضررا اقتصاديا فقط، بل قد يكون ضررا غير اقتصادي، فقد يكون الضرر معنويا، وقد يكون شرعيا، ومعيار الإرهاق أو الضرر في نظرية العذر هو معيار شخصي، وفي نظرية الجوائح وتغير القيمة فهو معيار موضوعي.

HACHICH (A.), *La Théorie de l'imprévision dans les contract administratifs, étude comparée du droit Français et du droit de la République Arabe Unie, Caen, 1962, p. 395*.

51

C.E., 2-2-1951, *Sté des grands Travaux de Marseille, Rec., p. 68.*

52

6. أن نظرية الظروف الطارئة تتشابه في كثير من وجوهها مع أحكام العذر والجوائح في الفقه الإسلامي.

المراجع :

1) على محمد على عبد المولي، *الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1991*

2) سليمان الطماوي، *الأسس العامة للعقود الإدارية، مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991.*

3)محمد خالد منصور، تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد (1)، العدد1، 1998

4)علي بن محمد بن علي السيد الزين الجرجاني الحنفي، (ت 816ه/1421م)، التعريفات للجرجاني، تحقيق: عبد الرحمن

5).وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دمشق، دار الفكر، 1996، (ط1)، ج1، عميرة، بيروت، عالم الكتب، 1987، (ط1 ص100.

.6) بدران بدران أبو العينين، أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، مؤسسة شباب الجامعة، 1984، ص290

7)أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، بيروت، دار القلم، ج1

8)محفوظ بن أحمد بن الحسن الكلوذاني الحنبلي (ت 510ه/1115م)، التمهيد في أصول الفقه، تحقيق: محمد بن علي بن

9)سليمان بن خلف الباجي الأندلسي (ت 474ه/1079م)، كتاب الحدود في الأصول إبراهيم، جدة، دار المدني، 1985، للباجي، تحقيق: نزيه حماد، بيروت، مؤسسة الزعبي، 1973

10)عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، القاهرة، دار التوزيع والنشر الإسلامية، 1993، (ط1

11) محمد الزحيلي، علم أصول الفقه، دبي، دار القلم، 2004، (ط1)،

12)فتحي الدريني، النظريات الفقهية، دمشق، جامعة دمشق، 2008143

.13)عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، بيروت، المجمع العلمي العربي الإسلامي، 1959،

14)سمير عبد الستار، تناغو نظرية الالتزام ، الإسكندرية ، منشأة المعارف، دون سنة نشر

15)انون سلطان ، مصادر الالتزام، عمان ،منشورات الجامعة الأردنية،1987

16)أبو بكر بن مسعود الكاساني الحنفي(ت 587ه/ 1192م)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، بيروت، دار الكتاب العربي، 1974،

17)عثمان بن علي الزيلعي، (ت 743ه/1348م)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، بولاق، المطبعة الأميرية،

18) عبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المدعو بشيخ زاده، (ت 1078ه/ 1655م)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، بيروت، دار إحياء التراث العربي،

19)سليمان بن خلف الباجي (ت 474ه/ 1079م)، المنتقى شرح موطأ الإمام مالك، بيروت، دار الكتاب العربي، 1983، (ط3

20) محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 595ه/1200م)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، بيروت، دار المعرفة، 1978،

21) موفق الدين عبد الله بن قدامة (ت 620ه/ 1225م)، المغني على مختصر الخرقي، الرياض، مكتبة الرياض الحديثة،

22)الدريني، النظريات الفقهية، ص149. الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية،

23) جابر جاد نصار، *عقود B.O.T، والتطور الحديث لعقد الالتزام، دار النهضة العربية، بدون سنة نشر*

24) على محمد على عبد المولي، *الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، بدون دار نشر، 1991،*

25) عزيزة الشريف، *دراسة في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981 .*

المراجع باللغة الإنجليزية:

BONNARD (R.), *Précis de droit administratife, L.G.D.J., Paris, 1940.*

HACHICH (A.), *La Théorie de l'imprévision dans les contract administratifs, étude comparée du droit Français et du droit de la République Arabe Unie, Caen, 1962,*

WALINE (M.), *Traité de droit administrative, sirey, 1963,*
LAUBADERE (A.DE), MODERNE (F), DELVOLVÉ (P), *Op.*

VEDEL (G.) ET DEIVOLVE (P.), *Droit administratife, Thémis, 1984,*

C.E., 28 Novembre 1952, *Sté coopérative des Owriers et Techniciensdu batiment, Rec.,*

LAUBADERE (A.DE), MODERNE (F), DELVOLVE (P), *Op.*
HACHICH (A.), *La Théorie de l'imprévision dans les contract administratifs, étude comparée du droit Français et du droit de la République Arabe Unie, Caen, 1962*