

The Islamic University–Gaza
Research and Postgraduate Affairs
Faculty of Sharia and Law
Master of Public Law



الجامعة الإسلامية - غزة
شئون البحث العلمي والدراسات العليا
كلية الشريعة والقانون
ماجستير قانون عام

نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين
(دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)

**Emergency Circumstances Theory and its
Effect on Administrative Contract in Palestine
(Comparative Study of Islamic Law)**

إِعْدَادُ الْبَاحِثِ

أحمد يوسف عبد الرحمن بحر

إِشْرَافُ

الدُّكْتُورُ

ياسر اسعيد فوجو

الدُّكْتُورُ

هاني عبد الرحمن غانم

قُدِّمَ هَذَا الْبَحْثُ إِسْتِكْمَالًا لِمَتَطَلِبَاتِ الْحُصُولِ عَلَى دَرَجَةِ الْمَاجِسْتِيرِ فِي الْقَانُونِ الْعَامِ بِكُلِّيَّةِ
الشريعة والقانون فِي الْجَامِعَةِ الْإِسْلَامِيَّةِ بِغَزَّةِ

ذي القعدة/ 1438هـ - أغسطس/ 2017م

إقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين

(دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)

Emergency Circumstances Theory and its Effect on Administrative Contract in Palestine (Comparative Study of Islamic Law)

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هو نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

I understand the nature of plagiarism, and I am aware of the University's policy on this.

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted by others elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:	أحمد يوسف بحر	اسم الطالب:
Signature:		التوقيع:
Date:	2017/08/28م	التاريخ:



مكتب عميد البحث العلمي والدراسات العليا هاتف داخلي: 1150

الرقم: ج س غ /35 / Ref:

التاريخ: 2017/02/18م Date:

نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحث/ أحمد يوسف عبد بحر لنيل درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/ قسم القانون العام وموضوعها:

نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية)

وبعد المناقشة العلنية التي تمت اليوم الاثنين 06 ذي الحجة 1438 هـ، الموافق 2017/08/28م الساعة الثانية عشر ظهراً بمبنى القدس، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

د. هاني عبد الرحمن غانم	مشرفاً ورئيساً	د. هاني عبد الرحمن غانم
د. ياسر اسعد فوجو	مشرفاً	د. ياسر اسعد فوجو
د. رفيق أسعد رضوان	مناقشاً داخلياً	د. رفيق أسعد رضوان
د. محمد شبيب	مناقشاً خارجياً	د. محمد شبيب

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في كلية الشريعة والقانون/قسم القانون العام.

واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله ولزوم طاعته وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق ،،،

عميد البحث العلمي والدراسات العليا

أ.د. مازن اسماعيل هنية



ملخص الدراسة

تعد العقود من أعظم ما ابتدعته الحضارة الإنسانية من أدوات؛ فقد استطاع الإنسان عبر هذه الأداة أن يتعامل بأنظمة متطورة وحديثة في تبادل السلع والمنافع، وتعتبر العقود الإدارية من الوسائل المهمة التي تلجأ الإدارة إليها؛ لتحقيق أهدافها ولتحقيق المصلحة العامة.

ففي موضوع دراستنا تناولنا نظرية الظروف الطارئة، وأثرها على العقد الإداري في فلسطين، مع مقارنتها بالشرعية الإسلامية الغراء، فتفترض نظرية الظروف الطارئة أن عقداً ما أبرم في ظل الأحوال العادية، فإذا بالتوازن الاقتصادي الذي كان أساساً يرتكز عليه العقد وقت تكوينه قد تغير بصورة مفاجئة، وطرأت ظروف أو حوادث لم تكن متوقعة، وليس بالاستطاعة دفعها ولم تكن في الحسبان وقت التعاقد فيؤدي ذلك إلى أن يصبح تنفيذ العقد ليس مستحيلاً، وإنما مرهقاً للمدين يهدده بخسارة فادحة وغير مألوفة، وأن يقلب اقتصاديات العقد، وبناء على ذلك يكون من حق المتعاقد أن يطلب من الإدارة مشاركته في الخسارة إذا لحقت به فيعوض عنها تعويضاً جزئياً.

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية كل القوانين الوضعية في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة؛ وذلك لأن الشريعة الإسلامية تقوم كل أحكامها على أساس العدالة والرحمة ورفع الحرج عن الناس، وإن كانت الشريعة الإسلامية لم ترد فيها نظرية عامة "للظروف الطارئة" على النحو الذي ورد في القوانين الوضعية، إلا أنها عرفت تطبيقات عملية مختلفة ومتعددة لهذه النظرية، منها نظرية الأعدار في الإيجار، ونظرية الجوائح في الثمار والزروع، ونظرية تغيير قيمة النقود، فتعتبر هذه النظريات الأساس الشرعي التي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية.

ولقد قمنا بتقسيم الدراسة إلى ثلاثة فصول، تحدثنا في الفصل الأول عن ماهية العقود الإدارية ومعيار تمييزها، أما الفصل الثاني فتحدثنا فيه عن ماهية نظرية الظروف الطارئة وأساسها الشرعي والقانوني، وفي الفصل الثالث والأخير تحدثنا عن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وأثارها، وكان من أهم النتائج التي توصلنا إليها ان الهدف الرئيس من نظرية الظروف الطارئة هو إعادة التوازن المالي للعقد وحماية الطرف الضعيف التي وضعتها الظروف التي لا دخل له بها في مأزق حرج، ولقد توصلت الدراسة إلى مجموعة من التوصيات أهمها، توصية المشرع الفلسطيني بأن يجعل منازعات العقود الإدارية ضمن اختصاص القضاء الإداري في الضفة الغربية.

Abstract

Contracts are one of the greatest documents created by human civilization. Through this document, man has been able to deal with sophisticated and modern systems in the exchange of goods and benefits. Administrative contracts are one of the most important and effective means of management to achieve their objectives and realize the public interest.

The subject of this study discusses the theory of unexpected circumstances and their impact on administrative contracts in Palestine. It is also compared to the Islamic Sharia law. The theory of unexpected circumstances assumes that a contract is concluded under normal circumstances. If the economic balance that was the basis of the contract at the time of its conclusion changed because of unexpected circumstances or accidents, which cannot be removed or have not been taken into account at the time of the contract conclusion, thus making the execution of the contract not almost impossible, but burdensome to the debtor, and may cause unusual loss. In such a case the contractor may ask the management to share his loss by being partially compensated.

Islamic law has preceded all human laws in effecting the theory of unexpected circumstances. This is because Islamic law is based on justice and mercy. Although Islamic law does not contain a general the theory of unexpected circumstances, as in human effective laws, the Islamic law has various practical applications of this theory, including the theory of excuses in lease agreements, and the theory of pandemics in fruits and plants, and the theory of change in the value of money. These theories are the legal basis of the theory of unexpected circumstances in Islamic law.

The study is divided into three chapters. The first chapter discusses the nature of the administrative contracts and the criteria of its difference. The second chapter deals with the nature of the theory of unexpected circumstances and its legal basis. The third and last chapter talks about the conditions of applying the theory of unexpected circumstances and the provisions of its legal basis. The most important finding of the study shows that the main objective of the theory of unexpected circumstances is to restore the financial balance of the contract and protect the weak party, who is placed in circumstances out of his control and in a difficult situation. The study reached a set of recommendations, the most important of which is that the Palestinian legislator should assign the administrative contracts' disputes to the administrative justice in the West Bank.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ
الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي
الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ
يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ ﴾

[المائدة: 1]

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمُ

"قرأت كتاب الرسالة على الشافعي ثمانين مرة، فما من مرة إلا

وكان يقف على خطأ! فقال الشافعي: هيه! أباي الله أن

يكون كتاباً صحيحاً غير كتابه"

المزني

الإهداء

- ✘ إلى الرحمة المهداة ... والنعمة المسداة ... والسراج المنير ... سيد الخلق
أجمعين.... محمد صلى الله عليه وسلم.
- ✘ إلى مهجة القلب الذي كان ومازال تاجاً على الرؤوس الذي لا يستطيع أن أقول
له "شكراً" فهي لا تقال إلا في نهاية الأحداث وأنا أرى نفسي في البداية، أنهل
من خير عطائه الذي لا ينضب وأظل في كل لحظة أتعلم وأنهل منه
الكثير... سعادة أبي الحبيب.
- ✘ إلى صاحبة القلب الحنون...إلى من أرى الدنيا بعينيها ولا تكاد أذناي تسمع إلا
رنين دعائها... إلى من أطلب رضا الله برضاها عني... التي علمتني أن أعطي
ولا أنتظر الجزاء... لا حرمني الله منها ولا من عطفها وحنانها....أمي الحبيبة.
- ✘ إلى من شجعتني ووقف بجانبني على الدوام، وقدم لي الكثير، الرجل المعطاء،
صاحب القلب الكبير والصدر الواسع، سعادة الدكتور الفاضل والعم الحبيب أحمد
محمد بحر ... حفظه الله ورعاه وأدامه تاجاً على رؤوسنا جميعاً.
- ✘ إلى التي يشتد بها أزمي، والتي كان لدعواتها بالغ الأثر فيما وصلت إليه الآن،
إلي أمي الثانية ... التي كانت وما زالت وستبقي منبعاً للحب والعطف والعلم
والحنان ... عمتي الدكتورة سميرة بحر ... حفظها الله ورعاها.
- ✘ إلى ينابيع الصدق الصافي والإخلاص...إلى من عشت معهم أجمل وأرق
اللحظات... وبرفتهم ترعرعت ومضيت في دروب الحياة.. إلى من كانوا معي
على طريق النجاح وشاركوني الأحزان والأفراح...أختي وإخواني حفظهم الله
وجعلهم سندا لي في الحياة.
- ✘ إلى الصديق العزيز شقيق الروح والوجدان... سمير أبو نحل حفظه الله ورعاه
- وإلى كل من ساهم في اخراج هذا العمل المتواضع إليهم جميعاً أهدي بحثي هذا

شكر وتقدير

الحمد لله حمداً يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، وأشكره تعالى على فضله وجزيل نعمائه، وانطلاقاً من قوله تعالى: ﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَصْلِحْ لِي فِي ذُرِّيَّتِي إِنِّي تُبْتُ إِلَيْكَ وَإِنِّي مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴾ [النمل: 19]، إنه لخلق جميل أن يشكر المرء من أسدى له يد العون، فالحر من راعي وداد لحظة، وانتمى لمن أهده لفضلة.

وامتثالاً لأمر الله تعالى ﴿ وَمَنْ يَشْكُرْ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ ﴾ [لقمان: 12] ولقول النبي ﷺ: "من لا يشكر الناس لا يشكر الله"، فمن هذا المنطلق أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لكل من ساهم في إتمام هذا العمل المتواضع، ولو كنت أعلم فوق الشكر منزلة لأتيت بها لكن ثناء الناس على جميلهم عرفان.

فأتقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان إلى أستاذي الفاضل الدكتور/ هاني عبد الرحمن غانم، الذي تفضل وشرفني بقبول إشرافه على رسالتي، فكان له عظيم الفضل وبالغ الأثر في إتمامها على الوجه الذي ظهرت عليه، والذي عاملني فيها خلال مدة الرسالة معاملة كريمة تجلى فيها حكمة العالم وموعظة الفقيه المرشد، أدامك الله منارة علم يُهتدى به، وصرح معرفة لكل طلبة العلم.

كما أتقدم بجزيل الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور/ ياسر إسماعيل فوجو، الذي تفضل أيضاً بقبول الإشراف على رسالتي، فأشكره على ما قدم لي من جهد، ومنحه الكثير من وقته وعلمه وأفكاره، والذي لم يبخل عليّ بالعلم الذي أمده الله به فكان لي خير المشرف.

كما أتقدم بأسمى آيات الشكر والتقدير إلى الأستاذين الفاضلين، عضوي لجنة المناقشة:

الدكتور الفاضل/ رفيق أسعد رضوان حفظه الله.

الدكتور الفاضل/ محمد سليمان شبير حفظه الله.

لتفضلهما بقبول تشريفي بمناقشة الرسالة فلهما مني كل الحب والاحترام.

والشكر موصول لصاحبة الفضل والعطاء إلى كليتي الغراء كلية الشريعة والقانون، أدامها الله صرح علم يفتخر به.

إليهم جميعاً أقدم جزيل شكري واعتزازي وأسأل الله أن يكتب الخير للجميع

الباحث

أحمد يوسف بحر

جدول المحتويات

أ	إقرار
ب	نتيجة الحكم
ج	ملخص الدراسة
د	Abstract
هـ	اقتباس
و	الإهداء
ز	شكر وتقدير
ح	جدول المحتويات
1	المقدمة:
3	أهمية البحث:
3	أهداف البحث:
3	مشكلة البحث:
4	أسئلة البحث:
4	منهج البحث:
4	الدراسات السابقة :
7	خطة البحث:
9	الفصل الأول: ماهية العقود الإدارية ومعياري تمييزها
10	تمهيد وتقسيم:
11	المبحث الأول مفهوم العقود الإدارية في الشريعة والقانون
11	المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية
11	أولاً - التعريف اللغوي للعقد:
12	ثانياً- العقد في القانون المدني:

13	ثالثاً- تعريف العقد الإداري:
15	رابعاً- العقد في الشريعة الإسلامية:
18	المطلب الثاني: نشأة العقود الإدارية
18	أولاً - نشأة العقود الإدارية في فرنسا :
21	ثانياً - نشأة العقود الإدارية في مصر :
21	ثالثاً - نشأة العقود الإدارية في فلسطين :
24	المبحث الثاني: أنواع العقود الإدارية ومعيار تمييزها
24	المطلب الأول: أنواع العقود الإدارية
24	أولاً - عقد امتياز المرافق العامة :
27	ثانياً - عقد الأشغال العامة :
28	ثالثاً - عقد التوريد الإداري:
30	رابعاً- عقد القرض العام :
32	المطلب الثاني معيار تمييز العقود الإدارية
33	الفرع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون
34	أولاً - العقود الإدارية بتحديد القانون في فرنسا :
35	ثانياً - العقود الإدارية بتحديد القانون في القانون المصري :
36	ثالثاً - العقود الإدارية بتحديد القانون في فلسطين:
37	الفرع الثاني: العقود الإدارية وفقاً للمعيار القضائي
50	الفصل الثاني: ماهية نظرية الظروف الطارئة وأساسها
53	المبحث الأول مفهوم نظرية الظروف الطارئة ونشأتها
54	المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة
54	الفرع الأول- مفهوم الظروف الطارئة لغة واصطلاحاً:
54	أولاً- مفهوم الظروف الطارئة لغة
54	ثانياً- مفهوم الظروف الطارئة في القانون الوضعي :

- 55 ثالثاً- مفهوم الظروف الطارئة في القضاء الإداري: .
- 56 رابعاً- الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي : .
- 57 الفرع الثاني- التمييز بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة: .
- الفرع الثالث- تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظريتي، فعل الأمير، والصعوبات المادية غير
59 المتوقعة وهل يوجد اختلاف بينها وبين نظرية الظروف الطارئة ؟ .
- 63 المطلب الثاني نشأة نظرية الظروف الطارئة .
- 63 الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة في الشرائع القديمة .
- 63 أولاً: النظرية في العصور الوسطى .
- 65 ثانياً: النظرية في الشريعة الإسلامية .
- 67 الفرع الثاني- نظرية الظروف الطارئة في القوانين الحديثة .
- 68 أولاً: نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا / .
- 72 ثانياً: نشأة نظرية الظروف الطارئة في مصر .
- 74 ثالثاً: نشأة نظرية الظروف الطارئة في فلسطين .
- 80 المبحث الثاني: أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الشريعة والقانون .
- 80 المطلب الأول: أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية .
- 83 الفرع الأول: نظرية العذر .
- 91 الفرع الثاني: نظرية الجوائح في الثمار والزروع .
- 101 الفرع الثالث: نظرية تغير قيمة النقود .
- 105 المطلب الثاني أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي .
- 105 أولاً: فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد .
- 107 ثانياً: فكرة العدالة .
- 108 ثالثاً: فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية (المعيار المختلط) .
- 109 رابعاً: فكرة النية المشتركة لأطراف العقد .
- 110 خامساً: فكرة التوازن المالي للعقد .

116.....	الفصل الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وآثارها
118.....	المبحث الأول شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وأحكام الاستناد إليها
118.....	المطلب الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة
120.....	الفرع الأول: وقوع ظرف طارئ استثنائي عام
129.....	الفرع الثاني: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه
136.....	الفرع الثالث: أن يقع الظرف الطارئ بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه
137.....	أولاً: وقوع الظرف الطارئ قبل إبرام العقد
139.....	ثانياً: الظروف التي تطرأ عقب المدة المحددة للتنفيذ
141.....	الفرع الرابع: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد
143.....	أولاً: المقصود بشرط الإرهاق
145.....	ثانياً: التمييز بين الإرهاق والخسارة العادية
149.....	الفرع الخامس: مدى انطباق نظرية الظروف الطارئة على الوضع في قطاع غزة
153.....	المطلب الثاني: أحكام الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة ونهايتها
153.....	الفرع الأول: أوضاع التمسك بالنظرية
154.....	أولاً: حالة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة
155.....	ثانياً: حالة التنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة
156.....	ثالثاً: حالة موت المتعاقد وحلول الورثة محله في تنفيذ العقد
157.....	الفرع الثاني: الاتفاقات بخصوص الظروف الطارئة
158.....	أولاً: الشروط التي تؤدي إلى استبعاد المسؤولية
159.....	ثانياً: الشروط التي تتوقع الظرف الطارئ وتحدد التعويض على أساس معين
159.....	ثالثاً: وضع شرط الفسخ
160.....	رابعاً: الاتفاقات التي تتم بين الإدارة وبين المتعاقد بعد نفاذ العقد
160.....	خامساً: الاتفاقات التي تعقد بين الإدارة وبين المتعاقد بقصد تنظيم الظرف الطارئ
160.....	الفرع الثالث: نهاية الظروف الطارئة

المطلب الثالث: مقارنة شروط تطبيق النظرية في الشريعة الإسلامية بشروط تطبيق النظرية في القانون الوضعي	163.....
أولاً: تشترط نظرية الظروف الطارئة أن تجد بعد صدور حوادث استثنائية عامة:	163.....
ثانياً: شرط أن تكون الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها ولا يمكن دفعها:	164.....
ثالثاً: شرط أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً:	165.....
رابعاً: شرط أن يكون العقد الذي تثار بشأنه النظرية متراخياً :	165.....
المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة	168.....
المطلب الأول التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد	169.....
المطلب الثاني حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة	174.....
الخاتمة	188.....
أولاً- النتائج:	188.....
ثانياً- التوصيات:	190.....
المصادر والمراجع	192.....

المقدمة:

إن العقد ينعقد إذا ارتبط بالإيجاب بالقبول على نحو يثبت أثره في المعقود عليه، وعلى أن يتم ذلك الارتباط وفقاً للصيغ والأوضاع التي ينص عليها أو يتطلبها القانون، وبعبارة أخرى فإنه إذا توافرت للعقد أركانه مستوفية شروط صحتها ولم يشب إرادة المتعاقدين عيب يفسدها فقد انعقد العقد صحيحاً نافذاً وترتب عليه آثاره، والأصل في كل عقد صحيح ولازم عدم قدرة أحد المتعاقدين على الرجوع عنه بإرادته المنفردة، حيث يكون ملزماً لطرفي العقد، ويتحتم عليهما الوفاء بالالتزامات المترتبة عليه وفقاً لاتفاقهما على ذلك، أو استناداً إلى نص القانون، ومن المفترض أن تكون الالتزامات طرفي العقد متوازنة من الناحية الاقتصادية، فإذا حدث اختلال في التوازن الاقتصادي في مرحلة تنفيذ العقد وذلك بسبب وجود ظروف وحوادث استثنائية غير متوقعة أدت إلى إرهاب المدين إرهاباً كبيراً فنلجأ إلى الأحكام الخاصة بنظرية الظروف الطارئة، والتي تتميز بمكانتها الخاصة والبارزة في الدراسات القانونية والتطبيقات القضائية على حد سواء، وأساس هذه النظرية أنها تقوم على مبادئ العدالة، وتنهض لحماية الطرف الضعيف في العقد، والذي وضعته ظروف طارئة لا دخل لإرادته فيها في مأزق حرج، أدت إلى إحداث اضطراب في التوازن المالي إلى حد يتجاوز الضرر الطبيعي، وتعد هذه النظرية استثناء من القواعد العامة التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين.

ومن نعم الله العظيمة التي أنعم علينا بها أن مَنَّ علينا بالإسلام وأكرمنا بالشريعة الإسلامية الغراء، التي تحمل في جنباتها كنوزاً لامعة تحتاج من يستخرجها من مظانها، ولقد جاءت شاملة لجميع نواحي الحياة الدينية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها، ومن روائع الشريعة الإسلامية وسماحتها وسعتها أنها جاءت مواكبة لتطور الحياة ومواكبة لأحوال الناس وصفاتهم وتغيير ظروفهم ومناسبة لأزمانهم وأماكنهم وعاداتهم وأعرافهم فمقصدها عظيم؛ فجاءت لجلب المصالح ودرء المفساد، ولتحقق لهم السعادة والسرور وتنتشر الرحمة والعدل والإحسان، فلقد قال الله تعالى: ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ ﴾⁽¹⁾، ولتجلب التيسير وترفع المشقة والحرج فقد قال الله تعالى ﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾⁽²⁾.

ولقد شهد العالم اتساعاً في مجال المعاملات المختلفة والتغيرات المفاجئة التي ينتج عنها بعض الإشكالات بين الناس، ففي موضوع بحثنا قد يحدث أن يطرأ بعد إبرام العقد تغيير

[1] [النحل: 90]

[2] [الحج: 78]

مفاجئ في الظروف والأحوال لم يكن متوقفاً ولا في الحسبان يجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمدين، ويلحق به خسارة فادحة وبالغة الضرر، فتتجلى هنا مرونة الشريعة الإسلامية ومقاصدها وهي تحلق في الأفق لتعالج كل مستجد وكل متغير طارئ حتى لا يسبب ذلك ظلماً وجوراً، أو يحدث غموض بين الناس، فإذا ما تغيرت هذه الظروف وأصبح تنفيذ العقد بالتالي مجحفاً بأحد طرفي العقد، أو ضاراً به ضرراً لم يكن يلتزمه بالعقد أو أصبح العقد بسبب لا يمكن الاحتراز منه انفسخ العقد أو فسخ بحسب الأحوال، وتعتبر نظرية العذر والتي قال بها الحنفية ونظرية الجوائح في الثمار والزروع والتي قال بها فقهاء المالكية والحنابلة تطبيقات عملية وصوراً لنظرية الظروف الطارئة، فلقد قام الفقهاء بوضع هذه الأسس الفقهية التي تقوم عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة.

ولأن الهدف والغاية من إبرام العقد الإداري هي كفالة حسن سير المرافق العامة فلن تتحقق هذه الغاية من الناحية العملية إلا بتنفيذ التزامات المتعاقد التعاقدية وفقاً للمدة المحددة والشروط والمواصفات المتفق عليها، ولكن قد يصيب المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ظروف استثنائية غير مألوفة وخارجة عن إرادته، ولم يكن توقعها أو في مقدوره توقعها أثناء التفكير في إبرام العقد، ويترتب على هذه الظروف زيادة أعبائه المالية زيادة تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، فقد تؤدي الظروف الاستثنائية إلى الإخلال في اقتصاديات العقد إخلالاً يهدد المتعاقد بوقف تنفيذ التزاماته العقدية والذي بدوره يؤثر بالسلب على الغاية من إبرام العقد الإداري، وهي كفالة حسن سير المرافق العامة، فيتوجب معه إزالة هذا الخلل الذي نشأ بسبب هذا الظرف أو الحد منه قدر المستطاع، ويكون ذلك من خلال طلب الحصول على التعويض العادل الجزئي من طرف المتعاقد مع الإدارة جراء الأضرار الذي لحقت به خلال تنفيذ العقد.

ولأجل ذلك كله قام مجلس الدولة الفرنسي بابتداع نظرية الظروف الطارئة والتي يعتبر هدفها الرئيس هو إعادة التوازن المالي للعقد، والتي استمدتها واستنتجها من قواعد العدالة ومن الخصائص الذاتية المميزة للعقود الإدارية ولقد سار على هذا النهج مجلس الدولة المصري، وأخيراً أقرها المشرع الفلسطيني حديثاً في قطاع غزة ضمن القانون المدني الجديد رقم (4) لسنة 2012م.

ويستهدف موضوع البحث بيان أثر الظروف الطارئة على العقود الإدارية، وكيفية إعادة التوازن المالي للعقد الإداري الذي اختل توازنه بسبب هذا الظرف الطارئ، ونقوم من خلال هذا البحث بتسليط الضوء على بيان موقف القانون والقضاء الفلسطيني من هذه النظرية في ضوء

القانون الفلسطيني، ولقد سبق الحديث بداية عن نظرية الظروف الطارئة من حيث التعريف والنشأة والأساس القانوني للنظرية، والحديث أيضاً عن ماهية العقود الإدارية ومعايير تمييزها.

أهمية البحث:

تتمثل أهمية البحث من جهة في طرح الحلول التشريعية والقضائية والفقهية المقارنة، والتي تساعد المشرع الوطني على وضع تنظيم دقيق ومفصل لنظرية الظروف الطارئة وتشكل مرجعاً قانونياً ذا أهمية كبيرة، وتبين أيضاً للمتعاقدين - جهة الإدارة والمتعاقد معها - الحلول القانونية للمشكلات التي تصادفهما عند اختلال التوازن المالي وقلب اقتصاديات العقد، ومن جهة أخرى في بيان مرونة وسماحة وسعة مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء في المعاملات وخصوصاً العقود، وأنها شاملة لكل المستجدات والمتغيرات الطارئة، ولقد برزت أهمية العقود الإدارية في فلسطين مع دخول السلطة الوطنية الفلسطينية وتحملها مسؤولية بناء وترميم وإعمار ما تم تدميره من قبل الاحتلال الإسرائيلي، واستغلال المساعدات الدولية بهذا الخصوص، فتم سن العديد من القوانين تنظم أحكام العقود المبرمة مع الإدارة مثل قانون رقم (9) لسنة 1998 بشأن اللوازم العامة وقانون بشأن العطاءات للأشغال العامة رقم 6 لسنة 1999 .

أهداف البحث:

- 1- سد النقص والعجز الذي شاب القانون الفلسطيني في مجال العقود الإدارية بشكل عام، وفي نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية بشكل خاص.
- 2- توضيح وبيان موقف الشريعة الإسلامية من نظرية الظروف الطارئة من حيث المفهوم وشروط التطبيق.
- 3- محاولة إثراء المكتبة القانونية الفلسطينية بشكل خاص بمثل هذه الدراسات والتي تعود بالنفع على الجميع.

مشكلة البحث:

تكمن المشكلة في إمكانية البحث في مدى انسجام التنظيم التشريعي لنظرية الظروف الطارئة الواردة في القانون المدني الفلسطيني مع الذاتية المستقلة للعقود الإدارية والتميز عن عقود القانون الخاص، والتي يجب أن تقتصر على إعادة التوازن المالي فقط من خلال دفع التعويض العادل لجبر الضرر الذي أتقل كاهل المتعاقد مع جهة الإدارة، وأيضاً في بيان موقف الشريعة الإسلامية من نظرية الظروف الطارئة؛ لوجود لبس وخلل لبعض طلبة العلم وعدم إلمام في هذا الموضوع في الجانب الشرعي له.

أسئلة البحث:

- 1- هل نظم القانون الفلسطيني نظرية الظروف الطارئة؟
- 2- هل يأخذ القضاء الفلسطيني بنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية؟
- 3- ما موقف الشريعة الإسلامية من نظرية الظروف الطارئة؟
- 4- ما هو الأساس القانوني والشرعي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة؟
- 5- هل يوجد اختلاف في تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والنظم الوضعية؟
- 6- من هي الجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعات العقود الإدارية في فلسطين؟

منهج البحث:

1- المنهج المقارن:

استخدمت هذا المنهج نظراً لمناسبته لموضوع البحث، حيث سيتم تناول جوانب البحث ضمن إطار النظام القانوني الحالي في كل من فرنسا ومصر وفلسطين، وأخيراً مقارنته مع الشريعة الإسلامية وبيان موقفها من نظرية الظروف الطارئة.

2- المنهج التحليلي:

حيث سيتم تحليل النصوص التشريعية والاجتهاد القضائي والآراء الفقهية في الأنظمة القانونية محل المقارنة في سبيل الوصول للحقائق القانونية الجزئية محل البحث وأيضاً استعراض الآراء الفقهية لأئمة المذاهب الأربعة في موضوع البحث.

الدراسات السابقة :

- 1- "أثر العذر والجائحة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلها في القانون المدني" للباحث: نزار أحمد عيسي عويضات، جامعة النجاح الوطنية، 2004، نابلس، فلسطين

يدور موضوع البحث حول مفهوم الظروف الطارئة، ولقد بينت الدراسة أن أول من عرف فكرة الظروف الطارئة بالمفهوم النظري والتطبيقي هم فقهاء المسلمين القدامى، وليس رجال القانون، وذلك من خلال ما عرف بمفهوم العذر، والجائحة وتأثيرهما في عقدي البيع والإجارة. ومن خلال هذا البحث تبين أن فكرة الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والمدني بنيت على أسس من العدالة واستنتج الباحث أيضاً وجه الشبه والاختلاف بين الفقه الإسلامي والقانون

المدني من حيث مفهوم وضوابط الظرف الطارئ في كليهما، ووضح مفهوم العذر والجائحة عند فقهاءنا القدامى، ومدى مشروعية الجائحة واعتبار العذر والاختلاف بين الفقهاء بين مجيز ومانع لاعتبارهما ذات تأثير على إلزامية العقد، وبين أيضاً الأثر المترتب على اعتبار العذر والجائحة : إما بالفسخ أو التعديل، بحيث يرفع الضرر عن الطرف المتضرر، وبما أن الوضع الذي نعيشه - كفلسطينيين - هو ظرف طارئ وخاصة في ظل انتفاضة الأقصى فقد بين أثر هذه الظروف على عقدي البيع والإجارة.

أهم نتائج البحث:

1- يرجع اعتبار مفهوم الظروف الطارئة لمبدأ العدالة في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

2- تعتبر أحكام الظروف الطارئة في القانون المدني من النظام العام لا يجوز الاتفاق على استبعادها ويشترط لإعمالها أن يكون الظرف استثنائياً عاماً وغير متوقع ولا يمكن دفعه أو تقاديه، وأن يكون بعد إبرام العقد وقبل تمام التنفيذ، وأن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين.

3- إعمال أحكام الظروف الطارئة يكون في العقود متراخية التنفيذ، كعقود الإيجار والمقاوله والتوريد، وكذلك عقد البيع إذا كان متراخياً.

4- تنفسخ الإجارة بالأعذار إذا عجز أحد المتعاقدين عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه في نفسه، أو ماله.

ولعل أهم ما يميز بحثنا عن هذه الدراسة، أننا قمنا بتناول النظرية في الأنظمة القانونية في كل من مصر وفرنسا وفلسطين ومن ثم مقارنتها مع الشريعة الإسلامية الغراء، فاقترحت هذه الدراسة على ذكر الظروف الطارئة في عقدي البيع والإجارة وما يقابلها في القانون المدني ولم تتناول أثر هذه الظروف على العقد الإداري في فلسطين.

2- أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين، دراسة تحليلية. للباحثة: سناء جميل ثابت، جامعة الأزهر، 2011

تعتبر العقود الإدارية من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة في أداء وظيفتها المتمثلة في كفاءة حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وأداء الأعمال والخدمات وسرعة إنجازها تحقيقاً للمصلحة العامة، ولتحقيق تلك الغاية فإنه لا بد من تنفيذ الالتزامات التعاقدية التي تتولد عن العقد تنفيذاً سليماً وفقاً للشروط الواردة في العقد وفي المدة المحددة لذلك، ولكن قد يحدث

أن يطرأ خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية لم تكن في حسابان المتعاقدين أثناء إبرام العقد ويترتب على حدوثها اختلال التوازن المالي للعقد على نحو يلحق به خسارة جسيمة ويكون من شأنها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، الأمر الذي يهدد بتوقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا بطبيعة الحال يؤثر سلباً على سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

أهم النتائج:

- 1- أن العقود الإدارية في فلسطين تخضع لاختصاص المحاكم المدنية شأنها شأن العقود المدنية ويطبق عليها القاضي المدني الأحكام الخاصة بها إن وجدت، فإن لم توجد يرجع للشريعة العامة ويطبق عليها ما يطبق على العقود المدنية.
- 2- لقد تعددت الأسس التي تبرر أعمال النظرية، وكان الأولى بالترجيح هو الأساس المزدوج الذي يقوم على فكرة ضرورة سير المرافق العامة وفكرة العدالة.
- 3- أن ما يترتب على نظرية الظروف الطارئة في مجال إعادة التوازن المالي للعقد هو توزيع أعباء الخسارة الفادحة بين الإدارة والمتعاقد معها، فالتعويض وفقاً لهذه النظرية هو تعويض جزئي.

أهم التوصيات:

- 1- ضرورة اصدار قانون مجلس الدولة الفلسطيني لما له من أهمية في مجال القضاء الفلسطيني، والعقود الادارية على وجه الخصوص.
 - 2- نوصي بتعديل قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999 وقانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998 وذلك بإضافة نصوص تنظم نظريات التوازن المالي للعقد ومنها نظرية الظروف الطارئة.
 - 3- نوصي مجلس القضاء الفلسطيني بعقد دورات قانونية متخصصة للقضاء الفلسطيني حول موضوع العقود الادارية لتمكينهم من تطبيق النصوص القانونية بشكل صحيح.
- وما يميز بحثنا عن هذه الدراسة، أننا تناولنا نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي وفي الشريعة الاسلامية، في حين اقتصرنا الدراسة على تناولها في القانون الوضعي فقط، وبالنسبة لنص المادة (151) من القانون المدني الفلسطيني والذي تركز عليه النظرية، لم يكن موجود عند اعداد الدراسة لأنه تم اقراره في اغسطس 2012، ومن جانبنا قمنا بإسقاط نص هذه المادة على جميع جوانب البحث.

خطة البحث:

تحتوي على ثلاثة فصول على النحو التالي :

الفصل الأول :

ماهية العقود الإدارية ومعيار تمييزها

المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية في الشريعة والقانون.

المطلب الأول: مفهوم العقود الإدارية

المطلب الثاني: نشأة العقود الإدارية

المبحث الثاني : أنواع العقود الإدارية ومعيار تمييزها.

المطلب الأول: أنواع العقود الإدارية

المطلب الثاني: معيار تمييز العقود الإدارية

الفصل الثاني:

ماهية نظرية الظروف الطارئة وأساسها.

المبحث الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة ونشأتها

المطلب الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثاني: نشأة نظرية الظروف الطارئة

المبحث الثاني : أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الشريعة والقانون

المطلب الأول: أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي

الفصل الثالث:

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وآثارها

المبحث الأول : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وأحكام الاستناد عليها

المطلب الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثاني: أحكام الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة ونهايتها

المطلب الثالث: مقارنة شروط تطبيق النظرية في الشريعة الإسلامية بشروط تطبيقها في القانون الوضعي

المبحث الثاني : آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول: التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في التنفيذ

المطلب الثاني: حق المتعاقد في الحصول على معونة الإدارة

الفصل الأول:

ماهية العقود الإدارية ومعيار تمييزها

الفصل الأول:

ماهية العقود الإدارية ومعيار تمييزها

تمهيد وتقسيم:

تلجأ الإدارة في ممارسة نشاطها إلى أساليب متنوعة، منها أساليب القانون الخاص (كالعقود المدنية) وأساليب القانون العام، وهذه الأساليب الأخيرة قد تأخذ صورة قرارات إدارية تصدر من جانب واحد، وقد تكون صادرة من جانبين، كالعقود الإدارية وإلى جانب هذه التصرفات القانونية من قرارات وعقود فإن الإدارة تأتي كثيراً من الأعمال المادية.

وعلى ذلك فإن عقود الإدارة لا تعد كلها عقوداً إدارية؛ فعقود الإدارة قد تكون عقوداً خاصة تماثل عقود الأفراد وتخضع لقواعد القانون الخاص، وقد تكون عقوداً إدارية تخضع لقواعد قانونية متميزة هي قواعد القانون الإداري، ولذا فإنه يلزم تحديد العقد الإداري وأن يميزه عن العقود التي تبرمها الإدارة وفقاً للأسلوب المدني.

فالعقود الإدارية تتفق مع العقود المدنية في كونها تنشأ من توافق إرادتين، إرادة الجهة الإدارية وإرادة المتعاقد معها، ويظهر فيها مجال معين لتطبيق مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، ولكن الإدارة تتمتع في العقود الإدارية بامتيازات وحقوق في تعديل شروط العقد، وفي الإشراف على تنفيذه وتوجيه المتعاقد معها، وفي توقيع الجزاءات، وفي إنهاء العقد بإرادتها المنفردة، خروجاً على مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، تحقيقاً للصالح العام وما تمليه مقتضيات حسن سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.⁽¹⁾

كما أن الإدارة في العقد الإداري تكون مقيدة بمراعاة إجراءات كثيرة خاصة بالمناقصات والمزايدات، في حين تكون حرية الأفراد واسعة في عقود القانون الخاص استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد.⁽²⁾

وبناء على ما سبق سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم العقود الإدارية في الشريعة والقانون.

المبحث الثاني: أنواع العقود الإدارية ومعيار تمييزها.

(1) البناء، العقود الإدارية (ص ص 6-7).

(2) الجبوري، العقود الإدارية (ص 6).

المبحث الأول

مفهوم العقود الإدارية في الشريعة والقانون

ونتناول في هذا المبحث مفهوم العقد من الناحية اللغوية، ومن الناحية الاصطلاحية، ومن ثم الحديث عن تعريف العقد الإداري، ومن ثم الانتقال إلى الحديث عن نشأة العقود الإدارية :

المطلب الأول : مفهوم العقود الإدارية.

المطلب الثاني : نشأة العقود الإدارية.

المطلب الأول:

مفهوم العقود الإدارية

أولاً - التعريف اللغوي للعقد:

العقد في اللغة العربية يطلق على ما فيه ربط بين أطراف الشيء، فالأصل هو الربط الحسي بين أطراف الشيء، إلا أنها تستعمل للربط المعنوي للكلام سواء كان توثيقاً وتقوية لكلام صادر عن إرادة واحدة، أم كان ربطاً بين كلامين لشخصين، فيقال عقدت الحبل فانعقد، إذا شددته فربطته وقويته وجمعت بين طرفيه، وهو ربط حسي لوجود الفعل المادي، ويقال عقدة البيع والنكاح والإجارة وهذا ربط معنوي، قال تعالى ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النَّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ ﴾⁽¹⁾، ويأتي أيضاً بمعنى الضمان والعهد، فتعاقد القوم إذا تعاهدوا⁽²⁾.

ويأتي العقد بمعنى الشد: ومنه عقد الحبل فانعقد وهو معقود ويأتي أيضاً بمعنى البناء: فالعقد ما عقدت من البناء⁽³⁾

ويأتي أيضاً بمعنى الربط أو التوثيق، فيقال عقد الحبل أي ربط بين طرفين ويقال عقد العزم أي ألزم نفسه بأمر مستقبل⁽⁴⁾، ويقول سبحانه وتعالى ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَدْتُمُ الْأَيْمَانَ ﴾⁽⁵⁾ أي وتقتمونها بالقصد والنية، ويأتي

(1) [البقرة: 235]

(2) مجمع اللغة العربية، المعجم الوجيز (ص426).

(3) الزبيدي، تاج العروس (ج8/393)؛ الفيروز آبادي، القاموس المحيط (ج1/315)

(4) الحلو، العقود الإدارية (ص 7)

(5) [المائدة: 89]

بمعنى العزم والإلزام، فيقال عقد قلبه على كذا، إذا عزم عليه ولزمه، وقال النبي ﷺ " الخيل معقود في نواصيها الخير " أي ملازم لها⁽¹⁾.

ثانياً- العقد في القانون المدني:

لقد ورد على لسان الفقهاء عدة تعريفات للعقد من الناحية الاصطلاحية ومنها :

لقد عرف المشرع في فلسطين العقد في المادة (103) من مجلة الأحكام العدلية بأنه " العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"⁽²⁾

ولقد عرفه " Laurent richer " بأنه عمل قانوني ينتج عن تبادل الرضا ويولد بذاته حقوقاً والتزامات"⁽³⁾.

أما تعريف العقد في القانون بصفة عامة بأنه "هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان ذلك إنشاء لمركز قانوني أو تعديله أو إلغائه"⁽⁴⁾.

فيجب أن ينتج عن توافق الإرادتين أثراً قانونياً، فإذا لم يكن المقصود إحداث هذا الأثر فلا نكون أمام عقد، والعقد ملزم لطرفيه من الناحيتين الشرعية والقانونية، فيأمر الله عز وجل المؤمنين بالوفاء بالتزاماتهم العقدية أمراً صريحاً قطعياً فيقول تبارك وتعالى في بداية سورة المائد: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾⁽⁵⁾ وهذا إن دل فإنما يدل على ضرورة وجوب الوفاء بالالتزام الملقى على أطراف العقد.

ولم يعرف القانون المدني الفلسطيني العقد خلافاً للقانون المدني الأردني في المادة رقم (87) والذي يعرف العقد على أنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر

(1) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب الإمارة/ باب الخيل معقود في نواصيها الخير، 1493/3: رقم الحديث 1873].

(2) مجلة الأحكام العدلية تعتبر بمثابة القانون المدني وكانت مطبقة في العديد من الدول العربية والاسلامية في فترة الحكم العثماني وما زالت مطبقة في فلسطين (قطاع غزة) حتي يومنا هذا، حيث تنص المادة (1301) من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2002 على أنه " تسري أحكام مجلة الأحكام العدلية فيما لم يرد بشأنه نص في أحكام هذا القانون ".

(3) انظر - dallz3 - les contrats administratives - 1991 p9 - laurent richr

(4) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (ص118)؛ أبو استيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد (ص 38)

(5) [المائدة: 1]

وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر".

ولقد عرف المشرع الفرنسي العقد في المادة (1101) بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو بفعله أو بالامتناع عن فعله " وأخيراً وبعد استعراض هذه التعريفات، كان لا بد من وضع تعريف للعقد فيمكننا اختصار تعريفه بما يلي " العقد هو ارتباط إيجاب بقبول على نحو يثبت أثره في المعقود عليه " وسبب اختيارنا لهذا التعريف أنه تعريف شامل يحتوي على أركان العقد وشرطه وأثاره.

ثالثاً- تعريف العقد الإداري:

إن العقد الإداري يتفق بشكل كبير مع العقد المدني من حيث العناصر الأساسية لتكوينه، ولا يعدو أن يكون توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، فالعقود أياً كان نوعها تتفق في جوهرها وأركانها (1).

ولقد وردت عدة تعريفات فيما يخص العقد الإداري، ولعل من أبرزها ما يلي:

- لقد عرفه الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي - طيب الله ثراه - بقوله " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص " (2).
- ولقد عرفه آخر "ذلك العقد الذي يبرمه أحد الأشخاص المعنوية العامة لإدارة وتسيير مرفق عام ابتغاء تحقيق مصلحة عامة، متبعاً في هذا الأساليب المقررة في القانون بما يعني انطوائه على نوع أو آخر من الشروط غير المألوفة الإلتباع في عقود القانون الخاص (3) "
- ولقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية العقد الإداري بأنه " العقد الإداري شأن سائر العقود التي تخضع لأحكام القانون الخاص يتم بتوافق إرادتين تتجهان إلى إحداث أثر

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 408)

(2) المرجع السابق، ص 59.

(3) الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري (ص 244)

قانوني معين هو إنشاء التزام أو تعديله، وليس عملاً شرطياً يتضمن إسناد مراكز قانونية عامة موضوعية إلى أشخاص بذواتهم⁽¹⁾

- ولقد استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي⁽²⁾ على تعريف العقد الإداري بأنه " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو السماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام "
- ولقد حددت المحكمة الدستورية العليا في مصر مفهوم العقد الإداري، حيث قضت بأنه " يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"⁽³⁾

ولقد استقر الفقه والقضاء على تعريف الدكتور سليمان الطماوي لأنه تعريف شامل كامل متكامل وذلك بقوله إن العقد الإداري هو " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص "

ويمكن من خلال هذا التعريف استخلاص أن العقد الإداري يقوم على ثلاثة عناصر:

- 1- لا بد أن يكون أحد أطراف العقد شخصاً من أشخاص القانون العام.
- 2- أن يستهدف العقد إدارة أو تسيير أو تنظيم أحد المرافق العامة.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر في الطعن رقم 1020، لسنة 9 ق، جلسة 8 ابريل 1967، وفي ذات المعنى حكمها في الطعن 5559 لسنة 43 ق، ع، جلسة 29 / 8 / 2001، أحكام المحكمة الإدارية بالإسماعيلية (مرجع إلكتروني)

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 26 فبراير 1965 في قضية " soc du velodrome du parc des princes "

(3) حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ 5 يناير 1991 في القضية رقم 1 لسنة 12 ق (تنازع)، مجموعة أحكام المحكمة الدستورية العليا (ج/4/536).

3- أن يتم الأخذ بأسلوب القانون العام بتضمينه شرطاً أو عدة شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وإذا كانت التعاريف سابقة الذكر قد ركزت على المقومات التي تميز العقد الذي يخضع لأحكام نظرية العقد الإداري عن العقود التي تبرمها الإدارة وتخضع لأحكام القانون الخاص، فإن العقد الإداري شأنه شأن باقي العقود يقوم على توافق إرادتين وتطابقهما بقصد إحداث أثر قانوني يتوجب فيه أن يكون مرتكزاً على سبب ومحل صحيحين، وأن تتوافر في الإرادتين كل الشروط اللازمة لصحتها، أي أن يكون محل العقد ممكناً ومشروعاً وإلا يكون قد وقع العقد باطلاً.

رابعاً- العقد في الشريعة الإسلامية:

يعرف العقد في الفقه الإسلامي " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على نحو يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به الآخر"⁽¹⁾.

فلقد عرفت الشريعة الإسلامية العقود الإدارية، وكانت تحت مسمى " العقود العامة "، ومن أهم أمثلتها عقد التولية، ولقد أبرم النبي ﷺ كمثل للدولة الإسلامية عقداً إدارياً مع يهود خيبر، وذلك بقيامهم بزراعة أرض خيبر التي أصبحت ملكاً للدولة الإسلامية بعد الانتصار عليهم مقابل نصف ثمارها، ولكن بشرط أن يكون من حق الدولة فسخ العقد بأي وقت، ولو نظرنا إلى هذا الشرط لوجدنا أنه شرط استثنائي غير مألوف في العقود في القانون الخاص ويضاف إلى ذلك وجود الدولة كطرف في العقد، فتتوافر بهما الصفة الإدارية للعقد⁽²⁾.

فلقد جاء بحديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن عمر بن الخطاب أجلي اليهود والنصارى من أرض الحجاز، وكان الرسول ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها بعد أن أصبحت الأرض لله ولرسوله وللمسلمين، فسألت اليهود الرسول ﷺ ليقرهم بها وأن يكفوا عملها ولهم نصف الثمر، فقال لهم ﷺ: " نقركم فيها على ذلك ما شئنا "، ففروا بها حتى أجلاهم عمر بن

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج1/291)؛ وانظر: ابن قدامة، المغني (ج5/6)؛ والشيرازي، المهذب (ج3/10)

(2) الحلو، العقود الإدارية (ص 283).

الخطاب ﷺ إلى تيماء وأريحا، وقال عبد الله بن عمر " إن الرسول ﷺ أعطى خيبر لليهود على أن يعملوها ويزرعوها، ولهم ما شطر ما يخرج منها" (1)

مدى اعتبار العقد الموقع بين النبي صلى الله عليه وسلم ويهود خيبر بأنه عقد اداري من عدمه:

• تم إبرامه بين جهة إدارية تتمثل في الدولة الاسلامية والتي يمثلها رسول الله ﷺ، وشخص خاص هم يهود خيبر.

• تعلق العقد بتسيير أحد مرافق الدولة العامة وهو مرفق الأرض الزراعية.

• ولقد احتوي العقد على شرط استثنائي غير مألوف في عقود القانون الخاصة، وهو إمكانية فسخ العقد في أي وقت بإرادة الدولة المنفردة إذا استلزمت المصلحة العامة ذلك، أخذاً بقواعد السياسة الشرعية، بدلاً من القواعد الفقهية المعروفة في المعاملات العادية.

أما عن حقوق والتزامات طرفي العقد الإداري أو العقد العام كما يطلق عليه في الفقه الإسلامي فيقول الله عزو جل ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ (2) والأمر هنا يفيد الوجوب والإلزام، فإله سبحانه وتعالى يأمر طرفي العقد بالوفاء بالتزاماتهم المترتبة على العقد، وذلك سواء أكان المتعاقد فرداً عادياً، أم كان حاكماً أو مسؤولاً أو موظفاً يعمل لحساب الدولة أو غيرها من أشخاص القانون العام ويتعاقد باسمها، فالعقود الإدارية من جملة العقود المنصوص عليها في الآية الكريمة، بل إن ولي الأمر الذي يتعاقد كمثل للدولة أو للإدارة أولي بالامتثال للأمر من الطرف الآخر ليكون قدوة في تنفيذ أوامر الله عز وجل.

لذلك فإن قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " يجب أن تطبق على السلطة الإدارية كما تطبق على من تتعاقد معه، فلا يجوز لها التحلل والتصل من التزاماتها أو تعديلها إلا بموافقة الطرف الآخر أو لضرورة ورغم ذلك فإن هذه القاعدة لا تؤخذ على إطلاقها: (3)

- أما بالنسبة لموافقة الطرف الآخر فنتم باسترضائه عن طريق عدم المساس بالتوازن المالي للعقد، وإعادة هذا التوازن إلى نصابه عبر التعويض أو بغيره، إذا كان من شأن التعديلات

(1) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الإجارة/ باب إذا استأجر أرضاً فمات أحدها، 94/3: رقم الحديث 2285]

(2) [المائدة: 1]

(3) (الحو، العقود الإدارية (ص 284).

التي تطلبها الإدارة الإخلال بهذا التوازن، كما أن هذه التعديلات يجب أن يكون لها ما يبررها من الأسباب التي تقوم عليها، أو الأهداف المتمثلة في المصالح العامة المراد إدراكها من وراء إجراء أي تغيير في العقد.

- أما بالنسبة للضرورة فيقصد بها أن تكون الإدارة مضطرة إلى تعديل شروط العقد رغم أنف المتعاقد معها، وإلا وقع ضرر عام لا يقارن بالضرر الخاص الذي سيصيب المتعاقد الآخر والذي سيعوض مادياً، وذلك من باب دفع الضرر الأشد بالضرر الأخف الذي يتم جبره بالتعويض، وتطبيقاً لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات" (1) ويتضح مما سبق أن العقد مع يهود خيبر ينطبق عليه معايير العقد الإداري.

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر (ص 121)؛ وابن نجيم، الأشباه والنظائر (ص 132).

المطلب الثاني:

نشأة العقود الإدارية

تعتبر نظرية العقود الإدارية نظرية حديثة نسبياً في القانون الإداري، فلو نظرنا وتفحصنا نشأة العقود الإدارية فإلى بدايات هذا القرن ترجع الأحكام القضائية الأولى التي أسسها مجلس الدولة الفرنسي بخصوص العقود الإدارية.⁽¹⁾

ومن خلال هذا المطلب سنقوم باستعراض نشأة العقود الإدارية في كل من فرنسا ومصر وأخيراً في فلسطين.

أولاً - نشأة العقود الإدارية في فرنسا :

لم تنشأ نظرية العقود الإدارية في القانون الإداري الفرنسي إلا في تاريخ متأخر، لا يكاد يتجاوز مطلع القرن السابق، ولقد كانت العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة توزع دائماً من حيث الاختصاص القضائي بين مجموعتين (المحاكم القضائية، القضاء الإداري)، تركز على فكرة السلطة العامة، فالمنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة يختص بها القضاء الإداري، أما التصرفات العادية فيترك الاختصاص بها للمحاكم العادية⁽²⁾، فالتصرفات الأولى التي تنطوي على عنصر السلطان وخصائصه، لا نظير لها في القانون الخاص، ومن ثم فإنها تندرج في اختصاص المحاكم الإدارية دون الحاجة إلى نص خاص، ومثال ذلك قيام الإدارة بإرادتها المنفردة للالتزامات على الأفراد إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل⁽³⁾.

ووفقاً لهذه النظرية التي سادت حتى مطلع القرن السابق، كانت العقود التي تبرمها الإدارة تعتبر من قبيل التصرفات العادية التي تقع ضمن اختصاص المحاكم القضائية التي تطبق قواعد القانون الخاص، ولكن استثناء من القاعدة السابقة، والتي تعتبر بمقتضاها عقود الإدارة من قبيل التصرفات العادية التي تخضع لاختصاص المحاكم القضائية، فإن المشرع الفرنسي ولأسباب خاصة، قد نص على اختصاص المحاكم الإدارية بالفصل في المنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة، ومن هذا القبيل قانون (28) بلوفيز من السنة الثامنة للثورة، الذي جعل من اختصاص مجالس الأقاليم، النظر في المنازعة المتعلقة بعقود الأشغال العامة، وعقود بيع أملاك الدولة وقانون 17 يوليو سنة 1790 و 26 سبتمبر سنة 1793 م

(1) الحبور، العقود الإدارية (ص 13).

(2) ظاهر، القانون الإداري (ص 226)؛ وعبد الوهاب، القانون الإداري (ص 36).

(3) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 37).

الخاص بعقود القروض العامة التي تبرمها الدولة، والمرسوم بقانون الصادر في 17 يونيو سنة 1938 م الخاص بالعقود التي تتضمن شغلاً للدومين العام⁽¹⁾.

وقد أطلق الفقهاء على هذه العقود، تسمية " العقود الإدارية بتحديد القانون "؛ لأن اختصاص القضاء الإداري بتلك العقود لم يكن يتركز على خصائص ذاتية وإنما يرجع إلى إرادة المشرع.

ولقد بذل مجلس الدولة الفرنسي جهداً كبيراً وعظيماً في سبيل توسيع اختصاصاته؛ فلقد قاس على العقود المنصوص عليها عقوداً أخرى لم يرد بخصوصها أية نصوص، وعلى هذا الأساس مد مجلس الدولة الفرنسي اختصاصه عن طريق القياس على عقد الأشغال العامة إلى عقد طلب المعاونة.

ولقد كان الاتجاه السابق يستند إلى المعيار العام في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية والقضاء الإداري - وهو معيار السلطة العامة - فقد انتهى هذا الاتجاه حين عدل الفقه والقضاء إلى معيار آخر وهو معيار " المرفق العام " وذلك لأن معيار السلطة العامة يكتنفه الغموض، لأنه لا يقدم معياراً فاصلاً ودقيقاً بين أعمال السلطة العامة والتصرفات العادية، كما أنه يضيق مجال القانون الإداري إلى حد كبير إذ يخرج من نطاقه كل تصرف إداري لا يكون مطبوعاً بخصائص السلطة العامة، وكما أنه يتجاهل متطلبات الحياة الإدارية الحديثة، ذلك أن الإدارة في خارج نطاق فكرة السلطة، قد تحتاج إلى قواعد خاصة لتسهيل مهمتها في تحقيق المنفعة العامة.

وعلى هذا الأساس أهمل مجلس الدولة الفرنسي المعيار المستمد من فكرة السلطة العامة، وقام باستبداله بمعيار المرفق العام كما صوره في حكم Terrier الصادر في 6 فبراير عام 1903 م، فقد أوضح المفوض روميو في تقريره الذي قدمه في هذا الشأن، أن اختصاص القضاء الإداري يتناول كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة، قومية كانت أم محلية، سواء كانت وسيلة الإدارة في ذلك عملاً من أعمال السلطة أو من قبيل التصرفات الإدارية، فالعقود التي تبرمها الإدارة بهذا الخصوص هي أعمال إدارية بطبيعتها، وبالتالي يجب أن يختص القضاء الإداري بالفصل في كل ما ينتج عنها من منازعات، ولقد حرص المفوض روميو على التأكيد في تقريره السابق أن يُبرز أن فكرة المرفق العام وإن كانت ضرورية لكي يختص القضاء

(1) غانم، الوسيط في مبادئ القانون الإداري (ص 18) وما بعدها

الإداري بالفصل في المنازعات المتعلقة بأعمال الإدارة، فإن الإدارة لها كامل الحرية في أن تلجأ إلى وسائل القانون الخاص إذا ارتأت أن تلك الوسائل أفضل في تسيير المرافق العامة (1).

وبالنظر إلى القواعد السابقة، تكتسب عقود الإدارة الصبغة الإدارية، لا بناء على إرادة المشرع ولكن استناداً إلى خصائصها الذاتية، كما أنه لا يكفي أن ينص المشرع على أن المنازعات المتعلقة بعقد معين تدخل في اختصاص المحاكم الإدارية للقول بإخضاعه لقواعد القانون العام، بل يجب أن يحتوي العقد الذي تبرمه الإدارة على خصائص ذاتية تجعل خضوعه لقواعد القانون العام أمراً حتمياً.

ويترتب على هذا المسلك مرونة العقود الإدارية، فهي ليست محصورة مسبقاً في عدد معين من العقود، ولكن مجالها يمتد إلى كل عقد تبرمه الإدارة مع أحد الأفراد بصفتها صاحبة سلطة وسيادة.

وكان القاضي الإداري في مصر يستوجب توفر ثلاثة أركان لاعتبار العقد إدارياً وهي : أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً، وأن يكون العقد متصلاً بنشاط مرفق عام، وأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في العقود الخاصة ، إلا أن قضاء مجلس الدولة عدل عن هذا الاجتهاد منذ عام 1956 م ففي قضية الزوجان بيرتان (2) "Epaux Bertin" فأصبح وجود الشخص المعنوي شرطاً لازماً وتوفر الشرط الثاني أو الثالث كافياً لاعتبار العقد إدارياً (3).

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص ص 39-40).

(2) أما بالنسبة لوقائع قضية بيرتان فكانت على النحو الاتي " أنه عندما انتهت الحرب العالمية الثانية وضع الرعايا الروس الموجودين في فرنسا في مراكز الايواء تمهيداً إلى ترحيلهم إلى بلادهم وبتاريخ 1944/11/24 م أبرم عقد شفوي بين رئيس أحد هذه المراكز والزوجان بمقتضاه يلتزمان بتغذية اللاجئين مقابل مبلغ محدد من المال عن كل فرد في اليوم، ادعي الزوجان عام 1945 أن المقابل المستحق لها قد زاد مقداره نتيجة لزيادة كميات الاغذية التي قدمت للاجئين بأمر المركز وطلبوا صرف المقابل لهذه الزيادة، الا ان الوزارة المشرفة على المعسكرات رفضت الدفع، فأقام الزوجان الدعوي أمام مجلس الدولة، دفعت الوزارة بعدم اختصاص مجلس الدولة بنظر النزاع مستندة إلى ان العقد لم يتضمن شروطاً استثنائية ولذلك فهو لا يعد عقداً إدارياً إلا ان مجلس الدولة رفض هذا الدفع وحكم بان محل هذا العقد أن يعهد في هذا الصدد إلى اصحاب الشأن بتنفيذ المرفق العام ذاته المكلف بكفالة اعادة اللاجئين من جنسيات اجنبية الموجودين في إقليم فرنسا إلى اوطانهم وعن هذا الظرف يكفي بذاته في دمج العقد محل البحث بصفة العقد الإداري وانه يترتب على ذلك دون حاجته لبحث ما إذا كان العقد المذكوراً يتضمن شروطاً غير مألوفة في القواعد العامة، مشار إليه لدى: غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 155)

(3) Ce sect. 20 avr. 1956. Epoux bertin: minister de lagriculture c. consorts grimouard, rec. 167 et 168. i. spoux bertin (ag 1956.II.272.concl.long et221, chr. Fournier et braiban: rd publ. 1956.496, concl. Long, note m. waline:d. 1956.433, note de laubadere: ra 1956.496, note liet- verux.

ثانياً - نشأة العقود الإدارية في مصر :

لم تعرف مصر نظرية العقود الإدارية إلا بعد إنشاء مجلس الدولة في مصر سنة 1946 لأنه قبل هذا التاريخ لم يكن بمصر قضاء إداري، وكانت المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها تفصل فيها المحاكم المدنية وتطبق عليها القانون المدني أسوة بالعقود التي يبرمها الأفراد في تعاملاتهم الخاصة⁽¹⁾، فلقد أخذت مصر بنظام القضاء المزدوج اعتباراً من السابع من أغسطس 1946 وهو تاريخ صدور القانون رقم 112 لسنة 1946 بإنشاء مجلس الدولة⁽²⁾.

يعتبر القانون الحالي لمجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، والتي نصت المادة العاشرة منه على أن " تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية... (حادي عشر) المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، أو الأشغال العامة أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر"، وبذلك أصبحت ولاية مجلس الدولة على جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وبناء عليه لا يعتبر اختصاص مجلس الدولة في العقود الإدارية مقصوراً على عدد محدد من العقود الإدارية، بل يشمل العقود الإدارية كافة، وهذا يعني أن العقود الإدارية في مصر هي إدارية بطبيعتها ويختص القضاء الإداري بها استناداً إلى خصائصها الذاتية وطبيعتها الإدارية وليس استناداً إلى نص المشرع وتحديد القانون كما هو الحال بالنسبة لبعض العقود الإدارية في فرنسا.

ثالثاً - نشأة العقود الإدارية في فلسطين :

يعد الوضع القانوني في فلسطين وضعاً خاصاً بالمقارنة مع الدول الأخرى فهو من الأوضاع المعقدة والنادرة، وسبب ذلك كله هو تعاقب وتعدد الجهات التي قامت بحكم فلسطين عبر التاريخ والذي أدى بدوره إلى تنوع الأنظمة القانونية وتعددتها، وكان لهذا كله تأثير على البناء القانوني في فلسطين⁽³⁾، فكانت البداية بالحكم العثماني من عام 1517 وحتى عام 1917 ومن ثم الخضوع لفترة الانتداب البريطاني من عام 1917 وحتى عام 1948، ثم قامت إسرائيل باحتلال الجزء الأكبر من فلسطين وخضعت بعد ذلك فلسطين للحكم العربي، حيث

(1) جعفر، العقود الإدارية (ص 115).

(2) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد (ص 66)

(3) أبو عمارة، القانون الإداري (ج8/1).

أصبح قطاع غزة تحت اشراف للإدارة المصرية⁽¹⁾، والضفة الغربية أصبحت جزءاً من الأردن إلى حين فك الارتباط القانوني والإداري عام 1988، مروراً باحتلال الإسرائيلي لأراضي قطاع غزة والضفة الغربية عام 1967، وانتهاء بعودة السلطة الوطنية الفلسطينية كبداية لنشأة الدولة الفلسطينية.

فالقانون القائم في فلسطين حتى تاريخنا هذا يدار بناء على خمسة أنظمة قانونية وهي القانون العثماني، وقوانين الانتداب البريطاني، والقانون الأردني المطبق في الضفة الغربية، والقوانين التي تم وضعها زمن حكم الإدارة المصرية لقطاع غزة، وبعض الأوامر العسكرية للاحتلال الإسرائيلي والتي ما زالت سارية في قطاع غزة والضفة الغربية بعد الخامس من حزيران 1967، وبعد مجيء السلطة الفلسطينية، شهدت الساحة الفلسطينية ثورة تشريعية كبيرة لإزالة الإرث القديم، فكان من واجبات هذه السلطة وضع القوانين بما يتفق وتحقيق الصالح العام، ومن هذه القوانين ما يعالج العقود الإدارية حتى يتناسب ويتماشى مع الثورة الاقتصادية الحديثة، ففي العام 1998 أصدر المجلس التشريعي الفلسطيني قانوناً يحكم العقود الإدارية في مجال التوريدات والخدمات وتم تسميته بقانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998، ثم أصدر قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم 6 لسنة 1999، وأيضاً إصدار قانون ينظم الشراء العام رقم 8 لسنة 2014.

ولقد كانت فلسطين منذ البداية من دول القضاء الموحد وذلك تأثراً بالنظام البريطاني، ولكن وبعد إصدار القانون رقم 3 لسنة 2016، والمتعلق بإنشاء محاكم إدارية (القضاء الإداري) وذلك لجميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، فهل أصبحت فلسطين من دول القضاء المزدوج؟

فيما يتعلق بالعقود الإدارية في فلسطين فتعتبر موجودة، إلا أنه وبرغم وجودها لم يترتب على ذلك وجود أحكام خاصة ومتميزة كالموجودة في فرنسا ومصر وسبب ذلك كله حداثة القضاء الإداري الفلسطيني وتبعاً للمسببات قام التشريع الفلسطيني بتنظيم مباشر وغير مباشر بشأن العقود الإدارية⁽²⁾، ومنها قانون تصديق الامتياز الممنوح لشركة اتحاد باصات العاصمة المساهمة المحدودة رقم 36 لسنة 1962 الصادر خلال فترة الإدارة الأردنية للضفة الغربية، وقانون امتياز البحر الميت رقم 23 لسنة 1937 والصادر فترة الانتداب البريطاني، والقرار

(1) وتجدر الإشارة أن مصر أكدت على أن ادارتها لقطاع غزة مؤقتة ولقد حافظت على النظام القانوني والقضائي دون التدخل الواسع فيها .

(2) أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين (ص139).

بقانون رقم 13 لسنة 1967 بشأن النظام المالي للمقاولات والمناقصات والمشتريات الخاصة بالمجالس القروية الصادرة عن الحاكم العام المصري لقطاع غزة.

وتجدر الإشارة إلى أنه بعد إصدار قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم 5 لسنة 2001، وإصدار القانون الأساسي الفلسطيني والذي يمثل الدستور المؤقت لفلسطين، فلقد نصت المادة (102) منه على أنه "يجوز بقانون إنشاء محاكم إدارية للنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى، والإجراءات التي تتبع أمامها"، ولقد نصت المادة (104) من القانون الأساسي الفلسطيني إلى أنه "تتولى المحكمة العليا مؤقتاً كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا ما لم تكن داخلة في اختصاص جهة قضائية أخرى وفقاً للقوانين النافذة".

وبناء على هذا كله تظهر بوضوح رغبة المشرع الدستوري لإنشاء محاكم إدارية مستقلة عن المحاكم العادية، (أي تبنيه للنظام المزدوج) إلا أنه فعلياً يعد الوضع القائم في فلسطين ما زال يركز على النظام الموحد لأنه لو نظرنا إلى النظام المزدوج لوجدناه يقوم على افتراض أن يكون هناك ازدواج في القانون وازدواج في القضاء وهذا متعذر لدينا وغير موجود⁽¹⁾، وفي حقيقة الأمر أن غالبية فقهاء القانون العام في فلسطين يتمنون بأن يتم إقرار مشروع مجلس الدولة الفلسطيني، وأن تتحول فلسطين من النظام الموحد إلى النظام المزدوج على غرار الوضع القائم في فرنسا ومصر، ولكننا وبالنظر إلى مميزات النظام الموحد وعدم إغفال عيوبه وبالنظر المممعن إلى مميزات النظام المزدوج وعيوبه، نؤيد بقاء فلسطين على النظام الموحد مع القيام ببعض الإصلاحات التي من شأنها تحسين وتلافي العيوب الموجودة به.

وخلاصة القول ان النظام القضائي بعد اقرار قانون الفصل في المنازعات الادارية هو نظام هجين أو مختلط، جمع بعض خصائص النظام المزدوج وبعض خصائص النظام الموحد، وإن كنا أقرب للنظام الموحد منه للمزدوج، فلنسا نظام مزدوج لأن قاضي الادارة هو ذاته قاضي الأفراد، ولنسا نظام موحد لأن القاضي غير ملزم بوحدة القانون والقاضي الاداري في ظل القانون الجديد غير مقيد بقواعد القانون الخاص.

(1) غانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري (ص 217).

المبحث الثاني:

أنواع العقود الإدارية ومعيار تمييزها

وفي هذا المبحث سنقوم بالحديث عن أنواع العقود الإدارية بشقيها سواء العقود الإدارية المسماة والعقود الإدارية غير المسماة ومن ثم ذكر معيار تمييز العقود الإدارية وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول : أنواع العقود الإدارية

المطلب الثاني : معيار تمييز العقود الإدارية

المطلب الأول:

أنواع العقود الإدارية

لقد تنوعت وتعددت العقود الإدارية باختلاف أسمائها وموضوعاتها فمنها ما هو شائع مثل العقود الإدارية المسماة وهي تشكل أهم العقود الإدارية وأكثرها انتشاراً، وتخضع لنظام قانوني ينظمها وخاص بها وتتميز بخصائص وصفات تميزها عن غيرها، وهناك عقود غير مسماة وتتمتع هذه العقود بخصائص منفردة اكتسبتها من خلال ذاتيتها لا بتحديد القانون، وذلك لاحتوائها على الأركان الرئيسية التي يتحتم توافرها في العقد الإداري لذلك سنقوم في هذا المطلب باستعراض أبرز العقود الإدارية وذلك على النحو التالي :

أولاً - عقد امتياز المرافق العامة :

يعد عقد امتياز المرافق العامة من أهم وأشهر العقود الإدارية المسماة ويقصد به " عقد إداري يتولى الملتمزم - فرداً كان أو شركة - بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز (1)"

ولقد عرفه الفقيه الفرنسي A. De laubadere بأنه " إن المرفق العام نشاط تباشره

سلطة عامة بقصد الوفاء بحاجة ذات نفع عام " (2)

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 108).

(2) الاستاذ ade laubadere مطوله في القانون الإداري (ص 52). مشار إليه لدى: غانم، النظام

القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 139)

ولقد عرف القانون المدني الفلسطيني عقد التزام المرافق العامة في المادة 764 بالتالي " التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق ذي صفة اقتصادية، ويكون هذا العقد بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن " (1)

ولقد عرفته محكمة القضاء الإداري المصرية في حكمها الصادر في 25 مارس لعام 1956 بقولها "... إن التزام المرافق العامة ليس إلا عقداً إدارياً يتعهد أحد الأفراد أو الشركات بمقتضاه بالقيام على نفقته وتحت مسؤوليته المالية بتكليف من الدولة أو إحدى وحداتها الإدارية، وطبقاً لشروط التي توضع له، بأداء خدمة عامة للجمهور، وذلك مقابل التصريح له باستغلال المشروع لمدة محددة من الزمن واستيلائه على الأرباح..."(2)

ويعد عقد امتياز المرافق العامة من العقود التي لا بد من تنظيمها لذلك يتحتم أن يصادق عليها بقانون وسبب ذلك كله أن عقد الامتياز غالباً ما يتعلق باستغلال مرافق حيوية وضرورية للمجتمع علاوة على أن عقد الامتياز يتعلق باستغلال مرفق عام يتطلب إنشاؤه وتنظيمه تكاليف باهظة الثمن، ويتسم عقد امتياز المرافق العامة بالسمات والخصائص التالية(3):

- 1- أنه عقد طويل الأمد يحتاج تنفيذه لفترة طويلة قد تزيد عن خمسين عاماً.
 - 2- تتمتع الإدارة مانحة الامتياز بسلطة تقديرية واسعة في إبرام العقد الإداري مع الشركة أو الشخص المعنوي طالب الامتياز.
 - 3- يتحدد المقابل المادي في عقد الامتياز غالباً برسوم تتقاضاها من المنتفعين.
- ويحتوي عقد امتياز المرافق العامة على الراجح فقهاً وقضاً على نوعين من الشروط (4):

أ- شروط تعاقدية

ب- شروط لائحية

(1) المادة (764)، القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012

(2) حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية رقم 136 8 ق، 1956/3/25، الشوربي، العقود الإدارية (ص121).

(3) الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري (ص 258)

(4) جعفر، العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات (ص 66)

أما بالنسبة للشروط التعاقدية وتحكمها قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين. وهي الشروط التي لا تمتد إلى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين والتي يمكن الاستغناء عنها لو أن الإدارة تولت استغلال المرفق بنفسها، وتتعلق أساساً بنصوص مالية تضمن للملتزم مقابل تشغيل المرفق، ويحكمها مبدأ التوازن المالي للعقد⁽¹⁾، أما بالنسبة للشروط اللائحية فإن الإدارة تملك تعديلها في كل وقت وزمان وفقاً لحاجة المرفق العام موضع الاستغلال، وهي التي تبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين، ومرجع ذلك كما تقول المحكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 27 يناير سنة 1957 (القضية رقم 485 ورقم 1367 السنة 7 قضائية) - إلى أن الدولة "... وهي المكلفة أصلاً بإدارة المرافق العامة، فإنها إذا عهدت إلى غيرها أمر القيام بها، لم يخرج الملتزم في إدارته عن أن يكون معاوناً لها، ونائباً عنها في أمر هو أخص خصائصها، وهذا النوع من الإنابة - أو بعبارة أخرى هذه الطريقة غير المباشرة لإدارة المرفق العام - لا تعتبر تنازلاً أو تخلياً من الدولة عن المرفق العام بل تظل ضامنة ومسؤولة قبل أفراد الشعب عن إدارته واستغلاله، وهي في سبيل القيام بهذا الواجب تتدخل في شؤون المرفق العام كلما اقتضت المصلحة العامة هذا التدخل... ولذلك فإن عقد الالتزام ينشئ في أهم شقيه مركزاً لائحياً يتضمن تخويل الملتزم حقوقاً مستمدة من السلطة العامة يقتضيها قيام المرفق واستغلاله، وهذا المركز اللائحي الذي ينشئه الالتزام والذي يتصل بالمرفق العام هو الذي يسود العملية بأسرها⁽²⁾.

ويحاول نظام الامتياز التوفيق بين أمرين : أولهما يتعلق بالمصلحة العامة التي تبتغيها جهة الإدارة والمتمثلة في ضمان إدارة المرافق العامة، وثانيهما يتصل بالمصلحة الخاصة للملتزم الذي لا يقبل إدارة المرفق وتحمل أعبائه إلا لتحقيق الربح، وتتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار الملتزم، دون التقيد باتباع طريقة معينة من طرق التعاقد التي أهمها طريقة المناقصات والمزايدات، وذلك نظراً لخطورة دور صاحب الامتياز المتمثل في إدارة أحد المرافق العامة تحت إشراف الإدارة.

(1) لقد بدأت عقود امتياز المرافق العامة في الظهور في أواخر القرن الثامن عشر. وكان لفرنسا فضل السبق فيه، حيث قامت الحكومة الفرنسية بمنح لآخوان بيريه امتياز توزيع المياه في العاصمة باريس عام 1782، وأيضاً تم منح أول امتياز في مصر للمهندس الإنجليزي جورج سنيفنسون لإقامة أول خط سكة حديد في مصر بل وفي أفريقيا يربط بين الاسكندرية والقاهرة والسويس في عام 1851، وبعدها بثلاث اعوام جاء امتياز حفر وقناة تشغيل قناة السويس عام 1854، وتأسست بموجبه الشركة العالمية لقناة السويس البحرية لاستغلال القناة في مرور السفن لمدة تسعة وتسعين عاماً، الحلو، العقود الإدارية (ص218)

(2) مشار إليه لدى الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية(ص 109)

ثانياً - عقد الأشغال العامة :

عرف قانون العطاءات للأشغال العامة رقم 6 لسنة 1999 عقد الأشغال العامة بأنه " اتفاق بين الإدارة العامة وبين أحد المقاولين محله إنشاء الأبنية والطرق والمنشآت والمشاريع الهندسية بمختلف أنواعها ولوازمها وصيانتها ومتابعة تنفيذها والإشراف عليها، مقابل أمر متفق عليه ووفقاً لأحكام القانون وشروط العقد وملحقاته كما يشمل عقد الأشغال العامة في محله الخدمات الفنية المعروفة بأنها الدراسات والتصاميم الهندسية والفنية للأشغال والمشاريع والإشراف على تنفيذها، وتشغيلها وأعمال المساحة وأية إشعارات فنية أو هندسية تتعلق بالأشغال

ويعرف عقد الأشغال العامة أو عقد المقاولة " هو اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد (المقاولين عادة) يقوم بمقتضاه هذا الأخير بمقابل ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقاً لمنفعة عامة وفقاً للشروط الواردة في العقد"⁽¹⁾

ولقد ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى القول " عقد الأشغال هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد... "⁽²⁾.

ولوجود عقد الأشغال العامة لا بد من توافر عدة عناصر وهي :

1- لا بد أولاً أن يتعلق العقد بعقار، وليس بمنقول ومهما كبر حجمه، وذلك سواء تعلق الأمر بأرض فضاء أم بعقارات بالتخصيص أم بمبان، فإذا كان العقد منصّباً على منقول فلا يكون عقد مقاولة وإنما يكون عقداً آخر⁽³⁾.

2- يجب أن تتمثل أعمال الأشغال العامة في أعمال بناء أو هدم أو ترميم أو صيانة كأعمال الطلاء وتنظيف الشوارع والأماكن العامة.

(1) الطماوي، مبادئ القانون الإداري (ص 706)

(2) حكم المحكمة القضاء الإداري في القضية 284 لسنة 8 ق، بتاريخ 23 ديسمبر 1956 ص 11 ص 104، مشار إليه لدى نصار، العقود الإدارية (ص 117-118).

(3) الجبوري، العقود الإدارية (ص 20).

3- لا بد أن تتم الأعمال المنصبة على العقار لحساب جهة الإدارة، وليس من اللازم أن يكون العقار مملوكاً لها سواء كان من الأموال العامة أو الخاصة، فإما أن يكون مستأجراً أو ملكاً للملتزم الذي يتولى شأن أحد المرافق العامة، أو لإحدى الجمعيات ذات النفع العام.

4- يجب أن تتم الأعمال المكونة للأشغال العامة بهدف تحقيق المنفعة العامة وليس تحقيقاً لكسب مالي.

ومن الملاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد توسع في مفهوم الأشغال العامة وأدخل في اختصاصه كثيراً من العقود التي تتعلق بصيانة الأموال العامة كردم البرك أو الكنس أو الرش في الطرق العمومية (1).

ويعد عقد الأشغال العامة من عقود أداء الخدمات التي تشمل أنواعاً كثيرة من العقود مثل عقد دراسة أمر من الأمور وعقد تنظيف مكان محدد، وينتهي عقد الأشغال العامة إما نهاية طبيعة وإما نهاية مبتسرة (2).

ثالثاً - عقد التوريد الإداري:

لم يعرف المشرع الفلسطيني في قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998، والمشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 عقد التوريد الإداري فاتحاً المجال أمام الفقه والقضاء في ذلك، وذلك بخلاف المشرع في فرنسا (3).

فأخذت محكمة القضاء الإداري في أحكامها عقد التوريد الإداري بأنه " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين " (4)

ولقد عرف غالب الفقه عقد التوريد الإداري بأنه " اتفاق يتعهد بمقتضاه أحد المتعهدين بتوريد منقولات لجهة الإدارة مقابل ثمن معين وأن تستخدم فيه الإدارة أساليب القانون العام، بأن

(1) الشريف، القانون الإداري (ص 331)

(2) عبد العال، النظرية العامة في العقود الإدارية (ج2/ 175)

(3) ولقد عرف المشرع الفرنسي في قانون المشتريات العامة الصادر بموجب المرسوم رقم 2006/975 بتاريخ

2006/8/1 عقود التوريد العامة بأنها " تلك العقود التي تبرم مع الموردين بحيث يكون محل تلك العقود

الشراء، أو التأجير التمويلي أو الإيجار...".

(4) حكم محكمة القضاء الإداري، في القضية رقم 625 لسنة 4 ق جلسة 1952/12/2، مجموعة المكتب

الفني، السنة 7، البند 6 (ص 76)

ضمنته شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، أو كان دور المتعاقد فيه هو القيام بتنفيذ مرفق عام " (1).

ولقد عرفه الدكتور " هاني غانم " بأنه هو " اتفاق بين جهة الإدارة أو لحسابها مع شخص آخر عام أو خاص يتعهد بمقتضاه هذا الأخير بتوريد منقولات للإدارة لازمة لتسيير مرفق عام مقابل ثمن معين أو قابل للتعيين على أن تلجأ الإدارة العامة إلى استخدام وسائل القانون العام في إبرام العقد، وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص" (2) إن هذا العقد يقابل عقد البيع في القانون الخاص، وينصب على أي نوع من أنواع المنقولات كالمواد الغذائية ومواد الوقود وأدوات المكاتب، وعند عدم اتفاق المتعاقدين في عقد التوريد الإداري على السعر قبل قيام المتعاقد مع الإدارة بتوريد السلعة المتفق عليها فإن ذلك لا يؤدي إلى البطلان وإنما تقوم المحكمة الإدارية المختصة عند اختلاف أطراف العقد بتحديد السعر المناسب (3).

وعقد التوريد اتفاق يتم بإرادتي المتعاقدين، أما إذا تم التوريد جبراً عن طريق استيلاء الجهة الإدارية على المنقولات، فلا يسمى عقداً وإنما يكون استيلاء (4).

ولقد عرفت الشريعة الإسلامية عقد التوريد فلقد عرفه الدكتور مصطفى الزرقا بقوله " التعهد بتقديم اللوازم والأوراق والمواد الأولية للدوائر الحكومية والشركات والمعامل والمدارس " (5).

ولقد عرفه مجمع الفقه الإسلامي بأنه " عقد يتعهد بمقتضاه طرف أول أن يسلم سلع معلومات بصفة دورية خلال فترة لطرف آخر مقابل مبلغ معين مؤجل كله أو بعضه" (6).

ويتميز عقد التوريد الإداري بعدة خصائص :

1- عقد التوريد الإداري يعد من العقود الرضائية، فالمورد يقوم بتسليم المنقولات المتفق عليها برضائه دون أن يكون مضطراً أو مجبراً إلى ذلك.

(1) الشريف، القانون الإداري (ص 333)؛ والطمائي، الأسس العامة (ص 135)؛ ونصار، العقود الإدارية

(ص119)؛ والشواربي، العقود الإدارية (ص114)

(2) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 40)

(3) الحلو، العقود الإدارية (ص 264)

(4) أبو الخير، القانون الإداري (ص 290)

(5) الزرقا، المدخل الفقهي العام (ج2/710)

(6) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، قرار رقم 107 (12/1)، الدورة 12، عام 1421 هـ.

2- محل عقد التوريد دائماً منصب على منقولات فقط ولا يرد على عقارات أيّاً كانت عقارات بطبيعتها، أم عقارات بالتخصيص، وهذا ما يميزه عن عقد الأشغال العامة.

3- إن عقد التوريد الإداري ليس عقداً إدارياً في ذاته بخلاف عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة.

وأخيراً لا يعد عقد التوريد عقداً إدارياً في فلسطين إلا إذا توافرت فيه عناصر العقد الإداري الثلاثة وهي أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام، وأن يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

رابعاً- عقد القرض العام :

يعرف عقد القرض العام على أنه " عقد يقرض بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص فرداً كان أم شركة مبلغاً من المال للدولة أو لأحد أشخاص القانون العام الأخرى مقابل التزامها برد المبلغ بعد نهاية أجل القرض بالإضافة إلى دفع فوائد سنوية محددة "(1)، وتلجأ الدولة لمثل هذه العقود لمعالجة أزمة اقتصادية تمر بها فتطرح في السوق سندات القرض (2).

وعرفه آخر " عقد دين مالي تستدينه الدولة أو إحدى هيئاتها العامة من الجمهور أو المصارف المحلية أو الدولية، مع الالتزام برد قيمته، ودفع فوائد عنه طيلة فترة القرض في التاريخ المحدد، وفقاً لشروط العقد " (3)

وعرفه آخر " المبالغ النقدية التي تحصل عليها الدولة أو أي شخص معنوي عام آخر من الغير، مع التعهد بردها إليه مرة أخرى عند حلول ميعاد استحقاقها، وبدفع فوائد - إن اشترط ذلك - عنها وفقاً لشروط عقد القرض " (4)

(1) ونتمنى على الدولة ألا تلجأ إلى استخدام عقد القرض العام لأنه يقوم على الفوائد، والفوائد التي تضاف إلى رأس مال الدائن هي من الربا، والربا كما عرفه الفقهاء " هو زيادة الدين في نظير الاجل " أو " كل قرض جر نفعا " وهو محرم بنص قرآني، قال تعالى في سورة البقرة في الآية رقم 275 " وأحل الله البيع وحرم الربا " وقال تعالى " يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وما ذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين، فإن لم تفعلوا فأنذروا بحرب من الله ورسوله، وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون " وأن الراجح من حكمة تحريم الربا لا تقتصر فقط على مجرد حماية الضعيف ومنع استغلال حاجة المحتاج، وإنما هي إيجاد نظام اقتصادي لا يعمل فيه رأس المال من غير تعرض للخسارة. من أجل نهضة وقوة النظام الاقتصادي للدولة.

(2) الحبور، العقود الإدارية (ص 22)

(3) القيسي، المالية العامة والتشريع الضريبي (ص 71)

(4) غانم، المالية العامة والتشريع الضريبي، (ص 123)

ولقد ذهب بعض الفقه الفلسطيني وبحق إلى أن " عقد القرض الذي تبرمه الدولة في فرنسا عقد اداري على الدوام، أما عقد القرض الذي تبرمه الهيئات المحلية الفرنسية وكذلك عقود القروض التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام الأخرى سواء في مصر أم فلسطين، فإنها تتطلب توافر المعيار القضائي حتي تعتبر عقود ادارية وغالبا ما تتوفر هذه الشروط في عقود القرض العام"⁽¹⁾.

والقاعدة التي تنص عليها الدساتير عادة أنه لا يجوز عقد قرض عام ولا تعهد يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزانة العامة في سنة أو سنوات مقبلة إلا بموافقة البرلمان ذلك لأن القرض العام من شأنه تحميل الدولة أعباء مالية لسنوات مقبلة، وبشروط مرهقة يعني ذلك أن كل عقود القرض العام تكون بموجب قانون، وذلك نظراً لخطورة وأهمية القرض⁽²⁾.

(1) غانم، المالية العامة والتشريع الضريبي (ص 143)

(2) المادة (92) من القانون الأساسي الفلسطيني

المطلب الثاني

معيار تمييز العقود الإدارية

تلجأ الإدارة بغية تحقيق أهدافها لطريقتين من العقود، الأولى تتمثل في أنها تتعاقد مع الأفراد بصفقتها فرداً عادياً وتنزل لمستواهم وذلك وفقاً لأسلوب القانون الخاص ويكون الاختصاص للقضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة عن هذه العقود، وثانيها تتمثل في العقود التي تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة تهدف إلى تنظيم وتسيير مرفق عام وتخضع لأحكام القانون العام ويختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات الصادرة عنها⁽¹⁾، ولأن هذه العقود لا تخضع لنظام قانوني واحد ومعين فلذلك يجب إيجاد معيار لتمييز العقود الإدارية عن غيرها من العقود.

ويعد مجلس القضاء الفرنسي صاحب الأصالة في إيجاد معيار لتمييز العقود الإدارية وذلك بوضعه ضوابط ومحددات للعقود الإدارية تميزها عن غيرها من العقود، ولقد سار القضاء المصري على ذلك النهج وقام بتطبيقها على الكثير من أحكامه.

ولقد مرت نظرية العقد الإداري بتطور وعلى عدة مراحل زمنية متعاقبة ومتلاحقة، أولها محاولة تمييز نوع من العقود الإدارية بإرادة المشرع ذاته، وهي (مرحلة العقود بتحديد القانون أو بنص القانون) وتلاها مرحلة ثانية قام القضاء الإداري بوضعه معياراً عاماً ميز بها العقود الإدارية عن غيرها من العقود، ولقد تطور الفقه والقضاء الإداريين حتى وصل إلى درجة كبيرة من الوضوح في الوقت الحاضر⁽²⁾.

وبناء على ما سبق ذكره يمكننا القول بأن العقود الإدارية تنقسم إلى قسمين، القسم الأول :
العقود الإدارية بتحديد القانون، القسم الثاني : العقود الإدارية وفقاً للمعيار القضائي
وسنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين وفقاً للآتي :

الفرع الأول : العقود الإدارية بتحديد القانون

الفرع الثاني : العقود الإدارية وفقاً للمعيار القضائي

(1) نصار، العقود الإدارية (ص 25)، وتجدر الإشارة الي ان منازعات العقود الادارية في الضفة الغربية هي من اختصاص المحاكم المدنية، أما في قطاع غزة وبعد اقرار قانون الفصل في المنازعات الادارية الجديد لسنة 2016، فإنها ضمن اختصاص المحكمة الادارية للمزيد من الايضاح راجع غانم، الوسيط في أصول القضاء الاداري (ص 43)

(2) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 53)

الفرع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون

إن فكرة العقود الإدارية تتمثل في تحديد القانون إلى إسناد المشرع الاختصاص بمنازعات بعض العقود الإدارية إلى القضاء الإداري دون النظر إلى طبيعتها الذاتية " أي بمجرد النص عليها في القانون " وتم إطلاق عليها مصطلح المعيار الشرعي من جانب بعض الفقه وهكذا فإن العقود تتصف بالصفة الإدارية وذلك عبر التحديد الذي يتم من خلال القانون⁽¹⁾.

لم يتبنَّ المشرع المصري والفلسطيني فكرة العقود الإدارية بنص القانون وهذا بخلاف المشرع الفرنسي الذي قام صراحة بتبني فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون.

ولا تخفى عيوب فكرة العقود الإدارية بتحديد القانون في تحديد اختصاص القضاء الإداري، الذي يجب أن يرتبط بمدى توافر الصفة الإدارية لهذه العقود، وهذا الأمر لا يخرج عن ثلاثة فروض⁽²⁾:

الفرض الأول: أن تكون العقود التي حددها المشرع عقوداً إدارية بطبيعتها مثل عقد الأشغال العامة وعقد الالتزام وفي هذه الحالة فإن هذه العقود وفقاً لطبيعتها وخصائصها الذاتية في كل الأحوال عقوداً إدارية مما يختص بالمنازعات التي تدور حولها القضاء الإداري، فيكون تحديد المشرع والحال كذلك تحصيل حاصل وذكر لمفهوم.

الفرض الثاني : حين تكون هذه العقود غير إدارية بطبيعتها وإنما يمكن لها أن تكون كذلك في بعض الأحيان حين تنبئ خصائصها الذاتية ذلك، أو تكون عقوداً مدنية في أحوال أخرى ومثالها عقد التوريد، وفي هذه الحالة يكون تحديد المشرع لهذا العقد واعتباره إدارياً في كل الأحوال غير قائم على أساس سليم.

الفرض الثالث: أن يكون هذا العقد في كل أحواله عقداً مدنياً حتى ولو كانت الإدارة طرفاً فيه مثل عقد بيع أملاك الدولة الخاصة، ويكون اختصاص القضاء الإداري به على خلاف حقيقة العقد وطبيعته.

وعلى عكس ما جرى في فرنسا، فإن القوانين المتعاقبة التي حددت اختصاص القضاء الإداري في مصر لم تأخذ بفكر العقود الإدارية بتحديد القانون.

(1) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد (ص 60)

(2) نصار، العقود الإدارية (ص ص 26-28).

وسنعرض في هذا الفرع للعقود الإدارية بتحديد القانون في كل من فرنسا ومصر ونعرض أخيراً لمدى توافر هذه الطائفة من العقود في فلسطين

أولاً - العقود الإدارية بتحديد القانون في فرنسا :

كان دافع المشرع الفرنسي إلى إسناد الاختصاص بمنازعات بعض العقود إلى القضاء الإداري إلى مسلك القضاء الإداري ذاته في تحديد اختصاصه، ففي هذه الفترة كان المعيار السائد هو معيار السلطة العامة أو فكرة السيادة، فعندما تستخدم الإدارة سلطاتها فإنها تستطيع الأمر والنهي، وعندما لا تستخدم الإدارة هذه السلطة فإنها تنزل إلى مستوي الأفراد العاديين (1).

ولقد نتج عن الأخذ بهذا المعيار أن العقود الإدارية تعتبر من أعمال الإدارة العادية لأنها لا تحتوي على أي مظهر من مظاهر السلطة وكل ذلك أدى التضييق من دائرة اختصاص مجلس الدولة الأمر الذي دفع المشرع الفرنسي للتدخل وإصباح الصفة الإدارية لبعض العقود التي تبرمها جهة الإدارة وبناء على ذلك فإن هذه العقود اكتسبت الصفة الإدارية بتحديد القانون وتم إسناد الاختصاص بنظرها للقضاء الإداري (2)

ولقد كان الوضع على ما هو عليه إلى أن ظهرت فكرة المرفق العام كمعيار لتحديد الاختصاص القضاء الإداري ومن أهم أمثلة العقود الإدارية بتحديد القانون ما نص عليه المشرع الفرنسي وتناوله الفقه (3) بالشرح ما يلي :

1- مرسوم 11 / 6 / 1806 والاختصاص القضائي بعقود التوريد، وبمقتضى المادة 13 من القانون المشار إليه جعل الاختصاص لمجلس الدولة بهيئة قضاء إداري النظر في المنازعات المتعلقة بعقود التوريد التي تبرمها الدولة وتلك التي تبرمها الهيئات المحلية حيث خضعت الأولى للقضاء الإداري، أما الثانية بقيت خاضعة لمبدأ التفرقة بين أعمال السلطة وأعمال الإدارة العادية أي بقيت من عقود القانون الخاص (4).

(1) مشار إليه لدى غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 61)

(2) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 54).

(3) المرجع السابق، ص 38.

(4) قرر مجلس الدولة الفرنسي اختصاصه بالمنازعات التي تثور بين الأشخاص المحلية والافراد في بعض الحالات، فقد فصل في حكم كادور cadot في نزاع بين مدينة مرسيلا واحد موظفيها، مشار إليه لدى: غانم، النظام القانوني لعقد التوريد (ص 64).

2- قانون 17 / 7 / 1970 وقانون 26 / 9 / 1793 بخصوص عقود القرض العام التي تبرمها الدولة وذلك نظراً لأهمية عقود القرض العام جعل الاختصاص لمجلس الدولة للنظر في المنازعات الناتجة عن عقود القرض التي تبرمها الدولة، وهذا بخلاف عقود القرض التي تبرمها الهيئات المحلية والتي بقيت من اختصاص المحاكم العادية⁽¹⁾.

3- قانون رقم 20 يوليو 1975 حيث اعتبر الاتفاقات المبرمة بين بعض المنظمات الخاصة بالضمان الاجتماعي ونقابات الأطباء من ضمن العقود الإدارية بتحديد القانون⁽²⁾.

4- قانون 2 يوليو 1990 حدد المشرع الفرنسي في المادة 25 منه بأن العقود المبرمة بين البريد أو فرنس تيليكوم والمنتفعين بأنها ضمن عقود القانون العام⁽³⁾.

ثانياً - العقود الإدارية بتحديد القانون في القانون المصري :

لقد أخذت مصر بنظام القضاء المزوج من 7 اغسطس 1946 وهو تاريخ صدور القانون رقم 112 لسنة 1946 بإنشاء مجلس الدولة، ولأن نظرية العقود الإدارية ترتبط بوجود القضاء الإداري، فلا بد من الحديث عن نشأة العقود الإدارية في مصر في مرحلتين، الأولى ما قبل إنشاء مجلس الدولة (القضاء الموحد)، الثانية بعد إنشاء مجلس الدولة

أ- تنظيم عقود الإدارة ما قبل إنشاء مجلس الدولة (القضاء الموحد)، حيث كان القضاء المصري يطبق على عقود الإدارة قواعد القانون الخاص، فلم تطبق المحاكم القضائية الأهلية والمختلطة قبل إنشاء مجلس الدولة المصري تلك المبادئ التي وضعها مجلس الدولة الفرنسي والتي منها ابتداء الحلول عند غياب النص التشريعي، فكانت مهمة القضاء المصري تقتصر على تطبيق القانون لا خلقه⁽⁴⁾، ومن أهم الأمثلة التي يستشهد بها الفقه المصري على تطبيق القانون الخاص على منازعات العقود الإدارية في مرحلة القضاء الموحد هو رفض القضاء العادي تطبيق نظرية الظروف الطارئة والتي أقرها مجلس الدولة الفرنسي من قبل.

(1) مشار إليه لدى غانم، النظام القانوني لعقد التوريد (ص 65).

(2) المادتان (4، 7) من القانون الصادر في 20 يوليو 1975

(3) مشار إليه لدى غانم، النظام القانوني لعقد التوريد (ص 66).

(4) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 41).

وفي هذه المرحلة عرف القانون المصري العقود الإدارية بتحديد القانون، فلقد تدخل المشرع المصري في حالات معينة لتمييز بعض العقود بقواعد تشريعية تختلف عن قواعد القانون المدني

ب-تنظيم عقود الإدارة بعد إنشاء مجلس الدولة، تم إلغاء نظام القضاء الموحد سنة 1946 ومن ثم أصبحت مصر من الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج⁽¹⁾، وبعد صدور قانون مجلس الدولة المصري تعددت وتعاقبت النصوص القانونية التي تنظم العقود الإدارية في مصر، ونذكر منها ما يلي، أول ما صدر هو قانون رقم 112 لسنة 1946 وتم فيه تحديد المسائل الداخلة فيه على سبيل الحصر، ولم يرد ضمن هذه المسائل ما يتعلق بالعقود الإدارية، وبعد ذلك صدر القانون رقم 9 لسنة 1949 ولقد دخلت العقود الإدارية لأول مرة في اختصاص مجلس الدولة المصري وذلك بالنظر في المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية وهي عقود إدارية بطبيعتها، وأخيراً صدر قانون 165 لسنة 1955 والقانون 47 لسنة 1972 ونص على اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام، أو الأشغال العامة أو التوريد، أو بأي عقد إداري آخر

وبذلك أصبحت ولاية مجلس الدولة على جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وبناء عليه لا يعتبر اختصاص مجلس الدولة في العقود الإدارية مقصوراً على عدد معين ومحدد من العقود الإدارية بل ينطوي على العقود الإدارية كافة ويشتمل على المنازعات كافة الناشئة عنها⁽²⁾، وهذا يعني أن العقود الإدارية في مصر هي إدارية بطبيعتها ويختص بها القضاء الإداري استناداً إلى خصائصها الذاتية وطبيعتها الإدارية وليس إلى نص المشرع وتحديد القانون.

ثالثاً - العقود الإدارية بتحديد القانون في فلسطين:

لقد عرفت فلسطين القانون الإداري وقام القضاء الفلسطيني بتطبيق العديد من نظريات القانون الإداري وتبناها، فأقر العديد من القواعد الإدارية التي تحكم النشاط الإداري الذي يستهدف تأمين سير وانتظام المرافق العامة ومنها نظرية المرفق العام ونزع المال للمنفعة العامة وعرفت فلسطين العقود الإدارية وقام القانون الفلسطيني بتنظيم عدد من العقود وأفردها لقوانين

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 44)

(2) المرجع السابق، ص 49

خاصة بها، وهي عقود الأشغال العامة، وعقود المقاوله وهي عقود إدارية بطبيعتها، ويمكن القول إنه لا يوجد نص قانوني في فلسطين يحدد عقوداً معينة ويعدها إدارية بإرادة المشرع لها، وإن كان قانون اللوازم العامة وقانون العطاءات للأشغال قد نظم إجراءات التعاقد مع الإدارة ولكن لو نظرنا إلى القوانين المذكورة في هذا القانون نجدها عقود إدارية بطبيعتها، وعليه لم تعرف فلسطين نظرية العقود الادارية بتحديد القانون.

الفرع الثاني: العقود الإدارية وفقاً للمعيار القضائي

لقد كان لأحكام القضاء الإداري سواء في فرنسا أو مصر دوراً كبيراً في إرساء قواعد نظرية العقد الإداري، من خلال الطبيعة الإنشائية لهذا القضاء في مجال القانون الإداري، فالأصل العام أن تحديد طبيعة العقود الإدارية إنما يكون عبر الرجوع لأحكام القضاء وآراء الفقهاء⁽¹⁾، والعقود الإدارية بتحديد القانون هي حالات استثنائية للأصل العام، فعندما يلتزم المشرع الصمت في إضفاء الصفة الإدارية على عقد ما، أو يحدد المشرع اختصاص القضاء الإداري في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية دون أن يحدد هذه العقود على سبيل الحصر وفي الأحوال التي لم يفصح فيها كل من المتعاقدين بصورة صريحة عن إرادتهما وما اتجهت بشأنه في ظل العقد المبرم، في كل هذه الحالات يتجلى دور القضاء الإداري في تحديد صفة العقد هل هو عقد إداري أم عقد خاص⁽²⁾.

والعقد الإداري كما سبق الإشارة إليه وكما هو مستقر فقهاً وقضاء هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

ويتضح من خلال التعريف السابق أن العقد لكي يكون إدارياً لا بد من توافر ثلاثة عناصر، ويمثل العنصر الأول الجانب العضوي الذي يستند إلى أطراف العقد، وهو أن يكون أحد طرفي العقد على الأقل شخصاً معنوياً، بينما يمثل العنصران الأخيران الجانب الموضوعي⁽³⁾ (المعيار المزدوج) وهما تعلق العقد بإدارة أو تنظيم أو تسيير أو استغلال أحد

(1) لعيوني، معيار العقد الإداري (ص 80)

(2) كنعان، القانون الإداري (ص 315)

(3) الشريف، القانون الإداري (ص 286)

المرافق العامة، وأن تتبع الإدارة أسلوب القانون العام في إبرامه أو تنفيذه وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، وقد استقر القضاء المصري منذ بداية أحكامه وحتى يومنا هذا على وجوب توافر المعيار العضوي والمعياري المزدوج، أي لا بد من توافر الشروط الثلاثة السابقة مجتمعة حتى يعد العقد إدارياً إلا أن الوضع مختلف في فرنسا، حيث هناك آراء فقهية وتأييدها أحكام القضاء تكتفي في محاولة تحديد العقد الإداري إلى عنصر واحد فقط بجوار العنصر العضوي، ولقد اختلف الفقه الفرنسي حول هذا العنصر حيث أيد جانب العنصر المرفق العام لتأسيس معيار الطبيعة الإدارية للعقد بينما ذهب جانب آخر إلى فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص⁽¹⁾

وبناء على ما سبق فإن المعيار القضائي لتمييز العقود الإدارية يستوجب توافر ثلاثة عناصر وهي :

- 1- أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام
- 2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام
- 3- اتباع الإدارة وسائل القانون العام وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص

وسوف نقوم باستعراض هذه العناصر وفقاً لما يلي :

أولاً - أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام :

ويعتبر هذا العنصر الأول في العقود الإدارية فالعقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة⁽²⁾، ويمثل هذا الشرط الجانب العضوي في المعيار المميز للعقد الإداري الذي يستند في المقام الأول على صفة المتعاقدين⁽³⁾، وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخصاً من أشخاص القانون العام لا يمكن أن يعتبر عقداً إدارياً، فمن الأمور البديهية أن العقد الذي لا تكون الإدارة أحد أطرافه لا يجوز بحال أن يعتبر عقداً إدارياً ذلك أن قواعد القانون العام إنما وضعت لتحكم نشاط الإدارة لا نشاط الافراد⁽⁴⁾، وكما أن كون الإدارة طرفاً في عقد ما، لا يحوله

(1) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد (ص 82).

(2) الخادم، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا والجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في العقود الإدارية في أربعين عاماً (ص 94).

(3) أمين، العقود الإدارية (ص 25).

(4) الشريف، القانون الإداري (ص 287)

مباشرة إلى عقد إداري إذا لم يقترن بالشرطين الآخرين⁽¹⁾، فإن وجود الإدارة في العقد الإداري يعتبر أمراً طبيعياً وبديهياً فالعقد الإداري يعتبر جزء من وظيفتها التنفيذية⁽²⁾، ووجود هذا الشرط ضروري لإصباح الصفة الإدارية للعقد⁽³⁾.

وعلى هذا الأساس فإنه كشرط أساسي ورئيس وجود شخص عام كطرف في العقد حتى يكون عقداً إدارياً يتوافر بقية الشروط الأخرى، ولكن قد لا تظهر الإدارة طرفاً في العقد ولكنه يعتبر عقداً إدارياً، وذلك إذا ما ثبت أن أحد المتعاقدين كان يتعاقد لحساب وباسم جهة إدارية عامة⁽⁴⁾.

فإن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يعد من قبيل العقود الإدارية كالعقود التي يبرمها الأفراد أو الهيئات الخاصة، ولقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى وجوب أن تتعاقد الإدارة بصفتها شخصاً من أشخاص القانون العام، فإن قامت بالتعاقد بصفتها شخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد لا يكون عقداً إدارياً بل يكون عقداً مدنياً ويخضع للمحاكم المدنية ويطبق عليه القانون المدني⁽⁵⁾، ولا يعتبر عقداً إدارياً الذي يتم إبرامه بين أشخاص القانون الخاص وتقوم الإدارة بالمصادقة عليه، فتصديق الإدارة على العقد ليس من شأنه أن يصبغ الصفة الإدارية على هذا العقد الخاص.

ولكن التعرف على الإدارة العامة أو على أشخاص القانون العام بالمقابلة للإدارة الخاصة أو أشخاص القانون الخاص ينبغي علينا التطرق إلى المعايير الفقهية والقضائية وذلك للتعرف على الإدارة العامة وعلى الأشخاص المعنوية العامة⁽⁶⁾، وعلى الرغم من وضوح هذا الشرط إلا أنه ينبغي علينا توضيح بعض الأمور⁽⁷⁾.

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 62-63)

(2) الجبوري، العقود الإدارية (ص 30).

(3) راضي، العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن (ص 28)

(4) الظاهر، القانون الإداري (ص 234).

(5) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1386 لسنة 33ق، جلسة رقم 18/1/1994

(6) البناء، العقود الإدارية (ص 30)

(7) نصار، العقود الإدارية (ص 33)

وبناء على ذلك فإنه يجب أن نوضح المقصود بأشخاص القانون العام الذي يشترط أن تكون طرفاً في العقد الإداري (1) :

إن مفهوم الإدارة التي يستلزم أن تكون طرفاً في العقد الإداري يشتمل الأشخاص المعنوية العامة ولعل أبرز الأشخاص المعنوية العامة هي الدولة (2)، وهي بمثابة طائفة قانونية متميزة داخل إطار الأشخاص المعنوية العامة، من حيث تفردا بامتداد واتساع نفوذها وبسط سيطرتها على كل إقليم الدولة، وعلى جميع مظاهر النشاطات فيها مهما تنوعت وتعددت أساليبها، ويجب عدم مقارنتها بالأشخاص المعنوية الأخرى وتنقسم الأشخاص المعنوية العامة إلى قسمين أساسيين (3) وذلك حسب تقسيم الفقه وهما : الأشخاص العامة الإقليمية والأشخاص العامة المصلحية أو المرفقية :

أ- الأشخاص العامة الإقليمية أو المحلية :

وهي تلك التي يتحدد مجال نشاطها على أساس المساحة المكانية، أو الدائرة الإقليمية، أو الجغرافية وتتعدد الأشخاص المعنوية الإقليمية حسب الوحدات الإدارية التي يعترف لها المشرع بالشخصية المعنوية على أساس مباشرة نشاطها في دائرة جغرافية معينة تختص بها وبالنظر إلى القانون الأساسي الفلسطيني نجد أنه وفي المادة (85) نص على أنه " تنظم البلاد في وحدات إدارية محلية تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ويكون لكل واحدة منها مجلس منتخب انتخاباً مباشراً على الوجه المبين في القانون ويحدد القانون اختصاصات وحدات الإدارة المحلية ومواردها المالية وعلاقتها بالسلطة المركزية ودورها في إعداد خطط التنمية وتنفيذها كما يحدد القانون أوجه الرقابة على تلك الوحدات ونشاطاتها المختلفة " وبناء عليه فإن الإدارات المحلية هي أشخاص معنوية عامة، ولكن لا بد من الإشارة إلى أن الهيئات المحلية لا يسري على تعاقدها قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 لأن هذا القانون يسري فقط على الدوائر المدرجة موازنتها ضمن قانون الموازنة العامة السنوي للسلطة التنفيذية مادة (2) من قانون اللوازم العامة وما يحكم تعاقدات الهيئات المحلية هو نظام توريدات المواد وتنفيذ الأعمال الصادر عن وزير الحكم المحلي رقم 1 لسنة 1998 والذي يعطيه صلاحيات لإصدار نظام خاص للهيئات المحلية بشأن اللوازم والعطاءات والمقاولات، وعلى الرغم من قانون اللوازم العامة

(1) حسبو، التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام b.o.t (ص 23).

(2) الحلو، القانون الإداري (ص 97).

(3) فهمي، الوسيط في القانون الإداري (ص 69)

لا يسري على تعاقدات وحدات الإدارة المحلية ولها نظام خاص إلا أنها من أشخاص القانون العام وتعتبر عقودها إدارية إن تعاقدت بهذه الصفة وتوافرت باقي الشروط المميزة للعقد الإداري⁽¹⁾.

ب- الأشخاص المعنوية العامة المصلحية أو المرفقية :

وهي تلك الأشخاص المعنوية العامة التي يتحدد نطاق نشاطها، ومجال اختصاصها على أساس موضوعي لا على أساس إقليمي أو جغرافي كما هو الحال بالنسبة للأشخاص العامة الإقليمية، بحيث تتولى إدارة مرفق عام بعينه أو مشروع أو مصلحة عامة معينة.

والأشخاص المعنوية العامة المرفقية هي كل مشروع يعهد إليه بتولي إدارة مرفق عام تحت وصاية الدولة أو أحد الأشخاص الإقليمية العامة الأخرى، ويتمتع باستقلال مالي وإداري، ولا تخضع هذه الهيئات لنظام قانوني واحد، وإنما يختلف باختلاف طبيعة ومضمون وفحوى النشاط الذي تمارسه، ولا بد من التزام هذه الهيئات العامة مزاولة النشاط الذي تم انشاؤها من أجله دون الخروج عليه وإلا عد نشاطها غير مشروع ويتوجب البطلان وبالتالي تعتبر الجامعات الحكومية هيئات عامة إدارية، لأنها تدير مرفقا عاما إدارياً⁽²⁾.

ولكن ما هو أثر تحول الجهة الإدارية من شخص عام إلى خاص على طبيعة العقد ؟

قال مجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص إنه في حالة إبرام شخص عام عقداً واعتبر العقد إدارياً فإن التحول اللاحق للشخص العام إلى شخص خاص لا يجرّد العقد من الصبغة الإدارية التي كانت له، ولقد سارت محكمة القضاء الإداري المصري على ذات النهج⁽³⁾.

وخلاف ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا " من حيث إنه وإن كان العقد محل النزاع المائل قد نشأ في الأصل إدارياً وتوافرت له مقومات العقود الإدارية باعتبار أن المتعاقد مع الطاعن كان شخصاً من أشخاص القانون العام وهي مصلحة المناجم والمهاجر، وأن العقد تضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص إلا أنه أصبح المتعاقد مع الطاعن وقت إقامة الدعوى وهي شركة مدينة نصر للإسكان والتعمير وهي من أشخاص القانون

(1) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد (ص ص 90 - 91).

(2) المرجع السابق (ص ص 91-92).

(3) حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 287 لسنة 19 ق - جلسة 16-3-1969، مجموعة أحكام

القضاء الإداري من سنة 1966-1969 (ص 609).

الخاص بلا خلاف فإن العقد وقت رفع الدعوى يكون قد أصبح مفتقداً لأحد العناصر الأساسية للعقود الإدارية⁽¹⁾

وتأكيداً على ذلك استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا على ذات المبدأ حيث قضت .. " إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار العقد من عقود القانون الخاص، وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوي عام..."⁽²⁾

ونرجح هنا ما قرره المحكمة الإدارية العليا لأن العقد أصبح مفتقداً لأحد العناصر الأساسية للعقود الإدارية.

ولكن في حال كان الوضع العكسي ما هو موقف القضاء الإداري من تغير صفة الشخص الخاص إلى شخص عام على طبيعة العقد المدني الذي تم إبرامه بناء على صفته المدنية الأولى؟

قالت محكمة القضاء الإداري المصري في هذا الصدد " ومن ثم يتحول العقد الخاص إلى عقد إداري ولو تخلف الشرط المتعلق باتباع وسائل القانون العام في إبرامه واشتراطاته، وذلك من شأنه تغيير طبيعة السلطات والوسائل المخولة بحكم مسؤولية عن المرافق العامة وسيرها بانتظام واطراد، ولا يمكن أن يتحلل هذا العقد الذي أصبح إدارياً نتيجة حلول الإدارة محل أحد طرفيه من وضعه الإداري إلا إذا أفصحت الإدارة عن رغبتها في اتباع وسائل القانون الخاص في تنفيذ العقد⁽³⁾.

وتم انتقاده من بعض الفقه ونحن نؤيد ذلك الانتقاد وذلك على أساس أن تحول الشخص الخاص إلى شخص معنوي عام، ليس من آثار تحول العقد من مدني إلى إداري، فليس أطراف العقد هو الشرط الوحيد لإصباح الصفة الإدارية على العقد بل يلزم توافر شروط أخرى تتصل بتسيير مرفق عام واتباع وسائل القانون العام عند إبرام العقد⁽⁴⁾.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1386 لسنة 33 ق، جلسة 18 / 1 / 1994، مشار إليه لدى غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 93)

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2054 لسنة 48 ق، جلسة 24 / 3 / 2007، مشار إليه لدى غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 93).

(3) حكمها في القضية رقم 675، السنة 16 ق - بتاريخ 29 / 3 / 1964، مجموعة أحكام القضاء الإداري في خمس سنوات من عام 1961 - 1966، ص 315، مشار إليه لدى د غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 94)

(4) لعيوني، معيار العقد الإداري (ص 141).

ونحن نؤيد ما ذهب إليه هذا الاتجاه من الفقه فإذا كان فقدان الشخص المعنوي لصفته العامة يؤدي إلى فقدان العقد صفته الإدارية وذلك مع توافر باقي الشروط، فمن باب أولى أنه عند تحول الشخص الخاص إلى عام لا يحول العقد المدني إلى عقد إداري.

وإذا كان الاصل العام والمبدأ المتبع أن العقد لا يكون إدارياً إلا إذا أبرمته جهة الإدارة، إلا أن القضاء في مصر وفرنسا كثيراً ما يعتبر العقد إدارياً بمجرد أن يعقده أحد الأشخاص القانون الخاص لحساب الأشخاص المعنوية العامة أو المصلحية⁽¹⁾، وبناء عليه من الممكن اعتبار العقود التي يبرمها أشخاص القانون الخاص عقوداً إدارية ويتمثل ذلك بالآتي :

الاتجاه الأول/ أن يكون أحد الأفراد أو إحدى الشركات الخاصة نائباً أو وكيلاً عن الشخص المعنوي العام ويقوم الشخص العام بتكليف الشخص الخاص للعمل باسمه ويقوم هذا الأخير بصفته وكيلاً بإبرام العقد مع شخص آخر⁽²⁾.

الاتجاه الثاني / أن يتم إبرام العقد بواسطة شخص خاص، لكن الآثار تتصرف أي الشخص المعنوي العام، فهنا الشخص الخاص ليس وكيلاً وإنما يعمل لحساب الشخص الخاص⁽³⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن شرط أن يكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام، هو شرط متوفر في الشريعة الإسلامية أيضاً بجانب القانون الوضعي ومرد ذلك إلى قصة النبي ﷺ مع يهود خيبر، فكان النبي ﷺ هو صاحب السلطة والسيادة والقرار في الدولة الإسلامية والمتمثل بكون أحد طرفي العقد من أشخاص القانون العام.

ثانياً - اتصال العقد بنشاط مرفق عام :

مما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري أنه لم يعد يكفي بالمعيار العضوي والمتمثل بضرورة وجود الإدارة في العقد بل يجب أن يكون العقد من طبيعة إدارية وفق المعيار الموضوعي، ومن ثم يجب أن يكون موضوع العقد نفسه متصلاً بالمرفق العام، من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه، وينبغي دائماً تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، وهي الغاية التي يجب أن تسود شروط العقد وعلاقة المتعاقدين عند تطبيقه وتفسيره⁽⁴⁾، ويعد اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بأحد المرافق العامة

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 72).

(2) جعفر، العقود الإدارية (ص 19).

(3) المرجع السابق، ص ص 20 - 21.

(4) الذنبيات، الوجيز في القانون الإداري (ص 256)

من مقومات اعتبار العقد إدارياً، وقد يحدث الاتصال عند إنشاء المرفق العام كما هو بالنسبة لعقد الأشغال العامة، وقد يتعلق بإدارة وتسيير وتنظيم مرفق عام كعقد امتياز المرافق العامة، كما قد يتعلق بضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد كعقد التوريد والنقل والتوريد والخدمة، ولقد شمل المشرع الفلسطيني ذلك كله في كل من قانون اللوازم العامة وقانون العطاءات للأشغال العامة (1).

ويتعين القول في هذا المقام إن اتصال العقد بالمرفق العام هو الشرط الأساسي لاعتبار العقد إدارياً، وهو الشرط الجوهرى لخضوع العقد الإداري للقانون العام وأحكامه.

ولقد استقرت المحاكم الإدارية المصرية على ضرورة توافر جميع الشروط الثلاثة، أي المعيار العضوي والمعياري المزدوج بشقيه، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي والفقهاء الفرنسي أخذ بمفهوم مختلف فيما يتعلق بالمعيار المزدوج مفاده، أن العقد الذي يبرمه شخص عام لا يكون عقداً إدارياً إلا إذا ارتبط بتنفيذ مرفق عام، أو إذا ما تضمن شروطاً استثنائية وغير مألوفة في نطاق القانون الخاص (2).

ولا بد من الإشارة أن هذا الشرط متوفر في الشريعة الإسلامية بخصوص العقود الإدارية حيث إن النبي ﷺ في قصته مع يهود خيبر كان الموضوع متعلقاً بمرفق أرض زراعية أي بتسيير أحد المرافق العامة.

ثالثاً - اتباع الإدارة أسلوب القانون العام " الشروط الاستثنائية " :

لا يكفي أن يكون أحد طرفي العقد جهة إدارية، كما لا يكفي اتصال ذلك العقد بمرفق عام، وإنما ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن تستعمل الإدارة أساليب ووسائل القانون العام (3)، وهي ما تسمى بالشروط غير المألوفة في القانون الخاص وعند البعض تسمى بالشروط الاستثنائية وهذه الشروط متعددة وليست محددة، فالإدارة قد تكون طرفاً في العقد والذي يهدف لتسيير مرفق عام لكنها قد تستعمل وسائل القانون الخاص إذا ما قدرت أن هذه الوسيلة أنجح في تحقيق مبتغاها، أو لاتفاقها في بعض الأحوال مع مصلحة الإدارة ونوعية النشاط الذي تمارسه،

(1) عمرو، مبادئ القانون الإداري (ص ص 160 - 161).

(2) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد (ص ص 140 - 141).

(3) الجبوري، العقود الإدارية (ص 37).

كالرغبة في الإسراع للحصول على السلعة أو الخشية من أن تؤدي الشروط الاستثنائية إلى إحجام الأفراد والشركات عن التعاقد معها ففي هذه الحالة تيرم عقودها ضمن القانون الخاص.

وبات من المسلم به أن على الإدارة أن تتبع في تنفيذ العقد أساليب القانون العام وأن يشتمل العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص⁽¹⁾، ومما يكشف عن نية الإدارة للأخذ بأساليب القانون العام أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، سواء قررت تلك الشروط امتيازات للإدارة لا يتمتع بها المتعاقد معها أو قررت حقوقاً استثنائية للمتعاقد معها، غير أنه لا يلزم في هذه الشروط أن يتضمنها نفس العقد، على أن إيراد شروط استثنائية ليس الدليل الوحيد على الأخذ بأسلوب القانون العام، فقد لا يحتوي العقد على أي شروط غير مألوفة، ومع ذلك يستفاد هذا الأسلوب من طبيعة المرفق العام والنظام المتبع لسيره وظروف عمله ويعتبر العقد إدارياً وهذا ما يذهب إليه القضاء الإداري في مصر وفرنسا، وإن كان يتطلب في الكثير من أحكامه تضمين العقد شروطاً استثنائية ومثال ذلك العقود التي تعتبر إدارية ولو لم يتضمن العقد أي شروط استثنائية تلك العقود التي ترد على تنفيذ مهمة المرفق نفسه أو التي تخول المتعاقد أن يساهم مباشرة في تسيير المرفق العام، كعقد امتياز أو التزام المرافق العامة⁽²⁾.

وليس من الضروري أن يحتوي العقد على أكثر من شرط استثنائي لكي يصبح العقد إدارياً فيكفي لإصباح تلك الصفة على العقد أن يتوافر فيه شرط استثنائي واحد⁽³⁾.

ونعتقد بأن انطواء العقد الإداري على شروط استثنائية يشكل طابعاً حاسماً في تمييزه عما تعقده الإدارة من عقود مدنية، ولقد أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك بقولها "... وحيث تبين من ظاهر الأوراق أن العقود الحالية التي أبرمتها وزارة السياحة مع الطاعنين على تأجير محلات بمنطقة الأقصر، قد تضمنت في البند السادس عشر التزام المستأجرين باتباع التعليمات المنظمة لمواعيد فتح وغلق المحال العامة، وكذا القوانين واللوائح المعمول بها في هذه المنطقة والتي تحددها الجهات المختصة والمتعلقة أعمالها بالإشراف على مثل تلك المحلات، كما أكد البند السادس عشر على أنه يجوز لوزارة السياحة فسخ العقد دون اعتراض من المستأجرين مع حفظ حقها في التعويض، وذلك للأسباب التي ترى فيها الوزارة ذلك، ويتم الفسخ بموجب كتاب موصى عليه دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراء قانوني آخر، ومثل هذه الشروط إنما هي شروط

(1) الذنيات، القانون الإداري (ص 257).

(2) البناء، العقود الإدارية (ص ص 44 - 45).

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا جلسة 31/31962، مجموعة أحكام السنة السادسة (ص 1012)

غير مألوفة في القانون الخاص، ومن ثم يكون العقد المذكور، وقد تكاملت فيه العناصر الثلاثة.... عقداً إدارياً⁽¹⁾.

ولعل الهدف الرئيس من وضع هذه الشروط هو ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد باعتبار أن هذا العقد موضوعه مرفق عام يقدم خدمة عامة هدفها مصلحة عامة ومنفعة عامة وبناء على أن هذا العقد هدفه مصلحة عامة كان من الطبيعي أن يتم منحه بعض الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص أي تمييزه عن غيره من العقود ووجود مثل هذه الشروط في العقد الإداري لا يعتبر من قبيل التعسف والظلم إنما يتم منحها للإدارة نظراً لمكانتها وتقوم الإدارة باستعمالها بالقدر اللازم الذي بدوره يحقق الغرض والهدف من العقد الإداري وفي هذا الصدد قالت المحكمة الإدارية العليا " ومن المسلم به أن العقد الإداري يتميز ضمن ما يتميز به احتوائه على شروط غير مألوفة في العقود المدنية، الغرض منها ضمان سير المرافق العامة ومن ثم فإن البند الذي يخول الإدارة الحق في توقيع عقوبات على المخالف - جائز قانوناً - والقول بأنه يطلق يد الإدارة في توقيع الغرامة التي تقررها بلا قيد من حيث مقدارها هذا القول مردود بأن استعمال الإدارة حقها المخول لها في هذا البند من حيث فرض الغرامة على المخالف خاضع لرقابة القضاء الإداري للتحقق من أنه غير مشوب بالتعسف⁽²⁾.

ونظراً لأهمية الشروط الاستثنائية لا بد من التعرف على مفهومها في الفقه والقضاء وذلك على النحو التالي :

مفهوم الشرط الاستثنائية (الشروط غير المألوفة) :

على الرغم من إجماع الفقه والقضاء سواء في فرنسا أم مصر على فكرة الشروط الاستثنائية لتمييز العقد الإداري، إلا أن الفقه والقضاء سواء في فرنسا أم مصر لم ينفقا ويجتمعا على مفهوم وتعريف محدد للشروط الاستثنائية، لأن تحديد الطبيعة الاستثنائية غير المألوفة لشروط العقد هي أمور يرجع تقديرها لقاضي الموضوع الذي يتوجب عليه تدقيق تلك الشروط وتحديد ماهيتها ومفهومها، ونستعرض فيما يلي للتعريف القضائي والفقهية للشروط الاستثنائية :

(1) حكم المحكمة الإدارية، في الطعن رقم 1383 لسنة 35 ق، جلسة 1995/1/8، الموسوعة الإدارية الحديثة (ج49/59).

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 13-5-1961

التعريف القضائي للشروط الاستثنائية :

- في القضاء المصري غالباً ما يتم الإشارة في أحكام القضاء المصري إلى الشروط الاستثنائية باعتبارها تلك الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص، وفي أحكام أخرى قررت المحكمة الإدارية العليا في تعريفها للشروط الاستثنائية بأنها " تلك الشروط التي تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد"⁽¹⁾، وفي حكم آخر حديث قررت بأن يعد العقد إدارياً عندما تأخذ الإدارة بوسائل القانون العام بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها⁽²⁾.
- في فرنسا قام مجلس الدولة الفرنسي بتعريف الشروط الاستثنائية بقوله " الشروط أو البنود التي يخول موضوعها الأطراف المتعاقدة حقوقاً أو يضع على عاتقهم التزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن أن تقبل بحرية من أي منهم وذلك في إطار القوانين المدنية أو التجارية"⁽³⁾.
- أما في فلسطين فقد عرفت محكمة العدل العليا بأنها " تلك الشروط غير المألوفة في القانون المدني والتي تخرج عن مبدأ المساواة بين المتعاقدين "⁽⁴⁾.

ونظراً لاختلاف الأحكام القضائية في تعريف الشروط الاستثنائية فقد تعددت آراء الفقهاء لاعتمادها على أحكام القضاء.

التعريف الفقهي للشروط الاستثنائية :

لقد تعددت الآراء الفقهية في تحديد مفهوم للشروط الاستثنائية غير المألوفة وذلك في عدة اتجاهات⁽⁵⁾:

الاتجاه الأول : ويعرف أصحاب هذا الاتجاه الشروط الاستثنائية بأنها " هي التي لا توجد عادة في عقود القانون الخاص وإن وجدت اعتبرت باطلة.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2124 لسنة 34 ق - جلسة 24 / 11 / 1990، الموسوعة الإدارية الحديثة (ج284/35).

(2) حكم المحكمة الإدارية في الطعن رقم 5544 لسنة 48 ق، جلسة 17/1/2006، أحكام المحكمة الإدارية بالإسماعيلية (مرجع الكتروني)

(3) عمرو، مبادئ القانون الإداري (ص 164).

(4) قرار محكمة العدل العليا رقم 67 / 1994، جلسة 25 / 1 / 1995

(5) عبد المولي، القانون الإداري (ج1/60).

لقد تم توجيه الانتقاد لهذا الاتجاه لأنه استند في تحديد الشروط الاستثنائية على المعنى اللغوي فالشروط غير المألوفة قد وصفت بهذا الوصف لأنها نادراً ما ترد في عقود القانون الخاص، وقد توجد في عقود القانون الخاص دون أن تعتبر مخالفة للنظام العام، ويعاب أيضاً على أصحاب هذا الاتجاه قيامهم بالمقارنة بين الشروط الاستثنائية التي ترد في العقود الإدارية وبين الشروط الاستثنائية التي ترد في عقود القانون الخاص.

الاتجاه الثاني : ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن الشروط الاستثنائية هي " التي يكون موضوعها منح المتعاقدين حقوقاً أو تحميلهم بالتزامات غريبة بطبيعتها عن تلك التي يمكن للمتعاقدین الاتفاق عليها بحرية في ظل القوانين المدنية والتجارية، ولقد تم الاعتماد في هذا التعريف على حكم من أحكام مجلس الدولة الفرنسي.

ولقد تم توجيه النقد لهذا الاتجاه ولعل ما يعيبه هو عدم اتفاق القضاء على ماهية الالتزامات والحقوق التي تكون غريبة في طبيعتها عن التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون الخاص⁽¹⁾.

الاتجاه الثالث: حيث عرف أصحاب هذا الرأي الشروط الاستثنائية بصفة عامة بأنها " تلك الشروط وثيقة الصلة والخاصة بالقانون العام والتي تحمل طابع هذا القانون بناء على محتواها أو غرضها والتي نادراً ما نجدها في عقود القانون الخاص ".

وقد قال جانب من الفقه القول الحق في هذا الاتجاه بأنه يمتاز بالواقعية من حيث نظرته للشروط غير المألوفة من خلال وظيفتها في التعبير عن غاية الإدارة في تحقيق الصالح العام، وارتباطها الوثيق بمبادئ القانون العام وعدم مشروعيتها في عقود الأفراد، وهناك جانب آخر من الفقه قام بالجمع بين الاتجاهات السابقة في تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية دون الخوض في تفضيل اتجاه على آخر.

أما في مصر فتجدر الإشارة إلى أن الفقه المصري اختلف حول تحديد مفهوم الشروط الاستثنائية وغير المألوفة في القانون الخاص وذلك على رأيين :

الرأي الأول / قام بتعرف الشروط الاستثنائية بناء على أفكار رئيسة، فيقول الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي " إنه من الصعوبة بمكان تحديد متي يعتبر الشرط خارجاً عن المألوف في القانون الخاص، إلا أنه يمكن رد هذه الشروط غير المألوفة إلى أفكار رئيسة يمكن الاستدلال

(1) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص ص 177 - 178).

عليها بقرائن معينة والتي منها الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد معها (1).

الرأي الثاني / قام بتعريف الشروط الاستثنائية تعريفاً حقيقياً دون تحفظ بأنها " شروط لو وضعت في عقد مدني لقضي القانون ببطلانه، ولكنها لا يجب أن تكون دائماً كذلك.

وفي فلسطين قام دكتورنا الفاضل هاني غانم " أطل الله في عمره " بتعريف الشروط الاستثنائية بأنها " تلك الشروط المستمدة من امتيازات السلطة العامة وقواعد القانون العام، والتي تمنح أحد المتعاقدين أو كليهما حقوقاً أو امتيازات استثنائية وغير مألوفة في نطاق عقود القانون الخاص، من أجل تحقيق هدف العقد الإداري والمتمثل في السير المنتظم للمرافق العامة ومن ثم تحقيق المنفعة العامة " (2)

ونحن نؤيد ما ذهب إليه الدكتور هاني غانم لعدة أسباب منها أن هذا التعريف يسمح باستظهار نية الإدارة إذا ما سلكت طريق العقد الإداري وذلك باستعمالها امتيازات السلطة العامة التي لا يملكها الأفراد، ومن جانب آخر يظهر هذا التعريف الدور الوظيفي للشروط الاستثنائية باعتبار أن استعمال الإدارة لامتيازات السلطة العامة في عقودها ليس هدفاً في ذاته وإنما وسيلة لتحقيق الصالح العام، وأخيراً قد تكون الشروط الاستثنائية مقررّة لمصلحة المتعاقد مع الإدارة .

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص ص 89 -90).

(2) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 181).

الفصل الثاني

ماهية نظرية الظروف الطارئة وأساسها

الفصل الثاني

ماهية نظرية الظروف الطارئة وأساسها

تعتبر العقود الإدارية من أهم الوسائل التي تلجأ إليها لتتحقيق أهدافها ولتحقيق المصلحة العامة ، فعلى رأس اهتمامات الإدارة سعيها لتنفيذ العقود الإدارية على أكمل وجه وذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد بشكل لا يؤثر على مصلحة الأفراد، وبناء على ذلك كان يتحتم وجود طرق وحلول بحيث لا تؤثر على تنفيذ العقود الإدارية، وهناك من العقود ما يكون لفترة طويلة من الزمن مثل عقود الالتزام فإن هذه العقود من العقود المتراخي تنفيذها إلى أجل بعيدة، فمن الممكن خلال هذه المدة أن تطرأ ظروف استثنائية لا دخل لإرادة المتعاقدين فيها، فتدخل باقتصديات العقد الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تنفيذ العقد الإداري بالنسبة لأحد طرفي العقد.

ومن أجل ذلك كله قام مجلس الدولة الفرنسي بابتكار " نظرية الظروف الطارئة " لمواجهة أي ظروف أو حوادث استثنائية تطرأ خلال تنفيذ العقد، وتفترض هذه النظرية أن عقداً يتراخي تنفيذه إلى أجل أو إلى أجل كعقد التوريد والامتياز، وعند حلول أجل التنفيذ تكون الظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيراً فجائياً لحادث لم يكن في الحسبان، بحيث يؤدي ذلك إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالاً خطيراً، ويكون من شأن هذه الظروف والأحداث أنها وإن لم تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، بل أصبح مرهقاً للمدين وأثقل كاهله، بما يترتب على ذلك خسائر كبيرة تجاوزت في حدتها وحجمها الخسارة العادية المألوفة في التعامل، فالظروف الطارئة وإن كانت لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، إلا أنها تؤدي إلى قلب اقتصديات العقد رأساً على عقب، والمتعاقد يجب عليه الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية على الرغم من هذه الظروف الاستثنائية ولذلك ليس من العدل أن يتم ترك هذا المتعاقد وشأنه، بل لا بد على جهة الإدارة أن تتحمل معه بعض العبء وأن تقوم بمد يد العون له لكي يستمر في تنفيذ الالتزام ولكي نضمن سير المرفق العام⁽¹⁾، فيكون من حق المتعاقد المضرور الحق في طلب مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف ومشاركته في تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به⁽²⁾.

(1) السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها (ص 459).

(2) السناري، الضوابط القضائية لتطبيق الظروف الطارئة في مجال العقد (ص 13)، مشار إليه لدى غانم،

النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 1161)

وتحتل نظرية الظروف الطارئة مكانة بارزة وكبيرة في الدراسات القانونية، والتطبيقات القضائية على حد سواء، وتنهض لحماية الطرف الضعيف في العقد والذي وضعت ظروف طارئة لا دخل لإرادته فيها في مآزق كبير أدت إلى اضطراب التوازن المالي للعقد إلى حد يتجاوز الضرر الطبيعي، وتعد هذه النظرية استثناء من القواعد العامة التي تجعل العقد شريعة المتعاقدين⁽¹⁾، وتجدر الإشارة إلى أن الشريعة الإسلامية عرفت هذه النظرية قبل كل القوانين الوضعية، ولكنها لم تذكرها تحت هذا المسمى وإنما قامت بتناولها كقاعدة عامة وكمبدأ عام لأن هذه النظرية تقوم على أساس العدالة ونجد أن الشريعة الإسلامية تقوم على أساس مبادئ العدالة والإنصاف، وأيضاً يقوم أساس نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية على عدة قواعد منها، قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف وعدة قواعد أخرى سنقوم بتفصيلها خلال المباحث اللاحقة في هذا البحث.

وبناء على ما سبق سنقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتحدث في المبحث الأول عن مفهوم نظرية الظروف الطارئة لغة واصطلاحاً ومن ثم الحديث عن نشأتها وأصلها التاريخي، وفي المبحث الثاني نعرض لأساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الشريعة والقانون وذلك على النحو التالي :

المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة ونشأتها.

المبحث الثاني: أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الشريعة والقانون.

(1) لقد تم تطبيق نظرية الظروف الطارئة في نطاق القانون الخاص وهي استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فالمادة (151) من القانون المدني الفلسطيني تنص على " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن تترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك " وتنص المادة (147) من القانون المدني المصري على انه " 1- العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون. 2- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ويترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك "

المبحث الأول

مفهوم نظرية الظروف الطارئة ونشأتها

إن هذه النظرية تفترض وجود عقد إداري وطرفيه - الإدارة والمتعاقد - وخلال تنفيذ هذا العقد طرأت ظروف لا دخل لإرادة المتعاقدين فيها وخارجة عن توقعاتهما ولم تكن في حسابهما، فينتج عن ذلك اختلال في التوازن المالي للعقد على نحو يهدد المتعاقد مع الإدارة بخسارة فادحة تفوق حد الخسارة المألوفة والعادية في التعاقد، فيمكن في هذه الحالة منح المتعاقد الحق في تقديم العون له من قبل الإدارة حتى يتمكن من الاستمرار في تنفيذ العقد، حتى لا يتوقف ويؤدي ذلك إلى الإضرار بالمصلحة العامة وعرقلة سير المرفق العام التي هي غاية العقد الإداري.

ففي هذا المبحث وقبل الحديث عن نظرية الظروف الطارئة وآثارها على العقد الإداري، لا بد علينا أن نقوم بإلقاء الضوء على مفهوم وتعريف هذه النظرية، ومن ثم الانتقال للحديث عن نشأتها وتأصيلها التاريخي عبر فترات الزمن.

وبناء على ذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين وذلك على النحو الآتي :

المطلب الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثاني : نشأة نظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول:

مفهوم نظرية الظروف الطارئة

وفي هذا المطلب سيتم الحديث عن مفهوم نظرية الظروف الطارئة لغة، ومن ثم تعريفها كمصطلح قانوني مقترن بهذه النظرية، والحديث عن التعريف القضائي لها، وتناول مفهومها في الشريعة الإسلامية الغراء، وأخيراً نتحدث عن الفرق بينها وبين القوة القاهرة .

الفرع الأول- مفهوم الظروف الطارئة لغة واصطلاحاً:

أولاً- مفهوم الظروف الطارئة لغة

- الظروف: جمع ظرف، وهي بالفتح الوعاء⁽¹⁾، ووعاء كل شيء، أي ما يقع فيه الشيء ويحويه زماناً ومكاناً، وعليه فظرف الزمان هو المقصود بموضوعنا، فالزمان تقع فيه الظروف الطارئة وغيرها من تصاريف الدهر وحوادث الأمور⁽²⁾.
- الطارئة: مفرد طوارئ، وهي أحداث غير متوقعة وتحدث فجأة⁽³⁾.
- هذا ويكون معنى الظروف الطارئة في اللغة: هي جميع الأحوال الغريبة التي تأتي فجأة ولا يدري من أين أتت.

ثانياً- مفهوم الظروف الطارئة في القانون الوضعي⁽⁴⁾ :

المادة (151) من القانون المدني الفلسطيني والذي تنص على " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى

(1) الشويري، ألمع النواجم في اللغة والمعاجم (ص 621).

(2) ابن منظور، لسان العرب (ص 184).

(3) صابر، المعجم العربي الأساسي (ص 809).

(4) يعتبر مصطلح " الظروف الطارئة " أفضل من مصطلح " الحوادث الاستثنائية " وإن كان الفقه والقانون يستخدمان مصطلح " الحوادث"، وذلك لأن مدلول ومعني "الظروف" يندرج تحته الحوادث المادية والظروف المعنوية، وكلاهما معترف به من خلال المفهوم الحديث للنظرية، بينما نلاحظ اقتصار كلمة " الحوادث " على الوقائع المادية فقط دون شمولها للظروف المعنوية كالمعاناة والارهاق مثلاً، ولكن ما عليه الفقه والعمل هو اطلاق الاصطلاحين للدلالة على معني واحد ويطلق أحدهما بدلاً عن الآخر، وذلك لكثرة استعمالهما معاً كمصطلحين مترادفين بل أصبحا يمثلان وجهان لعملة واحدة، عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة (ص 4)

الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك " (1)، ونص هذه المادة يدلل وبوضوح على تبني القانون المدني الفلسطيني لنظرية الظروف الطارئة وأن يقوم القاضي تبعاً للظروف والأحداث المعروضة أمامه أن يقوم برد الالتزام إلى الحد المعقول بين الطرفين وذلك لمصلحة أطراف العقد وأنه يقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك.

والفقرة الثانية من المادة (147) من القانون المدني المصري والتي تنص على " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، وإن لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " .

وعرفه اخر بأنه " كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول عند التعاقد، ينجم عنه اختلال بين في المنافع المتولدة عن عقد يتراخي تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاباً شديداً ويهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسائر التجار (2)، ومثال ذلك تعهد المدين بتوريد سلعة بتسعيرة معينة، ثم ارتفع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع (3) " .

ثالثاً- مفهوم الظروف الطارئة في القضاء الإداري:

لقد استقرت أحكام القضاء الإداري على أن الظروف الطارئة هي " عبارة عن ظروف عامة استثنائية، اقتصادية كانت أو طبيعية أو إدارية وقعت أثناء تنفيذ العقد ولا دخل لإرادة المتعاقد في حدوثها، ولا يكون في وسعه توقعها عند إبرام العقد، ولا يملك دفعها عند وقوعها ويكون من شأن هذه الظروف أن تصيب المتعاقد بخسارة فادحة تجاوز الخسارة العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً (4) " .

ولقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " قوام نظرية الحوادث الطارئة في معنى المادة 147 من القانون المدني هو أن يكون الحادث استثنائياً وغير متوقع الحصول وقت انعقاد

(1) جريدة الوقائع الرسمية، ديوان الفتوي والتشريع، المادة (151) القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

(2) أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني (ص 316)

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (ص 705)

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1562 لسنة 10 ق جلسة 1968/5/11، الموسوعة الإدارية الحديثة (ص 892)

العقد والمعيار في توافر هذه الشروط . وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . معيار مجرد مناطه ألا يكون في مقدور الشخص أن يتوقع حصوله لو وجد في ذات الظروف عند التعاقد، دون اعتداد بما وقر في ذهن هذا المدين بالذات من توقع الحصول أو عدم توقعه والبحث فيما إذا كان الحادث الطارئ هو مما في وسع الشخص العادي توقعه أو أنه من الحوادث الطارئة مما يدخل في نطاق سلطة قاضي الموضوع طالما أقامها على أسباب مؤدية إلى ما انتهى إليه⁽¹⁾

رابعاً- الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي :

ورد مصطلح الظروف الطارئة في استعمالات الفقهاء المعاصرين، ولم يتعرض له الفقهاء القدامى لكونه مستحدثاً، إلا أن مدلوله كان مستقراً في أذهانهم مستعملين ذلك في بعض مسائلهم المختلفة والجزئيات الفرعية والواقع المستجد، وهذا يدل وينم عن فكرهم الفقهي المرن، لأن الفقهاء لم يعنوا ببحث النظريات العامة، بل كانوا يتناولون كل مسألة على حدة، ويجتهدون في تحري حكم الله تعالى بما يقتضيه العدل فيها، استنباطاً من النص إن ورد فيها، أو دلالة بالاجتهاد بالرأي من قواعد التشريع، أو معقول النص، ويمعنون في تحليل الواقعة علمياً وواقعياً، آخذين في اعتبارهم ما يحتف من ظروف ملابسة في كل عصر يرون أن لها دخلاً في تشكيل علة الحكم.

ولقد قام بتعريفها بعض الفقهاء المعاصرين بأنها " مجموعة القواعد والأحكام التي تعالج الآثار الضارة اللاحقة بأحد العاقدين الناتجة عن تغير الظروف التي تم بناء العقد في ظلها⁽²⁾ " ولقد قام المجمع الفقهي الإسلامي في دورته الرابعة المنعقدة سنة اثنتين وأربعمئة وألف من الهجرة بتعريفها بأنها " مشكلة ما قد تطرأ بعد إبرام العقود ذات التنفيذ المتراخي في مختلف الموضوعات، من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بنى عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما، فيما يعطيه العقد كلاً منهما من حقوق، وما يحمله إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعامل بالظروف الطارئة⁽³⁾ "

(1) محكمة النقض المصرية ، نقض مدني 1978/1/11، طعن رقم 448 لسنة ق 43، مجموعة المكتب الفني 29 (ص 152)

(2) منصور، تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي المقارن (ص 153)

(3) مجلة مجمع الفقه الاسلامي، الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية (ص 223)

الفرع الثاني- التمييز بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة:

تتوفر القوة القاهرة اذا وقع حادث فجائي خارج عن إرادة أطراف العقد، ويتميز هذا الحدث بأنه لا يمكن توقعه أو دفعه ويؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزامات العقدية⁽¹⁾.

ولقد نص المشرع الفلسطيني في قانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 على أثر القوة القاهرة على العقد حيث تنص الفقرة (ج) من المادة (83) من التعليمات الخاصة بالقانون المشار اليه على أنه " تكون القوة القاهرة المؤقتة من مبررات التأخير ويجب الوفاء بعد زوالها وتكون القوة القاهرة دائمة من مبررات عدم الوفاء" ومتي ترتب على القوة القاهرة استحالة التنفيذ فانه يتم فسخ العقد بقوة القانون.

ولقد ذهب غالبية الفقه إلى ضرورة توافر ثلاثة شروط حتي تنطبق نظرية القوة القاهرة وهي أن يكون الحادث خارجياً أو أجنبياً عن إرادة المتعاقدين، وألا يكون الفعل المكون للقوة القاهرة متوقفاً أو يمكن دفعه، وأن يكون تنفيذ العقد مستحيلاً⁽²⁾.

فإن توافرت شروط القوة القاهرة على التفصيل السابق فإنها تؤدي إلى انقضاء الرابطة التعاقدية ومن ثم اعفاء المتعاقد من التزاماته العقدية، وعليه عندما تجعل القوة القاهرة كامل العقد مستحيلاً نهائياً، فتصبح سبباً مشروعاً للفسخ بقوة القانون وذلك تمييزاً عن الفسخ القضائي والإتفاقي، ولا يتحمل المتعاقد الأضرار الناتجة على التأخير في تنفيذ العقد إذا كان سببها القوة القاهرة.

ولقد نصت التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة على هذا الشرط في المادة (83) منها على أنه:

" أ- يكون من المنفق عليه أن المتعهد لا يتحمل الأضرار المترتبة على التأخير في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به اذا كان التأخير أو عدم الوفاء بسبب القوة القاهرة.

ب- في كل الأحوال - عند وجود قوة قاهرة - على المتعهد تقديم إشعار خطي وفوري الى الجهة المختصة بالظروف والأسباب التي تمنع من تنفيذ الالتزام أو التأخير في الوفاء به وتقديم كل ما يثبت ذلك.

(1) جعفر، العقود الادارية (ص 281)؛ وخليل، آثار العقود الادارية (ص 175)

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (ج1/750)؛ وعلي، آثار العقود الادارية (ص213)؛ والشرقاوي، العقود الادارية (ص 588).

ج- تكون القوة القاهرة المؤقتة من مبررات التأخير ويجب الوفاء بعد زوالها وتكون القوة القاهرة دائمة من مبررات عدم الوفاء"

ويتضح من النص السابق ضرورة قيام المتعاقد بإخطار الجهة الادارية المتعاقدة بالظرف القاهر حتي يكون سبب لانعدام عدم الوفاء أو التأخير فيه وفي حالة عدم اقدامه على مثل هذا الاخطار فانه يتحمل نتيجة عدم الوفاء أو التأخير فيه.

ولو تفحصنا النظريتين لوجدنا تشابه نظرية الظروف الطارئة مع القوة القاهرة إلى حد بعيد إذ يشترط في الحادث الذي يعتبر قوة قاهرة أو ظرفاً طارئاً ألا يمكن توقعه ولا يمكن دفعه، والفرق بينهما في الدرجة لا في الطبيعة أي في أثر كل منهما لا في طبيعة الحادث الذي ينتج عنه هذا الأثر⁽¹⁾.

وتتمثل أوجه الاختلاف بين نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة كما يلي:

- يكون تنفيذ الالتزام في القوة القاهرة مستحيلاً، بينما في الظروف الطارئة لا يصل إلى حد الاستحالة وإنما يكون التنفيذ مرهقاً.
- يترتب على القوة القاهرة انقضاء الالتزام فلا يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ، وبذلك يتحمل الدائن تبعه القوة القاهرة، أما الظروف الطارئة فإنه لا يترتب عليها انقضاء الالتزام أو فسخ العقد، وإنما رده إلى الحد المعقول تبعاً لتقدير القاضي، ولا يعفي المدين من تنفيذ التزامه، وإنما توزع الأعباء الخارجية عن التعاقد طرفي العقد.
- يجوز لأطراف العقد الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه القوة القاهرة، بينما في مجال الظروف الطارئة فلا يجوز الاتفاق على ذلك، حيث تنص المادة (217) من القانون المدني المصري على أنه " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ".

(1) لقد فرقت المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المدني المصري بين القوة القاهرة والظروف الطارئة بقولها " ولما كانت نظرية الظروف الطارئة غير المتوقعة نظرية حديثة النشأة أسفر التطور عن إقامتها إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها، فمن الأهمية بمكان أن نستبين وجوه التفرقة بين النظريتين، فالظرف الطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحسم، ولكنه يفترق عنها في أثره في تنفيذ الالتزام، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً بل يجعله مرهقاً يجاوز السعة دون ان يبلغ حد الاستحالة "، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري الحالي (ج2/281)

الفرع الثالث- تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظريتي، فعل الأمير، والصعوبات المادية غير المتوقعة وهل يوجد اختلاف بينها وبين نظرية الظروف الطارئة ؟

لما كان المتعاقد مع الإدارة قد يصادفه أثناء تنفيذ العقد ظروف استثنائية، لم يكن يتوقعها أثناء إبرام العقد، ويترتب على هذه الظروف زيادة الأعباء المالية بالنسبة له زيادة يختل معها التوازن المالي للعقد بل ويصل الأمر إلى إلحاق خسائر جسيمة به من شأنها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، مما يهدد بتوقفه عن تنفيذ التزاماته التعاقدية، وهذا بطبيعة الحال يؤثر بالسلب على سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ومن أجل ذلك كله قام مجلس الدولة الفرنسي بابتداع عدة نظريات الهدف منها إعادة التوازن المالي للعقد، حتى تتحقق العدالة من ناحية وحتى لا يتهرب الافراد من التعاقد مع الإدارة من ناحية ثانية، وحتى تتحقق المصلحة العامة من ناحية ثالثة عن طريق عدم توقف المتعاقدين مع الإدارة عن تنفيذ التزاماتهم التعاقدية، مما يؤثر تأثيراً ايجابياً على سير المرافق العامة، وهذه النظريات هي نظرية عمل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، ونظرية الظروف الطارئة.

❖ نظرية فعل الأمير /

يقصد بفعل الأمير، أو عمل السلطة، كل اجراء تتخذه السلطة العامة ويكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد المالية في تنفيذ التزاماته بأن يجعلها أكثر تكلفة أو أكثر صعوبة، ويترتب عليه الاخلال بالتوازن المالي للعقد.

ولقد عرفت محكمة القضاء الاداري فعل الأمير بقولها " ... المقصود بعبارة فعل الأمير هو كل اجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أو في الالتزامات التي ينص عليها العقد مما يطلق عليه بصفة عامة " المخاطر الادارية " وهذه الاجراءات التي تصدر من السلطات العامة قد تكون من الجهة الادارية التي أبرمت العقد وقد تتخذ شكل قرار فردي خاص أو بقواعد تنظيمية عامة " (1) .

ويشترط الفقه والقضاء في فرنسا ومصر لتطبيق نظرية عمل الأمير، ضرورة توافر مجموعة من الشروط هي أن يكون ثمة عقد من العقود الادارية، وأن يكون الفعل الضار صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة، وأن يترتب على هذا الإجراء ضرراً فعلياً للمتعاقد مع الإدارة كما

(1) حكم محكمة القضاء الاداري بتاريخ 1957/6/30 رقم 983 لسنة 9 ق، المجموعة س 11، ص 607

ويجب أن يكون هذا الاجراء غير متوقعا، وتتمثل الآثار المترتبة على نظرية فعل الأمير في منح المتعاقد الذي أصيب بضرر، من جراء ذلك العمل الصادر من السلطات العامة، تعويضاً كاملاً لإمكان إصلاح ذلك الضرر (1).

❖ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة /

يقصد بنظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مواجهة المتعاقد عند تنفيذ العقد لصعوبات مادية، لم يتوقعها ولم يكن بالوسع توقعها، من شأنها زيادة التكاليف عن الحد المقرر، وتجعل تنفيذ العقد مرهقاً، ويترتب على توافر شروطها وجوب استمرار المتعاقد مع الدارة في تنفيذ التزاماته التعاقدية، وحقه في الحصول على تعويض يقابل ما تحمله من نفقات لمواجهة تلك الصعوبات.

وقد اخذ مجلس الدولة المصري بالنظرية ولقد اوضحت معالمها محكمة القضاء الإداري(2)، في حكمها الصادر في 20 يناير عام 1957 والذي تضمن " ومن حيث أن المدعي يؤسس طلب التعويض في هذه الحالة على النظرية المعروفة بنظرية "الصعوبات غير المتوقعة" وهي من نظريات التي ابتكرها الفقه و القضاء الإداري مقتضاها عند تنفيذ العقود الإدارية وبخاصة عقود الأشغال العامة قد تطرأ صعوبات مادية استثنائية لم تدخل في حساب طرفي العقد وتقديرهما عند التعاقد وتجعل التنفيذ أشد وطأة على المتعاقد مع الإدارة وأكثر كلفة فيجب- من باب العدالة- تعويضه عن ذلك بزيادة الاسعار المتفق عليها في العقد زيادة تغطي جميع الأعباء والتكاليف التي تحملها اعتباراً بأن الأسعار المتفق عليها في العقد لا تسري إلا على الاعمال العادية فقط وأن هذه هي نية الطرفين المشتركة".

والتعويض هنا لا يتمثل في معاونة مالية جزئية تمنحها جهة الإدارة للمتعاقد معها بل يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي يتحملها المقاول بدفع مبلغ إضافي له على الأسعار المتفق عليها وبذلك تختلف هذه النظرية من حيث سببها النتائج المترتبة عليها عن نظرية الظروف الطارئة التي تطبق بسبب ظروف سياسية او اجتماعية ينشأ عنها قلب اقتصاديات العقد او اختلال توازنه المالي ويقتصر التعويض فيها على قدر محدود تساهم فيه جهة الإدارة.

(1) السناري، العقود الادارية 447، علي ، اثار العقود الادارية ، ص 241

(2) حكم محكمة القضاء الإداري في 20 يناير 1957، القضية رقم 7892 لسنة 8 ق، مجموعة أحكام المحكمة السنة 11 ص152.

ويشترط لتطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة عدة شروط وهي أن تكون الصعوبات مادية وغير عادية أو استثنائية، وأن تكون الصعوبات طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد وأن يترتب على التنفيذ نفقات تجاوز الاسعار المتفق عليها في العقد وتزيد في أعباء المتعاقد مع الادارة، وفي هذه الحدود والضوابط يكون من حق المتعاقد مع الادارة الرجوع عليها بالتعويض، أما اذا تخلف شرط من هذه الشروط فإن النظرية لا تطبق، ولا يستحق المتعاقد مع الادارة أي تعويض.

فإذا ما توافرت هذه الشروط فإنه يترتب على ذلك آثاراً قانونية تتمثل في استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته رغم الصعوبات غير المتوقعة، وحقه في الحصول على التعويض الكامل.

يعتبر الهدف واحد من هذه النظريات الثلاث، وهو اعادة التوازن المالي للعقد، والحكمة منها كذلك واحدة وهي النظر إلى المتعاقد على أساس أنه معاون للإدارة في أداء وظيفتها التي تهدف أساساً إلى كفالة حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وحسن أداء الأعمال والخدمات المنوطة بها تحقيقاً للمصلحة العامة⁽¹⁾.

إلا أن هذه النظريات تختلف بحسب الأصل فيما بينها من ناحية الفعل الذي تتحقق به المسؤولية في نطاق كل نظرية من النظريات الثلاث، كما تختلف من حيث خصائص الضرر القابل للتعويض، واخيراً من حيث مقدار التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع الإدارة، وهل هو تعويض كامل أم تعويض جزئي.

فمن حيث الفعل الذي يتحقق به المسؤولية، جرى الفقه التقليدي في أول الأمر على اقامة حواجز فاصلة بين مصدر كل من النظريات الثلاث، فأرجع نظرية عمل الأمير إلى المخاطر الإدارية ونظرية الظروف الطارئة التي ليست من عمل الإدارة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة إلى الظواهر الطبيعية.

غير أنه في الوقت الحاضر لم يبق محتفظاً بقيمته في هذا التقسيم الثلاثي إلا نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، حيث أن هذه النظرية لا يمكن تطبيقها إذا كان مرجع الصعوبات المادية إلى فعل الإدارة أما عن كل من نظرية عمل الأمير ونظرية الظروف الطارئة فقد حدث تداخل بينهما من ناحية الفعل التي تتحقق به المسؤولية.

(1) راجع في هذا المعنى : حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1987/6/30 في القضية رقم 983 لسنة 9

ق، المجموعة ، س 11، ص 607

فنظرية عمل الأمير تشترط أن يكون مصدر الفعل التي تتحقق به المسؤولية هو جهة الإدارة المتعاقدة وبالتالي لا يمكن تطبيقها إذا كان مرجع الإجراء الضار إلى غير جهة الإدارة إطلاقاً أو كان مرجعه إلى جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة.

أما نظرية الظروف الطارئة فتطبق إذا كان مرجع الظرف الطارئ إلى عمل الإدارة سواء كانت جهة الإدارة المتعاقدة أو جهة إدارية أخرى غير جهة الإدارة المتعاقدة.

ومن ثم تمتاز نظرية عمل الأمير بأن العمل الضار يجب أن يكون منسوباً إلى جهة الإدارة المتعاقدة، وتمتاز نظرية الصعوبات المادية بأن العمل الضار يجب أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين، أما نظرية الظروف الطارئة فتشارك النظريتين الأخيرتين في مصدرهما، فقد يكون مصدر الظرف الطارئ فعل جهة الإدارة المتعاقدة وقد يكون مستقلاً عن عمل الإدارة إطلاقاً.

وهكذا يوجد مجال مشترك بين نظرية الظروف الطارئة وبين كل من النظريتين الأخيرتين⁽¹⁾، وبالتالي يكون مجال تطبيقها أوسع من مجالهما.

أما من حيث خصائص الضرر الذي يصيب المتعاقد فلا يشترط في كلتا النظريتين أي قدر من الجسامة في الضرر الذي يبرر تطبيقهما ولا يستثني من ذلك إلا تطبيق نظرية الصعوبة المادية في حالة العقود الجزافية حيث يشترط أن يكون الضرر جسيماً⁽²⁾، أما بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة فإنه يتعين لتطبيقها أن يصل الضرر إلى درجة إرهاب المتعاقد وأن يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.

وأخيراً يترتب على توافر شروط كل من نظرية عمل الأمير ونظرية الصعوبات المادية أن يحصل المتعاقد مع الإدارة على تعويض كامل يتضمن ما لحقه من خسارة وما فاته من كسب في حين أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يترتب عليه سوى حصول المتعاقد على تعويض جزئي مؤقت لمساعدته على تنفيذ التزاماته التعاقدية.

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، ص 566

(2) راجع في هذا الشأن من أحكام مجلس الدولة الفرنسي ما يلي :

C. E. 13-15-1987, department de la vendee, rec., p. 871;

c. e. 12-5-1982, ste des autoroutes paris-rhin-rhone, rec., p. 175

المطلب الثاني

نشأة نظرية الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة صاحبت فروع القانون، فهي موجودة في القانون الدولي العام فقد ازدهرت هذه النظرية في ظل القانون العام وبدأت في القانون الدولي شرطاً ضمنياً، وبمقتضى هذه النظرية فإنه يجوز للدول التي ارتبطت فيما بينها أن تطلب إعادة النظر في شروط المعاهدة إذا تغيرت الظروف التي أبرمت المعاهدة في ظلها⁽¹⁾، وكما أن النظرية موجودة في القانون الجنائي ولكن تحت مسمى حالة الدفاع الشرعي، وتعتبر موجودة أيضاً في القانون الدستوري تحت مسمى نظرية الضرورة.

فتعتبر فكرة الظروف الطارئة فكرة عريقة في القدم ولكنها لم تستقر على مدلول واحد خلال جميع العصور⁽²⁾، فليس لها تاريخاً مستقلاً، وإنما يتصل تاريخها بتاريخ الالتزام وتطور مفهومه، ولفهمها فهماً صحيحاً ينبغي تأصيلها، أي تتبع جذورها التاريخية، ولضمان ذلك يجب إلقاء الضوء على مراحل نشأتها في الشرائع القديمة ومن ثم متابعة نموها في الشرائع الحديثة، وذلك بعرض نشأتها في فرنسا ومصر ومن ثم في فلسطين.

وبناء على ما سبق سأقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة في الشرائع القديمة

في هذا الفرع سنقوم بتناول نظرية الظروف الطارئة في العصور الوسطى وذلك بذكرها في القانون الكنسي والقانون الروماني ومن ثم الحديث عن نشأتها في الشريعة الإسلامية الغراء وذلك على النحو التالي:

أولاً: النظرية في العصور الوسطى

أ- في القانون الكنسي:

كان الفقهاء في القانون الكنسي يحرصون كل الحرص على أن تسود مبادئ العدل والإنصاف في جميع عقودهم ويحرمون الغبن في العقود، ولقد نهت الكنيسة عن الإثراء غير

(1) العصار، الظروف الطارئة ودورها في مسؤولية الإدارة دون خطأ تعويض المتعاقد معها، ورقة عمل مقدمة للدورة القانونية حول قانون المناقصات والمزايدات التي عقدت في كلية الحقوق، جامعة القاهرة، بتاريخ

2008/11/8، ص 10، مشار إليه لدى غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 1161)

(2) عبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة (ص 5)

المشروع وعن كل ما شأنه أن يخل بالعقد، ولقد ظهرت النظرية في ملامحها الأولى بالنسبة للقانون الوضعي في العصور الوسطى في القانون الكنسي، فقد كان رجال الكنيسة في تلك العصور يرتبون آثاراً قانونياً على الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين (1)، حيث يقع هناك غبن على المدين المرهق، والغبن لا يجوز، سواء عاصر تكوين العقد أو كان عند تنفيذه، إذ هو ضرب من ضروب الربا المحرم في نظر الكنيسة لا يحل أكله، وهو إثراء دون حق للدائن على حساب المدين المرهق، وقد اعتمد أصحاب مدرسة بارتول *bartoliste* هذه الفكرة في القرن الثاني عشر الميلادي (السادس الهجري) (2)، وصاغوا منها القاعدة المعروفة بتغيير الظروف وهي تعني بأن العقد يفترض فيه شرط ضمني، يفترض أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها العقد تبقى قائمة عند تنفيذه، ولا تتغير تغيراً جوهرياً كبيراً، فإذا ما تغيرت ظروف العقد الاقتصادية وأدى تبدلها إلى إرهاق أحد المتعاقدين وجب تعديل العقد، ليزول الحيف الناشئ عن هذا الظرف والتغيير المفاجئ الذي لم يكن بحسبان المتعاقدين أثناء التعاقد (3)، ويمكن القول إن الكنيسة لم تضع نظرية مستقلة للحوادث الطارئة بالشكل الذي عرفت به الآن ولكنها وضعت مبادئ وقواعد لحماية الطرف الضعيف في العقد مستمدة ذلك من المبادئ المسيحية الداعية إلى الأخلاق واحترام الآخرين لتعم المودة والمحبة بين افراد المجتمع.

ب- في القانون الروماني:

يمكن القول إن جذور نظرية الظروف الطارئة تمتد إلى النظم القانونية القديمة، فعلى الرغم من أن القانون الروماني لم يعترف بنظرية الظروف الطارئة، وذلك لأن القانون الروماني كان لا يأخذ بفكرة الغبن، فالقاعدة في القانون الروماني أن الغبن لا يعيب الرضا ولا يؤثر في صحة العقد وانعقاده، ما دام هذا العقد قد استوفى الشروط والأوضاع الشكلية التي قررها القانون، ولم يكتف القانون الروماني بإنكار فكرة الغبن أثناء تكوين العقد فقط، بل امتد عدم الاعتراف بها أثناء مرحلة تنفيذ العقد (4)، ولكن على الرغم من ذلك فإن الفلاسفة الرومان دعوا إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، فمن أقوال شيشرون " عندما يتغير الزمن يتغير الواجب "، ومن أقوال سبيديك " أنا لا أعتبر حائناً لعهدي، ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء إلا إذا بقيت

(1) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي (ص 21)

(2) الإشارة للتقويم الهجري بين القوسين هنا لبيان فضيلة السبق في اصول هذه النظرية للفقه الاسلامي، كما سيأتي لاحقاً في المباحث القادمة في هذا البحث

(3) قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (ص 132)

(4) خضير، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود (موقع إلكتروني).

الأمر على ما هي عليه وقت التزامي ثم لم أنفذه والتغير الذي يطراً على أمر واحد يجعلني حراً في أن أناقش التزامي من جديد ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي⁽¹⁾.

ويضاف لذلك أن الفتوحات الرومانية الواسعة أدت إلى نشأة ظروف أخلاقية وثقافية جديدة كانت لها عظيم الأثر في تطور الأفكار الفقهية الرومانية وانعكاساتها الإيجابية على القانون الروماني في ذاته، فبدأ الفقهاء الرومان في الخروج من عباءة الشكلية التي كانت تحيط بالقانون، وذلك من أجل الوصول إلى الغاية النهائية للقانون وهي منفعة الناس وتحقيق الصالح العام لهم، وتوفير الرخاء والمودة بينهم، وبالتالي تقدموا خطوة كبيرة بالأخذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، فلا يسأل المتعاقدان عن تنفيذ التزاماتهما العقدية إلا في مثل الظروف التي أبرم فيها العقد، وإذا ما تغيرت هذه الظروف، فلهما عندئذ أن يعدلا التزاماتهما العقدية تبعاً للظروف التي استجدت.⁽²⁾

ثانياً: النظرية في الشريعة الإسلامية

لقد أخذت الشريعة الإسلامية بنظرية الظروف الطارئة، فقد انطلق فقهاء المسلمين صوب كل ناحية من كتاب الله عز وجل وأحاديث نبيه ﷺ بغية رفع الضرر عن أحد المتعاقدين الناشئ عن تغير الظروف التي تم إبرام العقد فيها ولا دخل لإرادة المتعاقدين فيها ولقد ساقوا عدة أدلة وبراهين للقول بصحة الأخذ بنظرية الظروف الطارئة لإعادة التوازن المالي للعقد نتيجة الأزمات الاقتصادية التي تعصف بالعقد :

1- يعد تطبيق نظرية الظروف الطارئة وسيلة من وسائل إقامة العدل الذي هو من أهم مقاصد الشريعة الإسلامية عامة وفي باب المعاملات خاصة، ومن المعلوم أن الله عز وجل لم يحصر طرق العدل في طريقة دون غيرها، ولكن أينما يكن العدل فتمّ شرع الله ودينه.⁽³⁾

2- يعتبر عدم إعادة التوازن المالي للعقد نتيجة للظروف الطارئة التي أحلت بالعقد حرجاً وإرهاقاً للمتعاقد، والإسلام بمبادئه القويمة لا يرضى بذلك، حيث قال الله تعالى ﴿ وَمَا

(1) خضير، نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود (موقع إلكتروني)

(2) أبو بكر، دور نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد (موقع إلكتروني)

(3) مهيدات، القواعد الفقهية وأثرها في المعاملات المالية نظرية الظروف الطارئة (ص 20)

جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴿١﴾ وقال تعالى أيضاً ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾ (2) وقال تعالى أيضاً ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ (3).

3- إن في تطبيق نظرية الظروف الطارئة تحقيق للتراضي الذي جعله الله عز وجل قيماً لإباحة التجارة بين المؤمنين، وذلك لقوله عز وجل ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ﴾ (4).

4- ضرورة رفع الضرر عن المضرور، وذلك بتعويض المتعاقد عن الضرر الذي حاق به لسبب لا دخل لإرادته فيه، وذلك تطبيقاً لعموم قوله ﷺ: " لا ضرر ولا ضرار" (5)، والقواعد الفقهية التالية، " الضرر يزال " و " الضرورات تبيح المحظورات " و "درء المفساد أولى من جلب المنافع " وأخيراً " الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف".

وتأكيداً لما سبق فقد انتهى مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة في دورته الخامسة عام 1404هـ، إلى الأخذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك أثناء حدوث الأزمات الاقتصادية، فذكر ما يلي (6):

أولاً: في العقود المتراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغييراً كبيراً بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته؛ فإنه يحق للقاضي - في هذه الحال عند التنازع، وبناءً على الطلب - تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين، كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأى أن فسحه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يُجبر له جانباً

(1) [الحج: 78]

(2) [البقرة: 286]

(3) [البقرة: 185]

(4) [النساء: 29]

(5) [ابن ماجه: سنن ابن ماجه، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، 784/2: رقم الحديث 2341]

(6) مجمع الفقه الاسلامي، الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات العقدية (ص 40).

معقولاً من الخسارة التي تلحقه من فسخ العقد بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأى أهل الخبرة الثقات.

ثانياً: ولا يحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإمهال.

هذا، وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعاً للضرر المرهق لأحد المتعاقدين بسبب لا يد له فيه، وإن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها والله ولي التوفيق.

وهذا إن دل على شيء فيدل على إجماع فقهاء المسلمين على وجود نظرية الظروف الطارئة والتأكيد على مبادئ الشريعة الإسلامية والتي تدعو إلى تحقيق العدل والإنصاف وهذا يتجلى في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني - نظرية الظروف الطارئة في القوانين الحديثة

لقد ازدهرت نظرية الظروف الطارئة في القانون الحديث في ظل القانون العام، حيث كان البدء في القانون الدولي العام شرطاً ضمنياً مفروضاً في المعاهدات الدولية، فهي تنقضي بتغير الظروف على ما هو معروف في هذا القانون⁽¹⁾، ثم بفضل جهود مجلس الدولة الفرنسي انتقلت هذه النظرية من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري، ثم أخذت هذه النظرية بالنمو والانتشار حتى وصلت دائرة القانون الخاص في بعض الدول فبدأت بالظهور في بعض التقنيات الحديثة، حيث ظهرت وبانت معالمها في قانون الالتزام البولوني، ثم في القانون المدني الإيطالي ثم في القانون اليوناني، ثم بدأت بالظهور في التقنيات العربية حيث ظهرت في القانون المدني المصري والفلسطيني وسنقوم في هذا الفرع بالحديث عن نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا باعتبارها مهد هذه النظرية ثم الانتقال عن الحديث عنها في مصر وانتهاء بالحديث عن هذه النظرية في فلسطين.

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (ص 639)

أولاً: نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا /

ونعرض لموقف المشرع الفرنسي في كل من القانون الخاص والقانون العام وذلك كما يلي:

1- مدى توافر النظرية في القانون الخاص الفرنسي:

لم يأخذ القانون المدني الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة فلقد أدى انتشار المذهب الفردي في أوروبا، وسيادة مبدأ سلطان الإرادة إلى عدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، وقد تأثر التقنين المدني الفرنسي بالنزعة الفردية ولم ينص على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، بل جاء في نص المادة 1134 ما يفيد بعدم الأخذ بها حيث ذهبت بأن " العقد يحل محل القانون بالنسبة للمتعاقدين " (1)، في حين أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي اجتهاداً، تبعاً لمقتضيات المصلحة العامة ولقد كان للحربين العالميتين بالغ الأثر في الأوضاع الاقتصادية مما دعا بعض الدول التي جددت قوانينها إلى قبول هذه النظرية بنص صريح في قوانينها وسوف نلقي الضوء على نشأتها في ظل القانون الخاص الفرنسي ومن ثم الحديث عن نظرية الظروف الطارئة في القانون العام (2).

فتعتبر فرنسا أشهر البلاد عناداً ورفضاً لنظرية الظروف الطارئة في نطاق القانون الخاص، وأكثرها صراحة وحرصاً على التمسك بنظرية القوة الملزمة للعقد، وتعتبر في ذلك عن وجهة نظر البلاد التي رفضت الأخذ بهذه النظرية، باعتبارها ثغرة ينفذ منها القاضي إلى العقد فينال من قوته الملزمة، ولقد ثبت القانون المدني الفرنسي الحديث على هذا الموقف، فلم يقر النظرية (3).

فبعد صدور القانون المدني حاولت بعض المحاكم الفرنسية وفي فترات متلاحقة خلال القرنين التاسع عشر والعشرين، أن تمس حرمة العقد، وتفتح ثغرة في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، بقبول نظرية الظروف الطارئة فقامت محكمة النقض الفرنسية بإجهاض تلك المحاولة وإفسادها، وكلما عرضت هذه النظرية قامت محكمة النقض برفضها، وذلك منذ صدور القانون المدني الفرنسي وحتى اليوم.

وأقرب مثال على ذلك عندما أبت محكمة النقض الفرنسية أن تعدل عقداً يرجع إلى القرن السادس عشر، حيث كان متفقاً أن تروي مياه ترعة الأراضي المجاورة بمقابل أصبح بعد

(1) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 142)

(2) قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (ص 133)

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ص 634)

أن تغيرت الظروف تافها كل التفاهة⁽¹⁾، ففي عام 1567 م تعهد المهندس (آدم دوكرابون) بإرواء الأراضي العائدة لسكان منطقة (بليسان)، لقاء مبلغ مقطوع بعملة ذلك الزمان، وبعد مضي ثلاثة قرون أضحي هذا المبلغ زهيداً، فتقدم (الماركيز دو كاليه) الذي آلت إليه ملكية القنال، إلى محكمة (اكس) وطلب تعديل العقد وإلزام المنتفعين من القنال بأجر إضافي، فاستجابت له المحكمة وقضت بطلبه، ولكن محكمة النقض الفرنسية أصدرت قراراً بنقضه، وقد أقامت محكمة النقض حجتها في ذلك على قوة العقد الملزمة، التي لا يجوز أن تنال منها الظروف الطارئة، مهما بلغ حدها وتأثيرها في إرهاب أحد المتعاقدين ما دام التنفيذ ممكناً وغير مستحيل لأن الإرهاب لا يولد الاستحالة.

ولقد أدى تعنت الاجتهاد المدني الفرنسي بشريعة العقد وبقائه على موقفه إلى إقامة حجاب بينه وبين المحاكم التي تؤمن بهذه النظرية، وباعت كل محاولاتها بالفشل والرفض.⁽²⁾

2- النظرية في القانون العام (القانون الإداري الفرنسي) :

لقد أخذ القضاء الإداري الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة، وطبقها خلال الحرب العالمية الأولى، بسبب تبدل الظروف الاقتصادية وتغيرها وتأثيرها في تنفيذ عقود التزام المرافق العامة، وذلك لضرورة تأمين النظام العام وسير المرافق العامة، فلقد كانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي أخذ القضاء الفرنسي بها وذلك في القضية المشهورة والمعروفة بحكم (غاز بوردو)⁽³⁾ الشهير في 30 مارس 1916، حيث تعاقدت الشركة العامة للإنارة بالغاز مع مدينة بوردو عام 1904 لإنارة مدينة بوردو لمدة 30 عاماً وكانت الشروط تحدد سعر الغاز والكهرباء الواجب على الشركة البيع به للجمهور وتم مراعاة سعر الفحم في ذلك الوقت لأن الفحم المادة الأساسية لصناعة الغاز واستخراجه وقد حدد سعر توزيع الغاز في عقد الامتياز 18 سنتاً للمتر المكعب، على أساس أن سعر طن الفحم 23 فرنكاً، وكان هذا هو متوسط سعر الفحم وقت التعاقد، ولقد توقع الطرفان المتعاقدان تغير سعر الغاز والكهرباء تبعاً لتغير أسعار

(1) نقض فرنسي في 6 مارس سنة 1876 سيريه 1876-1-161 أنظر حكماً آخر في 8 أغسطس سنة 1900 سيريه 1903-1-46، مشار إليه لدى السنيوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ص 635)

(2) قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (ص 134)

(3) C.e. 30 mars 1916, compaignie generale d'eclairage de ordeaux, rec. 125, (3) concl. Chardent. (D. 1916.3.25, concl. Chardent: rd publ. 1916.206 et 388, concl. Chardenet, note jeze: s. 1916.3.17, concl. Chardenet, note hauriou.

الفحم وكان أقصى تقدير توقعه أطراف العقد هو ارتفاع ثمن طن الفحم من 23 فرنكاً إلى 28 فرنكاً حيث كان أقصى سعر وصل إليه الفحم قبل ذلك هو 28.4 فرنكاً، وكان ذلك أثناء الحرب بين فرنسا وروسيا في عام 1874، وعلى إثر اندلاع الحرب العالمية الأولى (1914 - 1918) ارتفعت أسعار الفحم ارتفاعاً فاحشاً ووصل سعر طن الفحم إلى 117 فرنكاً، ومن ثم وجدت الشركة الملتزمة نفسها أمام مأزق كبير وأنه أصبح من العسير عليها وهي بصدد هذه الظروف أن تقوم بتوريد الغاز والكهرباء بالسعر المحدد في وثيقة الالتزام وأصبحت مهددة بخسارة قد تعرقلها عن تقديم خدماتها العامة لجمهور المنتفعين، حيث إن الأسعار التي تتقاضاها مقابل الخدمة التي تقدمها أقل بكثير من أن تغطي نفقات الإدارة، وبسبب ذلك توجهت الشركة الملتزمة إلى بلدية بوردو باعتبارها السلطة المانحة للالتزام لإعادة النظر في وثيقة الالتزام، والسماح لها برفع الأسعار بما يتماشى مع الارتفاع المفاجئ وغير المتوقع في ثمن الفحم، إلا أن البلدية قابلت هذا الطلب بالرفض وتمسكت بالقوة الملزمة للعقد وتنفيذه طبقاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين لأن تنفيذ الشركة لالتزامها ممكن وليس مستحيلًا فالفحم وإن ارتفع سعره لكنه موجود ويمكن الحصول عليه بالسعر الموجود، وبعد ذلك تم رفع الأمر إلى مجلس المحافظة فإذا به يتمسك أيضاً بالقوة الملزمة للعقد وقضى بإلزام الشركة بالاستمرار بالتنفيذ كما تم الاتفاق عليه مسبقاً وعدم تعديله إلا لقوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، فما كان منهم إلى أن لجأوا بعرض هذه القضية على مجلس الدولة الفرنسي والذي قام بإقرار مبدأ جديد ومفاده " أنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن بالإمكان توقعها وكان من شأنها أن تؤدي إلى إخلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فإن هناك ما يبرر أن تساهم جهة الإدارة ولو مؤقتاً في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقدين من جراء هذه الظروف " فيعتبر قرار مجلس الدولة الفرنسي هذا بمثابة إقرار لهذه النظرية وتأكيد على وجودها، وكان هذا القرار بمثابة إعلان ميلاد لنظرية الظروف الطارئة.

فقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي قيام الحرب وكل الصعوبات الطارئة التي تعيق الشركات المتعاقدة مع الدولة عن أداء مهمتها من الحوادث الاستثنائية التي تستلزم تعديل شروط العقد، إذا تطلبت المصلحة العامة ذلك ولكي تتمكن الشركة المتعاقدة من الاستمرار في تأمين خدمة عامة لا يجوز انقطاعها أو توقفها، فيجب على المتعاقدين الاستمرار في تنفيذ العقد لكي يحق له الحصول على التعويض.

ولقد أخذ القضاء الإداري الفرنسي - دون القانون المدني - بنظرية الظروف الطارئة وذلك لسببين رئيسيين هما :

السبب الأول/ أن القضايا التي كانت تعرض على القضاء الإداري ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالصالح العام، ولذلك يحرص القضاء الإداري على أن يوافق في أحكامه بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة فإذا نظر قضية كقضية شركة الغاز التي أشرنا إليها، وجب أن يحسب حساباً للخدمة العامة التي تقدمها الشركة للجمهور إذا هي تقوم بمرفق عام فلا يجوز أخذها بالقوة وإلا أعلنت إفلاسها وقاسى الجمهور من ذلك أكثر مما يقاسيه لو عدل عقد الالتزام نزولاً على حكم الحوادث الطارئة، أما القضاء المدني فالأغلبية من قضاياها تتعلق بمصالح الأفراد دون أن يكون لها مساس بالمصلحة العامة، فليس أمامه هذا الاعتبار الذي يصرفه عن التطبيق الدقيق للقواعد القانونية إلى ما تقتضيه المصلحة العامة.

السبب الثاني/ أن القضاء الإداري ليس مقيداً بنصوص تشريعية كالقانون المدني، فهو يتمتع بكثير من الحرية تجعل بعض أحكامه أقرب إلى التشريع، وتيسر له على كل حال أن يُماشى تطور الظروف أما القضاء المدني فمقيد بنصوص لا يستطيع الانحراف عنها إلا في كثير من الجهد والمداورة.

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي عند إرسائه نظرية الظروف الطارئة أنه لو ألزم نفسه بإعمال القواعد المدنية بشكل دقيق لأدى ذلك إلى حتمية توقف الملتزم عن أداء التزامه وبالتالي تتعطل المصلحة العامة، ولو جرى الأمر على هذا النحو لتسبب بالضرر للمنتفعين من الخدمة إزاء توقف المرفق عن تقديم الخدمات لهم⁽¹⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن تبدل الأوضاع الاقتصادية إثر الحربين العالميتين من جهة، ومسايرة القضاء الفرنسي لهذا التبدل من جهة أخرى، اضطر المشرع الفرنسي إلى إصدار قوانين لحالات خاصة أوجد فيها حلولاً صريحة تقوم على تطبيق نظرية الظروف الطارئة، خاصة أن مثل هذه الحالات ما تزال في ازدياد ليس في فرنسا فحسب، بل في جميع الدول التي أخذت تتدخل فيها الدول لتنظيم الاقتصاد وتوجيهه، وبناء على ذلك أصدر المشرع الفرنسي بعض القوانين التي نص فيها صراحة على فسخ العقد أو تعديله بسبب تبدل الظروف الاقتصادية نذكر منها ما يلي⁽²⁾:

(1) ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين (ص 60)

(2) الترماني، نظرية الظروف الطارئة (ص ص 26-29)

1- القانون المسمى بقانون فايو Loi Faillot الصادر في أعقاب الحرب العالمية الأولى بتاريخ 1918/1/21، حيث أجاز للقاضي أن يحكم بفسخ عقود التوريد وجميع العقود التجارية الأخرى المعقودة قبل 1914/8/1، إذا أدى تنفيذها إلى إرهاب أحد المتعاقدين أو تحميله خسارة فادحة، ولقد أخذ المشرع في هذا القانون بمبدأ الفسخ ولم يأخذ بمبدأ التعديل.

2- القوانين المتعلقة بالإيجار، حيث نص منها على تمديد مدة العقد، كالقانون الصادر بتاريخ 1925/7/6 والقانون الصادر بتاريخ 1927/6/9.

3- ولقد اضطر المشرع الفرنسي بعد الحرب العالمية الثانية، وذلك بسبب تجدد الأحداث أن يصدر بتاريخ 1949/4/23، إلى سن قانون يشبه قانون فايو السابق، وقام بتطبيقه على جميع العقود المعقودة قبل 1949/9/2 إذ تضمنت التزامات متعاقبة أو مؤجلة التنفيذ.

ويري الباحث أنه يتضح من ذلك كله أن هناك علاقة وثيقة ووطيدة بين نظرية الظروف الطارئة وبين مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وأن هذا المبدأ هو الذي دفع مجلس الدولة الفرنسي أن يقوم بإصدار مثل هذا الحكم (غاز بور دو)، ويؤسس لنظرية مقترنة بهذا المبدأ، فهو لم يحكم بفسخ العقد ولم يعف الشركة من التزاماتها، وإنما أبقى الشركة ملتزمة بتنفيذ العقد المتفق عليه مع الاحتفاظ بحقها في الحصول على مساعدة الإدارة لها وكل ذلك يؤدي إلى الحفاظ على المبدأ الرئيس وهو تحقيق المصلحة العامة والمتمثلة في ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، والاستمرارية في تقديم الخدمات للمنتفعين.

وبناء على هذا الحكم شقت نظرية الظروف الطارئة طريقها نحو عدة قوانين فانتقلت من مجلس الدولة الفرنسي إلى مجلس الدولة المصري إلى معظم قوانين البلاد العربية.

ثانياً: نشأة نظرية الظروف الطارئة في مصر

لقد سارت المحاكم المختلطة المصرية على هدي أحكام محكمة النقض الفرنسية في عدائها لنظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾، فلم تأخذ بها وبالتالي فإن القانون المصري القديم لم يقر هذه النظرية وإنما كان يسلم بالقوة الملزمة للعقد وثم على جميع المحاكم احترام هذا المبدأ، والثابت عندها أن الالتزام لا يزول وأن المدين لا يتصل منه إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلًا أي قوة قاهرة، ولم يكتف القانون المصري القديم برفض النظرية على عقود الأفراد فقط بل كان الأمر مفروضاً على العقود الإدارية أيضاً.

(1) عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة (ص 13)

إلا أن بعض المحاكم شذت عن هذا الموقف وأخذت بالنظرية في أحكامها، وتعتبر محكمة الاستئناف الوطنية هي التي أخذت بنظرية الظروف الطارئة، وقد ثبت من وقائع القضية أن مصلحة الحدود تعاقدت مع شخص على أن يورد لها كمية من الذرة من نوع مخصوص بسعر معين، فورد بعض ما تعهد به، ثم ارتفع السعر على إثر إلغاء التسعيرة الجبرية من جنيهين وربع إلى ما فوق خمسة جنيهات⁽¹⁾، ولكن محكمة النقض المدنية نقضت هذا الحكم ورفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة، وقضت بأنه لا ينقضي الالتزام العقدي بالفسخ إلا إذا أصبح الوفاء غير ممكن لطوء حادث جبلي لا قبل للملتزم بدفعه أو التحرز منه، فإن كان الحادث الطارئ لا يبلغ أن يكون كذلك، بل كان كل أثره هو أن يجعل التنفيذ مرهقاً للمدين فحسب، فلا ينقضي الالتزام⁽²⁾.

ولقد ظل الوضع على ما هو عليه حتى صدور القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرفق العام مقررًا الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في مادتيه الخامسة والسادسة، ولقد نصت المادة السادسة منه على " أنه إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم بها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله لخفض الأرباح الباهظة إلى الحد المقبول"، ولقد كان هذا أول قانون ينظم نظرية الظروف الطارئة التي أقرها مجلس الدولة الفرنسي.

وبعد ذلك وفي مرحلة لاحقة تعتبر الأعم والأشمل فلقد قام القانون المدني المصري بالنص على إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الخاص وذلك سنة 1948 في نص المادة 147 من هذا القانون والتي نصت على ما يلي⁽³⁾ :

(1) استئناف مصر 9 ابري سنة 1931 المحاماة 12 رقم 42 ص 563، مشار إليه لدى د. السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي (ص 23)

(2) نقض مدني 14 يناير سنة 1932 مجموعة محمود عمر 1 رقم 32 ص 52 - وانظر أيضاً نقض مدني 15 مايو سنة 1947 مجموعة محمود عمر 5 رقم 300 ص 435، مشار إليه لدى السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي (ص 23)

(3) عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة (ص 15)؛ وثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين (ص 61-62)؛ وقباني، نظرية الظروف الطارئة (ص 138)؛ والسنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (ص 249).

1- " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقرها القانون ".

2- " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن من الواسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يكن مستحيلًا جاء مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة جاز للقاضي تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك "

وبناء على نص المادة 147 من القانون المدني والقانون رقم 129 لسنة 1947 بمادتيه الخامسة والسادسة، يكون بذلك المشرع المصري قد أقر تطبيق نظرية الظروف الطارئة وعمل بها وذلك بالنسبة للعقود الإدارية والمدنية⁽¹⁾.

ثالثاً: نشأة نظرية الظروف الطارئة في فلسطين

يعتبر الحديث عن نشأة نظرية الظروف الطارئة في فرنسا ومصر سهل نسبياً بالمقارنة عن الحديث عن نشأتها في فلسطين، لأن الحديث عنها في فرنسا ومصر واضح المعالم حيث من السهل الاطلاع على النظرية والتعرف على أساسها التاريخي ونشأتها وذلك عن طريق أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري، ولكن الوضع في فلسطين ليس بتلك السهولة الموجودة في فرنسا ومصر ويرجع ذلك لعدة أسباب نذكرها على النحو الآتي :

1- تعاقب الإدارات التي حكمت فلسطين على مر التاريخ والذي نتج عنه تعدد الأنظمة القانونية التي تم تطبيقها في فلسطين وذلك بدءاً من الحكم العثماني وانتهاء بحكم السلطة الوطنية الفلسطينية، وهذا يؤدي إلى صعوبة البحث والتنقيب عن أي نظرية ومعرفة مدى إمكانية تطبيقها بسبب تعدد الإدارات.

2- حداثة القضاء الإداري في فلسطين، فإن المحاكم المدنية هي المختصة بنظر منازعات العقود الادارية حتي الان في الضفة الغربية ويقتصر اختصاصها على النظر في القرارات

(1) وبذلك يكون المشرع المصري قد سبق التشريع المدني الفرنسي في هذا المجال بتطبيقه النظرية بالنسبة للعقود المدنية، وذلك لان القانون المدني الفرنسي لا يطبقه متذرعاً بالقوة الملزمة للعقد التي لا يجوز تجاوزها باي حال، د غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الاداري (ص 1163)؛ والسنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ص 525).

الإدارية فقط⁽¹⁾، أما العقود سواء كانت عقود إدارية أم عقود خاصة نزلت فيها الإدارة منزلة الأفراد فإنها من اختصاص القضاء الإداري⁽²⁾، ولأن المحكمة الإدارية التي تم استحداثها بالقانون رقم 3 لسنة 2016 لم تعرض عليها حتى الآن أي منازعة تتعلق بالظروف الطارئة.

3- عدم تناول هذه النظرية على وجه الخصوص من قبل أصحاب الفقه الإداري في فلسطين أي لم يخصصوا لها جزءاً خاصاً بها وإنما تم تناولها عن طريق إشارات عامة لفكرة التوازن المالي للعقد وفكرة ضمان سير المرافق العامة وفكرة العدالة وتم استنباط النظرية من هذه الأفكار.

ولكن بالرغم من كل ما سبق وكل الأسباب التي تحدثنا عنها والتي تؤكد على صعوبة إيجاد هذه النظرية، ولكن يمكن لنا أن نلتمس وجود هذه النظرية في فلسطين من الجانب النظري، على نحو يجعلنا نؤكد وجوده نظرية الظروف الطارئة في فلسطين، وذلك عبر الآتي :

■ الشريعة الإسلامية /

لقد عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة كما أشرنا سابقاً وهي إن لم تنص عليها كما تم النص عليها في القانون الوضعي، وذلك لأن فقهاء وعلماء الفقه الإسلامي كانت تعرض عليهم المسائل وكانوا يضعون لها حلولاً عملية⁽³⁾، وعلى الرغم من ذلك تجلت نظرية الظروف الطارئة بعدة مظاهر في الشريعة الإسلامية وهي : أحكام الإعذار الموجب للفسخ في عقود الإجارة، وتقلب قيمة النقود، والجائحة التي تصيب الثمار، ومن الجدير ذكره أن القوانين والتشريعات في فلسطين تتأثر بمبادئ الشريعة الإسلامية كثيراً وبشكل واضح في نص المادة

(1) قررت محكمة العدل العليا في غالبية قراراتها سلطاتها في النظر بالطعن بالقرارات الإدارية ومن ذلك قرارها رقم 1995/23، جلسة 1995/6/22، وقرارها رقم 1995/76، جلسة 1996/3/11، وقرارها رقم 1997/12، جلسة 1998/3/16، وقرارها رقم 2003/166، جلسة 2004/2/11 جميع هذه القرارات وغيرها منشور عند: عويضة، مجموعة مختارة من مبادئ العدل العليا من 1995-2005، (ص 29) وما بعدها؛ وغانم، الوسيط في أصول القضاء الإداري، (ص 43)

(2) قررت محكمة العدل العليا بانه " متي كان الثابت أن النزاع قائم بين الطرفين على عقد، فإن الاختصاص في نظره لا ينعقد لهذه المحكمة وإنما الى المحكمة المختصة طبقاً للقانون " قرارها رقم 1999/161، جلسة 2000/3/8، وقرارها رقم 1999/106، جلسة 1999/7/6، وقرارها رقم 1996/117، جلسة 1997/5/4، عويضة، مجموعة مختارة من مبادئ العدل العليا من 1995 - 2005، (ص 94)

(3) قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (ص 124)

(2/4) " مبادئ الشريعة الإسلامية تعتبر مصدر للتشريع " وهذا بيان واضح لتأثر القوانين بمبادئ الشريعة السمحاء.

▪ مجلة الأحكام العدلية /

تقوم مجلة الأحكام العدلية مقام القانون المدني في فلسطين وما زالت سارية المفعول حتى اللحظة⁽¹⁾، وتعتبر أحكام هذه المجلة من أبرز المعالم التي قام الحكم العثماني في فلسطين من إنتاجها في الفترة ما بين 1517 - 1917، أي خلال 400 عام، ولو قمنا بالرجوع إلى النصوص الواردة في هذه المجلة نجد أنها قامت بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة مثل ما أخذ بها الفقه الإسلامي الحنيف، لأن مجلة الأحكام العدلية استمدت أحكامها من مبادئ الشريعة الإسلامية وبشكل أدق من الفقه الحنفي، وتظهر فكرة هذه النظرية في المجلة في النصوص التالية :

1- المادة (443) والتي تنص على " لو حدث عذر مانع لإجراء موجب العقد تنفسخ الإجارة وكذلك من كان في سنه ألم وقاوم الطبيب على إخراجهم بخمسين قرشاً ثم زال الألم بنفسه تنفسخ الإجارة..."

2- المادة (19) والتي تنص على " لا ضرر ولا ضرار "

3- المادة (20) والتي تنص على " الضرر يزال "

4- المادة (21) والتي تنص على " الضرورات تبيح المحظورات "

وكل هذه النصوص تدل على أن الضرر مرفوع وعلى وجود نظرية الظروف الطارئة في فلسطين.

▪ **المادة (151) من القانون المدني الفلسطيني** والذي تنص على " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك ".

(1) المادة (1301) من القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012

ولكن ما هو موقف القضاء الفلسطيني من نظرية الظروف الطارئة؟

لقد ذكرنا سابقاً بوجود نظرية الظروف الطارئة في نصوص مجلة الأحكام العدلية، فوجب على القضاء الأخذ بها، فالقضاء الفلسطيني يرفض تطبيقها حتى الآن سواء على العقود المدنية أم الإدارية، حيث لم يتم تدوين أي حكم طبق فيه هذه النظرية، ومن الأحكام الحديثة والتي تبرهن أن القضاء الفلسطيني لا يأخذ بهذه النظرية سواء كان إعمال النظرية بطلب من الأطراف أو لم يكن، ففي الطعن رقم (2004/3) قضت محكمة النقض الفلسطينية " بقبول الطعن شكلاً وفي الموضوع بنقضه ورد دعوى المطعون ضدها مع إلزامها بالرسوم والمصاريف"⁽¹⁾.

ولقد كان الحكم المطعون فيه هو الصادر عن محكمة الاستئناف في القضية رقم (2003/80) والقاضي بقبول الاستئناف شكلاً وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم الصادر من محكمة البداية في القضية رقم (2000/133) والقاضي بإلزام المدعي عليه " المجلس الفلسطيني للتنمية والإعمار " (بكدار) بدفع مبلغ اثنين وسبعين ألف وستمئة وسبعين دولاراً للمدعية " شركة زهير حمد الخضري " مع ربط المبلغ بفائدة قانونية قدرها 9% من تاريخ رفع الدعوى وحتى الوفاء التام⁽²⁾.

وحيث إن مبني الطعن يقوم على أن حكم محكمة الاستئناف مخالف للقانون ومجحف بحق الطاعن لتجاهله الوقائع والبيانات وشروط العقد المبرز م/1 المقدم من الطاعن ولقد كان من الأسباب التي استند إليها الطاعن "المجلس الفلسطيني للتنمية الإعمار (بكدار) " ما يلي :

■ إن العقد شريعة المتعاقدين، وإن ادعاء المطعون ضده أنه قد لحقت به خسائر نتيجة ارتفاع الأسعار والإغلاقات فإن ذلك ليس له علاقة بالطاعن حسب شروط العقد المبرز م/1 حيث إن المادة 47 من العقد ورد فيها أنه لا يحق للمقاول المطالبة بأي زيادة بالأسعار، وإن المادة 1 من العقد المبرز قد حددت الحالات التي يجوز فيها التعويض وأحالت ذلك إلى المادة 44 من العقد المبرز م/1 والتي توضح الحالات الموجبة لتعويض المقاول.

■ إن نظرية الظروف الطارئة التي استندت إليها محكمة الاستئناف لتعويض المطعون ضدها لم تكن من النظريات المعمول بها في زمن نفاذ مجلة الأحكام العدلية وإن الدول التي

(1) حكم محكمة النقض الفلسطينية - غزة، الصادر بتاريخ 2005/11/14

(2) حكم محكمة الاستئناف - غزة، الصادر بتاريخ 2003/12/4

اعتمدها (من المبادئ السائدة فيها أنه لا يجوز تطبيقها إلا إذا كانت هذه الظروف لا يمكن توقعها) وإن النص في العقد المبرم م/1 الموقع بين فريقى الدعوى على أنه لا يحق للشركة المدعية المطالبة بأي زيادة أو فروق الأسعار فإن هذا يعني أن الفريقين كانا يتوقعان حين تنظيم العقد ارتفاع الأسعار.

■ ولقد ورد في اللائحة الجوابية التي تخص المطعون ضده ما يلي :

إن نظرية الظروف الطارئة ليست موضوع بحث لكن المسألة أن بكدار وافقت بعد مفاوضات ودراسات ولجان على تعويض المقاولين.

■ ولقد كانت محكمة النقض قد ذهبت بالقول في نهاية الطعن :

" وحيث إن الطعن المقدم من الطاعن قائم على أسانيد سليمة من القانون فإنه بات من المتعين نقض الحكم ورد الدعوى مع إلزام المطعون ضدها " شركة زهير الخصري " بالرسوم والمصاريف " .

وعلى الرغم من هذا الحكم يمكن الرد عليه عبر الآتي :

1- إن استناد الطاعن بقوله " إن هذه النظرية لم تكن من النظريات المعمول بها زمن نفاذ المجلة " غير صحيح، فلنفترض أنه من الناحية العملية في ذلك الوقت لم يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة على أرض الواقع، فإن هذا لا ينفي ولا يقطع أن هذه النظرية موجودة في نصوص مجلة الأحكام العدلية وذلك في النصوص 19، 20، 21، 20، 443، فتعتبر موجودة منذ ظهور المجلة وحتى يومنا هذا، وبالتالي يصبح ما استند إليه الطاعن هو كلام غير صحيح مطلقاً⁽¹⁾.

2- أن المطعون ضده والذي صدر الحكم لصالحه من محكمة بداية غزة بالاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة لم يستند في لائحته الجوابية على نظرية الظروف الطارئة، حيث قال رداً في اللائحة " بأنها ليست محل بحث " واستند على قبول بكدار لتعويض المقاولين بناء على قرار اللجان الذي نتج عن المفاوضات والدراسات.

3- إن المادة (47) التي استند إليها الطاعن والتي تنص على أنه لا يجوز للمقاول المطالبة بأي زيادة في الأسعار هو نص يستثني تطبيق النظرية ومن المستقر قضاء أن مثل هذه الشروط غير مشروعة ووجودها لا يمنع التمسك بالنظرية.

(1) لمزيد من الايضاح حول هذه المواد انظر (ص72) وما بعدها.

4- وأخيراً إن قبول محكمة النقض الفلسطينية للطعن المذكور أعلاه يظهر ويوضح على عدم أخذ القضاء الفلسطيني بنظرية الظروف الطارئة، باعتبار أن الأسباب التي قدمها الطاعن في طعن تقوم على أساس قانوني سليم وعلى رأس هذه الأسباب " أن هذه النظرية لم تكن من النظريات المعمول بها زمن نفاذ المجلة "، وهذا السبب ينافي الحقيقة القانونية الموجودة، فإن نظرية الظروف الطارئة موجودة في القانون الفلسطيني ولكن القضاء الفلسطيني يصر على تجاهلها وعدم تطبيقها، وسبب ذلك كله هو أن نزاع العقد الإداري يتم نظره في المحاكم العادية وليس في المحكمة الإدارية.

وأخيراً وبعد إقرار المادة (151) من القانون المدني وجب على القضاء الأخذ بها وأن يقوم بتطبيقها.

المبحث الثاني:

أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الشريعة والقانون

لقد أصبح تغير الظروف وعدم استقرارها سمة من سمات هذا العصر، وعادت نظرية الظروف الطارئة تطل برأسها كثيراً وراء تلك المتغيرات، ولعله من الأهمية بمكان بيان أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة سواء في الشريعة الإسلامية أم في القانون الوضعي، وذلك للتعرف على ما تستند إليه هذه النظرية عند تطبيقها.

وبناء على ذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين رئيسيين وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي.

المطلب الأول:

أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية

إن من الأسس التي قيلت لتبرير نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي هي مبدأ العدالة⁽¹⁾، ومما لا شك فيه أن هذا المعنى يتجلى بشكل أوضح، وبصورة أنصح في شريعتنا الغراء، لأن الشريعة كلها تقوم على العدل، فالعدالة في الإسلام تعتبر مبدأً ملازماً للأحكام، ومن صميم التطبيق للأحكام الشرعية، وكون الفقهاء لم يصوغوا مفهوم الظروف الطارئة المبنية على أساس العدل، لا يعني ذلك أنهم لم يراعوا ولم يأخذوا في حساباتهم شأن الظروف الطارئة بل إنهم في الواقع عرفوا تطبيقات للظروف الطارئة بالمفهوم، والعبارة للتطبيق، فالشريعة الإسلامية بأصولها ومبادئها تحترم القوة الملزمة للعقد، فالوفاء بأي اتفاق أمر لازم في التشريع والخروج عليه نكوص عن الحق، فالوفاء صفة المؤمنين، قال الله تعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾⁽²⁾، ولقد قال الشوكاني في تفسيره "... فأمر الله سبحانه وتعالى بالوفاء بالعقود، قال الحسن يعني بذلك عقود الدين وهو ما عقده المرء على نفسه من بيع وشراء وإجارة ومناكحة وطلاق ومزارعة ومصالحة وتمليك.. وغير ذلك من الأمور، وكذلك ما عقده المرء

(1) انظر حول هذه الفكرة (ص102) وما بعدها.

(2) [المائدة: 1]

على نفسه الله من الطاعات كالحج والصوم والقيام، وما أشبه ذلك من طاعات ملة الإسلام " (1)، ولقد ورد في كتاب الله العزيز آيات عديدة تأمر بالوفاء بالعقود والعهود واعتبرتها من الواجبات التي يتحتم على كل مسلم الوفاء والالتزام بها، قال تعالى ﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾ (2)، وقال تعالى أيضاً ﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾ (3)، ولقد جاءت السنة النبوية مؤيدة للقرآن الكريم في الحث على الالتزام بالوفاء بالعهود وذم الغدر والخيانة واعتبارهما من صفات المنافقين، حيث يقول النبي ﷺ " أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كان فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا أؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر " (4)، وقال النبي ﷺ أيضاً " ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة: رجل أعطى بي ثم غدر، ورجل باع حراً فأكل ثمنه، ورجل استأجر أجيرياً فاستوفى منه ولم يعطه أجره " (5)، وقال النبي ﷺ " المسلمون عند شرطهم إلا شرطاً أحل حلالاً أو حرم حراماً " (6).

ويتضح ويتجلى من هذا كله أن القرآن الكريم والسنة النبوية أمرتا بالوفاء بالعهود والوقوف عند شروطها ما لم تحل حراماً أو تحرم حلالاً، ولا شك أن هذا هو الأصل وهو الوقوف عند الشروط التي أوجبها المتعاقدون بالاعتبار السابق، وهو ما يمكن التعبير عنه بالقوة الملزمة للعقد ولكن تجدر الإشارة هنا إلى أنه هل يمكن بعد هذا كله الخروج على القوة الملزمة للعقد نظراً لتغير الظروف التي أبرم فيها العقد وهل تقبل الشريعة الإسلامية بنظرية الظروف الطارئة؟

إن الشريعة الإسلامية تقوم على مصالح العباد وعدل كلها، فإذا كانت تلزم بالوفاء بالالتزامات التعاقدية ولا تسمح بأي حال بالنكوص عن الوفاء بتلك الالتزامات، إذ هو من باب الغدر والخيانة، فإنها في نفس الوقت لا تسمح لا بالضرر ولا بالضيق ولا بالحرج (7)، فيقول الله

(1) الشوكاني، فتح القدير (ج 4/2)، والقرطبي، تفسير القرطبي الجامع لأحكام القرآن (ج 6 / 32)

(2) [الإسراء: 34]

(3) [النحل: 91]

(4) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الإيمان/ باب علامة المنافق، 16/1: رقم الحديث 24]

(5) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب البيوع/ باب إثم من باع حراً، 82/3: رقم الحديث 2227]

(6) [الدارقطني: سنن الدارقطني، البيوع، 436/3: رقم الحديث 2892]

(7) العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية (ص 335)

تعالى في كتابه العزيز ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾⁽¹⁾، أي لا يكلف الله إنساناً فوق طاقته وهذا من رحمة الله لعباده وخلقه، وإن الشريعة الإسلامية تولي كل الاحترام لمبدأ القوة الملزمة للعقد، ولكن ورغم كل هذا فإن الشريعة الإسلامية تقتضي المحافظة على مقاصدها وضرورة تمسكها بمبدأ العدل المطلق، ومن هنا كان لا بد من أن يكون مبدأ احترام القوة الملزمة للعقد مشروطاً ومقيداً ومحكوماً بتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية والمتمثل في نطاق العقد بقاء الظروف التي تم فيها العقد، فإذا ما تغيرت هذه الظروف وأصبح تنفيذ العقد بالتالي مجحفاً بحق أحد طرفي العقد، أو ضاراً به ضرراً لم يكن يلتزمه بالعقد أو أصبح العقد مستحيلًا بسبب لا يمكن الاحتراز منه أدى ذلك إلى انفساخ العقد أو فسخ بحسب الأحوال ولا يجوز للمتعاقد الآخر أن يتمسك بحق مكتسب له بالعقد في طلب وجوب التنفيذ⁽²⁾.

ومن خلال هذا كله وإن كان الفقه الإسلامي لم ترد فيه نظرية عامة للظروف الطارئة على الشكل الذي ظهرت به في القوانين الوضعية إلا أنه عرف تطبيقات مختلفة لهذه النظرية ونستطيع أن نلتمس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي من خلال نظريتين، النظرية الأولى نظرية العذر وقال بها فقهاء الحنفية، والنظرية الثانية نظرية الجوائح في الثمار والزروع وقال بها فقهاء المالكية، فلقد وضع الفقهاء هذه الأسس الفقهية التي تقوم عليها أحكام نظرية الظروف الطارئة، وهذه الأسس في حقيقتها تمثل نظريات ترد أحكامها على العقود الملزمة، حيث " تخرجان على قوة العقد الملزمة، وتؤدي إحداها إلى فسخ العقد وهي (نظرية العذر)، والأخرى إلى تعديله وهي (نظرية الجوائح) وبذلك تقربان من نظرية الظروف الطارئة بمفهومها الحديث.

وإذا كانت النظريتان قد وردتا في عقدي الإيجار وبيع الثمار التي يتلاحق ظهورهما، دون سائر العقود، فإنه مما يجب أن يلاحظ أن هذين العقدين ينطويان على الاستمرار في التنفيذ، وللمدة (الفترة الزمنية) دور كبير وبارز، وعقود المدة أو العقود المستمرة التنفيذ، هي المجال الواسع لتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

بجوار هاتين النظريتين، عالج الفقه الإسلامي مسألة الوفاء بالنقود إذا تغيرت قيمتها بالزيادة، أو النقصان، أو إذا انقطعت أو كسدت.⁽³⁾

(1) [البقرة: 286]

(2) الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام التعاقدى (ص ص 367-368)

(3) الترمائيني، نظرية الظروف الطارئة (ص ص 45-46)

وبناء عليه سنقوم بالحديث عن هاتين النظريتين لنرى ما تقوم عليه كل منهما من أساس ومفهوم وذلك بهدف الوصول إلى "هل ترقى كل منهما أن تشكل ظرفاً طارئاً في حالة حدوثهما أم لا؟"، ومن ثم الحديث عن مسألة الوفاء بالنقود ونوردها تباعاً وفقاً لما يلي :

الفرع الأول: نظرية العذر

العذر لغة " مصدر عذره يعذره من باب ضرب والجمع أَعذار ومعناه رفع اللوم، وفي الحديث "لقد أعذر الله اليك"⁽¹⁾ أي أعذرك وجعلك موضع العذر فأسقط عنك الجهاد ورخص لك في تركه"⁽²⁾.

العذر اصطلاحاً " عرفه فقهاء الحنفية بأنه " العجز عن المضي على موجب العقد، إلا بتحمل ضرر غير مستحق بالعقد "⁽³⁾، وعليه فإن العذر الذي هذه صفته، هو أمر يعجز المتعاقد عن المضي على موجب العقد، ولكنه لا يجعله مستحيلاً، وإنما يحمله ضرراً كبيراً وزائداً لم يلتزمه بالعقد، فما كانت هذه صفته كان عذراً⁽⁴⁾.

لقد اختلف الفقهاء في نظرية العذر على رأيين:

الأول - قالوا بجواز فسخ عقد الإجارة للعذر الطارئ على المستأجر (أبو حنيفة وأصحابه).

يعتبر فقهاء الأحناف من أكثر الفقهاء تحمساً للأخذ بنظرية العذر والتي تقوم في نظرهم على فكرة مؤداها حدوث ظروف أو أحداث تسمى بالأعذار تطراً على العقد بعد تمام إبرامه، ومن خلال تتبع العذر في ظل الفقه يتضح ويتجلى لنا بأنه لم ينظر إليه نظرة عامة بمعنى أن مجرد حدوثه يعتبر أمراً كافياً للقول بفسخ عقد الإجارة، وإنما نظر إليه نظرة أخرى فاحصة من خلال هذه النظرة إلى العذر تم التفرقة بين العذر الذي يسبب عجزاً عن المضي في تنفيذ العقد شرعاً وبين ذلك العذر الذي لا يترتب على تنفيذ الالتزام فيه ارتكاب شيء منهي عنه، إذ كل ما يترتب على تنفيذه هو لحوق ضرر بأحد المتعاقدين فقط، فإن كان عذراً بسبب تعذر استيفاء المنفعة أو فوات القبض اللازم للإجارة مثل هلاك العين المؤجرة أو تترتب على هذا العذر حدوث خلل أو عيب في المعقود عليه، كانهدام ونقص جزء من العقد فإن الجزاء المترتب على حدوث

(1) الحاكم، المستدرک علی الصحیحین (ج2/129)

(2) الزبيدي، تاج العروس (ج6/54)

(3) سليمان، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر (ج2/399)

(4) قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (ص155)

مثل هذه الأعذار هو انفساخ عقد الإجارة، أما إذا كان عذراً يترتب على المعنى في تنفيذ العقد معه لحوق ضرر بالمتعاقد لم يلتزمه بمقتضى العقد، أو أدى إلى زوال تمكين المتعاقد من الانتفاع بالعين المؤجرة أو أدى إلى فوات الغرض الذي أبرم من أجله العقد فإن الجزاء المترتب على حدوث مثل هذا العذر هو فسخ العقد (1).

ومن هذا يتضح لنا أن فقهاء الفقه الحنفي قد قاموا بوضع مفهومين أو مسارين اثنين يكونان معياريين يستند إليهما إما فسخ العقد أو انفساخه بحسب الأحوال، وبهذا اختلفوا عن بعض الفقهاء الذين قصروا التعريف على مفهوم واحد، وهؤلاء الفقهاء قاموا بتعريف العذر بأنه هو كل ما لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق المتعاقد في نفسه أو حاله وبذلك رتب الفسخ جزاء لذلك على اعتبار أن به امتناعاً من التزام الضرر (2).

وسبب ذلك يرجع إلى ما قرره بعض فقهاء المذهب الحنفي في ذلك عندما قرروا بأن معنى العذر هو عجز العاقد عن المضي في موجهه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به، ثم أكد هذا الفقه بأن هذا هو معنى العذر عندنا، ولم يكن المقصود بكلمة عندنا المفهوم الواحد بل المفهوم الشامل والذي يتضمن مسارين اثنين، لأن الفقه الحنفي لم ينظر إلى العذر نظرة عامة بل قام بالنظر نظرة متأنية وفاحصة عندما وضع للعذر مفهومين ورتب عليهما نتيجتين ألا وهما إما فسخ العقد أو انفساخه وذلك بحسب الأحوال وفق التصور التالي (3):

أ- فقد يتمثل العذر بزوال الغرض الذي من أجله كان العقد، أو بمانع يمنع الشخص من البقاء على ما يوجبه العقد شرعاً، ففي ظل هذا التصور يؤدي قيام العذر على هذا النحو إلى انفساخ العقد، ومثال ذلك عند فقهاء الحنفية لانفساخ العقد وفق هذا التصور أو المفهوم فيما لو استأجر شخص إنساناً لقطع يده عند وقوع الأكلة بها، أو لقلع السن عند الوجع، فبرأت الأكلة أو زال الوجع، ففي هذه الأمثلة يشكل العذر سبباً يؤدي إلى انفساخ العقد، لأن في بقاء استمرار العقد اتلاف شيء من بدن المتعاقد.

ب- وقد يتمثل العذر بسبب لا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق الملتزم بالعقد في نفسه أو ماله، فعندئذ يؤدي قيام العذر في ظل هذا التصور والمفهوم إلى ثبوت حق المتعاقد في الفسخ، ويرى فقهاء الحنفية أن أساس الفسخ هنا يقوم على أنه لو لزم العقد عن

(1) الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق (ص 143)

(2) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار (ج 5/ 55)

(3) الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام التعاقدية (ص 271-272)

تحقق العذر لأصاب صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكأن الفسخ في الحقيقة هنا هو امتناع عن التزام الضرر، كما لو استأجر شخص حماماً في قرية لمدة معلومة ومن ثم نفر الناس ووقع الجلاء.

ومما تقدم نجد أن مفهوم العذر الموجب لفسخ عقد الإجارة عند الحنفية هو : (كل عذر يطرأ على التزامات أحد طرفي العقد أو محله بعد إبرامه، فيعجز العاقد بسبب هذا العذر عن المضي في موجب العقد، إلا بتحمل ضرر زائد غير مستحق به، فإنه يوجب فسخ أو انفساخ عقد الإجارة للمعذور به، لأن له ولاية على ذلك، إذ لا يجبر في هذه الحالة على تنفيذ هذا الالتزام الزائد الضار)

ويرى الرومي أن مفهومي العذر في ظل الفقه الحنفي في أن العذر هو ما يطرأ بعد تنفيذ العقد ويكون له مفهومان يشكلان معيارين يستند إليهما فسخ العقد أو انفساخه بحسب تعبير كل عذر⁽¹⁾:

- فإن كان عذراً لم يكن متوقعاً عند التعاقد، ويؤدي إلى عجز المتعاقد عن المعنى في موجب العقد شرعاً، أدى هذا العذر بالضرورة إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه.
- وإن كان عذراً لم يكن متوقعاً عند التعاقد، ولكنه لا يؤدي إلى عجز المتعاقد عن المعنى في موجب العقد شرعاً بل يتضمن هذا العذر نوعاً من الضرر لم يوجب العقد كان من حق المتعاقد شرعاً أن يقوم بطلب فسخ العقد قضاء وذلك لتلافي الضرر.

ولو نظرنا إلى هذين المعيارين وقمنا بمقارنتهما بالقانون الوضعي لوجدنا أن أول حالة وهي عجز المتعاقد عن المضي في العقد تشبه القوة القاهرة إلى حد ما والتي تصل إلى حد الاستحالة في تنفيذ العقد، وأما بالنسبة الحالة الثانية وهي أنه لا يؤدي إلى عجز المتعاقد عن المضي في العقد بل يشكل ضرر يلحقه ولكن من الممكن الاستمرار في العقد نجدها تشبه الظروف الطارئة.

(1) الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام التعاقدية (ص 373)

ولقد قسم فقهاء الحنفية الأعدار الموجبة للفسخ إلى ثلاثة أنواع⁽¹⁾:

أ- عذر من جانب المستأجر :

مثل إفلاس التاجر، أو انتقاله من الصناعة إلى الزراعة، أو من الزراعة إلى التجارة، أو من حرفة إلى أخرى، لأن المفلس أو المنتقل من عمل إلى آخر لا ينتفع به إلا بضرر، فلا يجبر على البقاء في الحرفة مثلاً، وأيضاً السفر أي انتقال المستأجر عن البلد التي يستأجر فيها عقاراً، لأن في إبقاء العقد مع السفر ضرراً يلحق به.

ويترتب على هذا كله أنه إذا لم يحصل النفع للمستأجر إلا بضرر يلحقه في ملكه أو جسمه، فله فسخ الإجارة، كما إذا استأجر شخص رجلاً لتنظيف الثياب أو خياطتها، أو ليقطع شجراً، أو ليداوي المرض أو ليخلع الضرس، وما أشبه هذا، ثم بدا له ألا يفعل، فله أن يفسخ الإجارة، ولا يجبر على شيء مما ذكر، لأنه تبين له ألا مصلحة له فيه، فيحترق متاعه أو تتم سرقة، فله فسخ الإجارة.

ب- عذر من جانب المؤجر :

ومثال ذلك أن يلحقه دين كبير وفادح لا يجد طريقاً لوفائه وسداد ما عليه إلا ببيع الشيء المأجور (العين المؤجرة) وأدائه من ثمنه، وذلك بشرط أن يثبت الدين بالبينة أو الإقرار، ومثال ذلك أن يشتري المؤجر شيئاً ثم يؤجره، ثم يطلع على عيب به، فله أن يفسخ الإجارة ويرده بالعيب على بائعه - وإن رضي المستأجر بالعيب - ويجعل حق الرد بالعيب عذراً له في فسخ الإجارة، لأنه لا يقدر على استيفائها إلا بضرر وهو التزام المبيع المعيب⁽²⁾.

ت- عذر راجع للعين المؤجرة أو الشيء المأجور :

مثل أن يستأجر حماماً في قرية ليستغله لفترة معينة، ثم قام أهل القرية بالهجرة، فلا يجب عليه الأجرة للمؤجر، ومثل أن يؤجر الوالد ولده للخدمة أو الحرفة، ثم بلغ الصبي أثناء الإجارة، فيجوز فسخها، لأن في إبقاء العقد بعد البلوغ ضرراً بالصبي، فيعجز عن المضي في موجب العقد إلا بضرر لم يلتزمه.

(1) الزيلعي، تبين الحقائق (ص 145)؛ والسرخسي، المبسوط (ج2/16) وما بعدها؛ والزحيلي، نظرية الضرورة

الشرعية (ص 320-321) انظر : (الكاساني) البدائع (ج4/197) وما بعدها؛ والبلخي، الفتاوي الهندية

(ج4/198) وما بعدها؛ و الطحاوي، مختصر الطحاوي (ص 130)

(2) ابو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق (ص 52-53) ؛ والزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية (ص

322) قباني، نظرية الظروف الطارئة (ص157).

وإذا استأجر شخص ظئراً (مرضعاً) ثم رفض الصبي لبنها أو إمساك الثدي، أو مرضت هي أو أراد أهل الصبي السفر، فامتنعت، كل ذلك كان عذراً في فسخ الإجارة.

دليل مشروعية الفسخ في نظرية العذر :

لقد قام الكاساني من فقهاء الحنفية بشرح دليل مشروعية الفسخ والمتمثل بالجزاء في أحكام ونظرية العذر، فقال: (إن الحاجة تدعو إلى الفسخ عند العذر، لأنه لو لزم العقد عند تحقيق العذر، للزم لصاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر، ثم إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقل والشرع، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرره فاستأجر رجلاً ليقلمها فسكن الوجع يجبر على القلع، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً⁽¹⁾)، وهذا دليل قاطع على مدى مشروعية الفسخ في أحكام العذر.

ومن خلال ما سبق في الحديث عن نظرية العذر في الفقه الحنفي وتطبيقاته المختلفة نستطيع أن نستخلص الشروط التي لا بد من توافرها لاعتبار الطارئ عذراً تطبق عليه أحكام العذر ويتضح لنا أن هذه الشروط أربعة⁽²⁾ :

1- أن يكون العقد من عقود المدة، كعقد الإجارة، أو عقد المزارعة أو المعاملة، وعقود المدة هي العقود التي يقع تنفيذها في مدة زمنية معينة، وليس فوراً وهو شرط مستفاد من طبيعة الإجارة وعقد العمل.

2- أن يطرأ بعد العقد، وقبل انتهاءه أو أثناءه عذراً يعجز أحد المتعاقدين عن المضي على موجب العقد، فإذا لم يعجزه فلا يكون عذراً.

3- أن يصيب أحد المتعاقدين ضرر وذلك بسبب المضي على موجب العقد يجعل تنفيذ العقد مرهقاً بشكل كبير.

4- أن يكون هذا الضرر غير مستحق بالعقد، فإذا كان مستحقاً بالعقد فلا يكون عذراً.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج4/197).

(2) قباني، نظرية الظروف الطارئة (ص 156).

ثانياً- عقد الإجارة عقد لازم لا يفسخ إلا بما تنفسخ به العقود اللازمة من وجود العيب بها أو ذهاب محل استيفاء المنفعة أو طروء عذر على المعقود عليه (مذهب جمهور الفقهاء)⁽¹⁾:

بحيث يؤدي إلى :

- 1- تلف منفعة المعقود عليه إما جزئياً، بحيث ينقص من قيمتها، أو يجد العين معيبة عيباً لم يعلم به، فهنا يكون للمستأجر خيار الفسخ، كالعيب في المبيع⁽²⁾.
- 2- وإما أن تتلف منفعة المعقود عليها حسيماً، بحيث يتعذر بسبب عذر العيب الطارئ فيها استيفاء محل المنفعة كاملاً، من نحو الخوف العام الذي يمنع الناس غالباً من سكني المكان - عند الحنابلة - دون الخوف الخاص فيكون للمستأجر هنا خيار الفسخ.
- 3- أو أن يكون تلف أو فوات المنفعة المعقود عليها كلياً شرعياً، فيثبت بعذر العيب الشرعي هذا انفساخ عقد الإجارة لتعذر استيفاء المعقود عليه، كتلف المبيع قبل بيعه.
- 4- وأضاف الحنابلة أو أن يجد العين المعيبة لم يعلم به.

والى هذا الرأي ذهب المالكية والشافعية والحنابلة وأصحاب الرأي سفيان الثوري وأبو ثور وغيرهم، وتطبيقات ذلك في هذا الرأي هي ما يلي⁽³⁾:

- **المالكية:** قالوا تنفسخ الإجارة " بمنع استيفاء المنفعة شرعاً " كسكون وذهاب ألم السن المستأجر على خلعها، وتنفسخ الإجارة إذا حملت الظئر، لأن حملها مضنة لإضرار الولد

(1) الدردير، الشرح الكبير (ج4/13)؛ والشنقيطي، شرح زاد المستتقع في اختصار المقنع (ج3/217-4)؛ والراجحي، شرح عمدة الفقه (ج1/34)؛ والخن وآخرون، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي (ج6/155)؛ والديبان، المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (ج9/21-24).

(2) وعلل أصحاب هذا الرأي قياس عقد الإجارة على عقد البيع في الفسخ، بجامع عذر العيب في المعقود عليه، فقالوا بلزومية عقد الإجارة كالبيع، بجامع أن كلاً منهما عقد معاوضة، فكان عقد الإجارة لازماً كالبيع، ولأنها نوع من العيب، وإنما اختصت باسم كاختصاص الصرف والسلم باسم، ولهذا قام بالتصريح: " أنه عقد لا يجوز فسخه مع استيفاء المنفعة المعقود عليها، لغير عذر، فلم يجز لعذر في المعقود عليه كالبيع، ولأنه لو جاز فسخه المكتري، لجاز لعذر الكري (أي المؤجر) تسوية بين المتعاقدين، ودفعاً للضرر عن كل واحد من العاقدين ولم يجز، ثم لا يجوز هنا، ويفارق الإبقاء فإنه عذر في المعقود عليه " - انظر " ابن قدامة المغني (5/448-449)، مشار إليه لدى: أبو حجير، نظرية التعسف (ص 54).

(3) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية (ص 322-323)؛ والرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام التعاقدية (ص 375-379).

بلبنها، والخوف عليه منه، وإذا انقطع الماء عن الرحي المستأجرة، فسخت الإجارة للعذر، وإن استأجر دابة فأصابها المرض، كان هذا عذراً للفسخ (1).

- **الشافعية:** تنفسخ الإجارة " إذا وجد خللاً في المعقود عليه "، أو إذا كان هناك عيب تنقص به المنفعة، أو تعذر استيفاء المنفعة على الوجه الشرعي، كما لو استأجر شخص داراً فوجدها منهدمة لا تصلح للسكن، أو انهدمت بعد العقد أو أصاب المرض الدابة المأجورة، أو انهدم حائط في الدار، أو تغير الماء الذي يمتنع به الشرب، أو الوضوء وغير ذلك من العيوب التي تنقص بها المنفعة (2).

- **الحنابلة:** تنفسخ الإجارة " إذا تعذر استيفاء المنفعة من العين المأجورة بفعل صدر منها " مثل أن تهرب الدابة، أو تهدم الدار، أو تغرق الأرض أو ينقطع ماؤها ولا يمكن الانتفاع بها أصلاً بشيء (3).

قال ابن قدامة (4): وإذا اكرت عينا فوجد بها عيباً لم يكن علم به، فله فسخ العقد بغير خلاف نعلمه، قال ابن المنذر إذا اكرت دابة بعينها، فوجدها جموحاً أو عضوضاً أو نفوراً أو بها عيب غير ذلك مما يفسد ركوبها، فللمكتر الخيار إن شاء ردها وفسخ الإجارة وإن شاء أخذها.

والعيب الذي يرد به، ما تنقص به قيمة المنفعة كتعثر الظهر في المشي، والعرج الذي يتأخر عن القافلة، وريض البهيمة بالحمل، وكونها جموحاً أو عضوضاً، أو أشباه ذلك مما ذكر عند الشافعية، وفي المكترى للخدمة ضعف البصر والجنون والجذام والبرص، وفي الدار انهدام الحائط والخوف من سقوطها وانقطاع الماء من بئرها، أو تغيره بحيث يمتنع الشرب والوضوء وأشباه هذا من النقائص، ومتى حدث شيء من هذه العيوب بعد العقد ثبت للمكتر خيار الفسخ، لأن المنافع لا يحصل قبضها إلا شيئاً فشيئاً.

وعلى هذا الرأي الذي تقدم بيانه مفصلاً نرى أن جمهور الفقهاء - دون الحنفية - قد جعلوا مناط فسخ عقد الإجارة (بالعيب الطارئ) على المحل المعقود عليه، بحيث يفوت منفعة جزئياً، أو كلياً أو حسياً، أو شرعياً عن المستأجر.

(1) العبدري، التاج والإكليل لمختصر خليل (ج562/7)

(2) الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي (ج261/2).

(3) ابن قدامة، المغني (ج338/5).

(4) المرجع السابق، ص 339

ومناطق الفسخ بهذا المفهوم يضيق عن استيعاب حالات كثيرة توجب الفسخ عند الحنفية ويعتبر مفهومهم - جمهور الفقهاء - للعذر أشمل وأوضح وأوسع في استيعاب هذه الحالات بفضل معيار نظريتهم المرن، وهكذا نجد أن ثمرة الخلاف بين أصحاب الرأيين هي في التطبيق وليس في مبدأ النظرية التي تعمل كل أحكامها على رفع الضرر، إذ الكل متفق على أن ما يحدثه العذر أو العيب الطارئ في المحل المعقود عليه بعد إبرام العقد من ضرر، وهو فوات استيفاء منفعة المحل، فإنه يوجب حسب واقعة الحال فسخ أو انفساخ العقد، وأما خلافهم في التطبيق فمرده إلى خلافهم في تفسير (مناطق الفسخ) وقد تم توضيحه فيما سبق، وهذا لا ينفي اتفاق الجمهور مع الحنفية في بعض التطبيقات.

وبناء على الرأي الثاني، فمن الممكن صياغة معيار نظرية (العيب) العذر الطارئ عند الجمهور كما يلي (1):

" كل عيب يطرأ بعد إبرام الإجارة على منفعة المحل المعقود على عينها أو في الذمة، بحيث تقوت عن المستأجر لها استيفاؤها جزئياً أو كلياً، حسيماً، أو شرعياً فتوجب فسخ أو انفساخ عقدها أو الحط من قيمة النقص من ثمن الأجرة في أصل العقد "

هذا هو مفهوم العيب عند جمهور الفقهاء، والمقصود بمنفعة العين هو العقار أو الأرض، أو الدواب، وأما منفعة الذمة، فتكون باستئجار الظئر المرضع، أو الأجير للعمل أو العامل للخدمة.

والفوات الجزئي لمنفعة العين، يثبت للمستأجر خيار الفسخ، فله أن يفسخ أو يمضي في موجب عقد الإجارة، بقية المدة وبالثمن المتفق عليه في أصل العقد وهذا عند الجميع.

وأما الفوات الكلي الحسي فهو في منافع العين فهذا يوجب انفساخ العقد شرعاً إلا أنه لا عوض عن المنافع يقابل عوض المستأجر.

(1) ابو حجير، نظرية التعسف في استعمال الحق (ص ص 56-57).

الفرع الثاني: نظرية الجوائح في الثمار والزروع

الجائحة لغة /

اسم فاعل، مؤنث الجائح والجمع جوائح⁽¹⁾، وهي الشدة التي تجتاح المال، من سنة أو فتنة، فقد جاء في مختار الصحاح يقال جاحتهم الجائحة واجتاحتهم، وجاح الله ماله أي أهلكه بالجائحة⁽²⁾.

ولقد عرفها فقهاء المسلمين فمنهم من قال بأنها ما يصيب الزرع والثمر من السماء كالبرد والريح أو من آفة كالعفن والعطش، وقال إسحاق الجائحة إنما هي آفة تجتاح الثمر سماوية ولا تكون إلا في الثمار، وقال أبو عمرو الجوح الهلاك⁽³⁾.

ومما ذكر في كتب اللغة يتضح لنا بأن الجائحة تستعمل في الاستئصال والهالك والآفة والمصيبة.

الجائحة اصطلاحاً /

لقد وضع فقهاء الشريعة الإسلامية عدة تعريفات للجائحة أهمها :

- عرفها الباجي الأندلسي من المالكية " الجائحة اسم لكل ما يجيح الإنسان وينقصه، إلا أن هذا له عرف في الشرع واللغة، فإذا أطلق فهم منه فساد الثمرة، وهو الذي وضع عمر عن المبتاع قدره من الثمن"⁽⁴⁾.
- عرفها ابن رشد المالكي " الجائحة ما أصاب الثمرة من السماء، مثل البرد، والقحط، وضده، والعفن وأما ما كان من صنع الأدميين فلا يعتبر جائحة، إلا ما كان غالباً كالجيش، وذلك عند بعض أصحاب مالك"⁽⁵⁾.
- عرفها ابن قدامة الأندلسي من الحنابلة للجائحة بأنها " كل آفة لا صنع للأدميين فيها، كالريح، والبرد، والجراد، والعطش"⁽⁶⁾.

(1) الفيومي، المصباح المنير (ج1/113)

(2) الرازي، مختار الصحاح (ص 116)

(3) ابن منظور، لسان العرب (ص 396)

(4) الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ (ج4/232).

(5) ابن رشد المالكي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج2/156).

(6) ابن قدامة، المغني (ج4/216)

- وعرفها الحنفية " هي الآفة السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد، كالبرد، والحر والمطر، والجليد والزلازل والصواعق والفيضانات والحروب وما إلى ذلك " وبعد عرض هذه التعريفات يمكننا ترجيح تعريف ابن رشد المالكي للجائحة لأنه جمع الشروط الواجب توافرها لتطبيق أحكام الجوائح.

وتقوم فكرة الجوائح على بيع الثمار وهي ما زالت ملتصقة بأشجارها فتصيبها نازلة قبل قبضها فعلياً، فتؤدي إلى تلفها أو نقصان قيمتها، وبهذا تكون الجائحة عبارة عن كارثة طبيعية يمكن تعريفها بأنها كل نازلة أو آفة تصيب الثمار المبيعة وهي على رؤوس الأشجار، فيوضع عن المشتري من الثمن بقدر ما أصابته الجائحة، وبهذا المعنى تكون الآفات الطبيعية التي تصيب الثمر والبقول والخضار تدخل في مفهوم الجائحة.

ومن خلال التعاريف التي قام بوضعها الفقهاء نستطيع استخلاص الشروط التي يلزم توافرها لتطبيق أحكام الجوائح وذلك على النحو الآتي :

1- أن يكون تنفيذ العقد متراجياً، ومن عقود المدة عند المالكية والحنابلة وهذا شرط مستفاد من طبيعة نطاق أحكام الجوائح، وهي حالات بيع الثمار على رؤوس الشجر قبل نضجها.

2- أن تحدث بعد العقد جائحة عامة تصيب المعقود عليه، وذلك عند المالكية والحنابلة وهو شرط مستفاد من طبيعة الجائحة عندهم.

3- ألا يمكن التحفظ من تلك الجائحة، وهذا الشرط مستفاد من تقسيم ابن رشد عند المالكية للجائحة، حيث قسم الجائحة عند فقهاء المالكية إلى ما كان من جهة السماء، وما كان من صنع الآدميين، وبين أن ما كان من جهة السماء لا خلاف في المذهب أنه جائحة (وهي أمور لا يمكن التحفظ عليها)، وأما ما أصابها من جهة الآدميين فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش، لذلك لم يعتبر هؤلاء السرقة جائحة، فاستثنوا اللص وقالوا إنه لا يمكن أن يتحفظ منه.

4- أن تكون الجائحة آفة سماوية، أو آدمية، متلفة للثمار والزروع تلفاً جزئياً أو كلياً بعد إبرام عقد بيعها.

5- أن تكون الجائحة غير متوقعة ولا يمكن دفعها.

6- ألا تكون هذه الجائحة بفعل أو بسبب أحد المتعاقدين.

ولقد طبق النبي ﷺ ذلك فيما يسمي بالجائحة، فلقد روى الإمام البخاري ﷺ عن عمرة بنت عبد الرحمن أنها قالت : سمعت عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا تقول: " سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال أين المتألي على الله لا يفعل المعروف ؟ فقال أنا يا رسول الله، فله أي ذلك أحب " (1)، ولقد جاء أيضاً في صحيح البخاري " عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن أن أمه عمرة بنت عبد الرحمن قالت سمعت عائشة رَضِيَ اللهُ عَنْهَا تقول: " سمع رسول الله ﷺ صوت خصوم بالباب عالية أصواتهم وإذا أحدهما يستوضع الآخر ويسترفقه في شيء وهو يقول والله لا أفعل، فخرج عليهما رسول الله ﷺ فقال أين المتألي على الله لا يفعل المعروف ؟ فقال أنا يا رسول الله، فله أي ذلك أحب " (2)

ولقد جاء في موطأ الإمام مالك رَضِيَ اللهُ عَنْهُ عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن بن حارثة عن أمه عمرة بنت عبد الرحمن أنه سمعها تقول : ابتاع رجل ثمر حائط في زمن رسول الله ﷺ، فعالجه وقام فيه حتى تبين له النقصان فسأل رب الحائط أن يضع له أو يقلبه فحلف ألا يفعل فذهبت أم المشتري إلى رسول الله ﷺ، فذكرت له ذلك فقال رسول الله ﷺ : تألى أن لا يفعل خيراً فسمع بذلك رب الحائط فأتى رسول الله ﷺ : فقال يا رسول الله هو له " (3)

فلو تأملنا ونظرنا في هذا الحديث نجد في تفاصيل موضوعه أن رجلاً اشترى ثمر بستان في ظروف عادية وطبيعية وأجهد نفسه في القيام عليه، إلا أنه نظراً لظروف طارئة تبين له النقصان وأنه خاسر لا محالة فطلب من صاحب البستان أن يقوم بتخفيض الثمن مقابل ذلك النقصان أو يقلبه مطلقاً ويرد البيعة فقبول ذلك بالرفض من قبل البائع، وعندما علم النبي ﷺ بذلك أنكر ذلك الموقف من البائع، الأمر الذي جعل البائع يجعل للمشتري الخيار بين الفسخ وبين تخفيض الثمن وذلك أخذاً من رواية الإمام البخاري والإمام مسلم: " فله أي ذلك أحب " وجاء في صحيح مسلم أيضاً عن مسألة الجوائح عن جابر ﷺ قال رسول الله ﷺ : " لو بعت من أخيك ثمرأ فأصابتها جائحة فلا يحل أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟ " ولقد روى الإمام مسلم في صحيحه كذلك أن النبي ﷺ " أمر بوضع الجوائح "

إلا أنه بالرغم من ذلك فإن البعض من الفقهاء لم يأخذ بفكرة وضع الجوائح استدلالاً بما رواه أبو سعيد الخدري ﷺ أنه قال " أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها

(1) العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري (ج 4/307).

(2) [البخاري: صحيح البخاري، كتاب الصلح/ باب هل يشير الإمام بالصلح، 187/3: رقم الحديث 2705].

(3) الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ (ج 4/231).

فكثر دينه فقال رسول الله ﷺ : " تصدقوا عليه، فتصدق الناس عليه فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال ﷺ لغرمائه خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك" (1)

فلقد قال ابن رشد : " وأمام تعارض الآثار فيها وتعارض مقاييس الشبه حدث خلاف في هذه المسألة وقد رام كل واحد من الفريقين صرف الحديث المعارض للحديث الذي هو الأصل عنده بالتأويل "

وبناء على ذلك سنعرض للمذاهب التي أخذت بنظرية الجوائح وتلك التي لم تأخذ بها وذلك على النحو التالي :

أولاً - (الشافعية والحنفية) ذهبوا إلى عدم الأخذ بفكرة الجوائح :

وعمدتهم في هذا كما يقول ابن رشد: " وأما عمدة من لم يقل بالقضاء بها أي الجوائح، فتشبيه هذا البيع بسائر المبيعات، وأن التخلية في هذا البيع هي القبض، وقد اتفقوا على أن ضمان المبيعات بعد من المشتري ومن طريق السماع حديث أبي سعيد الخدري قال " رجل في ثمار ابتاعها وكثر دينه فقال رسول الله ﷺ : " تصدقوا عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال النبي ﷺ : خذوا ما وجدتم ليس لكم إلا ذلك " قالوا فلم يحكم بالجائحة، إن موقف الحنفية في رفضهم فكرة الجوائح ينطلق من مفهومهم للقبض حيث يعني لديهم التمكين والتخلية وارتفاع الموانع، فإذا كان المبيع مقدور التسليم فبالتخلية وارتفاع الموانع يتم القبض، بالإضافة إلى هذا فإن فقهاء الأحناف لم يقولوا بوضع الجوائح، لأنهم يرون بيع الثمار قبل صلاحها بيعاً للمعدوم وبيع المعدوم عندهم لا يصح، إذ لا بد أن يكون المعقود عليه موجوداً.

والإمام الشافعي ﷺ لا يقر أيضاً بفكرة الجوائح فيقول في كتابه الأم : " وحديث مالك عن عمرة مرسل، وأهل الحديث ونحن لا نثبت مرسلًا ولو ثبت حديث عمرة ما كان فيه - والله تعالى أعلم - دلالة على أن توضع الجائحة لقولها قال رسول الله ﷺ : " تألى أن لا يفعل خيراً، ولو كان الحكم عليه أن يضع الجائحة لكان أشبه أن يقول ذلك لازم له، حلف أو لم يحلف، وذلك أن كل من عليه حق قيل هذا يلزمك أن تؤديه إذا امتنعت من حق فأخذ منك بكل حال " ثم قال: " وإذا اشترى الرجل الثمرة فخلى بينه وبينها فأصابتها جائحة فلا نحكم له على البائع أن يضع عنه من ثمنها شيئاً" ثم قال بعد هذا إنه " وان لم يكن سفیان وهن حديثه بما وصفت وثبتت السنة بوضع الجائحة وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جنابة أحد عليه فأما أن يوضع من الثلث فصاعداً ولا يوضع ما دون الثلث فهذا لا خبر ولا قياس ولا

(1) [مسلم: صحيح مسلم، كتاب الطلاق/ باب استحباب الوضوع من الدين، 1191/3: رقم الحديث 18]

معقول" ثم قال: " ولو صرت إلى وضع الجائحة ما كنت الحجة فيها إلا اتباع الخير لو ثبت " واستدل أيضاً لعدم وضع الجوائح بنهي الرسول ﷺ عن بيع الثمر حتى ينجو من العاهة ويبدو صلاحه وما نهي عنه النبي ﷺ من قوله أرأيت إن منع الله الثمرة فيما يأخذ أحدكم مال أخيه " ثم استدل الإمام الشافعي بخبر قال عنه لا أدري أيثبت أم لا وهو ما روي عن سعد بن أبي وقاص ﷺ أنه باع حائطاً له فأصابته مشتريه جائحة فأخذ الثمن منه ⁽¹⁾

ثانياً - (المالكية والحنابلة) ذهبوا إلى الأخذ بفكرة الجوائح ⁽²⁾:

لقد ذهب أصحاب هذا الرأي إلى الأخذ بفكرة الجوائح ولقد استدلوا على ذلك بما ورد عن النبي ﷺ فاستدل المالكية بما رواه جابر عن النبي ﷺ، أن رسول الله ﷺ قال: " لو بعث من أخيك ثمرأ فأصابته جائحة فلا يحل أن تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟ " ولقد اتضح ذلك من العرض الفقهي للمالكية، فلقد جاء في المدونة الكبرى في كتاب الجوائح: "قلت لابن القاسم أرأيت المقائي هل فيها جائحة في قول مالك؟ قال: نعم إذا أصابت الثلث فصاعداً وضع عن المشتري ما أصابت الجائحة"، أما فيما يخص الحنابلة فقد عرض ابن قدامة المسألة بقوله " الجائحة كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والعطش والجراد لما روى الساجي بإسناده عن جابر أن النبي ﷺ قضى في الجائحة... " وقال أيضاً إن ما تهلكه الجائحة من الثمار من ضمان البائع، وبهذا قال أكثر أهل المدينة منهم يحيى بن سعيد الأنصاري ومالك وأبو عبيدة وجماعة من أهل الحديث، وقال به الشافعي في القديم وقال أبو حنيفة والشافعي في الجديد هو من ضمان المشتري، لما روي أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: إن ابني اشترى ثمرة من فلان فأذهبتها الجائحة فسأله أن يضع عنه فتألى ألا يفعل خيراً - متفق عليه - ولو كان واجباً لأجبره عليه ولأن التولية يتعلق بها جواز التصرف فتعلق بها الضمان كالتحويل والنقل، ولأنه لا يضمنه إذا أتلفه آدمي كذلك لا يضمنه بإتلاف غيره ⁽³⁾، ولنا ما روى مسلم في صحيحه عن جابر ﷺ أن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح وعنه قال: قال رسول الله ﷺ " إن بعث من أخيك ثمرأ فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً لم تأخذ مال أخيك بغير حق؟ رواه مسلم وأبو داود ولفظه " من باع ثمرأ فأصابته جائحة فلا يأخذ منه شيئاً علام يأخذ أحدكم مال أخيه المسلم؟ " وهذا دليل صريح في الحكم فلا يعدل عنه، قال الشافعي لم يثبت عندي أن رسول الله ﷺ أمر بوضع الجوائح ولو ثبت ذلك لم أدعه ولو كنت

(1) الشافعي، الأم (ص ص 82-83).

(2) ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقتع (ج4/251)، (ج12/194)؛ وابن قدامة، المغني (ج4/80).

(3) العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية (ص 337)

قائلاً بوضعها لوضعها في القليل والكثير، لقد قلنا إن الحديث ثابت رواه عدة أئمة منهم الإمام أحمد ويحيى بن معين وعلي بن حرب عن ابن عيينة عن حميد الأعرج عن سليمان بن عتيق عن جابر ورواه مسلم في صحيحه وأبو داود في سننه وابن ماجه وغيرهم، ولا حجة لهم في حديثهم، فإن فعل الواجب خيراً، فإذا تألى ألا يفعل الواجب فقد تألى ألا يفعل خيراً، فأما الإيجاب فلا يفعله النبي ﷺ بمجرد قول المدعي من غير إقرار البائع ولا حضور ولأن التخلية ليست بقبض تام بدليل ما لو تلفت بعطش عند بعضهم، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، وكذلك الثمرة فإنها في شجرها كالمنافع قبل استيفائها توجد حالاً فحالاً وقياسهم يبطل بالتخلية في الإجارة⁽¹⁾

وعلى هذا نرى أن المالكية والحنابلة قد أخذوا بفقهاء الظروف الطارئة التي لا تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل مرهقاً، وبالتالي ينقص الثمن بالقدر الذي أصاب المتعاقد على اجتهاد في هذا القدر استناداً إلى ما ورد عن النبي ﷺ من أمره بوضع الجوائح

هذا وفي الأحاديث دليل واضح على وجوب إسقاط ما اجتبح من الثمرة عن المشتري ولا يلتفت إلى قول من قال إن ذلك لم يثبت مرفوعاً إلى النبي ﷺ لأنه من قول أنس بل الصحيح رفع ذلك إلى النبي ﷺ استناداً إلى حديث جابر وأنس.

ونعرض لنظرية الجوائح عند المالكية والحنابلة بشيء من التفصيل كونهما قاموا بتبني النظرية بشكل كامل على النحو التالي :

❖ نظرية الجوائح عند المالكية⁽²⁾:

يعتبر فقهاء المالكية هم أول من ابتدعوا نظرية الجوائح، ولقد قاموا باستخلاص الأحكام التي تنظم الجوائح وتبين نطاقها⁽³⁾، فلقد فصل ابن رشد المالكي الأندلسي القول في الجائحة السماوية، وما كانت من صنع الأدميين، وبين آراء الفقهاء المالكية في هذين القسمين، فقال : وأما ما أصاب الثمرة من السماء : مثل البرد، والقحط، والعفن، فلا خلاف في المذهب أنه جائحة، وأما العطش فلا خلاف بين الجميع أنه جائحة، وأما ما أصاب من صنع الأدميين : فبعض أصحاب مالك رأوه جائحة وبعضهم لم يروه جائحة.

(1) ابن قدامة، المغني (ج7/177).

(2) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج3/203).

(3) الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام التعاقدية (ص 390)

فالذين رأوه جائحة انقسموا قسمين، فبعضهم رأى منه جائحة ما كان غالباً كالجيش، ولم ير ما كان منه بمعافصة (وهو الأخذ على غرة) جائحة، مثل السرقة، وبعضهم جعل كل ما يصيب الثمرة من جهة الآدميين جائحة بأي وجه كان (1)، فمن جعلها في الأمور السماوية فقط اعتمد على ظاهر قول النبي ﷺ (أرأيت إن منع الله الثمرة) ومن جعلها في أفعال الآدميين شبهها بالأمور السماوية، ومن استثنى اللص قال يمكن أن يتحفظ منه.

وبناء عليه فيمكن القول إن فقهاء المالكية لهم ثلاثة آراء في الجائحة السماوية وما كان من صنع الآدميين :

الرأي الأول / يذهب إلى أن الجائحة تكون في الأمور السماوية وحدها، أي تلك التي لا ترجع في أصلها إلى فعل الآدميين، مثال ذلك انحسار مياه العيون وانقطاع المطر وغارات الجراد، وأسراب الطير وهبوب الرياح وتقلبات الطقس ما بين حر لافح وبرد قارس والعطش (2)، وانتشار الديدان التي تتلف الثمر وحدوث العفن الذي يحلل خلايا النبات إلى غير ذلك من أنواع الجوائح.

الرأي الثاني / يذهب هذا الرأي إلى أن الجائحة بالإضافة إلى الآفات السماوية فإنها تشمل أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز عنها، وكانت غالبية كاجتياز الجيش الجرار، فلا ريب فيه أن المتعاقدين لا يستطيعان دفع هذا الجيش أو رده، أما في حال إذا كانت أفعال الآدميين غير غالبية، حتى وإن حدثت بغتة وعلى حين غرة، مثلاً كالسرقة، فإنها لا تعتبر في نظرهم في حكم الجائحة، لأنه من الممكن التحرز عنها.

الرأي الثالث / يذهب هذا الرأي إلى أن الجائحة تشمل جميع الأعمال سماوية كانت أم آدمية طالما أنها لم ترجع في مصدرها إلى أي من المتعاقدين.

ولقد حاول أنصار كل رأي من الآراء الثلاثة سالفه الذكر أن يوجدوا تبريراً لما ذهبوا إليه، فالذين قالوا بقصر الجائحة على النازلة السماوية وحدها، واحتجوا بظاهر حديث رسول الله ﷺ: " أرأيت إن منع الله الثمرة" (3) وقالوا إن المنع يرجع إلى الله وليس إلى فعل الإنسان والذين أضافوا فعل الآدمي إذا كان غالباً، فقد لاحظوا وجه الشبه بين الحادثة السماوية وبين الفعل

(1) قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي (ص 164)

(2) ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج2/163).

(3) [البخاري: صحيح البخاري، باب بيع المخاضرة، 78/3: رقم الحديث 2208]

الإنساني الغالب بجامع عدم إمكانية الدفع في الكل، أما الذين توسعوا في معنى الجائحة فشملت عندهم الحادثة السماوية وأفعال الأدميين بخلاف الأفعال التي تصدر عن المتعاقدين وبخاصة المشتري فيبدو أنهم أخذوا بفكرة المسؤولية العقدية كما يراها فقهاء القانون، وأياً كان الخلاف وأياً كان السبب الذي أدى إليه عند فقهاء المالكية حول طبيعة الجائحة، فإنهم رغم تفرقهم إلى ثلاثة آراء حول طبيعتها، إلا أنهم يتفقون فيما بينهم على حد يعتبر متفقاً عليه وهو أن الجائحة أمر لا يرجع في أصله إلى فعل الأدميين واختلف فيما بعد ذلك⁽¹⁾.

وأما محل الجوائح عند المالكية فهو الثمار والبقول، فأما الثمار فلا خلاف فيها فيما بينهم، أما البقول ففيها خلاف، والأشهر أن فيها جائحة، ولقد اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل الذي هو الثمر.

❖ نظرية الجوائح عن الحنابلة :

لم تجمع المذاهب الفقهية المختلفة على الأخذ بنظرية الجوائح التي قال بها المالكية، ولهذا فقد اختلفت مواقفها بشأنها، ما بين الأخذ بها والرفض لها، ومن المذاهب التي أخذت بنظرية الجوائح المذهب الحنبلي، فلقد اعترف هذا المذهب بهذه النظرية، والمهم بها هو الوقوف على تعريفها الذي تم وضعه من قبل الحنابلة، " كل آفة لا صنع للأدمي فيها كالريح والبرد والجراد والبطش " أي أنه ما كان بفعل آدمي فلا يعتبر في نظرهم جائحة حيث أجازوا للمشتري الخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع في الثمن، وبين البقاء عليه ومطالبة الجاني بالقيمة لأنه أمكن الرجوع ببذله بخلاف الجائحة، ودليل ذلك قال القاضي أبو يعلى من الحنابلة " المشتري بالخيار بين فسخ العقد ومطالبة البائع بالثمن وبين البقاء عليه، ومطالبة الجاني بالقيمة، لأنه أمكن الرجوع ببذله، بخلاف التالف بالجائحة "

وظاهر مذهب الحنابلة أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضب، فلا يتلف إليه، وعلى هذا إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة، وضع من الثمن بقدر الذاهب، فإن تلف الجميع بطل العقد، ويرجع المشتري بجميع الثمن.

فإن بلغت الثمرة أو أن الجزاز، فلم يجزها المشتري حتى اجتاحت، فقال القاضي أبو يعلى: " عندي لا يوضع عنه لأنه مفطر بترك النقل في وقته مع قدرته، فكان الضمان عليه،

(1) الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام التعاقدى (ص ص 391-393)

ولو اشترى ثمرة قبل بدو صلاحها بشرط القطع فأمكنه قطعها، فلم يقطعها حتى تلفت، فهي من ضمانه لأن تلفها بتقريطه، وإن تلفت قبل إمكان قطعها فهي من ضمان بائعها⁽¹⁾.

قال ابن القيم وبحق : " إن وضع الجوائح لا يخالف شيئاً من الأصول الصحيحة، بل هو مقتضى أصول الشريعة، فكما أنه موافق للسنة الصحيحة الصريحة، فهو مقتضى القياس الصحيح، فإن المشتري لم يتسلم الثمرة ولم يقبضها القبض التام الذي يوجب نقل الضمان إليه، فإن قبض كل شيء بحسبه، وقبض الثمار إنما يكون عند كمال إدراكها شيئاً فشيئاً، فهو كقبض المنافع في الإجارة، وتسليم الشجرة إليه كتسليم العين المؤجرة من الأرض والعقار والحيوان "

ويبقى التساؤل ما هو الجزاء في الجوائح وما هو مقداره ؟

الجزاء في الجوائح هو الحكم الذي يطبق في شأنها إذا اجتاحت الثمر فأتلفت بعض محصوله، وقد ذهب المالكية⁽²⁾ والحنابلة⁽³⁾، والشافعي في القديم، إلى أن ما أهلكته الجوائح هو من ضمان البائع، فيوضع عن المشتري ثمن ما أهلكته الجائحة من ذلك، وذهب الحنفية والشافعي في الجديد إلى أن ما أهلكته الجائحة من ضمان المشتري.

أما بالنسبة لمقدار الجزاء فذهب المالكية إلى التمييز في مقدار الجزاء بين ما يخرج من نبات الأرض إذا أصابته الجائحة، إذا كان ثماراً أو بقولاً.

1- الثمار والمقاتي / ذهب المالكية إلى أن الجائحة إذا أصابت الثلث فصاعداً في المقاتي وضع عن المشتري ما أصابته الجائحة⁽⁴⁾ وكذلك إذا كان مما يخرص مثل الأعناب والنخل، وكذلك الثمار والفاكهة والخوخ والرمان والتفاح، وكل ما يكون بطناً بعد بطن⁽⁵⁾.

قال مالك : أرى إن أصابت الجائحة الثلث وضع عنه ثلث الثمن لأن هذا ثمرة⁽⁶⁾، وقال مالك أيضاً : وكل ما اشترى من النخل والعنب بعدما يبس ويصير زيبياً أو تمراً أو يستجد ويمكن قطافه فليس فيه جائحة، وذلك لتأخير قطافه بعد نضجه.

2- البقول/ وأما البقول والكراث والسلق وما أشبه هذا والجزر والبصل والفجل، فقد قال مالك : أرى أن يوضع عن المشتري كل شيء أصابته الجائحة منها، قل ذلك أو أكثر، ولا ينظر

(1) الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية (ص 327-328)

(2) الامام مالك، المدونة الكبرى (مج12/25).

(3) ابن قدامة، المغني مع الشرح الكبير (ج4/215).

(4) الامام مالك، المدونة الكبرى، (مج12/25)

(5) المرجع السابق، مج12/21.

(6) المرجع نفسه، مج12/33.

فيه إلى الثلث، وقد ذكر علي بن زياد عن مالك أن البقل إذا بلغت جائحته الثلث وضع عن المشتري، وإن لم يبلغ لم يوضع منه شيء.

أما الحنابلة فإنهم لم يفرقوا في تعيين مقدار الجزاء فيما تصيبه الجوائح بين ما يخرج من نبات الأرض سواء ثماراً أو بقولاً، إلا أن اعتبار الثلث فيما تصيبه الجائحة أو لا، فله في مذهب الحنابلة قولان : فقد قال ابن قدامة المقدسي " ظاهر المذهب " أنه لا فرق بين قليل الجائحة وكثيرها، إلا أن ما جرت العادة بتلف مثله كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلف إليه، قال أحمد : إني لا أقول في عشر تمرات، ولا عشرين ثمرة، ولا أدري ما الثلث ؟ ولكن إذا كانت جائحة تعرف الثلث، أو الربع، أو الخمس توضع. وفي رواية أخرى : إن ما كان يعد دون الثلث فهو من ضمان المشتري (ولا يوضع عنه) وهو مذهب مالك والشافعي في القديم، لأنه لا بد أن يأكل الطير منها، وتنتثر الريح ويسقط منها، فلم يكن بد من ضابط واحد فاصل بين ذلك والجائحة، والثلث قد رأينا فإن الشرع اعتبره في مواضع، منها الوصية وعطايا المريض، قال أحمد : إنهم يستعملون الثلث في سبع عشرة مسألة، ولأن الثلث في حد الكثرة وما دونه في حد القلة، بدليل قوله ﷺ في الوصية : (الثلث والثلث كثير)⁽¹⁾ فيدل هذا على أنه آخر حد الكثرة.

وجه القول الأول عموم الأحاديث فإن النبي ﷺ أمر بوضع الجوائح وما دون الثلث داخل فيه، فيجب وضعه، ولأن هذه الثمرة لو لم يتم قبضها لكان ما تلف منها من مال البائع، وإن كان قليلاً لا يؤثر في العادة ولا يسمى جائحة فلا يدخل في الخبر ولا يمكن التحرز منه فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط وإذا ثبت هذا فإنه إذا تلف شيء له قدر خارج عن العادة وضع من الثمن بقدر الذهاب، فإن تلف الجميع بطل العقد ويرجع المشتري بجميع الثمن.

وأخيراً نستطيع القول إن من الفقه الإسلامي من أخذ بفكرة الظروف الطارئة ولكن تحت مسمى وضع الجوائح باعتبارها ظرفاً طارئة، وذلك في العقود متراخية التنفيذ أي التي يتم تنفيذها شيئاً فشيئاً كتلك التي ذكرناها، هذا وتجدر الإشارة إلى أنه بعد استقراء الأقوال، هناك من أخذ بوضع الجوائح وهناك من لم يأخذ بها، ويمكن القول إن فكرة الجوائح تلتقي مع نظرية الظروف الطارئة بجامع مراجعة العقد نظراً للظروف الطارئة وإن اختلفت صورة تطبيق كل

(1) [البخاري: صحيح البخاري، باب الوصية بالثلث، 3/4: رقم الحديث 2744]

منهما، حيث ارتبطت فكرة الجوائح بعقود القانون الخاص ببيع الثمار والبقول في حين ارتبطت الثانية عند نشأتها في فرنسا بعقود القانون العام.

إننا بلا تردد نستطيع القول إن تطبيق نظرية وضع الجوائح في الفقه الإسلامي هي صورة من نظرية الظروف الطارئة، الأمر الذي يجعل نظرية الظروف الطارئة أمراً مقبولاً لدى النظام الإسلامي نصاً واجتهاداً بناء على القواعد الفقهية المعتمدة كقاعدة "الضرر يزال" ؛ لقول النبي ﷺ: "لا ضرر ولا ضرار" وقاعدة "الضرر الأشد يزال بالأخف" وقاعدة رفع الحرج عن الناس والتوسع في الأحكام وغير ذلك.

الفرع الثالث: نظرية تغير قيمة النقود

تغير قيمة النقود ومفهوم الصلح على الأوسط الأساس الذي قامت عليه نظرية تغير قيمة النقود في معيارها العام :

"هو رفع الضرر المالي الزائد، الذي يلحق بأحد طرفي العقد بعد إبرام العقد، نتيجة لظرف طارئ، هو مفاجئ وغير متوقع ولا يمكن دفعه، أمر التحرز منه، يغير من قيمة النقود تغييراً يزيد من الالتزامات المالية لأحد طرفي العقد، فيختص وحده بالضرر دون المتعاقد الآخر، مما يوجب رفعاً لهذا الضرر وإزالته إعمالاً بموجبات العدل ونفي الضرر، في مقارنة التساوي بين الطرفين في قيمة الالتزام المالي لكل منهما، وذلك بالصلح على الأوسط"⁽¹⁾

فالمعيار العام الذي تقوم عليه النظرية في ظل الظروف الطارئة بعد إبرام العقود المالية إنما أساسه هو مقارنة التساوي بين التزامات المتعاقدين المالية، وذلك بناء على مبدأ (الصلح على الأوسط) حتى لا يأخذ الطرف المستفيد من زيادة التزام الطرف المضروب، زيادة غير مستحقة له في أصل العقد، وإنما نشأت بفعل الظرف الطارئ.

وبهذه النظرية عالج ابن عابدين - رائد هذه النظرية - مسألة العقود التي تنعقد بالقروش، وتوفي بالعملة الرائجة كالريال، والذهب، ويوجد منها في السوق عدة أنواع ثم هبطت قيمتها هبوطاً مختلفاً وحاداً فرأى أنه في هذه الحال :

يجب على الصلح على الأوسط منها ؛ لئلا يختص الضرر من هذا الهبوط بأحد العاقدين، معتمداً في ذلك على حديث النبي ﷺ " لا ضرر ولا ضرار".

(1) أبو حجير نظرية التعسف (ص 76)

وبخصوص هذه النظرية يقول رائدها ابن عابدين الآتي :

" وإنما اخترنا الصلح لتفاوت رخصها، وقصد الإضرار كما قلنا وفي الحديث " لا ضرر ولا ضرار "

ولو تساوى رخصها لما قلنا إلا بلزوم العيار الذي كان وقت العقد، كأن صار مثلاً ما قيمته مئة قرش من الريال يساوي تسعين، وكذا سائر الأنواع.

وأما إذا صار ما قيمته من نوع يساوي تسعين ومن نوع آخر خمسة وتسعين، ومن نوع آخر ثمانية وتسعين، فإن إلزامنا البائع بأخذ التسعين بمئة فقد اختفى الضرر به، وإن ألزمنا المشتري بدفعه بتسعين، اختفى الضرر به، فيجب علينا إذن وقوع واختيار الصلح على الأوسط.⁽¹⁾

ويؤكد ابن عابدين على نفي الضرر الزائد الذي يختص بأحد المتعاقدين وضرورة مقارنته بالتساوي بينهما في التزاميهما المالي في حكم نظريته عند تغير قيمة النقود بفعل الطرف الطارئ وذلك بالصلح على الأوسط، فإن تمسك أحد المتعاقدين بالمطالبة في تنفيذ التزام الطرف الذي زاد التزامه زيادة مالية ضارة، بفعل الطرف الطارئ، بناء على القوة الملزمة بالعقد، فإن تصرف هذا المطالب يعد تعسفياً وإساءة في استعمال حق المطالبة، في ظل قيام هذه الظروف الطارئة على المتعاقد.

أسباب تغير القوة الشرائية للنقود عند الاقتصاديين⁽²⁾ :

• كمية النقود المتداولة /

فمن المسلم به أن زيادة كمية النقود مع ثبات المعروض من السلع والخدمات يؤدي إلى نقصان قيمتها حيث ستؤدي هذه الزيادة إلى ارتفاع أسعار السلع والخدمات ونقصان القوة الشرائية للنقود.

(1) ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين (ص ص 65-56)

(2) أبو كلوب، تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي، (ص 107)

• مقدار الطاقة الانتاجية أو كمية انتاج السلع والخدمات /

فكلما زاد عرض السلع والخدمات زادت قيمة النقود، وكلما انخفضت كمية السلع والخدمات انخفضت قيمة النقود، ويتوقف انتاج السلع والخدمات على عدة عوامل طبيعية وسياسية واقتصادية.

• سرعة تداول النقود /

تؤدي سرعة دوران النقود إلى زيادة في قيمتها، وذلك بإنتقالها من شخص لآخر.

هذه هي الاسباب التي تؤدي الي تغير قيمة النقود ولكن يثار التساؤل حول مدى إعمال فكرة إعادة التوازن المالي للعقد بسبب انخفاض القوة الشرائية للنقود ؟

تهدف فكرة التوازن المالي إلى تحقيق التوازن بين الأعباء والمزايا التي ينتفع بها المتعاقدين على اعتبار أن مقتضيات العقد تتطلب وجوب التلازم بين مصالح الطرفين، وتعادل كفة الميزان بينهما، وذلك من خلال تعويض المتضرر وفق أحوال معينة وهو ما تقتضيه قواعد العدالة المجردة التي هي قوام القانون.

وبسبب تدهور الظروف الاقتصادية وما يترتب على ذلك من انخفاض القوة الشرائية للنقود وإصابة المتضرر بأضرار جسيمة بسبب هذه الظروف فإنه لا يوجد ما يمنع من إعمال هذه الفكرة ضمن نطاق المسؤولية المدنية، وذلك بأن يتدخل المشرع وينص على منح القاضي سلطة في إعمال هذه الفكرة، وذلك بغية إعادة التوازن المالي للالتزامات، وكذلك لإعادة التوازن المالي الذي اختل بسبب الظرف الطارئ والذي نتج عن انخفاض القوة الشرائية للنقود وتغيرها.

ولحين تدخل المشرع لا بد أن يكون للقضاء المدني دور بارز في إعمال هذه الفكرة ولا سيما أن هذه الفكرة أصلاً - في مجال العقد الإداري - من ابتداع القاضي الإداري، ويمكن أن تجد هذه الفكرة سنداً لها في فكرة تغير الظروف وهي ذات الفكرة التي قامت عليها نظرية الظروف الطارئة في القانون الكنسي، ذلك أن العقد يتضمن شرطاً ضمنياً مفاده أن الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه، ولا تتغير تغييراً جوهرياً، فإذا تغيرت بحيث يصبح تنفيذ الالتزام جائراً ومجحفاً بالنسبة إلى أحد المتعاقدين وجب تعديل العقد ليزول الظلم الناشئ من التغير المفاجئ في هذه الظروف التي لا دخل له بها (1).

(1) أبو كلوب، تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره، دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي، (ص 635)

شروط نظرية تغير قيمة النقود بفعل الظرف الطارئ⁽¹⁾:

- 1- وجود عقد تعاوضي مالي ملزم، يتراخى فيه تنفيذ الالتزام التعاقدي كما في العقود الإدارية (عقد التوريد)، والمستمرة التنفيذ.
- 2- أن يكون الظرف الطارئ الذي أحدث الزيادة المالية الضارة لأحد طرفي العقد - مشترياً كان أم بائعاً - بعد إبرام العقد وإلا لا تعمل النظرية بأحكامها.
- 3- أن يكون هذا الظرف الطارئ مفاجئاً وغير متوقع ولا مستطاع الدفع.
- 4- أن يكون الأثر المترتب على هذا الظرف الطارئ من شأنه أن يحدث زيادة مالية ضارة تذل بمصالح المتعاقد الذي قام هذا الظرف وأثره الضار في جانبه، إذ هو غير مستحق في أصل الالتزام التعاقدي عند إبرامه فإذا لم يحدث الظرف الطارئ ذلك الأثر الضار لهذا المتعاقد، فلا تعمل النظرية بأحكامها، لانتفاء مناط عملها وهو الأثر الضار للظرف الطارئ.

وأخيراً لو نظرنا إلى النظريات الثلاث التي عرضناها، نظرية العذر ونظرية الجوائح في الثمار والزروع ونظرية تغير قيمة النقود، لوجدنا أنها تطبيقات لنظرية الظروف الطارئة التي هي أساس بحثنا، فإذا أخذنا مفهوم العذر نجد أن هذا المفهوم يستوعبها على اعتبار ما يملكه من الشمولية والاتساع بحيث يفسخ أو يفسخ العقد بسببه بحسب الأحوال إذا ما كان العذر عاماً أو خاصاً، وإذا ما أخذنا نظرية الظروف الطارئة بمفهوم الجائحة نجد بأن هذه النظرية أيضاً تعتبر تطبيقاً من تطبيقات مفهوم الجائحة على اعتبار أن الجائحة ما هي إلا ظروف تجتاح المال فتهلكه كله أو بعضه بسبب كونها أمراً عارضاً خارجاً عن تدخل الإنسان، وكذلك نظرية تغير قيمة النقود فبالصلح على الأوساط نجد أنها قامت بإزالة الضرر على طرفي التعاقد، وتعتبر هذه النظريات أمثلة حية لنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي، وذلك تطبيقاً لمبدأ العدالة ومراعاة لما يجب من توفر التعادل والتوازن في الالتزامات وتنفيذها.

(1) ابو حجير، نظرية التعسف (ص 117)

المطلب الثاني

أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي

لقد اختلف الفقه والقضاء في وضع أساس قانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، واختلفا في تصور الأساس الذي تقوم عليه النظرية، بل تعددت آراؤهم في هذا الاتجاه مع تدعيمها بأسانيد عديدة، سواء كان ذلك في فقه القانون العام أم فقه القانون الخاص، ولعل ما يهمننا في هذا البحث أن نقوم بتسليط الضوء على أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون العام (القانون الإداري)، فلقد وضعت عدة معايير وأسس عديدة للأساس القانوني التي تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة نوردتها تباعاً بما يلي:

أولاً: فكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد

تقوم المرافق العامة بخدمات جوهرية ولازمة للجمهور والنظام العام، فإذا تعطلت ولو مؤقتاً عن العمل فإنه سيؤدى ذلك إلى أضرار عديدة لهذا كان من أهم واجبات الإدارة أن تعمل على ضمان سير المرافق العامة بانتظام واستمرار⁽¹⁾، فتعتبر هذه الفكرة هي الفكرة الأسبق التي قيلت في تبيان أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وهي الأكثر شيوعاً والأكثر ذكراً في أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري، ولقد وضعت لبنات هذه الفكرة مع حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو الشهيرة، حينما قرر هذا الأخير " أنه ينبغي أن نجد حلاً لهذه المسألة يحقق المصلحة العامة التي تستلزم استمرار المرفق محل الالتزام... "، وبسبب اعتماد الأفراد في حياتهم اليومية على المرفق العام، فالأصل أن يعمل هذا المرفق بصفة منتظمة ودائمة، فإذا توقف هذا المرفق عن أداء خدماته وإشباع حاجات الأفراد فإنه سيسبب الكثير من الصعوبات والمشكلات لدى الأفراد داخل الدولة، لذلك إذا طرأت ظروف غير متوقعة ترتب عليها إرهاق لمتعاقد وجب على الإدارة أن تهب لمساعدته والوقوف إلى جانبه⁽²⁾، يقول الأستاذ جاستون جينز " إن ضرورة استمرار سير المرفق العام هي الفكرة الأكثر رجحاناً في القانون

(1) مهنا، القانون الإداري (ص 436)

(2) جعفر، العقود الإدارية (ص 192)

العام...⁽¹⁾، ويقول الأستاذ jean rivero " إن نظرية الظروف الطارئة وضعت لهدف ضمان استمرار أداء الخدمات العامة " ⁽²⁾.

ويجب على هذه المرافق العامة أن تؤدي خدماتها بصفة دائمة ومستمرة وعلى الإدارة أن تعمل على تحقيق هذا الاستمرار، فإذا استجدت ظروف طارئة وترتب عليها إرهاق للمتعاقد وجب على الإدارة أن تقدم المساعدة للمتعاقد معها والوقوف إلى جانبه حتى يستطيع التغلب على هذه الظروف غير المتوقعة ويتمكن من الوفاء بالتزاماته، وبالتالي يستطيع المرفق أن يؤدي خدماته دون توقف، فالتعويض في حالة الظروف الطارئة يجد أساسه في مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽³⁾.

ولقد أقرت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الأساس في الكثير من أحكامها فقالت " .. متى توافرت هذه الشروط مجتمعة التزمت جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذي يكفل حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد " ⁽⁴⁾، وتقول أيضاً في حكمة وضع النظرية "... وذلك ضماناً لتنفيذ العقود الإدارية واستمرارية سير المرافق العامة ومراعاة الصالح العام " ⁽⁵⁾.

ولقد انضم لهذا الرأي طائفة كبيرة من الفقهاء، فهذه الفكرة ترجع أساس التعويض الذي يستحقه المتعاقد في حالة الظروف الطارئة إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وذلك أن عدم التعويض من قبل الإدارة سوف يؤدي إلى توقف المتعاقد عن القيام بالخدمات التي يحققها المرفق العام الأمر الذي يضر بالمصلحة العامة⁽⁶⁾.

(1) Jeze, 1932, p.255، مشار إليه لدى العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية (ص 316)

(2) Revero et waline, 2005 p.386، مشار إليه لدى العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية (ص 316)

(3) السناري، وسائل النقاد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها (ص 474-475).

(4) حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ 1993/4/4 في الطعن رقم، 549، 801 س 35 ق

(5) حكم المحكمة الادارية العليا بتاريخ 2001/5/8 في الطعن رقم 5955 س 43 ق

(6) فهمي، الوسيط في القانون الاداري (ج1/332)؛ حلمي، العقد الاداري (ص 130).

ولقد تم توجيه النقد من بعض الفقه لهذه الفكرة مفاده أنه ولئن كانت فكرة استدامة سير المرفق العام تشغل مكاناً أساسياً في نظرية العقد الإداري بصفة عامة ومع تسليمنا كذلك بأن هذه الفكرة هي التي استلهمها مجلس الدولة الفرنسي عند إقراره لنظرية الظروف الطارئة لأول مرة.. إلا أننا نرى أن هذه الفكرة لا تصلح وحدها في جميع الحالات لتأسيس حق التعويض في نطاق نظرية الظروف الطارئة، وأن هذا المبدأ لا يصلح كأساس بمفرده⁽¹⁾.

ويمكننا القول إن النقد الذي تم توجيهه لهذه لفكرة ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد لا ينقض ولا يجتث الفكرة من أساسها، وإنما بإضافة فكرة أخرى لها تعضدها وتقويها، إذا يرونها فكرة غير قادرة لوحدها على تبرير جميع حالات تطبيق النظرية، وهو ما حدا بنا إلى اعتبار فكرة العدالة وفكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية.

ثانياً: فكرة العدالة

تعتبر هذه الفكرة أن الأساس القانوني لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يكمن في قواعد العدالة ومقتضيات المصلحة العامة⁽²⁾، وتقوم هذه الفكرة لمواجهة حالات تعويض المتعاقد استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة في الحالات التي لا يمكن الاستناد فيها إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد كحالة فسخ العقد وانتهاء مدته، وإذا كان المبدأ قد استعمل على هذا النحو فإن المحكمة الإدارية العليا المصرية قد جعلت منه في بعض أحكامها أساساً رئيساً فقالت " إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد الجهة الإدارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة وهو المعاونة في سبيل المصلحة العامة وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح أو أجر عادل وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات ويكون من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً.."⁽³⁾. ويعتبر دكتورنا الفاضل هاني غانم " أطل الله في عمره " أن الرأي الراجح فقهاً

(1) عبد المولي، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (ص 512)

(2) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 697).

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعني رقمي 801، 549 لسنة 35 ق، جلسة 1993/4/4، مجموعة العقود الإدارية في أربعين عاماً و 452 وما بعدها، مشار إليه لدى غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 1182-1183).

وقضاء يكمن في قواعد العدالة ومقتضيات المصلحة العامة التي تهدف إلى استمرار المرافق العامة في تقديم خدماتها للجمهور وبطريقة مطردة.

ولقد تم انتقاد هذه الفكرة من بعض الفقهاء على أساس أنها فكرة فضفاضة وفكرة واسعة ويمكن التوسع في تفسيرها، وفكرة لا تصلح لتبرير النظام القانوني للعقد بصفة عامة.

إلا أن كثيراً من الفقهاء لم يقتنعوا بالدور الذي تقوم به فكرة العدالة باعتبارها أساساً احتياطياً فجعلوا منه أساساً مضافاً مع فكرة مبدأ سير المرافق العامة، وهو ما تجسده فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية والتي نوردها في الفكرة التالية.

ثالثاً: فكرة الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية (المعيار المختلط)

تقوم هذه الفكرة على أساس (الجمع بين المعيارين السابقين) الاستناد إلى مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد من جهة، وعلى فكرة العدالة من جهة أخرى أي أنهما فكرتان متلازمتان مقترنتان ببعضهما، ولقد تبنى مجلس الدولة المصري في بعض أحكامه هذا الرأي بقوله " إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أعملت المحكمة أثرها والذي يتمثل في إلزام جهة الإدارة بدفع التعويض للمتعاقد معها يكون عبارة عن مشاركتها له في تحمل عبء جزء كبير من الخسارة التي لحقت، تحده المحكمة في ضوء ما تجده محققاً للعدالة وكفالة سير المرفق العام بانتظام واطراد"⁽¹⁾ أي أنه يجب على الإدارة أن تهب لمعاونة المتعاقد معها للتغلب على تلك الظروف⁽²⁾، ولقد تحمس الكثير من الفقه المصري والعربي لهذا الرأي، فيقول الدكتور سليمان الطماوي " ويذهب الرأي الراجح في نظرنا إلى إرجاع التعويض إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وصلتها بالمرافق العامة..". إذن فالتعويض يستند إلى ضرورات سير المرافق العامة وإلى قواعد العدالة.

وتعتبر هذه الفكرة فكرة جيدة لأنها تقوم على أساس المزج بين مبدأ العدالة المجردة وضرورات ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد وذلك بسبب عدم كفاية فكرة العدالة المجردة وحدها كأساس للنظرية فكان لا بد من إضافة فكرة أخرى لها تقويها وتفترن بها وهي فكرة مبدأ دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

(1) القضية رقم 1632 س 41 جلسة 31-1-1989، مشار إليه لدى العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف

الطارئة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية (ص 319)

(2) الطماوي، الأسس العامة لعقود الإدارية (ص 697)

رابعاً: فكرة النية المشتركة لأطراف العقد

تفترض هذه الفكرة أن الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة هو النية المشتركة للمتعاقدين عند التعاقد، إذ إن نيتهم تتصرف إلى أن يتحمل الطرفان المتعاقدان آثار العقد الضارة طيلة تنفيذه، خاصة أن العقود الإدارية عادة ما تبرم لفترة طويلة، كثيراً ما تتغير خلالها الظروف التي نشأ في ظلها العقد⁽¹⁾، ولقد ترددت فكرة النية المشتركة لأطراف العقد كأساس لنظرية الظروف الطارئة في تقارير بعض المفوضين أمام مجلس الدولة الفرنسي من ذلك تقرير المفوض "chardenet" المقدم في قضية غاز بورديو حيث يقول موجهاً حديثه للمجلس " لقد طبقتم مبدأ أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية، ووفقاً للنية التي قصدتها الأطراف لحظة إبرام العقد"⁽²⁾

ولقد حاول بعض الفقهاء التقريب بين فكرة النية المشتركة أو الإرادة الضمنية لأطراف العقد وبين ما يعتنقه من فكرة التوازن المالي للعقد، ولم تطُل هذه الفكرة وإنما تعرضت لنقد كبير من الفقهاء، ولقد اعتبر العميد سليمان الطماوي هذا الأساس تعسفياً في معظم الحالات⁽³⁾.

ويحق لو كان أساس هذه الفكرة هو المحافظة على درجة التعادل بين طرفي العقد التي كانت موجودة وقت التعاقد، لوجب أن يكون الحل هو التعويض الكامل للمتعاقد وليس رد الالتزام إلى الحد المعقول، وتعرضت إلى نقد آخر ألا وهو إذا كانت نظرية الظروف الطارئة تؤسس على فكرة النية المشتركة للأطراف فإن هذه النية يمكن أن تتصرف أيضاً إلى استبعاد تطبيق هذه النظرية.

ويقول الدكتور عبد الحميد حشيش " إن هذه الفكرة منتقدة وتعسفية ولا يمكن أن تخدم الأساس القانوني لفكرة الظروف الطارئة " ويضيف كيف يمكن الحديث عن النية المشتركة

(1) يعد من أصحاب هذا الرأي الفقيه " بونار" والفقيه " دي سوتو " و مشار إليه لدى د.الطماوي، الأسس

العامة للعقود الإدارية (ص 696)، وعلي، آثار العقود الادارية، (ص 295)

(2) على، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الاسلامية (ص 48)، مشار إليه لدى ثابت،

أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين (ص 92)

(3) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 696)

للأطراف والفرض أن مصالحهم متعارضة فالمدين في حالة الظروف الطارئة تتصرف نيته إلى التحرر من الالتزام في حين أن الدائن قد تتصرف نيته إلى الاستفادة من تلك النتائج (1).

خامساً: فكرة التوازن المالي للعقد

تفترض هذه الفكرة ضرورة تحقيق التوازن بين الالتزامات التي يفرضها العقد الإداري على المتعاقد مع الإدارة وبين حقوقه بما ينتظره من ربح من وراء هذا العقد، فلقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد بمناسبة تدخل الإدارة في عقود الامتياز فقد تولى المفوض ليون بلوم صياغة هذه الفكرة من تقريره الذي قدمه في قضية "ie francais des " tramways" الصادر بشأنها حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11 مارس سنة 1910 بقوله " إن من طبيعة عقود الالتزام أن نطلب ونحقق المساواة وبقدر الإمكان بين المزايا الممنوحة للملتزم والمسؤوليات المفروضة عليه بحيث يكون هنالك توازن وبشكل متقابل بين المنافع المحتملة والخسائر المتوقعة، إنه في كل عقد التزام يجب أن يكون هناك توازن شريف بين ما هو ممنوح وما هو مطلوب، هذا الذي نسميه بالتوازن المالي والتجاري للعقد، إنها معادلة مالية في عقد الالتزام (2).

ويتجه بعض الفقهاء الفرنسيين صوب هذه النظرية مثل الاستاذ " فالين " و" دي سوتو " حيث يشير هذا الأخير إلى أن " حفظ التوازن المالي للعقد يعتبر قاعدة أساسية في نظرية العقود الإدارية " ويقول هو أيضاً " إنه من بين القواعد الأساسية في العقود الإدارية القاعدة المسماة بحفظ التوازن المالي للعقد حيث يلزم إعادة هذا التوازن سواء كان الإخلال ناتجاً عن عمل الإدارة أو لظروف خارجة عنها " (3).

ولقد ذكرت المحكمة الإدارية العليا المصرية في بعض أحكامها هذه الفكرة فقالت " إن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره، أو الخسارة المألوفة في التعامل وإنما أساس تحمل الجهة الإدارية لجزء من خسارة محققة وفادحة

(1) راجع عبد الحميد حشيش، نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية، دراسة مقارنة، (ص 395)، مشار

اليه لدى علي، اثار العقود الادارية، (ص 296) ، عبد المولي، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد

الإداري، (ص 506)

(2) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص ص 610 - 611).

(3) De soto note dallos 1950 p.454 et v. de soto imprevison et economie dirigee p

817، مشار إليه لدى: العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين القانون المقارن والشريعة

الإسلامية (ص 322)

تدرج في معنى الخسارة الجسيمة بغرض إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه في سبيل تحقيق المصلحة العامة " (1)

ولقد أخذت بهذه الفكرة محكمة القضاء الإداري المصري في حكمها الصادر في 30 من يونيو 1957 حيث قالت " إن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يتمتع بها اعتباراً بأن نصوص العقد تؤولف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين... " (2) ثم وفي ذات الحكم " وبهذه الضوابط تكون العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يجنيها المتعاقدون منها... " ثم قالت " إن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري " (3).

ومن الملاحظ أن المحكمة وإن كانت قد ساقطت تلك العبارات للحديث عن الإخلال بالتوازن المالي للعقد نتيجة لتعديله من قبل الإدارة، إلا أنه يظهر جلياً أنها اعتمدت معيار التوازن المالي للعقد قاعدة عامة وذلك بقولها " إن هذا التوازن أمر مفترض في كل عقد إداري"، وهو ما تحدث عنه العميد الدكتور سليمان الطماوي رَحْمَةُ اللَّهِ فِي تَعْلِيْقِهِ عَلَى هَذَا الْحُكْمِ بِقَوْلِهِ " وواضح من صياغة الفقرات السابقة من حكم محكمة القضاء الإداري المصرية أن المحكمة قد أخذت بالأفكار الراجعة فيما يتعلق بنظرية التوازن المالي للعقود الإدارية " (4).

وعلى الرغم من كل هذه الأحكام وهذه القرائن والدلائل والتي تدلل على هذه الفكرة إلا أن فكرة التوازن المالي للعقد قد تعرضت للنقد من قبل بعض الفقهاء، أمثال الأستاذ الفرنسي pequignot والأستاذ F.llorens بدعوى أن فكرة التوازن المالي للعقد تقوم على التعويض الكامل، في حين أن التعويض في نظرية الظروف الطارئة يكون تعويضاً جزئياً، وبظل كذلك ولو تحملت الإدارة النصيب الأكبر منه (5).

(1) الطعن رقم 3562 س 29 ق جلسة 16-5-1987، الموسوعة الإدارية الحديثة 1995 (ج35/384).

(2) حكم محكمة القضاء الإداري 30-5-1957، القضية رقم 983 و المبادئ، س 11، ص 607

(3) حكم محكمة القضاء الإداري، 30 - 5 - 1959

(4) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 621)

(5) Pequignot, 511 no 398، مشار إليه لدى العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين

القانون المقارن والشريعة الإسلامية (ص 323).

ولقد أكد أيضاً الدكتور ثروت بدوي في رسالته للدكتوراه، إلى ضرورة التخلص من فكرة التوازن المالي للعقد، إذ إنها فكرة خطيرة وغير صحيحة، وتتبدى خطورتها في الطابع العام الذي يريد بعض الفقهاء إضفاءه عليها حيث يسندون كل تعويض يستحقه المتعاقد إلى تلك الفكرة، كما هو رأي دي سوتو كما أشرنا، كما ترجع عدم صحة هذه النظرية أيضاً إلى عدم تطابق التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة اختلال العقد مع التوازن المالي الذي روعي عند التعاقد، ويقدم الدكتور ثروت بدوي فرضين لتصوير هذه الحالة⁽¹⁾:

الحالة الأولى / فقد يحدث أن يقبل المتعاقد عند إبرام العقد أسعاراً غير مجزية نتيجة خطأ من جانبه فإذا حدث وتدخلت الإدارة في تنفيذ العقد بعد ذلك، فإن القضاء يحكم بالتعويض الكامل لا على أساس السعر الذي قبله المتعاقد عند إبرام العقد، ولكن على أساس السعر الحقيقي وقت تدخل الإدارة في التنفيذ .

الحالة الثانية / حالة إنهاء الإدارة للعقد بلا خطأ، ففكرة التوازن المالي للعقد لا يمكن أن تبرر التعويض الذي يحكم به القضاء على الإدارة حيث إنه لا يمكن في هذا الفرض التحدث عن توازن مالي لعقد غير موجود.

تلك كانت الأفكار التي قيلت في الأساس التي تركز عليه نظرية الظروف الطارئة ولكن وبعد عرض هذه الأفكار ما هو الأساس المختار والراجح الذي تستند إليه نظرية الظروف الطارئة؟

وللإجابة على هذا السؤال سنقوم بتحليل هذه الأفكار مع طرح أدلتها ومن ثم ذكر الراجح منها مدعماً بالأدلة والأسانيد.

بداية إن فكرة سير المرافق العامة بانتظام واطراد في القانون الإداري كان هرباً من أسر مبدأ سلطان الإرادة الذي يعتمده القانون الخاص، ولقد كانت هذه الفكرة ملاذاً للقضاء الإداري لتطبيق النظرية على الإدارة التي لا تستطيع النكول مع ادعاء هذا المبدأ عن التعويض، لأنها تعتمد على سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلا أن الفكرة لا تخدم النظرية بشكل عام، فإذا كانت الفكرة تصلح لتغطية بعض العقود فإنها لا تصلح لتغطية عقود أخرى، فقد ترى الإدارة أن المرفق العام لن يتوقف عن أداء خدماته بانتظام واطراد لو توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته التي توقفت بسبب الظروف الطارئة، ومثال ذلك عقد التوريد فقد يكون لدى الإدارة متوفر مخزون

(1) بدوي، عمل الأمير (ص129) وما بعدها، مشار إليه لدى: الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 612-613)

احتياطي من المواد التي تكفيها لتجاوز تلك الأزمة، ومن ثم لم يتوقف المرفق العام، والحالة هذه لن يتمكن المتعاقد لو أصابه ضرر من الحصول على التعويض في حالة لجوئه للقضاء حيث لن يجد هذا الأخير أساساً للتعويض (1).

وفكرة سير المرافق العامة بانتظام واطراد لا تخدم الإدارة حينما يحقق المتعاقد أرباحاً هائلة نتيجة لظروف طارئة اخلت باقتصاديات العقد لصالح المتعاقد محققاً أرباحاً كبيرة من وراء تلك الصفقة لم يكن في الحسبان حصولها، فهي خارجة عن توقعات الأطراف.

إن هذه الفكرة لا ينكر دورها ولكنها لا تصلح لتغطية كل فرضيات النظرية.

أما بخصوص فكرة العدالة فيمكن القول عنها إنها مصدر عام للأفكار الجزئية، فإن اعتماد مبدأ العدالة لوحده لا يكفي بل لا بد من إيجاد فكرة من الأفكار نؤسس عليها نظرية الظروف الطارئة، ولقد تم انتقاد هذه الفكرة من بعض الفقهاء على أساس أنها فكرة فضفاضة وفكرة واسعة ويمكن التوسع في تفسيرها، وفكرة لا تصلح لتبرير النظام القانوني للعقد بصفة عامة بل لا بد من إضافة فكرة دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد معها.

وبالنسبة لفكرة النية المشتركة لأطراف العقد فهي فكرة منقذة وتعسفية (2) ولا يمكن أن تخدم الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة، فكيف يمكن أن نتحدث عن نية مشتركة لأطراف العقد، وبطبيعة الحال تكون مصالح أطراف العقد متعارضة فالمدين تتصرف نيته إلى التحرر من الالتزام وفي الجانب الآخر تتصرف نية الدائن إلى الاستفادة الكبيرة من تلك النتائج.

وتعتبر فكرة التوازن المالي للعقد في تحديد الأساس القانوني الذي تستند عليه نظرية الظروف الطارئة، هي فكرة ملزمة لطرفي العقد، وليس من شك في أن سلامة العقد من العيوب مرتبطة بتناسب الأداءات المتقابلة فهي مقصود العاقدين، ولو لم يكن التوازن المالي للعقود محل اعتبار لما كان هناك حاجة لاعتبار عيوب الإدارة من الغش والتدليس والاستغلال والغلط، ومباشرة عند تطبيق نظرية الظروف الطارئة فيكون المقصود من ذلك عودة التوازن بين الأداءات المتقابلة بين الاطراف، مع مراعاة أن التوازن الطبيعي للعقد لا يختل إلا مع بداية الاختلال الذي لم يكن يتوقعه الأطراف عند إبرام العقد، وذلك لضمان استقرار المعاملات، وهو الأمر الذي يكلفه شرط النظرية حتى لا تنطبق الأخيرة إلا عند حدوث اختلال في اقتصاديات العقد، وهذا الاختلال يخرج عن الحد المألوف في التعامل، لأن الخسارة العادية لا تستدعي

(1) العجمي، أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية (ص 344)

(2) السناري، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها (ص 471)

تطبيق النظرية، وكما أنها تحقق دائماً مبدأ دوام سير المرافق العامة، وإضافة إلى ذلك تكون قابلة للتطبيق أثناء تنفيذ العقد وبعد تنفيذه.

ولكن على الرغم من ذلك فإن فكرة التوازن المالي للعقد يشوبها بعض العيوب والنقص ولقد تم تعرضها للنقد من عدة جوانب منها : أن نظرية الظروف الطارئة تفترض حدوث قلب لاقتصاديات العقد رأساً على عقب وليس مجرد إخلال في التوازن المالي للعقد، ومن جانب آخر إن التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد، أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يقتصر على مساهمة ومعاونة الإدارة للمتعاقد في مقدار الضرر ومن ثم يكون تعويض جزئي مؤقت⁽¹⁾، ومن جانب آخر ففكرة التوازن المالي للعقد لا يمكن أن تبرر حق المتعاقد في طلب التعويض للظروف الطارئة، عندما يستخدم حقه في طلب فسخ العقد قضائياً في حالة قلب اقتصاديات العقد نهائياً، فالفرض أنه لا يمكن الحديث عن إعادة التوازن المالي للعقد المنتهي الذي لم يعد له وجود، ومن ثم لا تصلح فكرة التوازن المالي للعقد كأساس لطلب التعويض الذي يتقدم به المتعاقد بعد انتهاء العقد وبناء على ذلك لا يصلح مبدأ التوازن المالي للعقد كأساس لحق التعويض في نظرية الطارئة.

وأخيراً وبعد سرد كل الأفكار ومناقشتها ونقدها، فإذا ما أردنا أن نختار أساساً قانونياً تقوم عليه نظرية الظروف الطارئة فإننا نختار ونرجح " أساساً مزدوجاً " أو " معياراً مختلطاً"، يتمثل في مبدأ سير المرافق العام بانتظام واطراد إلى جانب فكرة قواعد العدالة، فإن مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد وأن كان هو الأساس الفعال لنظرية الظروف الطارئة إلا أنه لا يصلح وحده، وإنما لا بد من أن أساس تكميلي آخر ألا وهي قواعد العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري والتي هدفها المصلحة العامة التي تؤول بطبيعة الحال إلى كفاءة حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، فلا بد من اقترانهما ببعضهما البعض ؛ لأن قواعد العدالة تهدف إلى استمرار المرفق العام في تقديم الخدمات للجمهور وتعتبر هذه الفكرة هي الراجحة والمختارة لأنها تقوم على أساس المزج بين مبدأ العدالة المجردة وضرورة استمرار سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

(1) ولقد أوضحت هذا الفارق بين نظرية الظروف الطارئة وبين نظرية التوازن المالي للعقد محكمة القضاء الإداري في حكمها بتاريخ 1976/10/17 حيث قضت بأن " التعويض تأسيساً على نظرية التوازن المالي للعقد يكون تعويضاً كاملاً عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد، أما في حالة الظروف الطارئة فإنه يكون مقصوراً على معاونة ومساهمة في مقدار الضرر

الفصل الثالث:
شروط تطبيق نظرية الظروف
الطارئة وآثارها

الفصل الثالث

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وآثارها

تقوم نظرية الظروف الطارئة عندما تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، وذلك نتيجة لظروف استثنائية لم يكن بالمقدور توقعها عند إبرام العقد، ويؤدي هذا الاختلال إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقاً للمتعاقد، بما يترتب عليه خسائر تجاوز في حدتها الخسارة العادية المألوفة في التعامل، ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة لا بد من توافر عدة شروط مجتمعة، فإذا ما توافرت هذه الشروط كلها فإنها ترتب آثاراً بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة، يكون هدفها الأصيل والرئيس ضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد وعدم تعطله مطلقاً، وذلك لكي يتسنى للمتعاقد مع الإدارة من تنفيذ الالتزام الملقى على عاتقه بشكل يحافظ ويتمشى مع انتظام وسير المرفق العام بانتظام وإطراد.

ويكون هذا الأثر مؤقتاً فيعتبر الهدف من النظرية هو مواجهة ظروف طارئة بمقتضاها تتمكن الإدارة والمتعاقد معها من أن تتخطى عقبات تنفيذ العقد وذلك بهدف السير المنظم والصحيح للمرفق العام، فإن زال ظرف الطارئ وزال ما أحدثه من انعدام في التوازن المالي للعقد، فحينئذ يزول واجب الإدارة بمساعدة المتعاقد معها وتعويضه.

ومن أجل ذلك كله قمنا بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسيين، نتناول في المبحث الأول شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والأحكام التي تستند إليها هذه النظرية بشيء من التفصيل، وفي المبحث الثاني نتناول آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة. وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وأحكام الاستناد إليها

المبحث الثاني: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المبحث الأول

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وأحكام الاستناد إليها

وفي هذا المبحث سنقوم بالحديث بشكل مفصل عن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والأحكام التي تستند إليها هذه النظرية، ومن ثم الحديث عن الاتفاقات بخصوص هذه النظرية ومن ثم مقارنة الشروط الشرعية التي تناولتها الشريعة الإسلامية مع الشروط القانونية التي تناولها شراح القانون ونخصص لكل جزء من هذا المبحث مطلباً مستقلاً وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني: أحكام الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة ونهايتها.

المطلب الثالث: مقارنة شروط تطبيق النظرية في الشريعة الإسلامية بشروط تطبيق النظرية في القانون الوضعي.

المطلب الأول:

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لا تختلف شروط تطبيق النظرية في ظل القانون الخاص عنه في ظل القانون العام على أساس أن ازدهار النظرية كان في بدايته في ظل القانون العام، ولقد أخذ بها القضاء الإداري الفرنسي، في عقد التزام في أول الأمر في 1916/3/30 في قضية الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو⁽¹⁾، ومنذ ذلك الحين أتيح للقضاء الإداري فرصة تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية ويمتد ذلك إلى كل صور العقود الإدارية، وإن كان مجالها الأساسي هو عقود الالتزام إلا أنها تنطبق على جميع العقود الإدارية، مثل عقد الأشغال العامة وعقود النقل وعقود التوريد، وغيرها من العقود الإدارية، ولكنها لا تنطبق في ذات الوقت على عقود

(1) لقد كانت الحرب العالمية الأولى هي المناسبة التي دعت مجلس الدولة الفرنسي للأخذ بها في قضية الشركة العامة لإنارة مدينة بوردو، حيث التزمت الشركة بتوريد الغاز والكهرباء للمدينة بسعر معين وروعي في تحديد هذا السعر ثمن الفحم في ذلك الوقت، ولما اندلعت الحرب العالمية الأولى (1914-1918) ارتفعت الأسعار ارتفاعاً فاحشاً وكبيراً للفحم والغاز، ولما رفع الأمر إلى مجلس الدولة قضي وافر بتعديل العقد بما يتناسب مع السعر الجديد.

القانون الخاص التي تبرمها الإدارة لأن نزاعاتها تدخل في اختصاص المحاكم العادية التي رفضت دائماً حتى زمن قريب إقرار هذه النظرية وتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري دون القضاء المدني، إلى أن أقرها القانون المدني المصري صراحة (1).

ولقد أقرها القانون المدني الفلسطيني وذلك في المادة (151) والذي تنص على " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك "

ولقد حددت المحكمة الإدارية العليا بمصر شروط تطبيق الظروف الطارئة بقولها (2) " إن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر، لم تكن في الحسابان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا، ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب الخسارة التي أحاققت به طوال فترة الظرف الطارئ وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه، ويقتصر دور القاضي الإداري بالحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل للالتزامات العقدية (3).

وبناء على الحكم السابق فإنه يتوجب توافر عدة شروط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وهي على النحو التالي:

أ- وقوع ظرف طارئ استثنائي عام.

ب- أن يكون هذا الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه.

(1) لقد كان القضاء المدني قبل هذا الوقت يؤكد على أنه " وإن كانت هذه النظرية تقوم على أساس من العدل والعمو والإحسان، إلا أنه لا يصح لهذه المحكمة أن تسبق الشارع في ابتداعها "، ولقد قنن المشرع المدني المصري نظرية الظروف الطارئة في الفقرة 2 من المادة 147 منه، وبذلك سبقت التشريع المدني الفرنسي في هذا المجال والذي ما زال يطبق القواعد المدنية التقليدية، السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ص 525)

(2) الشواربي، العقود الإدارية (ص 55)

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1562 لسنة 10 ق، جلسة 1968/5/11، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الأول، القاعدة 566، ص 893

ت- أن يقع الحادث بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه.

ث- أن يترتب على الظرف الطارئ إرهاب للمتعاقد.

وبعد ذكر الشروط الواجب توافرها لتطبيق نظرية الظروف الطارئة نأتي لشرح هذه الشروط بشيء من التفصيل حيث نقوم بتخصيص فرع مستقل لكل شرط من هذه الشروط ونختتم هذا المطلب بالحديث عن مدى انطباق نظرية الظروف الطارئة على قطاع غزة، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: وقوع ظرف طارئ استثنائي عام

يشترط في هذا الظرف أن يكون استثنائياً من جانب، وأن يكون عاماً من جانب آخر⁽¹⁾، وحدث هذا الظرف هو الشرط الأساسي الذي يبرر اللجوء إلى هذه النظرية والتي سميت به، كما ويقضي أن يكون هذا الظرف هو من قبيل الحوادث الاستثنائية ذات الطابع العام، وعليه فإن هذا الشرط ينبغي لتحقيقه أن يتصف بصفتين، أولاً أن يكون الحادث استثنائياً، وثانياً أن يكون ذا طابع عام.

أولاً: أن يكون حادثاً استثنائياً:

يحدد الفقه معنى الحادث الاستثنائي بقوله " هو ذلك الحادث الذي يكون نادر الوقوع أو خارجاً عن الحد المألوف، بمعنى أنه لا يتفق مع السير الطبيعي للأمر حيث لم يعتد عليه الناس في معاملاتهم وحياتهم اليومية ولا يعول عليه الرجل العادي، ولا يدخل في حسابه"⁽²⁾.

ثانياً: أن يكون حادثاً عاماً:

ومن الجانب الآخر فإنه يتعين أن يكون هذا الظرف عاماً، بمعنى أن يكون شاملاً لطائفة من الناس، أو غالبية أهل البلد أو سكان إقليم معين أو مجموعة من الناس يشكلون

(1) يحدث في غالب الاحيان أن يكون الظرف حادثاً أو واقعة بعينها، ولكن قد يحدث أن تتظاهر مجموعة من الأحداث أو الوقائع في جعل الالتزام مرهق، وفي هذه الحالة يكون الظرف الطارئ مركباً، وقد أشارت محكمة استئناف الاسكندرية في حكمها الصادر بتاريخ 26 فبراير 1956 إلى الظروف الطارئة المركبة بقولها " إن هبوط الأسعار لم يكن نتيجة مترتبة على صدور قانون الإصلاح الزراعي وحده دون اعتبار لباقي الظروف الاقتصادية التي عاصرت صدور هذا القانون، مشار إليه لدى عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة (ص 45)

(2) ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الادارية (ص 68)

طبقة في المجتمع وليس قاصراً على المتعاقد مع الإدارة، ولا على عدد قليل من الناس كموت المتعاقد أو مرضه أو إفلاسه (1).

وتأكيداً على ذلك لا يستجاب إلى طلب المتعاقد مع الإدارة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه في حال تم حرق محصوله أو أصابه مرض أثر على تنفيذ العقد وجعله مرهقاً له، لأن هذه الحوادث خاصة بالشخص المتعاقد مع الإدارة وليست شاملة لعدد كبير من الناس (2).

فلقد ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري والتي استظهرت فيها بأنه " يشترط للحادث المفاجئ أو القوة القاهرة أن يكون غير موقع ولا يمكن دفعه، وأن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بمعنى أن تكون الاستحالة مطلقة فلا تكون بالنسبة للمدين فحسب بل تكون بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين وعليه فإن مرض المتعاقد ومكوته في المستشفى لمدة عام لا يعد سبباً قهرياً يستحيل معه إتمام تنفيذ العقد في الموعد المحدد والمتفق عليه ذلك إن كان من الممكن له في هذه الحالة أن يعهد لغيره بمتابعة سير العمل أثناء مرضه، والذي يعد ظرفاً شخصياً لا ينبغي له أن يؤثر في سير أعمال المرفق العام بانتظام واطراد (3).

ولقد تبني المشرع الفلسطيني ذات موقف المشرع الفرنسي والمصري حيث اشترط لانطباق النظرية أن يكون الظرف الاستثنائي عاماً، حيث تنص المادة (151) منه على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة..."

وفي حقيقة الأمر يعتبر هذا الشرط غير منطقي وغير عادل وفيه إجحاف بحق المتعاقد مع الإدارة، أما أنه غير منطقي فلأنه يقيس الأثر الجزئي بمعيار الأثر الكلي، إذ يجب تقدير الظرف بقدره سواء كان المصاب فرداً أم مجموعة من الأفراد أصاب إقليمياً واحد أم مجموعة أقاليم، فلو تم إلقاء قنبلة في حرب ما أو في غير حرب ولم تصب هذه القنبلة إلا شخص واحد أوجده القدر في هذا المكان حينها، فهل نقوم بالطلب من هذا الشخص أن يقوم بالبحث عن شركاء آخرين في محنته حتى تطبق عليه النظرية (4).

(1) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 1165)

(2) عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة (ص 47)

(3) فتوي رقم 540 بتاريخ 1999/7/15، جلسة 1999/6/16، ملف رقم (46/2/78)، مجموعة مبادئ الجمعية في شأن العقود منذ نشأتها عام 1946 وحتى عام 2005 (ج1/200).

(4) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 1165-1166)

وأما أن هذا الشرط غير عادل فلأنه يحرم المدين المرهق من ميزة وخاصة منحها له القانون، وانطبقت عليه كل شروطها المألوفة باعتبار أن العمومية ليست شرطاً عادلاً ولا مألوفاً، وتقضي العدالة وهي الأساس القائم عليه النظرية أن يحصر نطاق التطبيق في حدود العلاقة العقدية بغض النظر عما عداها من علاقات (1).

ومن الممكن تفسير اشتراط القضاء لشرط العمومية في هذا الظرف وهو إغلاق الباب أمام المدين ومنعه من التذرع بأي ظرف خاص قد يصيبه ويحل به ليتحلل ويتصل من الالتزام الملقى على عاتقه، أو لأجل أعمال هذه النظرية وطلب الحصول على التعويض، وبالرغم أن هذا الاحتمال يبقى وارداً، إلا أننا نؤيد الرأي السابق ونرى إمكانية التغلب على مثل هذا الاحتمال بالقول إن للقاضي الإداري السلطة التقديرية الكاملة فيما يتم عرضه عليه من قضايا، وله كامل الصلاحيات في إصدار القرار بناء على تقدير ظروف كل قضية على نحو يجعله يملك الصلاحية في أعمال النظرية أم لا، وبالتالي يمكن وصف هذه السلطة التقديرية أنها بمثابة الضابط (الميزان) لعدم تذرع المدين بجملة من الأسباب لا حصر لها وذلك بغية الحصول على التعويض من جهة الإدارة أو للتهرب من أي غرامات قد يتم فرضها عليه، وذلك نتيجة لعدم التزامه في تنفيذ الالتزام التعاقدى بينه وبين جهة الإدارة.

ولكن يثار التساؤل حول طبيعة الحادث أو الظرف الذي يوجب معه أعمال هذه النظرية ؟

لقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي في بداية الأمر على أن الظرف الطارئ في مفهوم هذه النظرية يجب أن يكون من طبيعة اقتصادية ومستقل عن إرادة أطراف العقد، وذلك على أساس أن نظرية الظروف الطارئة هدفها حماية المتعاقد مع الإدارة من المخاطر الاقتصادية " alea economiques"، ومن ثم يمكن التمييز بين هذه النظرية ونظرية عمل الأمير التي تحمي المتعاقد في مواجهة المخاطر الإدارية " alea administratif"، ونظرية

(1) ولكن هناك بعض النظم القانونية القائمة في العديد من الدول الغربية لا تتطلب صفة العموم في الظرف الطارئ حتي يستحق المتعاقد التعويض، ومن ذلك المادة (401) من القانون المدني السوفييتي الصادر عام 1964 والتي تنص على ان موت احد أطراف العقد أو اعتباره عديم أو فاقد أهلية الأداء، أو غائبا في جهة غير معروفة، وتصفية الشخص القانوني على أنها تعتبر من قبل الظروف الطارئة رغم أنها قاصرة على المتعاقد، وفي ذلك الاتجاه القانون المدني الانجليزي والامريكي، مشار إليه لدى عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة (ص 47).

الصعوبات المادية غير المتوقعة التي تغطي المخاطر الطبيعية " alea natural "، التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة (1).

ولكن وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري، اتسع نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة ليشمل أشكالاً متعددة من المخاطر، ويشمل كل ما يتعلق باختلال العلاقة الاقتصادية في العقد ويؤدي إلى أن يصبح الإصرار على تنفيذه بصورته يشكل إرهاباً للمتعاقد مع الإدارة، وعلى ذلك فإن كل حادث طارئ يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد واختلالها اختلالاً جسيماً يمكن أن يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة (2).

وبناء عليه يمكن أن يكون الظرف اقتصادياً أو طبيعياً أو إدارياً، وإن أي ظرف من هذه الظروف وإن لم يكن اقتصادياً بحتاً فهو أخيراً يترتب عليه نتائج اقتصادية ويمكن أن تشمل صور المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة على النحو التالي :

1- المخاطر الاقتصادية:

تعد المخاطر الاقتصادية التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد المجال التقليدي لتطبيق هذه لنظرية، ومن الأمثلة على هذه المخاطر ارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً كبيراً وفاحشاً سواء كان ذلك بسبب أزمة سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية أو دولية، والانخفاض الحاد في الإيرادات وذلك نتيجة الكساد الاقتصادي أو الأزمات أو التنافس الحاد بين المشروعات التي تقوم بنفس النشاطات (3).

2- المخاطر الطبيعية:

وهي التي يكون الظرف الطارئ فيها ناتجاً عن اضطراب اقتصادي بسبب ظاهرة من الظواهر الطبيعية كالفيضانات والزلازل والجفاف وانتشار الأوبئة (4)، وتطبيقاً لذلك فقد أقر

(1) تعتبر نظرية أفعال الأمير هي كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة ويطلق عليها " المخاطر الإدارية "، أما بالنسبة لنظرية الصعوبات غير المتوقعة فهي إذا صادف المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ الالتزام صعوبات مادية غير عادية ذات طبيعة استثنائية ولم يكن في الوسع توقعها إطلاقاً وقت إبرام العقد وادت إلى صيرورة تنفيذ العقد أكثر إرهاباً وشد وطأة من الناحية المالية فيستحق تعويض كامل عما لحقه من اضرار بسبب هذه الصعوبات. خليل، آثار العقود الادارية(ص 286)؛ وعلى، آثار العقود الإدارية (ص 257)

(2) نصار، العقود الإدارية (ص 332)

(3) محمد، عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة (ص 533)؛ و خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها (ص 307)؛ وعلى، آثار العقود الإدارية (ص 259).

(4) على، آثار العقود الادارية (ص 259)

مجلس الدولة الفرنسي تطبيق نظرية الظروف الطارئة في قضية الشركة الفرنسية للكابلات التلغرافية " والتي صدر حكمه فيها بتاريخ 21 أبريل 1944، على الرغم أن مصدر الظرف الطارئ في هذه القضية كان طبيعياً، حيث تتلخص وقائع هذه الدعوى في أن ملتزماً باستغلال مرفق عام كان يعتمد على أسلاك معدنية (كابلات) ممدودة تحت الماء في استغلال هذا المرفق وقد حدث زلزال شديد حطم هذه الأسلاك فتقدم الملتزم طالباً تعويضاً كاملاً لإصلاح هذه الاسلاك، وذلك استناداً إلى نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة⁽¹⁾، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض تعويضه على أساس نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة مع السماح له بالاستناد لنظرية الظروف الطارئة لمشاركة الدولة في نفقات إصلاح هذه الأسلاك⁽²⁾.

3- المخاطر الإدارية:

تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي وأعقبه نظيره المصري لمواجهة الحالات التي يكون اختلال اقتصاديات العقد فيها ناجماً عن إجراءات صادرة من السلطات العامة نتيجة سياسة الاقتصاد الموجه التي انتهجتها كثير من الدول في أعقاب الحرب العالمية الثانية، إذ أصبح تدخل السلطة العامة في رسم السياسة الاقتصادية واتخاذ الإجراءات الكفيلة بتنفيذها أمراً مألوفاً، وعادة ما تكون الإجراءات الإدارية مؤثرة بشكل كبير على اقتصاديات العقد الإداري⁽³⁾، وقد نجم عن ذلك صعوبة الفصل بين المخاطر الاقتصادية في الدولة والمخاطر الإدارية التي ترجع إلى تدخلات السلطة العامة⁽⁴⁾، ويمكن تصنيف هذه المخاطر إلى مخاطر إدارية ناجمة عن إجراءات عامة ومخاطر إدارية ناجمة عن إجراءات خاصة ويمكن ذكرها على النحو التالي :

(1) تفترض نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة أنه إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال من الاحوال عند ابرام العقد، وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار، راجع في ذلك الطماوي، الأسس العامة في العقود الادارية (ص 714).

(2) C. E. 21-4-1944, compagne francaise des cables, T. 1, graphiques. Rec. p. 119، مشار اليه لدى السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 496).

(3) خليل، اثار العقود الادارية (ص 308)

(4) على، أثار العقود الادارية (ص 259)

أ- مخاطر إدارية ناجمة عن إجراءات عامة:

وتشمل القوانين واللوائح التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، ومن أمثلة ذلك صدور تشريعات اجتماعية يترتب عليها ارتفاع الأسعار أو الأجور ارتفاعاً فاحشاً، وفرض ضرائب جديدة أو إلغاء تسهيلات ضريبية قائمة وزيادة فئات الضرائب الموجودة بما يخل باقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً، وإصدار تشريعات تتعلق بالعملة الوطنية كتخفيض قيمتها أو إعادة تقويمها (1).

ومن أمثلة ذلك أخذ مجلس الدولة المصري بهذا التوسع في فتوى قسم الرأي والتي تضمنت اعتبار اللوائح من المخاطر الإدارية العامة وقد جاء فيها " يعتبر قرار مجلس الوزراء الصادر بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً عاماً في حكم المادة (2/147) من القانون المدني، إذ لم يكن في وسع المتعاقدين توقعه حين إبرام العقد... " (2) وهذا دليل على اعتبار أن قرار مجلس الوزراء بتخفيض قيمة الجنيه المصري بالنسبة إلى الدولار حادثاً استثنائياً عاماً تطبيقاً بشأنه هذه النظرية.

ب- مخاطر إدارية ناجمة عن إجراءات خاصة:

ويقصد بها الإجراءات التي تؤثر على عقد إداري فتؤدي إلى قلب اقتصاديات ويكون من شأنها إرهاقه مادياً في تنفيذ العقد، ومن أمثلتها صدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء من موقع العمل لاعتبارات تتعلق بالسلامة العامة، في حين أن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارية لم يلزمه ولم ينص على ذلك (3).

ومن أحكام المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن حكمها الذي تضمن " أن الارتفاع الباهظ في أسعار الزيتيق - إن صح أنه كان متوقعاً بالنسبة للعقد الثاني - فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة للعقد الثاني 2 جنيه و 880 مليماً، ثم وقت الشراء على حساب الشركة المدعين 4 جنيهات و 50 مليماً، ومن ثم فإن نظرية الظروف الطارئة تنطبق في هذه الحالة (4) "

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 674)؛ وعلي، اثار العقود الادارية (ص 260)؛ وخليل، اثار العقود الادارية (ص 308).

(2) فتوى قسم الرأي رقم 360 والتي صدرت بتاريخ 17/7/1954، الموسوعة الإدارية الحديثة، ج 18/896.

(3) خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية (ص 222)؛ وعلي، اثار العقود الادارية (ص 262).

(4) حكم المحكمة الإدارية الصادر في 9 يونيو سنة 1962، الطعن رقم 2150، السنة 7، ص 1024، وقد تضمن " أن ارتفاع الاسعار الزيتيق لا يعبر قوة القاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد، لكنه يعبر ظرفاً طارئاً لم يكن في الحسبان عند التعاقد، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحملها خسائر فادحة إلى حد الاخلال بتوازن العقد اخلالاً جسيماً "

❖ ولكن السؤال الذي يمكن طرحه حول إذا ما كان يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تكون المخاطر الإدارية مقصورة على الإجراءات العامة أو الخاصة التي تصدر من السلطات العامة غير المتعاقدة أم أنها تشمل أيضاً الإجراءات الصادرة من الجهة الإدارية المتعاقدة نفسها ؟

في أول الأمر اتجه قضاء مجلس الدولة في فرنسا ومصر في البداية إلى استلزام أن يكون مصدر الظروف الطارئة مستقلاً عن إرادة الأطراف العقد، وبالتالي كان لا بد لتطبيق نظرية الظروف الطارئة من أن يكون الإجراء الإداري الضار خارج عن نطاق الرابطة التعاقدية بأن يقع من سلطة عامة غير متعاقدة، وبمعنى آخر أن يكون الطرف الطارئ مستقلاً عن إرادة الأطراف، وبذلك كان من السهل التمييز بوضوح بين نطاق تطبيق نظرية الظروف الطارئة وبين نظرية أفعال الأمير حيث تنشأ مسؤولية الإدارة عن أفعالها الضارة وفقاً للنظرية الأخيرة بوصفها طرفاً في العقد، ولقد عبرت المحكمة الإدارية العليا عن هذا الاتجاه في حكمها الصادر في 11 مايو سنة 1968 حينما قررت " أن تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر "(1).

ولكن الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي والمصري يذهب إلى إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة سواء كان مصدر الطرف الطارئ يرجع إلى الجهة الإدارية المتعاقدة أو غيرها من الجهات الإدارية (2)، ومن الجدير ذكره في هذا المجال أن التطور الذي أخذت به

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 11 مايو 1958، السنة 13، ص 874، مشار إليه لدى على، مرجع سابق، ص 264

(2) أحكام المحكمة الإدارية العليا الحديثة تقبل بتطبيق نظرية الظروف الطارئة سواء كان مصدر هذه الظروف الجهة الإدارية المتعاقدة أم غيرها، وفي ذلك تقرر المحمة الادارية العليا بأن " مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الاداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الادارية المتعاقدة أم من غيرها لم تكن في حسابان المتعاقد عند ابرام العقد ولا يملك دفعها...". حكمها في الطعن رقم 3879 لسنة 46 ق، جلسة 2006/5/9، حكم غير منشور، ولقد قضت المحكمة الادارية العليا بأن "... ومن حيث مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الاداري حوادث أو ظروف طبيعية او اقتصادية سواء من عمل الجهة الادارية المتعاقدة ام من غيرها...". حكمها في الطعن رقم 1223 و 1224 لسنة 27 ق، جلسة 1984/12/18، مجموعة العقود الادارية في اربعين عاما (ص 446)

فرنسا ومصر تطور سليم يتفق مع العقل والمنطق⁽¹⁾، وذلك لتمكين المتعاقد مع الإدارة الذي يعجز عن إثبات خصوصية الضرر الذي لحقه نتيجة عمل الإدارة المتعاقدة من الحصول على تعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة وذلك بعد فوات فرصة الاستفادة من نظرية أفعال الأمير لعدم اكتمال شروط تطبيقها وبناء على ذلك يمكن القول بأن المتعاقد مع الإدارة يمكنه الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة في الحالات التالية⁽²⁾:

- إذا صدر الإجراء الإداري من سلطة إدارية غير متعاقدة.
- إذا صدر الإجراء الإداري من سلطة إدارية متعاقدة وفشل المتعاقد المضار في إثبات خصوصية الضرر كشرط لتطبيق نظرية أفعال الأمير.

فإذا صدر الإجراء الضار من سلطة إدارية متعاقدة نتيجة إجراء خاص أضر بالمتعاقد وحده، أو إجراء عام وأمكن إثبات خصوصية الضرر، في هذه الحالة يختلط مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة مع نظرية عمل الأمير، ويمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يلجأ إلى أكثرها نفعاً له وعملياً إنه في حالة توافر شروط تطبيق النظريتين فإن المتعاقد مع الإدارة يفضل التعويض وفقاً لنظرية فعل الأمير خاصة وأن هذه النظرية يمكن الاستناد إليها أياً كانت درجة الضرر التي أصابته، كما أن التعويض يكون شاملاً لجميع الأضرار، خلافاً لنظرية الظروف الطارئة حيث يكون التعويض في الأولى كاملاً بينما في الظروف الطارئة يكون عادلاً (جزئياً) وليس كاملاً.

وأما بالنسبة لموقف مجلس الدولة المصري فلقد تردد في قبول إمكانية تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الحالة التي يصدر فيها الإجراء الضار من الجهة الإدارية المتعاقدة فلقد قبلت المحكمة الإدارية العليا الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي في حكمها الصادر في 18 ديسمبر 1984 وقررت " أن مجال أعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها"⁽³⁾.

(1) السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 500)

(2) علي، آثار العقود الإدارية (ص 264) ؛ خليل، آثار العود الإدارية ومشكلات تنفيذها (ص 310-311)

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 18/12/1984، الطعن رقم 1223 لسنة 27 ق.

وكما هو واضح فإن عبارات المحكمة واضحة وصريحة وحاسمة وقاطعة في أن قلب اقتصاديات العقد سواء كان بسبب تدخلات الجهة الإدارية المتعاقدة أو غيرها يمكن أن يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ولكن المحكمة الإدارية قد عادت مرة أخرى لاستعمال الصيغة الأولى وهي اشتراط أن يكون الحادث من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة وذلك في حكمها الصادر في 16 مايو سنة 1987 والذي جاء فيه " يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو ظروف من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة "(1)، ونخلص مما تقدم أن قضاء مجلس الدولة المصري مستقر على ضرورة أن يكون الإجراء الذي يؤدي إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة من غير الجهة الإدارية المتعاقدة.

ورغم هذا النكوص والعدول في قضاء مجلس الدولة المصري والعودة إلى اشتراط أن يكون ظرف الطارئ من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة، إلا أن هناك جانباً من الفقه المصري ذهب إلى تأييد الاتجاه الحديث لمجلس الدولة الفرنسي، ومن ذلك الجانب الدكتور فؤاد مهنا، فقد أيد رأي الأستاذ دي لوبادير⁽²⁾ بقوله : " ونحن نميل إلى ترجيح رأي الأستاذ دي لوبادير في هذا الصدد لأنه يتفق مع منطوق النظرية وأهدافها فان الحكمة من إنشاء النظرية هو تمكين المتعاقد من السير في استغلال المرفق العام وتحقيق العدالة بالنسبة لشخص قبل التعاون بحسن نية مع الإدارة في تسيير مرفق عام، ولا يعقل أن يتقرر للمتعاقد حق في التعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة في حالة حدوث ظرف لا دخل لإرادة السلطة الإدارية فيه وأن يحرم من هذا الحق إذا وقع الحادث بإرادة السلطة الإدارية طالما أنه لا دخل لإرادته في حدوثه. حقيقة يلاحظ أن نظرية أفعال الأمير تكفلت بتعويض المتعاقد في حالة الإخلال بالتوازن المالي للعقد بفعل السلطة الإدارية، ولكن هناك حالات لا تنطبق فيها النظرية لعدم

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 16 مايو سنة 1987، الطعن رقم 3562 لسنة 29 ق (غير منشور)، وراجع أيضاً في نفس المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1993/4/4، الطعن رقم 549 و 801 لسنة 35 ق.

(2) يرى الفقيه دي لوبادير ان شرط وجود ظرف طارئ لا يرجع إلى ارادة المتعاقدين ولا يسري بالنسبة للسلطة الإدارية التي أبرمت العقد، حيث يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة في الحالات التي تتخذ فيها الإدارة المتعاقدة اجراءات لا تتوافر فيها شروط نظرية عمل الامير، ولكن تتوافر فيها شروط نظرية الظروف الطارئة، راجع مطوله في العقود الإدارية (ص 103) وما بعدها، مشار اليه لدي علي، اثار العقود الادارية (ص 267).

توفر شرط من شروطها خصوصاً الشرط الذي يقضي بأن يكون الإجراء المتخذ صادراً عن نفس السلطة التي أبرمت العقد، وفي مثل هذه الحالة لا يكون المتعاقد حق في التعويض طبقاً لنظرية أفعال الأمير، ولهذا يصبح من المتعين طبقاً لمبادئ العدالة وتحقيقاً للأهداف التي أنشئت نظرية الظروف الطارئة لتحقيقها أن يكون للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض طبقاً لهذه النظرية (1).

كما ويؤيد هذا الاتجاه الدكتور سليمان الطماوي " طيب الله ثراه " حيث يقول " وإذا كان صحيحاً أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يفترض اختلالاً جسيماً في اقتصاديات العقد، فإن هذا الاختلال قد يرجع إلى أسباب متعددة اقتصادية أو طبيعية أو من فعل الإدارة... إلخ " وكل ما يمكن تأكيده أن نطاق الظرف الطارئ متسع جداً في الوقت الحاضر فقد يشمل ظرفاً طبيعياً كالزلازل والفيضانات وقد يكون اقتصادياً كارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، وقد يكون من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة وهو التوسع الذي أضفاه مجلس الدولة الفرنسي على النظرية (2).

وأخيراً نحن نتفق في الرأي مع هذا الجانب من الفقه لتحقيق العدالة وتعويض المتعاقد المضار من إجراء ينسب للجهة الإدارية المتعاقدة ؛ لأنه في بعض الأحيان قد لا يتمكن المتعاقد من الحصول على التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، ومن البديهي أن المتعاقد سيحاول بذل جهده لتطبيق نظرية عمل الأمير لأنها الأكثر نفعاً وفائدة له من نظرية الظروف الطارئة بسبب قاعدة التعويض الكامل المترتبة على تطبيق النظرية الأولى على خلاف التعويض المستند إلى النظرية الثانية والتي يكون التعويض فيها جزئياً وليس كاملاً.

الفرع الثاني: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه

يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون الظرف الطارئ متوقعاً وداخلياً في حساب المتعاقدين ونيتهما المشتركة عند التعاقد، وألا يكون بالإمكان تداركه أو دفعه (3)، فالمفروض أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر التي يجب على كل متعاقد أن يضعها في حسابه وتدخل توقعات أطراف العقد، فإذا قصر فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، أما المخاطر التي تصيب العقد

(1) مهنا، مبادئ وأحكام القانون الإداري (ص 736)، مشار إليه لدى على، آثار العقود الادارية (ص 267)

(2) الطماوي، الأسس العامة في العقود الادارية (ص 673)

(3) الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري (ص 188)؛ والسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني

الجديد (ص 534)

بالاضطراب والاختلال فإنها يجب أن تكشف عن مخاطر غير عادية لم يكن في استطاعة المتعاقد أن يتوقعها أو يقدر نتائجها، ويتفرع على كون الحادث غير متوقع أنه لا يمكن دفعه، ذلك أن الحادث الذي استطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع⁽¹⁾.

ويعتبر هذا الشرط من أبرز شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، ومنه استمدت النظرية اسمها فهي تسمى نظرية الحوادث أو الظروف الطارئة غير المتوقعة⁽²⁾، ويؤكد الفقه التقليدي أن الحادث غير المتوقع معناه أنه خارج عن إرادة المتعاقدين⁽³⁾، وبناء على ذلك يمكن تحقق هذا الشرط بتوافر عدة عناصر :

- 1- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع.
 - 2- أن يكون الظرف الطارئ لا يمكن دفعه.
 - 3- أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين.
- أولاً: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع :

لقد حدد بعض الفقه معنى توقع الظرف بأنه " العلم الراجح أو الأكثر احتمالاً بأن واقعة معين ستحدث أو لن تحدث خلال وقت تنفيذ العقد بحيث يكون معلوماً كذلك أن حدوث هذه الواقعة أو عدم حدوثها سيترتب عليه أن تنفيذ هذا العقد وإن لم يصبح مستحيلاً فإنه يكون مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة"⁽⁴⁾.

إن مفهوم عدم التوقع بالنسبة للفعل أو الظرف أو الحادث الذي اعترض تنفيذ العقد، هو مفهوم نسبي، بمعنى أنه لا يوجد عدم توقع مطلق، فقلما يوجد حدث يعتبر غير متوقع كله؛ ولهذا فإن فكرة عدم التوقع لا تقدر بذاتها وإنما بعلاقتها بالظروف الأخرى المعاصرة للعقد، فكل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد، فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه أطراف العقد⁽⁵⁾.

(1) على، اثار العقود الادارية (ص 273).

(2) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الاداري (ص 1171)

(3) السناري، وسائل التعاقد الاداري (ص 501)

(4) عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة (ص 50)

(5) A. de laubadere, F. moderne, P. Delvolve, T. C., 2e ed., T. 1. Op. cit., p. 728

مشار اليه لدي السناري، وسائل التعاقد الاداري (ص 502)

وقد حددت محكمة القضاء الإداري مضمون شرط عدم التوقع بقولها " إن الشرط الخاص بوجود أن تكون الصعوبة طارئة أي غير متوقعة أو مما لا يمكن توقعه أو ليس في الوسع توقعها، هذا الشرط ينطوي إلى حد كبير على معنى المفاجأة في صورة معينة⁽¹⁾، كأن يجد المتعاقد مع الإدارة نفسه إزاء حالة لم يكن يتوقع حدوثها لا بناء على دفتر الشروط ولا من دراسته الأولية للمشروع أو بالرغم مما نبه إليه أو ما اتخذته من محيطة لا تقوت على الشخص البصير بالأمور قبل الإقدام على المساهمة في تسيير المرفق والتعاقد بشأنه"⁽²⁾.

ولقد اشترطت المادة السادسة من قانون التزام المرافق العامة في مصر رقم 129 وكذا المادة 2/147 من القانون المدني المصري ضرورة توافر شرط عدم التوقع حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على أي نزاع معروض⁽³⁾.

ولقد تبني المشرع الفلسطيني ذات موقف مجلس الدولة الفرنسي والمصري حيث اشترط لانطباق النظرية أن يكون الظرف الاستثنائي غير متوقع، حيث تنص المادة (151) منه على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي أصبح مرهقاً للمدين يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك " وهذا يدل على أن المشرع الفلسطيني قد اشترط هذا الشرط لانطباق هذه النظرية.

لقد ثار التساؤل بين الفقهاء حول محل شرط عدم التوقع وهل ينصب ذلك الشرط على الظرف الطارئ نفسه أم على آثاره؟

- (1) الشلmani، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري (ص 312)
- (2) حكم محكمة القضاء لإداري بتاريخ 1957/1/20، مشار إليه لدى على، آثار العقود الادارية (ص 273)
- (3) تنص المادة السادسة من قانون التزام المرافق العامة في مصر رقم 129 لسنة 1947 على أنه : " إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها، ولا يد لمانح الالتزام او الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدرًا وقت منح الالتزام جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار..."، كذلك نصت المادة 2/147 من القانون المدني المصري على أنه "...2- ومع ذلك 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 للقاضي تبعاً للظروف..." مشار إليه لدى السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 503)

في بداية نشأة النظرية وبسبب ظروف الحرب العالمية الأولى ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى ضرورة اشتراط عدم توقع الظرف أو الحادث نفسه بغض النظر عن إمكانية توقع أو عدم توقع آثاره، ولذلك قضى المجلس بسبب النتائج المترتبة على الحرب العالمية الأولى بأن نظرية الظروف الطارئة لا يمكن الاستناد إليها الا بالنسبة للعقود التي أبرمت قبل بداية الأعمال الحربية، أما بالنسبة للعقود التي أبرمت بعد بداية الأعمال الحربية فإنه رفض تطبيق النظرية بصدها على أساس الحرب لم تعد حادثاً غير متوقع⁽¹⁾.

ولكن مجلس الدولة الفرنسي قام بالعدول عن تشدده السابق وسمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة استناداً إلى النتائج غير المتوقعة للحادث، وبمعنى آخر أصبح المجلس يكتفي في كثير من الحالات بأن تكون آثار الظرف الطارئ هي التي لم يكن في الإمكان توقعها⁽²⁾، ولقد تجلّى ذلك في الحكم الصادر في 4 نوفمبر 1932 في قضية " ste eau et " assainissement، ثم توالى بعد ذلك أحكام مجلس الدولة في السير على ذات المنهج⁽³⁾.

ولقد سار مجلس الدولة المصري على نفس النهج، فلقد كان يشترط أن ينصب عدم التوقع على الظرف الطارئ نفسه، ولكن في الأحكام الحديثة نص على تطبيق نظرية الظروف الطارئة سواء كان محل عدم التوقع هو الحادث الطارئ في حد ذاته، أو آثاره، وبهذا المعنى تقول المحكمة في أحد أحكامها " إن الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق، إن صح أنه كان متوقفاً بالنسبة إلى العقد الثاني، فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الأول جنيهاً و600 مليماً بالنسبة إلى الكيلو، فأصبح وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثاني جنيهاً و880 مليماً، ثم أصبح وقت الشراء 4 جنيهاً و50 مليماً، ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة"⁽⁴⁾.

(1) C. E. 9-11-1921, ste commercial des carbures, R. D. P., 1921, p. 494,

Concel. Corneille.

(2) على، آثار العقود الادارية (ص ص 274-275)

(3) مشار إليه لدى الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 678)

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2150 لسنة 6 ق، جلسة 1962/6/9 القاعدة رقم 569،

الموسوعة الإدارية الحديثة (ص 896) وما بعدها.

ونعتقد أن هذا التفسير الأخير يتفق وحكمة النظرية ويتمشى مع اعتبارات العدالة على أساس أنها ترمي إلى مجرد تمكين المتعاقد من الاستمرار في التنفيذ حتى يزول الظرف الطارئ الذي لا يد له فيه، ولا يستطيع دفعه.

ما هو التاريخ المعتد به لتقدير شرط عدم التوقع ؟

إن التاريخ المعتد به لتقدير شرط عدم التوقع هو تاريخ إبرام العقد، فتاريخ إبرام العقد يكتسب أهمية خاصة لتحديد ما إذا كان الظرف الذي سبب الضرر متوقفاً أو لم يكن في الوسع توقعه في ذلك التاريخ بالذات، ولقد أشارت إلى هذا المعنى أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري⁽¹⁾ المتعددة.

وإذا كان الاعتداد بتاريخ إبرام العقد لتقدير شرط عدم التوقع يعتبر اعتداداً صحيحاً وواقعياً بالنسبة لعقود القانون الخاص، فإنه لا يعد كذلك غالباً بالنسبة للعقود الإدارية، فعقود القانون الخاص لا تخضع لإجراءات معقدة وطويلة، مثل الإجراءات التي تخضع لها العقود الإدارية، فالعقد الإداري يخضع في إبرامه إلى إجراءات خاصة سواء فيما يتعلق بشكل العقد أو القيود التي تلتزم بها الإدارة عند اختيار المتعاقد معها وغيرها من الإجراءات التي تتضمنها القوانين واللوائح، وتتطوي على جانب كبير من التعقيد، ويظهر أبرز أنواع التعقيد بوجه خاص في الجانب المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة التي تكون طرفاً في العقد، فتعبير الإدارة عن إرادتها غالباً ما يتم وفق عملية مركبة ومعقدة، وقد تكون على مراحل متعددة وفي فترات متلاحقة وذلك حسب كل حال، وغالباً ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري مجموعة من الإجراءات والتدابير التي تمهد لنشأة ذلك التصرف الذي تعقبه طائفة أخرى من تدابير وإجراءات التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد، ومن جانب آخر فإن المتعاقد مع الإدارة من الناحية القانونية يلتزم بعطائه والشروط الواردة فيه من تاريخ تقديم العطاء، في حين لا تلتزم جهة الإدارة بالعقد إلا من تاريخ التصديق عليه وباعتماده من السلطة المختصة فلقد كان الحل الذي اتبعه مجلس الدولة الفرنسي هو الرجوع إلى تاريخ تقديم العطاء إلى الإدارة لتحديد توافر شرط عدم التوقع، وذلك ما لم يكن لدى المتعاقد مع الإدارة فرصة لسحب عطائه قبل صيرورة العقد نهائياً باعتماد الإدارة له، فإذا كان أمام مقدم العطاء الفرصة لسحب عطائه

(1) راجع في هذا الشأن حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1984/12/18 في الطعن رقم 2323 لسنة 27 ق، سبق الإشارة إليه، وحكمها بتاريخ 1985/11/30 في الطعن رقم 2541 لسنة 29 ق، سبق الإشارة إليه.

حتى ما قبل التصديق النهائي على العقد فإنه يجب الرجوع إلى التاريخ الذي أصبح فيه العقد باتاً بالتصديق النهائي عليه⁽¹⁾.

وأخيراً إن معيار عدم التوقع معيار موضوعي بحت وليس معياراً شخصياً، لأن كل عقد يحمل في طبيئته قدراً كبيراً من المخاطر وإن على المتعاقد الحذر أن يقدر هذا الخطر فإن قصر فعلية تقصيره، أما إذا كان الحادث والظرف يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان فيكون من النوع الذي يتطلبه تطبيق هذه النظرية والعبارة في توافر شرط عدم التوقع، ألا يكون في مقدور الشخص العادي توقع مثل هذا الظرف الطارئ⁽²⁾.

ثانياً: أن يكون الظرف الطارئ لا يمكن دفعه :

لا يكفي عدم توقع المتعاقد لوقوع الظروف الطارئة لتطبيق النظرية بل يجب ألا يكون بوسع المتعاقد دفع هذا الظرف أو مواجهته بالطرق الطبيعية والعادية المألوفة ؛ وذلك توكياً لآثاره الضارة ومنعا لتفاقمها، فإذا كان بإمكان المتعاقد مع الإدارة القيام بذلك ولكنه تقاعس فلا يستحق تعويضاً عما يخلفه الظرف الطارئ من أضرار، حيث أخل بالتزامه بتنفيذ العقد وفق ما تقرضه عليه مقتضيات حسن النية والتي كان يتعين على المتعاقد بموجبها تنفيذ تعاقده بما يجنب الإدارة تحمل أعباء مالية إضافية على شكل تعويضات تعطى إليه ما دام بإمكانه ذلك⁽³⁾، ويتفرع من كون الحادث غير متوقع أنه لا يمكن دفعه ذلك أن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع⁽⁴⁾.

ويعتبر معيار تحديد كون الحادث ممكن تفاديه أو دفعه هو معيار موضوعي، قوامه الرجل العادي، وليس معياراً ذاتياً قوامه المتعاقد نفسه، فإذا كان الحادث الذي وقع ممكن أن يتم

(1) لقد قام مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بالرفض بتاريخ 1961/12/20 في قضية la pomme de terre قضية " التعويض بناء على نظرية الظروف الطارئة للشركة المدعية المتعاقدة مع الحكومة الجزائرية على توريد كميات كبيرة من البطاطس في المدة من اول ابريل 1958 حتي اول ابريل 1959 بما تكبدته نتيجة ارتفاع الأسعار ارتفاعاً فاحشاً بسبب أحداث مايو سنة 1958 ولكون ارتفاع الاسعار قد حصل قبل التصديق على العقد وقد اعتبر المجلس أن شرط عدم التوقيع قد تخلف في هذه الحالة إذا كان بإمكان المدعية سحب عطائها خلال المدة من تاريخ التقديم إلى حين التصديق على العقد " السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص ص 513-514)

(2) نصار، العقود الإدارية (ص 327)؛ والطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 677)؛ وعلى، اثار العقود الادارية (ص 273).

(3) خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية (ص 224)

(4) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي (ص 26)؛ والسنهوري، النظرية العامة للالتزامات (ص 304)؛ ومنصور، النظرية العامة للالتزامات (ص 174)؛ والسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ص 644).

تفاديه أو دفعه وتفادي النتائج المترتبة عليه طبقاً لمعيار الرجل العادي فإنه في هذه الحالة لا يعد ظرفاً طارئاً ولا يصلح كسبب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، حتى ولو كان هذا الحادث لا يمكن تفاديه أو دفعه بمعرفة المتعاقد مع الإدارة، فالمعيار هنا معيار موضوعي وليس معياراً ذاتياً⁽¹⁾.

ثالثاً: كون الظرف الطارئ خارج عن إرادة المتعاقدين :

من المنطوق أن يترتب على القول بضرورة أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه أنه يجب أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين، فيجب لكي يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض أن تكون العلاقة بينه وبين الظرف الطارئ الذي أصابه بالضرر مقطوعاً تماماً، فإذا كان ثمة ارتباط بينه وبين حدوث هذا الظرف على أي وجه فإن هذه النظرية وما ترتبه من آثار لا تنطبق في هذه الحالة⁽²⁾.

ولكن هذا القول لا ينطبق حالياً إلا على المتعاقد مع الإدارة فحسب، دون الإدارة ذاتها؛ فجهة الإدارة المتعاقدة يمكن - كما سبق ذكره - أن تكون هي السبب في حدوث الظرف الطارئ وبالرغم من ذلك تطبق نظرية الظروف الطارئة، تأسيساً على أن الحكمة من إنشاء النظرية هي تمكين المتعاقد من السير في استغلال المرفق العام وتحقيق العدالة في تنفيذ العقد⁽³⁾.

كذلك في حال إذا كانت الخسائر التي أصابت المتعاقد مع الإدارة نتيجة لإجراءات عامة صادرة من السلطات الإدارية الأخرى غير التي أبرمت العقد فإن نظرية الظروف الطارئة تكون واجبة التطبيق أيضاً⁽⁴⁾، وبذلك يتبين أنه يجب أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة

(1) السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 516)

(2) نصار، العقود الإدارية (ص 338).

(3) لقد سبق أن ذكرنا أن أحكام كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري قد وصلت في تطورها إلى تطبيق نظرية الظروف الطارئة حتى إذا كان الظرف الطارئ يرجع إلى جهة الإدارة المتعاقدة.

في هذا الشأن حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 18/12/1984، س30، ع 1، ص 250، حيث قضت "بأن مجال أعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية المتعاقدة أو من غيرها، ولم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا وان يترتب عليها ان تنزل بالمتعاقد خسائر فادحة.."

(4) طبق مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية ازاء الاجراءات التشريعية واللائحية الصادرة عن سلطات إدارية خلاف السلطات التي ابرمت العقد تحقيقا للاقتصاد الموجه والتي ترتب عليها اصابة بعض الملزمين بأضرار جسيمة، راجع في هذا الشأن : 1950-3-16, sirey, 1949-7-15-c.e.، مشار إليه لدى السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص518)

المتعاقد مع الإدارة حتى يستطيع هذا المتعاقد أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة دون الاعتداد في هذه الحالة بكون الظرف الطارئ من صنع جهة الإدارة المتعاقدة أو من صنع غيرها من الجهات الإدارية الأخرى.

أما إذا كانت الخسائر الجسيمة التي أصابت المتعاقد ناتجة عن فعل المتعاقد نفسه سواء بتقصير أو إهمال فإنه لا يستطيع بطبيعة الحال أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أن يقع الظرف الطارئ بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه

إضافة إلى اشتراط أن يكون الظرف الطارئ الموجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة غير متوقع وأجنبياً عن إرادة المتعاقدين وغير ممكن الدفع فإنه ينبغي أن يقع هذا الظرف في مدى زمني محدد وهو مدة تنفيذ العقد وقبل تمامه حيث لا تطبق النظرية إذا كان العقد لم ينعقد بعد أو انقضي بتمام تنفيذه⁽²⁾، فأما عن اشتراط وقوعه بعد إبرام العقد فذلك أمر منطقي، فإذا وقع الحادث الطارئ قبل إبرام العقد وقبل المتعاقد إبرام العقد بالرغم من وجود الظرف فلا يقبل منه التمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة لأن الظرف كان معلوماً لديه، وبالرغم من وجوده قبل التعاقد مع الإدارة، وبالتالي فهو الذي يتحمل عواقب ذلك التعاقد، كذلك لا يقبل منه أن يطالب بتطبيقها إذا وقع بعد انتهاء العقد، لأن العقد انتهى وانتهت آثاره ووقوع الظرف الطارئ لن يكون له أي أثر على العقد الذي تم تنفيذه⁽³⁾.

وعلى ذلك يشترط أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد وقبل تمامه بطبيعة الحال، لأن تمام تنفيذ العقد يؤدي إلى انتهاء العقد، وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة مسلم أنها تطبق على جميع العقود الإدارية فإن تطبيقها في العقود الإدارية الكبرى، الالتزام والأشغال العامة والتوريد أكثر وذلك لأن هذه العقود في الغالب تتطلب وقتاً طويلاً في تنفيذها⁽⁴⁾، وذلك لأن تنفيذ العقد يمتد لفترة طويلة من الزمن يطرأ خلالها هذا الظرف.

(1) السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 518).

(2) خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية (ص 226-227)

(3) ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين (ص 77-78)

(4) نصار، العقود الإدارية (ص 334)

ولقد تبني المشرع الفلسطيني هذا الشرط حيث تنص المادة (151) منه على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى اصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة،... " حيث يتضح من العبارة " وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة،... " أن النظرية يقتصر تطبيقها في حال أن الظرف الطارئ وقع بعد انعقاد العقد وقبل تمام تنفيذه، فإذا تم التنفيذ قبل حدوث الظرف الطارئ فلن يصيب المتعاقد مع الإدارة أي خسارة جراء الظرف الطارئ⁽¹⁾.

ومن ذلك يتضح أن القاعدة هي وجوب وقوع الظرف الطارئ أثناء تنفيذ العقد الإداري، ولكن هناك حالات معينة تثير معها التساؤلات حول إمكان أعمال النظرية من عدمه، وذلك كوقوع الظرف الطارئ قبل إبرام العقد أو وقوعه بعد فوات المدة المحددة لتنفيذ العقد الإداري⁽²⁾:

أولاً: وقوع الظرف الطارئ قبل إبرام العقد /

الأصل أن القاضي لا يعرض عن هذه الظروف، ولكن لما كان إبرام العقود يمر غالباً بمراحل متعددة فإنه يتوجب أن يوضع في الحساب حالة الظرف الذي يطرأ عقب إيداع تصدير العطاء، وقبل توقيع العقد.

☒ لكن ما هو مدى التزام مقدم العطاء بإيجابه:

لقد اختلفت القوانين المقارنة حول التزام مقدم العطاء بعطائه بمجرد تقديمه وذلك خلال المدة المحددة قانوناً، فلو نظرنا إلى فرنسا لوجدنا أن المبدأ الذي كان معمولاً به هو التزام المرشح الذي قدم عرضاً بعرضه الذي يعد الإيجاب المقدم منه فلا يجوز سحبه أو تعديله، ولقد أقر مجلس الدولة الفرنسي هذا المبدأ في الكثير من أحكامه حيث اعتبر المرشحين ملتزمين بعروضهم بمجرد تقديمها للإدارة، ولا يمكن لهم استبدالها بعروض أخرى، ولكن هذا المبدأ ليس من النظام العام حيث يمكن مخالفته إن ورد نص في الشروط على خلاف ذلك، ولقد استجاب المشرع الفرنسي مؤخراً في قانون المشتريات العامة رقم 975-2006 إلى هذا الرأي حيث أقر بشكل ضمني إمكانية قبول التعديلات التي ترد ضمن المدة المحددة لتقديم العروض حيث تنص المادة (48) منه على أنه في حال تم تسليم عروض متتالية من قبل نفس المرشح فإنه يتم فتح

(1) غانم، الظروف الطارئة واثرها على العقد الإداري في فلسطين (ص 154).

(2) على، آثار العقود الادارية (ص 269)

العرض النهائي سواء تم وروده إلكترونياً أو على وسائط مادية على أن يرد ضمن المهلة الزمنية بتقديم العطاءات⁽¹⁾.

أما بالنسبة لمصر فلقد تبني المشرع المصري في تشريعات المناقصات والمزايدات المتلاحقة⁽²⁾، مبدأ التزام مقدم العطاء بعطائه وقد سارت على نهجه اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1999 المادة (59) والتي تنص على " يبقي العطاء نافذ المفعول وغير جائز الرجوع فيه من وقت تصديره بمعرفة مقدم العطاء بغض النظر عن ميعاد استلامه بمعرفة الجهة الإدارية وحتى نهاية مدة سريان العطاء المحدد باستمارة العطاء المرافقة للشروط "، إلا أن المشرع أجاز وفقاً لما نصت عليه المادة (63) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 للجهة الإدارية أن تقبل التعديل إذا كان هذا التعديل صادراً عن صاحب أقل العطاءات المطابقة للمواصفات والشروط ويتفق مع مصلحة الإدارة ولا يؤثر في أولوية العطاء.

أما بالنسبة للوضع في فلسطين فلقد سار على نهج نظيره المصري كأصل عام في أن يلتزم مقدم العطاء بعطائه بمجرد تقديمه ما لم يرد خلاف ذلك في كراسة الشروط أو الإعلان عن المناقصة، فلقد نصت المادة (32) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة رقم 9 لسنة 1998 على أنه " يلتزم المناقص أن يبقي العرض المقدم منه نافذ المفعول وغير جائز الرجوع عنه لمدة 30 يوم من التاريخ المحدد كآخر موعد لتقديم العروض إلا إذا ورد نص صريح خلاف ذلك"⁽³⁾.

وعليه تتطبق النظرية في حالة وقع الظرف الطارئ بعد تصدير العطاء وقبل انعقاد العقد في كل من مصر وفلسطين على اعتبار انه لا يستطيع تعديل العطاء المقدم منه، أما في فرنسا فإن النظرية لا تتطبق عليه، فالمتعاقد يعتبر على علم بالظرف الطارئ ويحق له تعديل العطاء المقدم منه قبل انعقاد العقد.

(1) A.de laibadere, p. delvolve, f. modern, traite des contrats administratifs, t. 1, (1) op.cit, p.615

(2) المادة (39) من لائحة المناقصات والمزايدات الخاصة بقانون رقم 236 لسنة 154 (الملغي) الصادر بقرار وزير الخزانة رقم 542 لسنة 1957، المادة (57) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الملغي رقم 9 لسنة 1983.

(3) أخذت الشروط العامة الصادرة عن وزارة الأشغال العامة والأسكان بذات المبدأ القاضي بعد الرجوع عن العرض ولكن مدة التزام مقدم العرض عي 60 يوماً من اخر موعد لقبول العطاءات، في البند رقم 18

ولا بد من الإشارة إلى أن مدة سريان العطاء الواردة في المادة (32) وهي 30 يوماً تعتبر مدة قليلة جداً ؛ لأنها قد تؤدي إلى تحلل المناقص من إيجابه إذا تعذر من اللجنة البت في المهام الموكلة إليها، فلا بد من السير على نهج المشرع المصري في ذلك.

وإذا كان الأصل في القانون المصري والفلسطيني هو التزام مقدم العطاء بإيجابه في المدة المحددة في الإعلان عن المناقصة، فإن القانون النموذجي "اليونسترال" لم يسر على نفس النهج بل إنه نص صراحة على حرية مقدم العطاء في تعديل عطائه أو سحبه قبل الموعد النهائي لتقديم العطاءات ودون أن يترتب عليه أي مسؤولية⁽¹⁾.

ولقد ذهب جانب من الفقه وبحق إلى أن مسلك القانون النموذجي يتفق مع منطق المناقصة الذي يقضي بحرية الدخول فيها كما يؤدي إلى مصلحة الإدارة ذاتها إذ يتيح ألا تتعاقد مع من لا يستطيع تنفيذ العمل مما يضر بالمصلحة العامة ويؤدي إلى تعطيل المرفق العام⁽²⁾. وأخيراً يعتبر الرأي الراجح في الفقه الفرنسي والمصري حول أساس التزام مقدم العطاء بإيجابه هو إرادته المنفردة⁽³⁾.

وبناء على ذلك في حالة أنه إذا جاز للمناقص أن يسحب عطاءه بعد التصدير وقبل إبرام العقد دون أن يتكبد خسائر، فلا تنطبق عليه نظرية الظروف الطارئة ولا يستحق التعويض، ولكن في حالة منع المشرع سحب العطاء بعد تصديره فإن نظرية الظروف الطارئة تنطبق عليه ويحصل على التعويض.

ثانياً: الظروف التي تطرأ عقب المدة المحددة للتنفيذ /

وذلك في حالة وقوع الظروف الطارئ أثناء تنفيذ العقد ولكن بعد فوات المدة المحددة لتنفيذ هذا العقد الإداري وفي هذه الحالة نكون أمام ثلاث صور :

الصورة الأولى : أن يكون التأخير من قبل المتعاقد مع الإدارة :

إذا تأخر المتعاقد مع الإدارة في الوفاء بالتزامه التعاقدية حيالها دون مسوغ مشروع يببر له ذلك عد مقصراً، ومن ثم لا تلتزم الإدارة بمشاركته في تحمل جزء من الأضرار التي سببها له

(1) المادة (3/31) من الفرع الثاني للفصل الثالث من القانون النموذجي "اليونسترال".

(2) نصار، المناقصات العامة (ص 64)

(3) عياد، مرجع سابق (ص 131)؛ وأبو الليل، مرجع سابق (ص 242)؛ ونصار، المناقصات العامة (ص106).

ظرف طارئ وقع في الفترة التي تأخر فيها التنفيذ، ومن ثم يتحمل بمفرده تبعه ونتائج هذا الظرف الذي كان بوسعه تجنب آثاره الضارة لو أنه أوفى بالتزامه في الموعد المحدد والمتفق عليه⁽¹⁾، وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في هذا الصدد بأن "المدعى عليه أخذ في تنفيذ العملية المقرر لها ثلاثة أشهر ونصف الشهر حوالي سنة وتسعة أشهر ولم يكن قد أنجز من العملية حتى يوم السحب منه في 22 / 9 / 1975 إلا حوالي 90% من مجموع الأعمال التي تتألف منها المقاوله ولئن كان تنفيذ الباقي على حسابه قد أسفر عن زيادة في الأسعار بلغت 195% للأعمال الاعتيادية و260% للأعمال الصحية، و280% للأعمال الكهربائية، إلا أن هذه الزيادة لا تنسب إلى ظروف حرب أكتوبر 1973، إذ يتعين أن تطرأ الحوادث الاستثنائية خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال تلك المدة - وليس بعدها - مؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة ولم يثبت من الأوراق أن الأسعار ارتفعت فيما بين إبرام العقد مع المدعى عليه ونهاية مدة التنفيذ المتفق فيه يوم 30 / 12 / 1973 وكان من المعروف للجميع أن الأسعار لم ترتفع من جراء حرب أكتوبر 1973 إلا بعد مضي أكثر من سنة كاملة على انتهائها ؛ لذلك يتعين الحكم بأن ظروف حرب أكتوبر سنة 1973 لا تشكل بالنسبة للعقد محل المنازعة حوادث استثنائية عامة تهدد المدعى عليه بخسائر فادحة على الحكومة تعويضه عنها"⁽²⁾.

الصورة الثانية : أن يكون التأخير من قبل المتعاقد مع الإدارة ولكن الإدارة وافقت على منحه أجلاً إضافياً لتنفيذ العقد بناء على طلبه :

إذا وافقت الإدارة على منح الأجل الإضافي للمتعاقد مع الإدارة وذلك بناء على طلبه أو لأي سبب آخر، ووقع الظرف الطارئ في أثناء الأجل الإضافي طبقت النظرية، فالأجل في هذه الحالة يأخذ حكم المحددة في العقد، فلقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في هذا الشأن " أن مقتضى نظرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة في هذه الخسارة ضماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً، ويستوي أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنها والشراء على حسابها، كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفي الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وأنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ في أسعار الزئبق بسبب تهافت

(1) خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية (ص ص 226-227)

(2) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1982/11/20 في الطعين 922، 843 لسنة 26 ق القاعدة رقم

575، الموسوعة الإدارية الحديثة (ج18/904)

الدول الكبرى على شرائه واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الرئيق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لإعفاؤها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع⁽¹⁾.

إذا وافقت الإدارة على امتداد المدة المحددة في العقد للتنفيذ ووقع الحادث الطارئ خلال الامتداد الذي أن سبق وافقت عليه الإدارة فحكمه حكم المدة المحددة في العقد⁽²⁾

وهذا دليل قاطع على تطبيق نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة وذلك عندما تمنح الإدارة المتعاقد معها بناء على طلبه أجلاً إضافياً لكي ينفذ التزامه ومن ثم يحدث الظرف الطارئ خلال هذا الأجل.

الصورة الثالثة : أن يكون التأخير في التنفيذ راجعاً إلى الإدارة أو بسببها :

في هذه الحالة لا جدال أن الإدارة هي من تتحمل نتيجة ذلك لأن التأخير بسببها ولا يد للمتعاقد معها فيه⁽³⁾، فتكون الإدارة في هذه الحالة هي المسؤولة عن تعويضه عن الأضرار التي يحدثها الظرف الطارئ الذي يقع خلال مدة التأخير، ومن الجدير ذكره أن التعويض هنا أساسه نظرية عمل الأمير وليس نظرية الظروف الطارئة ؛ حيث بإمكان المتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض عن جميع الأضرار التي لحقت⁽⁴⁾.

الفرع الرابع: أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد

لا يكفي حدوث الظرف الطارئ حتى يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض، وإنما يجب أن يؤدي هذا الظرف إلى قلب اقتصاديات العقد على حد تعبير محكمة القضاء الإداري، فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا إذا أصبح استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد أشبه بالكارثة التي أحاطت به من كل جانب، فلا يكفي أن يفقد ما عساه أن يجنيه من أرباح كلها أو بعضها، وإنما علاوة على ذلك أحاطت به خسارة فادحة تؤدي إلى الأضرار بموقفه ووضعته المالي مما يؤثر بشكل كبير على استمراره بتنفيذ العقد، وبناء على ذلك فإن هذا الظرف يؤدي

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1962/6/9 طعن رقم 3150 لسنة 6 ق القاعدة رقم 572، الموسوعة الإدارية الحديثة (ص 900)

(2) عكاشة، موسوعة العقود الإدارية والدولية (ص 336)

(3) نصار، العقود الإدارية (ص 336)

(4) خليفة، الأسس العامة في العقود الادارية (ص229)

إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاباً شديداً للمتعاقد مع الإدارة، وهنا نرى الفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة فهما وإن كانا يشتركان في أن كلاهما لا يمكن توقعه ولا يستطيع دفعه، إلا أنهما يختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقاً، ولا يصل إلى حد الاستحالة، ويترتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الأثر إذ القوة القاهرة تجعل الالتزام ينقضي فلا يتحمل المدين تبعه عدم تنفيذه، أما الحادث الطارئ فلا ينقضي الالتزام بل يردده إلى الحد المعقول فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئاً من تبعه الحادث (1).

وعليه يشترط أن يكون الظرف الطارئ مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، ولا يقتصر ذلك على عجز طفيف أو قصور في المكسب، ولقد نص القانون المدني المصري والفلسطيني على شرط الإرهاق حتى تنطبق النظرية على المتعاقد ولقد تأكد وجود هذا الشرط في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري (2).

ويتضمن قلب اقتصاديات العقد على عنصرين، الأول مجاوزة السعر الحد الذي استطاع الطرفان توقعه في شأن تطور نفقات الاستغلال وعائده (3)، وأيضاً شرط عدم التوقع الذي سبق ذكره، والثاني أن يتضمن تنفيذ العقد عجزاً حقيقياً مهماً وليس مجرد تخلف الربح، ويقدر القاضي مدلول العجز العام بمراعاة مجموع ظروف القضية، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي تطبيق نظرية الظروف الطارئة عندما كان مختلف الأعباء الاجتماعية المؤثرة على العقد تمثل عبئاً إضافياً قدره 2% من القيمة النهائية للعقد فلم يقر أنها أدت إلى قلب الاقتصاد المالي للعقد (4).

وقياس مدى تأثير الظرف على اقتصاديات العقد إنما يقاس بقدرة المتعاقد على تحمل هذه الخسائر أو عدم تحملها فهو ليس معياراً جامداً بل يختلف تطبيقه من متعاقد إلى آخر فثمة ظرف طارئ يؤدي إلى الإضرار بمتعاقد ويهرقه إرهاباً شديداً وفي حالة أخرى قد لا يؤدي هذا الظرف إلى ذات النتيجة (5).

(1) السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي (ص 26).

(2) لمزيد من الايضاح راجع غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الاداري (ص 1179).

(3) CE. Sect. 3 janv. 1936, commune de tursac, Rec. 5.

(4) CE. 2 juill. 1982, societeroutiere colas, rec. 261.

(5) نصار، العقود الادارية (ص 339)؛ والسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ص 644).

ويعتبر شرط الإرهاق من أهم الشروط الواجب توافرها لتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة، بسبب أنها شرعت في الأصل من أجل رفع الإرهاق وإزالة الضرر الفاحش الذي يلحق بالمتعاقد مع الإدارة نتيجة الظرف الطارئ الذي لحقه، ويطلق عليه الفقهاء على هذا الشرط " شرط الإرهاق "، وشرط الإرهاق هو الشرط الوحيد من بين الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، الذي ينتج عن العقد ذاته، أما بقية الشروط الأخرى فخارجة عن نطاق العقد⁽¹⁾، وتحقق هذا الشرط هو الذي يضع النظرية موضع التنفيذ وينقلها من الميدان النظري إلى الميدان العملي التطبيقي.

أولاً: المقصود بشرط الإرهاق

بمراجعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن نجد أنهم يطلقون على الزيادة غير المألوفة في قيمة الالتزام والتي تنشأ بسبب حدوث الظرف الطارئ " العيب غير التعاقدية أو الخارج عن حدود العقد "، ولتحديد العيب غير التعاقدية أو الخارج عن حدود العقد يلجأ المجلس إلى التمييز بين الاحتمال العادي والاحتمال غير العادي لارتفاع الأسعار " الحد الأقصى للأسعار "، وهو الحد الاحتمالي لارتفاع الأسعار الذي يمكن توقعه عند إبرام العقد⁽²⁾.

ويرى الفقه والقضاء الإداري الفرنسي أنه لكي يتحقق الإرهاق الذي يبرر تطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يتجاوز ارتفاع الأسعار " الحد الأقصى للأسعار " وأن يصل هذا التجاوز إلى ما يطلق عليه " قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ".

ولو رجعنا إلى أحكام مجلس الدولة المصري نجد أن أحكام المحكمة الإدارية العليا قد أشارت إلى شرط الإرهاق بقولها " .أن تكون هذه الحوادث استثنائية عامة ومن شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مع الإدارة مرهقاً ويتهدد المتعاقد بخسارة فادحة دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً، وبحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً " ⁽³⁾.

ويرى الفقيه الفرنسي " دي لوبادير " أن الظروف الطارئة لا يمكن الاستناد إليها إلا إذا أدى الظرف غير المتوقع إلى موقف خارج عن النطاق التعاقدية، وذلك يتضمن خسائر في

(1) السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 521).

(2) Dufau (J.) : "Marche de travaux publics", J. C. A., Fasc. 520, nation, 1985, (2) Fasc. 521 : Regime juridique – formation et execution du marche, 1987.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1982/11/20، الطعن رقم 843 لسنة 26 ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، ص 903، وفي نفس المعنى حكمها بتاريخ 1984/12/18، س 30، ص 251.

استغلال المشروع وتجاوز للحد الأقصى للأسعار، وأخيراً قلباً لاقتصاديات العقد وتجاوز الحد الأقصى للأسعار يمكن النظر إليه من زاوية عكسية في حالة انخفاض موارد المتعاقد، فبدلاً من أن يرتفع سعر التكلفة إلى أبعد من توقعات أطراف العقد تنخفض موارد المتعاقد إلى أبعد من ذلك الحد الذي كان بإمكانه أن يتوقعه⁽¹⁾.

ولقد عبر الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري عن المقصود بالإرهاق بقوله "الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت 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، والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي؛ فإن التعامل مكسب وخسارة⁽²⁾.

وأيضاً يري الدكتور سليمان الطماوي " أنه يتعين أن يكون من شأن هذا الظرف أن يؤدي إلى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأنها أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فلا يكفي في هذا الصدد أن يفقد المتعاقد أرباحه كلها أو بعضها، بل لا يعتبر الشرط متحققاً إذا حاق بالمتعاقد ضرر فعلي إذا كان هذا الضرر معقولاً⁽³⁾ "

ولقد وضع القانون المدني الفلسطيني في المادة (151) تعريفاً موجزاً للإرهاق بقوله " ...أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة...".

وكذلك القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة (147) بقوله " أن تنفيذ الالتزام التعاقدى وان لم يصبح مستحيلًا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة".

ويتبين من أحكام كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري والفلسطيني المشار إليها أن المقصود بإرهاق المتعاقد مع الإدارة في شأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة التالي :

1- أن إرهاب المتعاقد مع الإدارة - كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة - يتمثل في صعوبة تنفيذ الالتزام فحسب دون استحالة تنفيذه، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة كما أسلفنا.

(1) Laubadere (A. de) : trait theorique et pratique des contrats administratifs, L. G. (1) 0 D. J., Le ed., 1956, T. 2, p. 595.

(2) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ص 645).

(3) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 680)

2- صعوبة تنفيذ الالتزام تتحقق في حالة تحمل المتعاقد مع الإدارة لخسارة فادحة غير متوقعة ويمكن الاستدلال على فداحة الخسارة من كونها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب إذا تم إجبار المتعاقد على تنفيذ العقد رغم وجود الظرف الطارئ.

ثانياً: التمييز بين الإرهاق والخسارة العادية

يعتبر التحقق من توافر شرط الإرهاق أو عدم توافره يكتنفه بعض الصعوبات وتحتاج هذه الصعوبات إلى تدليل ووضوح كامل بشأن حلها حتى يكون الحكم على أساس سليم ويمكن ذكر هذه الصعوبات على النحو التالي⁽¹⁾ :

- أن التمييز بين الإرهاق في تنفيذ الالتزام كأثر للظرف الطارئ واستحالة تنفيذ الالتزام كأثر للقوة القاهرة، لا يخلو من صعوبة تتمثل في المعيار الذي يجب أن يتبع للفرقة بين استحالة التنفيذ من جهة وصعوبة تنفيذه دون استحالته من جهة أخرى.
- يعتبر التعبير عن صعوبة تنفيذ الالتزام بسبب الظرف الطارئ، بعبارة " أن الالتزام يكون مرهقاً "، أو بعبارة أخرى " أن التنفيذ يؤدي إلى خسارة فادحة " هي عبارات غير منضبطة وتحتاج إلى تحديد ؛ لأن القاضي يجد صعوبة في تفسيرها.
- إذا حاول القاضي تحديد الخسارة الجسيمة أو الفادحة، وذلك عن طريق معرفة حدود الخسارة العادية، بحيث ما يجاوزها يعتبر خسارة جسيمة أو يقلب اقتصاديات العقد، فإن هذه محاولة لا تخلو من صعوبة تتمثل في تحديد المعيار الذي يجب الأخذ به لتقدير الخسارة العادية بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة.
- في حالة الزيادة العادية في الأسعار فهناك صعوبة في إيجاد أساس للزيادة العادية في الأسعار بحيث ما يجاوز هذه الزيادة هل زيادة غير عادية أو غير مألوفة.
- في حالة أن يكون محل الالتزام عبارة عن أشياء متعددة فارتفع سعر بعضها ارتفاعاً شديداً، بينما هبط سعر البعض الآخر أو ظل كما هو، فهل يتم تطبيق النظرية.
- في حالة أن يكون العقد عقد توريد أو عقد التزام بمرفق عام وأن يكون هذا المتعاقد يطالب بتطبيق النظرية قد حصل على أرباح طائلة في الفترة التي تسبق وقوع الظرف الطارئ، أو أن يكون الظرف الطارئ مؤقتاً لمدة محددة هل تعود الأمور إلى طبيعتها ويصبح تنفيذ

(1) السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص ص 524-525).

الالتزام ممكناً دون إرهاب، هل سيدخل في تقدير الإرهاب ما سوف يحصل عليه من أرباح بعد انتهاء الطرف الطارئ أم لا يدخل.

التمييز بين صعوبة الالتزام (الإرهاب) واستحالة تنفيذ العقد ؟

لقد وجد في الفقه الفرنسي أكثر من معيار واحد لتحديد مدى استحالة تنفيذ الالتزام، وترددت تلك المعايير بين المعيار الموضوعي والمعيار الشخصي، مما أدى إلى الخلط بين استحالة تنفيذ الالتزام وصعوبة تنفيذه أحياناً.

فبينما يعتبر تنفيذ الالتزام مستحيلاً طبقاً لأحد الآراء إذا بتنفيذ هذا الالتزام يعتبر صعباً فقط طبقاً لرأي آخر، وذلك يعني أنه طبقاً للرأي الأول يعتبر الحادث قوة قاهرة بينما الرأي الآخر يعتبره ظرفاً طارئاً⁽¹⁾.

والرأي الراجح في الفقه والقضاء في هذا الشأن هو الأخذ بمعيار الشخص العادي، وبناء على هذا المعيار يعتبر تنفيذ الالتزام مستحيلاً إذا كان الشخص العادي يستحيل عليه بوسائله العادية أن يقوم بتنفيذ الالتزام وذلك دون النظر لما إذا كان يمكن لمدين آخر بنفس نوع هذا الالتزام أن يقوم بتنفيذه نظراً لما يملكه من وسائل خاصة⁽²⁾.

بمراجعة أحكام مجلس الدولة الفرنسي في هذا الشأن نجد أن المجلس لا يجيز الاستناد إلى الطرف الطارئ لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا إذا أدى هذا الطرف لتحقيق عبء غير تعاقدية أو خارج عن حدود العقد.

ولتحديد ما إذا كان يوجد عبء غير تعاقدية من عدمه يلجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى المرور بثلاثة مراحل عند بحثه للنزاع المعروض عليه، نوردتها تباعاً على النحو التالي:

(1) Colin et capitain: traite elementaire de droit civil francais, i. ii., p. 92، مشار إليه

لدى السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 531)

(2) يقال ان صعوبة التنفيذ في حالة القوة القاهرة تحتاج للتغلب عليها إلى بذل مجهود كبير وخارق وغالباً ما يكون هذا المجهود طبيعياً كما في حالة اضطراب المواصلات بسبب الحرب وصعوبة الحصول على محل الالتزام بسبب هذا الاضطراب، بينما يحتاج التغلب على صعوبة التنفيذ في حالة الطرف الطارئ إلى مجهود أقل من المجهود اللازم للتغلب على صعوبة التنفيذ في القوة القاهرة، وغالباً ما يكون هذا المجهود اقتصادياً أو مالياً كما في حالة ارتفاع سعر محل الالتزام ارتفاعاً شديداً بسبب الحرب وزيادة أسعار النقل والتأمين على السلع التي يتم نقلها أثناء الحرب، مشار إليه لدى السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص ص 531-532)

المرحلة الأولى:

ويقوم مجلس الدول الفرنسي باستبعاد تطبيق النظرية إذا كان الظرف الطارئ لم يترتب عليه سوى مجرد نقص في الأرباح أو نقص في الإيرادات أو حتى فقد التعاقد مع الإدارة جميع أرباحه، فهنا لا يكفي لنشوء حالة الظروف الطارئة مجرد النقص في الربح أو النقص في الإيرادات أو حتى فقد الأرباح كلها⁽¹⁾.

المرحلة الثانية:

ويقوم مجلس الدول الفرنسي باستبعاد تطبيق النظرية إذا كان الظرف الطارئ لم يترتب عليه سوى خسائر عادية متوقعة، لا تتجاوز الحد الأقصى للأسعار أو الحد الأدنى لانخفاض الإيرادات الخاصة بالتعاقد⁽²⁾.

ويتبين ذلك في العديد من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، ومنها حكمه الصادر بتاريخ 2 يوليو سنة 1982 في قضية " societe routiere colas "، حيث رأى المجلس في هذه القضية أن زيادة الأعباء الاجتماعية من 1% إلى 2% من القيمة النهائية للعقد وبالإضافة إلى الآثار المترتبة على توقف العمل لمدة 48 يوماً بسبب الاضراب عن أعمال مدتها 24 شهراً فإنهما لا يعدان تكاليف غير عادية ولا يمثلان قلباً اقتصادياً للتوازن المالي للعقد، وبالتالي عدم توفر خاصية جسامه الضرر الذي يبرر تطبيق نظرية الظروف الطارئة⁽³⁾.

ولقد قضى المجلس أيضاً برفض تطبيق النظرية؛ لأن ارتفاع الأسعار لم يتجاوز الحد المتوقع، وتم رفض طلب التعويض أيضاً بسبب أن انخفاض الإيرادات لم تتجاوز الحد الذي كان يتوقعه أطراف العقد حين إبرام العقد⁽⁴⁾.

المرحلة الثالثة:

يشترط مجلس الدولة الفرنسي لتطبيق النظرية أن تكون خسائر المشروع قد تجاوزت الحد الأقصى للأسعار أو الحد الأدنى للإيرادات، ووصلت إلى ما يطلق عليه قلب اقتصاديات

(1) C. E. 10-10-1984, En. Cottin gonneaux, R. D. P., 1985, p. 233

(2) لقد قام مجلس الدولة الفرنسي باستخدام فكرة الحد الأقصى للأسعار في العديد من أحكامه المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة حيث اعتبرها شرطاً لقيام حالة الظرف الطارئ، ويمكن تعريف الحد الأقصى للأسعار بأنه " الحد الاحتمالي لارتفاع الاسعار الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد ".

(3) C.e.2-7-1982, rec.,p. 261، مشار إليه لدى السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 533)؛ وغانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 1182).

(4) C. E. 40-12-1956, Trassard, Rec., p. 85.

العقد، وتعتبر قلب اقتصاديات العقد مسألة نسبية يتوجب بحثها في كل حالة على حدة ويتم الأخذ بعين الاعتبار حجم اقتصاديات المتعاقد وكذلك حجم احتياطي الشركة المتعاقدة معها والسيولة المتوفرة بحوزتها⁽¹⁾.

وبشكل عام يمكن القول بأن تحديد تجاوز الحد الأقصى للأسعار أو الحد الأدنى لانخفاض الإيرادات متروكٌ أمرٌ تقديره للقاضي، أخذاً في اعتباره أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره، أو الخسارة العادية في التعامل، وإنما أساسه مشاركة الإدارة للمتعاقد في جزء من خسارة محققة وفادحة تدخل في مفهوم الخسارة الجسيمة، وذلك يمكن أن يتحقق فقط عندما يتم تجاوز الحد الأقصى للأسعار أو الحد الأدنى لانخفاض الإيرادات الذي كان بإمكان طرفي العقد توقعها⁽²⁾.

أما بالنسبة لمجلس الدولة المصري فبمراجعة أحكامه لتحديد المقصود بالإرهاق لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يتبين أنه سار على نهج نظيره الفرنسي وذلك على النحو التالي:

- فلقد استبعد مجلس الدولة المصري تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا لم يرتب على الطرف الطارئ سوي مجرد نقص في الربح أو نقص في الإيرادات، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بهذا الشأن في حكمها بتاريخ 17 يونيو سنة 1972 بقولها "... فإن المدين بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه..."⁽³⁾.
- وأيضاً قام مجلس الدولة باستبعاد تطبيق النظرية إذا لم يرتب الطرف الطارئ إلا خسائر عادية متوقعة، فلقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة عدة شروط... وأن يكون من شأن هذه الظروف إصابة المتعاقد بخسائر فادحة تجاوزت الخسائر العادية التي يمكن احتمالها على نحو تختل معه اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً"⁽⁴⁾.
- قام مجلس الدولة المصري باشتراط أن يكون قد لحق بالمتعاقد خسائر فادحة واستثنائية تجاوزت في حدتها الخسارة العادية، وتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فلقد قضت محكمة القضاء الإداري بأن " مقتضى نظرية الظروف الطارئة أن يكون الطرف الطارئ أثقل عبئاً وأشق كلفة مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً، بأن تكون الخسارة الناشئة

(1) ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الادارية في فلسطين (ص 84).

(2) السنارى، وسائل التعاقد الاداري (ص 536-537)

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 17/6/1972، المجموعة، س 17 (ص 576).

(4) حكمة المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 30/11/1985، في الطعن رقم 2541 لسنة 29 ق، المجموعة،

عنه والتي تلحق المتعاقد خسارة فادحة واستثنائية تجاوز الخسارة العادية، بمعنى أنه إذا لم يترتب على الظرف الطارئ خسارة ما، أو كانت الخسارة طفيفة بالنسبة إلى عناصر الضرر في مجموعة أو انحصرت كل أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون ثمة مجال لإعمال أحكام هذه النظرية⁽¹⁾

الفرع الخامس: مدى انطباق نظرية الظروف الطارئة على الوضع في قطاع غزة

يعتبر قطاع غزة حالة من الحالات الصعبة لأن الحصار المفروض عليه هو جزء لا يتجزأ من الحصار المفروض على الشعب الفلسطيني ككل، سواء كان ذلك بصورة مباشرة كما هو الحال في الضفة الغربية عبر الاعتقالات والحوجز وغيرها، أو بشكل غير مباشر كما هو الحال بالنسبة للاجئين الفلسطينيين في المنافي والشتات الذين يتعرضون لشتى أنواع العقاب الذي يكرس معاناتهم⁽²⁾.

فلو نظرنا إلى حالة قطاع غزة لوجدنا أنه مفروض عليه حصار منذ أحد عشر عاماً هو الأوسع والأقذر والأكثر همجية على الإطلاق، ولا سيما أنه تزامن خلال هذه الفترة ثلاثة حروب قاسية، فلقد أثر هذا الحصار بشكل كبير جداً على وضع الحياة بمختلف أشكالها في قطاع غزة وعلى وجه الخصوص في الجانب الاقتصادي المتعلق بالصناعة والتجارة والزراعة، والمشاريع الإنمائية والعمرانية في القطاعين الخاص والعام.

ومن المعروف أن المشاريع الإنشائية في قطاع غزة يعود تمويلها إلى عدة جهات وهي مشاريع خاصة بالحكومة الفلسطينية ومشاريع خاصة بالمجلس الاقتصادي الفلسطيني للتنمية

(1) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 19/6/1960، س14 (ص 261).

راجع في نفس المعنى: حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 30/11/1985 في الطعن رقم 2541 لسنة 29 ق، المجموعة، ص 223 المشار إليه سابقاً، وحكمها بتاريخ 16/5/1987 في الطعن رقم 3562 لسنة 29 ق.

راجع أيضاً فتوى الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع رقم 941 بتاريخ 3/11/1964، حيث جاء فيها " أن مجموع قيمة المبالغ المطالب بها 761 جنيهاً و 902 مليماً بالنسبة إلى قيمة العقد البالغة 13012 جنيهاً و 200 مليماً وهي نسبة لا تتجاوز 6%، ومن ثم فإنها تكون في حدود الخسارة العادية المألوفة في التعامل، ولا تتجاوزها إلى درجة الخسارة الجسيمة الاستثنائية غير المألوفة في التعامل، ومن حيث أنه يخلص من ذلك أن قيام الشركة بأداء المبالغ المشار إليها - زيادة على الأسعار الواردة في عطاءها والتي تم التعاقد على أساسها - لا يترتب عليه، إلحاق خسارة فادحة بالشركة يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب".

(2) الصوراني، الآثار الاقتصادية للحصار على قطاع غزة (موقع إلكتروني).

والاعمار "بكدار" ومشاريع خاصة بوكالة غوث وتشغيل اللاجئين، وأخيراً مشاريع خاصة بمؤسسات "undp".

فيعتبر قطاع الإنشاءات والمقاولات من أهم القطاعات الإنتاجية في قطاع غزة حيث يقوم بتشغيل نسبة ما يقارب "22%" من الطاقة العاملة في قطاع غزة⁽¹⁾، فبسبب هذا الحصار العاشم شهد القطاع تدهوراً شديداً وانخفاصاً مستمراً منذ عام 2007، حيث توقفت أكثر من 90% من شركات المقاولات عن العمل، وذلك بسبب عدم توفر "المواد الخام" من إسمنت وحديد وحصمة وغيرها، والتي شهدت ارتفاعاً كبيراً في أسعارها في السوق السوداء -إن توفرت- إلى أكثر من 80%، فبالنظر إلى ما سبق كله يتضح لنا حجم الخسائر الفادحة التي خلفها الحصار وراءه على قطاع الإنشاءات والإعمار في قطاع غزة على نحو أدى إلى توقف المقاولين عن الاستمرار في تنفيذ اتفاقياتهم وتسليم مهامهم في الموعد المتفق عليه.

ويبقى السؤال ما هو مدى انطباق نظرية الظروف الطارئة على حالة الحصار في قطاع غزة؟

إن مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري ظروف وأحداث لم تكن في حساب المتعاقد وقت إبرام العقد وليس باستطاعتها دفعها، ويكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ويصبح تنفيذ العقد مرهقاً بشكل كبير بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة.

فلو حاولنا أن نسقط ونطبق نظرية الظروف الطارئة على حالة قطاع غزة لوجدناها أنها تنطبق عليها، فتعتبر حالة الحصار هي من قبيل الظروف الطارئة التي لم تكن متوقعة الحدوث، حتى لو افترضنا أنها كانت متوقعة خاصة أننا أمام عدو غاشم، إلا أن الآثار الناجمة عنها قد تجاوزت كل حدود التوقع بشكل كبير، إضافة إلى ذلك لم يكن بالإمكان تجاوز تلك المرحلة، وذلك بالرغم من كل المحاولات التي بذلت لكسر الحصار من قبل جميع المتضامنين حول العالم، فعاصر الجميع هذه المرحلة بجميع أشكالها وأضرارها الناتجة عنها، فلقد تضررت المشاريع الإنشائية التي رصدت لأجل إقامة مرافق عامة كالمستشفيات والمدارس الأمر الذي أدى إلى وقوع ضرر كبير مس بالمصلحة العامة وحرم أهالي قطاع غزة من الاستفادة من كل هذه المشاريع التي كانت ستعود بالنفع على جميع المرافق العامة.

(1) الطباع، حصاد عام على حصار غزة، تقارير اقتصادية فلسطينية خاصة (موقع إلكتروني).

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا المجال أنه هل تم تطبيق نظرية الظروف الطارئة لكي تجاوز الخسائر الناتجة عن ذلك بشكل يمكن المفاوضين والمستثمرين القائمين على تلك المشاريع من أن إتمام ما اتفق عليه وما بدؤوا به قبل الحصار؟

تحدثنا سابقاً أن نظرية الظروف الطارئة من النظريات القائمة في فلسطين حيث سطرت أحكامها المادة (151) من القانون المدني الفلسطيني ومجلة الأحكام العدلية، إلا أنه لم يسجل للقضاء الفلسطيني حكم يفيد أنه ارتكز على هذه النظرية للحكم بالتعويض، سواء ذلك في مجال العقود الخاصة أم العقود الإدارية، أي لم تثر على الإطلاق في هذا الشأن أي حالة تدل على إعمالها.

ویمناقشة أصحاب الشأن في هذا الاتجاه⁽¹⁾، تبين أن المنهج المتبع بصدد المشاريع التي كانت قيد التنفيذ في قطاع غزة سواء كانت مشاريع تابعة للحكومة أم مشاريع تابعة لجهات أخرى، هو الاتفاق المباشر بين أصحاب شركات المقاولات التي تم إسناد الأمر إليها بالقيام بالمشاريع وبين المالكين لتلك المشاريع للوصول إلى حلول من شأنها تخطي تلك المرحلة، ولكن لم تكن هذه الحلول - في الغالب الأعم - مرضية وعادلة، إلا أن شركات المقاولات اضطرت للقبول بها وذلك حفاظاً على علاقتها بأصحاب تلك المشروعات ولضمان استمرار العمل معهم مستقبلاً.

ونذكر أمثلة توضيحية تطبيقية وذلك لبعض المشروعات التي كانت قيد التنفيذ :

- مشروع تطوير ورصف شارع النصر الذي يربط وسط المدينة بشمالها: وهو تابع لبلدية غزة والشركة القائمة على التنفيذ هي " شركة الشياح للمقاولات "، وبعد الأحداث وتبدل الأوضاع وحلول موظفين جدد في المواقع الحكومية والبلديات، قامت البلدية بفسخ العقد المبرم بينها وبين شركة الشياح بإرادتها المنفردة، وقامت بمنح المشروع لشركة " مشتهى وحسونة للمقاولات" وعلى إثر ذلك قام المقاول السابق " شركة الشياح" بعمل مستخلص لقيمة الأعمال التي نفذها مضافاً إليها المصاريف وقيمة الأرباح المتبقية، ولكن البلدية رفضت هذا المستخلص وقامت بإعطائه قيمة الأعمال التي نفذه فقط، وقام باللجوء لهيئة التحكيم لدي نقابة المهندسين فاستطاع الحصول على حكم بقيمة 74 ألف دولار وهو يقل عن المقدار الذي طالب به المقاول.

(1) أصحاب الشأن هم: اتحاد المفاوضين الفلسطينيين، نل الهواء، خلف الجامعة الإسلامية - غزة

- بنية تحتية لمدينة بيت حانون: المالك للمشروع "UNDP"، والشركة القائمة على المشروع هي "شركة أبو زيادة للمقاولات"، في هذا المشروع تم فسخ العقد بسبب الظروف المحيطة ونقص المواد واستمرار الحصار، ودفع المقاول جميع الأعمال التي قام بها إضافة إلى قيمة التكاليف المالية والإدارية من كفالات وتأمين وضرائب وغيرها.
- مشروع بناء وتجهيز مبني وزارة العدل بغزة ولقد كان ممولاً من "بكدار" بمساهمة بلغت قيمتها 450 ألف دولار بالإضافة إلى مساهمة من وزارة المالية بالحكومة السابقة بلغت 500 ألف دولار، وشركة ربحان للمقاولات هي الشركة القائمة على المشروع، فبعد الحصار وبسبب نقص المواد وارتفاع الأسعار استمر المقاول بالعمل في تنفيذ المشروع حتى تمامه وتقديم بمستخلصات عدد (2) تشمل مقدار التكاليف التي تحملها لإنهاء المشروع، فاستطاع الحصول على قيمة أحد هذه المستخلصات من الحكومة بمرام الله ومازال حتى اللحظة يحاول الحصول على قيمة المستخلص الآخر، هذا ولم يتم تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقت به والإرهاق الذي تحمله، بل اقتصر الأمر على صرف التكاليف الحقيقية للمشروع فقط.

المطلب الثاني:

أحكام الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة ونهايتها

وفي هذا المطلب سنقوم بالحديث عن الأحكام التي تنظم كيفية الاستفادة من هذه النظرية، ومن ثم الحديث عن الاتفاقات التي ترد بخصوص نظرية الظروف الطارئة ونختم هذا المطلب بالحديث عن نهاية الظروف الطارئة وسوف نقوم بتناول هذه المواضيع عبر ثلاثة فروع وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: أوضاع التمسك بالنظرية

الفرع الثاني: الاتفاقات بخصوص الظروف الطارئة

الفرع الثالث: نهاية الظروف الطارئة

الفرع الأول: أوضاع التمسك بالنظرية

نقوم في هذا الفرع ببحث التمسك في النظرية في نطاق القانون الخاص وفي نطاق القانون العام، والسؤال هنا: من الذي يحق له أن يتمسك بالنظرية؟

لا نجد صعوبة في الإجابة على هذا التساؤل في ظل القانون الخاص، فالمادة (151) من القانون المدني الفلسطيني والمادة 147 من القانون المدني المصري تجعل حق التمسك بالنظرية للمدين في كل عقد، متى استوفيت شروط تطبيق النظرية وذلك دون تمييز بين المتعاقدين، وبالتالي فإنه مما لا شك فيه أن للسلطات العامة الحق في التمسك بالنظرية في نطاق عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة، وفي هذا المعنى يقول الدكتور السنهاوري في وسيطه "... فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله -المتعاقدين الآخر- بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التي عقدها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة ذاتها، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة؛ إذ هي شيء هين وبسيط بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة" (1).

أما في نطاق القانون العام، فإن المسألة لم تُنرَّ عملياً فيما يتعلق بتمسك الإدارة بنظرية الظروف الطارئة، ولكن في نفس الوقت ليس هناك أي مانع قانوني يحول بين الإدارة وبين

(1) السنهاوري، الوسيط في القانون المدني الجديد (ص 645).

الاستناد إلى هذه النظرية لكي يتحمل المتعاقد معها جزءاً من الخسائر المرهقة التي تترتب نتيجة للظرف الطارئ.

وبالنظر إلى التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة في المجال الإداري نجد أنها تقتصر حتى الآن على الطلبات الصادرة من الأفراد، ولا صعوبة في الأمر إذ تم تقديم الطلب من المتعاقد الأصلي، ولكن الأمر يحتاج إلى بعض التوضيح في حالة تغير هذا المتعاقد وذلك في الحالات التالية :

أولاً: حالة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة :

إن موافقة الإدارة على التنازل عن العقد يؤدي إلى إيجاد علاقة قانونية مباشرة بينها وبين المتنازل إليه ؛ وبالتالي فإن المتنازل إليه يستطيع أن يقوم ممارسة حقوق المتعاقد الأصلي في مواجهة الإدارة، ومن هذه الحقوق المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة.⁽¹⁾

وتجدر الإشارة إلى أن التنازل عن العقد في القانون المصري محظور بنص تشريعي فتتص المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 على أنه "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد...."⁽²⁾.

وفي فلسطين تنص المادة (67) من تعليمات قانون اللوازم العامة على " لا يجوز للمتعهد لأي شخص آخر عن كل أو أي جزء من العقد دون الحصول على إذن خطي من لجنة العطاءات التي أحلت العطاء مع الاحتفاظ بكامل حقوق الدائرة وفقاً لقرار الإحالة والعقد الأصلي"، ويتضح من نص المادة (67) أنه يجوز التنازل ولكن بشرط موافقة الإدارة على ذلك.⁽³⁾

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 706)

(2) استظهرت الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة المصري بأنه "الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية هو عدم جواز تنازل المتعاقد مع جهة الإدارة عن العقد، وحتى لا تكون العقود الإدارية مجالاً للوساطات والمضاربات...." الفتوي رقم 924 بتاريخ 13/11/1996، جلسة 23/10/1996، ملف رقم 335/1/54، مجموعة مبادئ الجمعية في شأن العقود منذ عام 1946 وحتى عام 2005، الجزء الأول، المبدأ 32 (ص 200).

(3) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الاداري، (ص 693).

وفي حال قامت الإدارة بالتنفيذ على حساب المتعاقد نتيجة لإخلاله بالالتزام بالتنفيذ فإنه بالرغم من ذلك فإن هذا المتعاقد يستفيد من نظرية الظروف الطارئة إن حدث ظرف الطارئ أثناء مدة العقد الأصلية.

ولكن من أي تاريخ يستطيع المتنازل إليه أن يتمسك بالظروف الطارئة، وهل يستطيع أن يطالب بالتعويض عن ظروف طارئة ترجع إلى تاريخ يسبق حصول التنازل، أم يتعين أن تطرأ الظروف عقب هذا التاريخ الأخير؟؟

لقد تطور مجلس الدولة الفرنسي⁽¹⁾ بهذا الخصوص ففي حكمه الصادر في 13 مارس سنة 1930 في قضية "sauvage"، أخذ المجلس بوجهة النظر الثانية ولكنه عدل بعد ذلك عن ذلك القضاء، وخول المتنازل إليه الحق في المطالبة بالتعويض عن جميع الظروف الطارئة التي يكون من حق المتعاقد الأصلي أن يطالب بالتعويض عنها، ومما لا شك فيه أن هذا الحل الأخير أسلم وأفضل من الناحية القانونية، ما دام أن المتنازل إليه يحل محل المتعاقد الأصلي بموافقة الإدارة⁽²⁾.

ثانياً: حالة التنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة :

الأصل أنه لا يمكن التمسك في هذا التنازل في مواجهة الإدارة، ومع ذلك كله فإن مجلس الدولة الفرنسي قام بتحويل المتنازل إليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة، إذا قام بتنفيذ العقد، وتحققت شروط النظرية، ولكن مع إرجاع التعويض إلى المسؤولية شبه التعاقدية⁽³⁾، ويستطيع المتنازل إليه بصفته دائناً للمتعاقد الأصلي أن يطالب الإدارة بحقوق مدينه عن طريق

(1) حكم مجلس الدولة في 1930/3/13 في قضية "sauvage"، المجموعة (ص 290).

(2) حكم المجلس الصادر في 28 يناير سنة 1944 في قضية "cne de wimille" المجموعة س 35 وفي 10 يوليو سنة 1949 في قضية "ville delbeeuf" "مجموعة سيربي، سنة 1950، القسم الثالث (ص 61)، مشار إليه لدى الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، (ص 708).

(3) حكم المجلس في 27 يونيو سنة 1930 في قضية "philipe" وفي 16 يناير سنة 1931 في قضية "bonniol" مجموعة سيربي سنة 1931 القسم الثالث، ص 57 مع تعليق مستر، ومنشور أيضاً في مجموعة دالوز سنة 1931 القسم ص 5 مع تعليق "bleavoet"، مشار إليه لدى الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، (ص 708).

الدعوى غير المباشرة، وحوالة الحق المقرر في القانون المدني⁽¹⁾.

ثالثاً: حالة موت المتعاقد وحلول الورثة محله في تنفيذ العقد :

ذهب مجلس الدولة الفرنسي أن هذه الحالة تعامل معاملة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة والذي تم عرض أحكامه فيما سبق⁽²⁾.

ويثار التساؤل حول من الذي يقدم طلب التعويض وإلى من يقدم الطلب؟

لا نجد أدنى صعوبة في الإجابة على هذا السؤال، ففيما يتعلق بشقه الأول فإن طلب التعويض يقدم من المتعاقد الأصلي أو ممن يحل محله كما بينا سابقاً، أما فيما يتعلق بالشق الثاني فإن التعويض يطلب من جهة الإدارة المتعاقدة، ولكن ثار خلاف في هذا الخصوص وهو مدى حق جهة الإدارة بالرجوع بالتعويض على الجهات الإدارية الأخرى التي كانت السبب في إحداث الظرف الطارئ الذي نتج عنه الضرر، لقد بحث مجلس الدولة الفرنسي هذا الموضوع لأول مرة في قضية " ville delbeuf "، فلقد كان مرجع الظرف الطارئ الذي عوض عنه مجلس الدولة الفرنسي صدور تشريعات تتعلق بتنظيم الأسعار مما ترتب عليه إرهاب المتعاقد مع بلدية البيف، فلما حكم على البلدية بالتعويض حاولت أن ترجع بالتعويض على الدولة " actions recursoire"، فقام المجلس برفض دعوى التعويض المرفوعة من البلدية، وذلك بسبب أن مسؤولية الدولة عن التشريع لا يمكن أن تتحقق إلا بتوافر شروط قاسية من العسير تحققها⁽³⁾.

متى يقدم طلب الاستفادة من النظرية ؟

يمكن للمتعاقد أن يقوم بطلب التعويض عن الظرف الطارئ من أول لحظة يتحقق فيها هذا الظرف وذلك وفقاً للشروط التي ذكرناها فيما سبق، وذلك أثناء تنفيذ العقد، أو حتى بعد

(1) تنص المادة (303) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 على أنه " يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر الا إذا حال دون ذلك نص القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضاء مدين" راجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم 1313 لسنة 50، جلسة 1984/5/30، ص 35، ص 495، وهذا عكس مجلة الاحكام العدلية حيث نصت المادة (682) على أنه " الحوالة التي أجريت بين المحيل والمحال له لا تصلح ولا تتم الا بعد اعلام المحال عليه وقبوله" والمقصود بالمحال عليه وفق المادة 676 من القانون المشار إليه هو " الذي قبل على نفسه الحوالة" أي ضرورة قبول الإدارة مسبقاً على الحوالة

(2) حكم المجلس الصادر في 21 نوفمبر سنة 1934 في قضية " dupart " المجموعة ص 1085.

(3) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، (ص 709).

تنفيذه، وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 14 أبريل سنة 1960، فبعد أن حددت شروط الظرف الطارئ أتبعها بالقول "... فإذا ما توافرت هذا الشروط يستوي أن يطالب المضرور بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدية...⁽¹⁾" ويتعين على المتعاقد الانتظار حتى تمام التنفيذ إذا كان من غير الممكن تقدير مدى الخسائر المترتبة على الظروف الطارئة قبل هذا الوقت، وفي هذه الحالة يتولى المتعاقد تقدير الخسائر النهائية التي لحقت من جراء التنفيذ مع قيام الظرف الطارئ، ويطالب الإدارة بها⁽²⁾.

وفي هذا الصدد يرى الدكتور سليمان الطماوي وبحق أنه لا مانع من المطالبة بتعويض مؤقت عن الظرف الطارئ لمعاونة المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ عقده إذا كان من شأن هذا الظرف أن يستمر مدة طويلة، وليس بإمكان المتعاقد أن ينتظر حتى زواله، فإن مثل هذا الحل لا يتنافى مع القواعد العامة في تقدير التعويض، فضلاً عن أنه يتفق والحكمة التي تقوم عليها النظرية وهي معاونة المتعاقد مع الإدارة على التغلب على الظرف الطارئ ومواصلة التنفيذ تحقيقاً للصالح العام، وتماشياً مع مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد⁽³⁾.

الفرع الثاني: الاتفاقات بخصوص الظروف الطارئة

أثناء تنفيذ المتعاقد مع الإدارة للعقد الإداري، وفي حال وقع ظرف طارئ وأدى إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، فإن هذا يؤدي إلى وجوب تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد بهدف تنفيذ العقد الإداري وبالتالي السير المنتظم للمرفق العام على أكمل وجه⁽⁴⁾.

ولكن قد يحدث وأن يتم وضع شروط بين الطرفين وقد تدرج الإدارة في عقودها مع الأفراد شروطاً متنوعة بخصوص مواجهة الظروف التي تطرأ في المستقبل وتؤدي إلى إرهاب المتعاقد مع الإدارة إرهاباً يخلل معه العقد المبرم بينهم، فما هو مدى شرعية هذه الشروط؟

(1) حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 14/4/1960 لسنة 14 ق (ص 36)

(2) حكم المجلس الصادر في 11 يونيو سنة 1943 في قضية " ste des grands travaux de Marseille" المجموعة ص 148، مشار إليه لدى الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 710).

(3) المرجع السابق، ص 710.

(4) ثابت، اثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين (ص 95)

إن الإجابة على هذا السؤال تتطلب أن نفرق ونميز بين ثلاث حالات وذلك على النحو التالي :

أولاً: الشروط التي تؤدي إلى استبعاد المسؤولية:

ومثالها اشتراط الإدارة على المتعاقد معها مقدماً النزول عن كل حق في المطالبة بالتعويض عن الظروف التي تطرأ بعد التعاقد، فإن تواجدت مثل هذه الظروف وقبلها المتعاقد مع الإدارة فإن مجلس الدولة الفرنسي يجري في قضائه على عدم مشروعية هذا النزول، أي أن هذه الشروط هي شروط غير مشروعة⁽¹⁾.

وهو ذات موقف المشرع الفلسطيني من النظرية، حيث تنص المادة (151) من القانون المدني الفلسطيني على أنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدية، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك " وهذا يدل بطلان مثل هذه الاتفاقات.

وأيضاً ما نصت عليه المادة (147) من القانون المدني المصري والتي نصت صراحة على بطلان مثل هذه الاتفاقات بقولها " ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " فإذا كان هذا هو الشأن في عقود القانون الخاص غير ذات الصلة بالمصلحة العامة، فمن باب أولى أن يكون ممنوعاً في العقود الإدارية والتي تتعلق بالمصالح العامة.

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها الصادر في 14 أبريل سنة 1960 حيث قالت " إن جهة الإدارة لا تملك أن تضع شرطاً يحول بين المتعاقد وبين التمسك بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ إذا وقع أيهما وتكاملت شروطه ومناط هذا الحكم يرد إلى طبيعة العقود الإدارية التي من شأنها أن ترتب لكل من المتعاقدين التمسك بأي من هذين الحدين، فإذا كانت الإدارة قد أخذت على المدعي التعهد بعدم الاحتجاج عليها بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ، فإن هذا الاشتراط غير مشروع لا يعتد به"⁽²⁾.

وإننا نؤيد هذا الرأي حيث إنه يتفق مع المنطق لأنه نظرية الظروف الطارئة وضعت لكي تواجه أي ظرف طارئ يطرأ أثناء تنفيذ العقد ويعرقل تنفيذه بشكل يضر بالمصلحة العامة،

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، (ص 711).

(2) حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 1960/4/14، مشار إليه لدى الطماوي،، الأسس العامة للعقود

الادارية، (ص ص 711-712).

فوجود مثل هذه الشروط يحول بين غاية النظرية وبين تطبيقها ويؤدي إلى عدم تحقق هدفها.

ثانياً: الشروط التي تتوقع الظرف الطارئ وتحدد التعويض على أساس معين:

وجود هذا النوع من الشروط مشروع ولكن في نفس الوقت لا يمنع من المطالبة بالتعويض استناداً للنظرية، وذلك في حالتين:

- حالة تعذر تطبيق الشروط المنصوص عليها في العقد، وهذه الحالة طبيعية وترجع في معظم الحالات إلى التشريعات الاجتماعية التي تجمد الأسعار والأجور إلى حد معين.
 - إذا لم تؤد الشروط المنصوص عليها دورها الطبيعي الذي يتفق ونية الطرفين بسبب تأثير ظروف جديدة في عناصر أخرى لم تكن محل اتفاق بين الطرفين⁽¹⁾.
- وفي الحالتين لا يستطيع المتعاقد أن يجمع بين التعويض المتفق عليه في العقد، والتعويض القضائي، بل ينحصر حقه في الحصول على الأعلى من هذين التعويضين⁽²⁾.

ثالثاً: وضع شرط الفسخ :

إذا تضمن العقد - أو دفتر الشروط - نصاً يمنح المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد في حالة قيام الظروف الطارئة فإن مثل هذا الشرط عند مجلس الدولة الفرنسي الحالي لا يحول بين المتعاقد وبين المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة⁽³⁾، وذلك إذا رغب في التنفيذ رغم الظرف الطارئ ولم يتم بطلب فسخ العقد فإنه يستحق أن تنطبق عليه النظرية.

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 30 مارس سنة 1973 في قضية "ste de distrib.delouest" المجموعة ص 266، والحكم في 5 نوفمبر سنة 1973 في قضية "dep.des.cotes" مجموعة دالوز سنة 1938، القسم الثالث، ص 46 وفي 11 يونيو سنة 1947 في قضية "nadaud" وفي 5 فبراير سنة 1951 في قضية "ste des grands travaux de Marseille" المجموعة ص 68، مشار إليه لدى الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، (ص 712).

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 3 فبراير 1936 في قضية "commune de tursac" المجموعة ص 5، مشار إليه لدى الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، (ص 713).

(3) ذهب مجلس الدولة الفرنسي أولاً وفي حكمه الصادر في 11 يوليو سنة 1926 في قضية "morelle" المجموعة ص 562، إلى أن هذا الشرط يتنافى مع المطالبة بالتعويض، ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا القضاء، راجع حكمه الصادر في 30 أكتوبر سنة 1925 في قضية "mas gayet" المجموعة ص 836 وفي 28 أبريل سنة 1926 في قضية "perperot" المجموعة ص 424 وفي 28 أغسطس سنة 1942 في قضية "etal moisant" مجموعة سيرري سنة 1945، القسم الثالث، ص 1 مع تعليق مستر، وفي 7 مايو سنة 1948 في قضية "royer" المجموعة ص 199، مشار إليه لدى الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، (ص 713).

رابعاً: الاتفاقات التي تتم بين الإدارة وبين المتعاقد بعد نفاذ العقد:

إن مثل هذه الاتفاقات لا تؤثر على حق المتعاقد في المطالبة بالتعويض على أساس النظرية، وذلك إذا قام بإثبات أنها لم تنجح في تلافي الاختلال في اقتصاديات العقد، فإذا قبل المتعاقد مثلاً زيادة في الأسعار التي يتقاضاها من المنتفعين، وتبين بعد ذلك أن تلك الزيادة لم تنجح في مواجهة الظرف الطارئ فإن ذلك لا يمنعه من الذهاب للقضاء الإداري وطلب التعويض⁽¹⁾، وهذا يصدق على عقود الالتزام لأنها تحتاج إلى مدة زمنية طويلة في التنفيذ، أما بالنسبة لعقد التوريد فإن تم التسليم، فالاتفاق حول مقدار التعويض ان كان صادر عن ارادة حرة فإنه يمنع من المطالبة بالتعويض امام القضاء لان مقدار الخسارة اصبح واضحاً أمامه ومقدر من طرفه.

خامساً: الاتفاقات التي تعقد بين الإدارة وبين المتعاقد بقصد تنظيم الظرف الطارئ:

تعد هذه الاتفاقات مشروعة بطبيعة الحال ؛ لأن مجلس الدولة الفرنسي يجري باستمرار على دعوة الطرفين المتنازعين إلى حل النزاع بشكل ودي، وأنه لا يحكم بالتعويض إلا في حالة عجز الطرفين عن الوصول إلى ذلك الحل، فإذا ما نجح الطرفان في الاتفاق على كيفية تعويض آثار الظروف الطارئة بعد تحققها فلا شك في سلامة مثل هذا الاتفاق ولا يقبل مجلس الدولة من أحد الطرفين المنازعة فيه ويقتصر دوره على تطبيق شروط الاتفاق إذا جد بشأنها نزاع.

الفرع الثالث: نهاية الظروف الطارئة

تفترض نظرية الظروف الطارئة - كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي - تعرض المتعاقد مع الإدارة لظروف مؤقتة مصيرها إلى الزوال، ومن ثم فإن النظرية هدفها تمكين المتعاقد من التغلب على هذه الظروف التي حاقت به، حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها، ويتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما حددها العقد، وهذا ما وضعه مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو الشهيرة التي كانت الأساس الأول لهذه النظرية حيث تقول⁽²⁾:

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 2 ديسمبر 1938 في قضية "cie generale pour pelairage" المجموعة (ص 906).

(2) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية، (ص ص 703-704)

وعودة التوازن المالي للعقد قد ترجع إلى أحد سببين:

السبب الأول / إما بناء على زوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت سبباً في إرهاب المتعاقد، كانهبوط الأسعار إلى حجمها الطبيعي، أو إلغاء القيود الاقتصادية أو عودة العملاء وهنا لا صعوبة في الأمر.

السبب الثاني / وإما أن تتوقى الإدارة دفع التعويض، وتقبل باختيارها أن تعيد النظر في شروط العقد بما يعيد التوازن إليه، وفي كثير من الأحيان ما تلجأ الإدارة إلى هذا الحل في عقود التزام المرافق العامة، فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بما يحقق توازن العقد، وهكذا تفلت من دفع مبلغ التعويض من الأموال العامة، وفي كلتا الحالتين ينتهي الظرف الطارئ وبالتالي تتحلل الإدارة من التزامها بتعويض المتعاقد.

ولكن قد يحدث أحياناً أن يتبين استحالة عودة التوازن المالي للعقد، ويثبت أن المتعاقد لن يمكنه الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمعاونة دائمة ومستمرة من الإدارة، ولما كانت نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس توقيت الظروف التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة فلقد قام مجلس الدولة الفرنسي بوضع مبدأ لمواجهة هذه الحالة الاستثنائية، وكان ذلك في حكمه الصادر في 9 ديسمبر سنة 1932 في القضية المشهورة (1) " Cie des tramways de Cherbourg" والتي تتلخص ظروفها بما يأتي " نظراً لانتشار وسائل النقل السريعة فإن سكان مدينة شربورج قد انصرفوا عن استعمال الترام، وبالرغم من موافقة الإدارة على رفع أسعار الركوب، فإن دخل المشروع كان أبعد من أن يغطي تكاليفه بدون إعانة مستمرة من الإدارة، ولم يكن ثمة أمل أن يعود إلى توازنه الاقتصادي، فلما عرض الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أكمل أحكام النظرية الظروف الطارئة بوضع الأحكام التي تكفل معالجة هذه الحالة وذلك كما يلي:

1- إذا ثبت استحالة زوال الظرف الطارئ، فإن لكل من طرفي العقد الحق في أن يطلب من القاضي تسجيل الحالة، وإذا تم ذلك تحررت الإدارة من التزامها بالتعويض.

2- في هذه الحالة على الطرفين محاولة الوصول إلى تفاهم على إعادة النظر في شروط العقد بما يجعله قابلاً للحياة، كمحاولة الاستعاضة عن وسائل النقل القديمة بوسائل أخرى حديثة تعيد للمرفق توازنه الاقتصادي.

(1) صدور الحكم في 9 ديسمبر سنة 1932، منشور في مجموعة سيربي 1933 القسم الثالث، ص 9 مع تعليق لاروك، ومنشور أيضاً في مجموعة دالوز، القسم الثالث، ص 7 مع تعليق "pelloux"، مشار إليه لدي الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية (ص 703)

3- إذا عجز الطرفان عن الوصول إلى مثل الحل السابق، فلا مناص من الحكم بفسخ العقد، وينطق القاضي بهذا الفسخ إما بناء على طلب من الإدارة أو بناء على طلب من المتعاقد مع الإدارة، وقد يصحب الفسخ حكم بالتعويض لمصلحة أحد الطرفين إذا تكشف موقف الطرف الآخر عن تعنت كان هو السبب في عدم الوصول إلى اتفاق جديد.

وفي هذه الخصوصية تختلف نظرية الظروف الطارئة في القانون العام عنها في القانون الخاص، ففي القانون الخاص لا يستطيع القاضي أن يحكم بفسخ العقد كما بينا سابقاً، وإذا كانت المبادئ التي قررها مجلس الدولة في حكم ترام شربورج السابق، ذات طابع عام، وتصدق بالنسبة إلى جميع العقود الإدارية، إلا أنها في الواقع، لم تطبق عملياً إلا بالنسبة لعقود الامتياز لأنها وحدها الذي يتراخى تنفيذها إلى فترة طويلة من الزمن تسمح بتطبيق المبادئ السابقة، ولقد تدخل المشرع الفرنسي وتبني الأحكام التي قام مجلس الدولة الفرنسي بوضعها في قضية ترام شربورج، وضمنها بعض التشريعات التي أصدرها في هذا الخصوص (1).

(1) راجع شرحها في مطول الأستاذ دي لوبادير في العقود (ج3/133)، مشار إليه لدى الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 706)

المطلب الثالث:

مقارنة شروط تطبيق النظرية في الشريعة الإسلامية بشروط تطبيق النظرية في القانون الوضعي

بعد استعراض أحكام الظروف الطارئة في القانون الوضعي وأحكام الإعذار والجوائح في الفقه الإسلامي، لا بد من الوصول إلى عدة نتائج وذلك عن طريق مقارنة في الشروط في كل من نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي، وفي أحكام الأعذار والجوائح في الفقه الإسلامي وذلك على النحو التالي :

أولاً: تشترط نظرية الظروف الطارئة أن تجد بعد صدور حوادث استثنائية عامة:

ومثال ذلك زلزال، أو إضراب مفاجئ، أو ارتفاع باهظ وكبير في الأسعار أو نزول فاحش في الأسعار، أو جراد يزحف أسراباً، وهي بطبيعتها حوادث عامة تصيب العموم.

وأما أحكام الأعذار ومحلها عند " الحنفية " عقود الإجارة، والمزارعة فلا يشترط الحنفية فيها أن يكون العذر عاماً ؛ فبالإضافة إلى أنه عام قد يكون خاصاً أيضاً، وذلك بسبب أن العذر عندهم في عقد الإجارة قد يكون في جانب المستأجر، وقد يكون في جانب المؤجر وقد يكون في العين المؤجرة نفسها، وفي عقد المعاملة قد يكون في جانب صاحب العمل، وقد يكون في جانب العامل، وفي عقد المزارعة قد يكون في جانب صاحب الأرض وقد يكون في جانب المزارع.

أما " المالكية " فإنهم يشترطون أن يكون العذر عاماً في المواضع التي يأخذون بالعذر فيها، وقد قام ابن رشد بالنص على ذلك فقال " وعند مالك أن أرض المطر إذا كريت فمنع القحط من زراعتها، أو زرعها فلم ينبت الزرع ؛ لمكان القحط، أن الكراء يفسخ، وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة، فلم يتمكن المكتري من أن يزرعها⁽¹⁾، وهذا يتضح في المثالين السابقين على أن المالكية يكون العذر عندهم عاماً.

والحنابلة أيضاً: يشترطون أن يكون العذر عاماً ؛ فقد قال ابن قدامة المقدسي بهذا الخصوص " إذا حدث خوف عام يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع ونحو ذلك، فهذا يثبت خيار الفسخ

(1) ابن رشد المالكي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج2/192).

للمستأجر، وذلك لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة ؛ فإذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر، مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه من الموضع المستأجر، أو يخاف من حلولهم طريقه لم يملك الفسخ حينها، وذلك لأنه عذر يختص به لا يمنع من استيفاء المنفعة بالكلية، فأشبهه مرضه (1).

وهذا يدل على توافق أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي مع أحكام الأعدار والجوائح في الشريعة الإسلامية عند الحنابلة والمالكية في هذا الشرط وهو شرط العموم، أما بالنسبة لمذهب الحنفية فالعذر عندهم يكون عاماً أو خاصاً.

وأما أحكام الجوائح ومحلها عند المالكية والحنابلة بيع الثمار على أصولها قبل أن تتضج، فهم يشترطون أن تكون الجائحة فيها عامة (2)، وكونها عامة شرط مستفاد من طبيعتها عندهم، فالمالكية مثلوا للجائحة بالجراد والبرد، والطير الغالب، والمطر، والدود، وعفن الثمار في رؤوس الشجر، والسموم تصيب الثمرة، والعطش يصيب الثمرة من انقطاع مائها، أو السماء احتبست عن الثمرة حتى ماتت (3)، وما كان غالباً كالجيش وهي في أغلبها جوائح عامة، والحنابلة أيضاً مثلوا للجائحة بالعطش، والبرد، والجراد، والريح، وهي أيضاً جوائح عامة لا تقتصر آثارها على فرد بعينه (4)، وهذا يدل أيضاً على توافق نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي مع أحكام الجوائح في هذا الشرط وهو شرط العموم.

ثانياً: شرط أن تكون الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها ولا يمكن دفعها:

بالنسبة لأحكام العذر عند الحنفية : فلا يشترط في العذر أن يكون غير متوقع عند التعاقد، فقد يكون العذر غير متوقع كما في نظرية الظروف الطارئة محل البحث، نحو أن يفسس المستأجر فيقوم من السوق (5)، وقد يكون أيضاً متوقعاً عند التعاقد، مثل بلوغ الصبي إذا أجره أبوه أو جده، أو القاضي أو أمينه، في عمل فبلغ هذا الصبي في المدة، فإن شاء أكمل

(1) ابن قدامة، المغني (ج6/30).

(2) الباجي الأندلسي، شرح الموطأ (ج4/232)

(3) مالك، المدونة الكبرى (مج12/37-38)

(4) ابن قدامة، المغني (ج4/216).

(5) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج4/197).

الإجارة وإن شاء فسخ (1)، ولكن تجدر الإشارة إلى أن العذر في الحالتين لا يمكن دفعه، لأن المفلس لا ينتفع بالحنوت، وبلوغ الصبي في المدة هو دور تكويني (2).

أما الجوائح عند الحنابلة والمالكية : فيستفاد من طبيعتها أنها يشترط أن تكون الجائحة التي جدت بعد العقد ليس في الوسع توقعها ولا يمكن دفعها، فالجراد، والسماء والمطر والبرد إذا احتسبت عن الثمرة حتى ماتت، والجيش الغالب، كل هذه جوائح ليس بالوسع والإمكان توقعها وليس بالإمكان دفعها أو التحرز منها.

وهذا يدل على أن نظرية الظروف الطارئة تتوافق مع أحكام الجوائح والعذر في هذا الشرط وهو شرط عدم التوقع واستحالة دفعه.

ثالثاً: شرط أن يكون تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً:

تتفق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الأعدار وأحكام الجوائح في الفقه الإسلامي، فالحنفية قاموا بتعريف العذر بأنه " العجز عن المضي على موجب العقد، إلا بتحمل ضرر غير مستحق بالعقد"، فالعذر بحسب هذا التعريف يعجز التعاقد عن المضي على موجب العقد، ولكن لا تصل إلى حد الاستحالة، وإنما يجعل المتعاقد يتحمل ضرراً زائداً لم يكن ليتحمله بالعقد، فيجعل المضي قدماً في هذا العقد مرهقاً وليس مستحيلاً.

وكذلك الجائحة عند الحنابلة والمالكية تصيب بعض الثمر قبل نضجه ؛ فيوضع عن المشتري بقدرها من الثمن، ولذلك فالتزام المشتري لقيمتها بالعقد مرهق له وإن لم يصل لدرجة الاستحالة (3)، وذلك فضلاً عن عدم وجوب قيمة ما لم يتسلمه منها في ذمته، وبذلك تكون نظرية الظروف الطارئة متوافقة مع أحكام الأعدار والجوائح في شرط أن يكون التنفيذ مرهقاً مع عدم أن يكون مستحيلاً.

رابعاً: شرط أن يكون العقد الذي تثار بشأنه النظرية متراخياً :

وقبل مقارنة هذا الشرط تجدر الإشارة أنه من الممكن أن يكون العقد غير متراخ وطرأت حوادث استثنائية عقب صدوره مباشرة وإن كان ذلك لا يقع إلا نادراً، فليس يوجد ما يمنع من

(1) الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (ج4/197).

(2) قباني، نظرية الظروف الطارئة (ص 175)

(3) مالك، المدونة الكبرى (مج12/38)؛ وابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (ج2/156)؛ وابن قدامة،

المغني (ج4/216).

تطبيق النظرية، ولهذا أثر القانون المصري - مقتدياً في ذلك بالقانون البولوني - أن يسكت عن شرط التراخي فهو شرط غالب وليس شرطاً ضرورياً، أما القانون الإيطالي فقد نص على هذا الشرط بل وعدد أنواع العقود الإدارية التي تطبق فيها النظرية (1).

فبالرغم من ذلك فإن نظرية الظروف الطارئة تتوافق مع أحكام العذر والجوائح في الفقه الإسلامي وذلك لأن محل تطبيق نظرية الظروف الطارئة هي العقود متراخية التنفيذ وهذه العقود تنسم بطول فترة تنفيذها ومثالها عقد التوريد والالتزام وهي متراخية التنفيذ وكذلك لو نظرنا إلى محل تطبيق أحكام الجوائح عند الملكية والحنابلة لوجدناها عقود بيع الثمار على رؤوس الشجر قبل نضجها وتعتبر جميعها من عقود المدة وهي متراخية التنفيذ أيضاً.

كانت هذه الشروط التي وردت في نظرية الظروف الطارئة وتشابهت وتوافقت إلى حد كبير مع أحكام العذر والجوائح في الفقه الإسلامي.

أما بالنسبة للجزاء فلو نظرنا إلى القانون الوضعي نجد أنه يكون إما برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وإما أن يكون بفسخ العقد.

فبالنسبة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول:

- فيكون إما بوقف تنفيذ العقد، وذلك حتى زوال الظرف الطارئ إذا كان وقتياً يقدر له الزوال في وقت قصير، وقد ذهب الحنابلة إلى مثل ذلك تقريباً؛ فقال ابن قدامة المقدسي: " ولو استأجر دابة ليركبها أو يحمل عليها إلى مكان معين، فانقطعت الطريق إليه لخوف حادث، أو أكترى إلى مكة، فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق، فلكل واحد منهما فسخ الإجارة وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز " وهذا هو عين وقف التنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث وقتياً كما هو الحال في نظرية الظروف الطارئة كما ذكرنا سابقاً.

- وإما أن يكون بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وهي الصورة المقابلة لوضع مقدار الجائحة من الثمن عن المشتري المرهق، وتتمثل هذه في جانب البائع الذي يلتزم بتحمل ذلك عند الحنابلة والمالكية.

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ص 642-643).

- وإما أن يكون بإنقاص الالتزام المرهق، وفي ذلك تتشابه نظرية الظروف الطارئة مع أحكام الجوائح عند الملكية والحنابلة، حيث يوضع عن المشتري من الثمن بمقدار ما أصاب ثماره المشتراة من جائحة بالثلث أو دونه على خلاف في ذلك بينهم (المالكية والحنابلة).

أما بالنسبة للجزاء بفسخ العقد في نظرية الظروف الطارئة في القانون الوضعي :

فكما رأينا فإن هناك حكماً فرنسياً سابقاً بفسخ العقد عند تحقق شروط هذه النظرية، وفي التقنين الإيطالي - على سبيل المثال - جعل الجزاء بناء على طلب أحد المتعاقدين، ما لم يدرأ المتعاقد الآخر الفسخ بعرض تعديل لشروط العقد التي تتفق مع العدالة، وأن التقنين البولوني نص على إما رد الالتزام المرهق للحد المعقول أو فسخ العقد كله أو الجزء الذي لم ينفذ منه.

وفي هذا كله تتفق نظرية الظروف الطارئة مع أحكام العذر في فسخ عقود الإجارة والمزارعة والمعاملة عند الحنفية بالعذر، وفي فسخ الإجارة بالطوارئ عند المالكية وبالعذر عند الحنابلة في الحالات التي يأخذون فيها بالعذر.

المبحث الثاني:

الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تقوم نظرية الظروف الطارئة على فكرة جوهرية، وهي أن يعترض تنفيذ العقد ظرف طارئ بالشروط التي سبق وأن تم ذكرها، يؤدي إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة مرهقاً له ويؤدي إلى خسارته خسارة فادحة، فنقع فكرة هذه النظرية في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد الوفاء بالتزاماته التعاقدية، وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحرير المتعاقد من التزاماته وهذه هي الفكرة التي تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة كما قام بابتداعها مجلس الدولة الفرنسي (1).

إن نظرية الظروف الطارئة يتولد عنها التزامات متبادلة بين طرفي التعاقد، تتمثل في إلزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد مع إلزام الإدارة المتعاقدة في تحمل جزء من خسارته وتحمل جانب منها خلال فترة وجود الظرف الطارئ، وعلى ذلك فهي لا تقدم تعويضاً كاملاً عن خسارته بمقتضى الظرف الطارئ وإنما تقدم له عوناً مؤقتاً يقلل عثرته ويعينه على أداء التزاماته التعاقدية، فضلاً عن أن أعمال هذه النظرية لا يؤدي إلى انتهاء التزامات المتعاقد، فعلى الرغم من الصعوبة التي تنتج عن وجود الظرف الطارئ إلا أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تظل ممدودة ومتصلة غير مقطوعة (2).

فيمكن القول إنه يترتب على توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أثران متلازمان ؛ أولهما يمثل التزام على المتعاقد والآخر يمثل حقاً له، حيث يلتزم المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد والالتزام المتفق عليه، وذلك برغم وجود الظرف الطارئ، وفي نفس الوقت يكون للمتعاقد الحق في الحصول على معاونة الإدارة له لكي يتمكن من التغلب على هذا الظرف ويتمكن من أن يكمل تنفيذ العقد، فبناء على ذلك سنقوم من خلال هذا المبحث بعرض الآثار المترتبة على أعمال نظرية الظروف الطارئة وذلك في مطلبين مستقلين على النحو التالي:

المطلب الأول: التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة.

(1) على، آثار العقود الإدارية (ص 281)

(2) نصار، العقود الإدارية (ص 340)

المطلب الأول

التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد

لا بد أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد في ظل الظروف التي طرأت وجعلت هذا العقد مرهقاً له وقلبت اقتصاديات العقد حتى يستطيع المطالبة بمعاونة الإدارة له، وأن تقوم الإدارة بتحمل بعض ما لحق به من خسائر⁽¹⁾، فلقد وجدت نظرية الظروف الطارئة لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد، ولأجل ذلك فإن توافر شروطها لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة مبرراً للتحلل والتصل من التزاماته التعاقدية لما في ذلك من تعارض مع غاية وهدف النظرية⁽²⁾، ومهما كان هذا الالتزام مرهقاً للمتعاقد فإنه في نفس الوقت ممكن، فهو لا يصل إلى درجة الاستحالة كما هو الحال في القوة القاهرة وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري في حكمها الذي ينص على " ولقد أقام الفقه والقضاء هذه النظرية إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة دون أن تكون صورة منها، وإذا كان الطارئ غير المتوقع تنظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والحسم، إلا أنه يختلف عنها في أثره في تنفيذ الالتزام، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلًا بل يجعله مرهقاً بما يجاوز السعة دون أن يبلغ به حد الاستحالة، ويستتبع ذلك قيام فارق آخر يتصل بالجزاء فالقوة القاهرة تقضي إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعته كاملة أما الطارئ غير المتوقع عليه مشاركة الدائن للمدين في تبعته"⁽³⁾.

وبناء على ذلك فإن وجود ظرف الطارئ لا يترتب عليه توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته والسبب في ذلك هو كفاءة استمرار المرفق العام الذي يساهم فيه المتعاقد بقدر ما يحقق هذا المرفق من سد حاجات الجمهور، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا "...وليس مؤدى تطبيق النظرية بعد توافر شروطها أن يتمتع المتعاقد عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد وإن كانت تتيح له دعوة الإدارة المتعاقدة لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة..."⁽⁴⁾، وهذا دليل واضح على ضرورة استمرار

(1) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد (ص 1183)

(2) خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية (ص 232)

(3) حكم محكمة القضاء الإداري، بتاريخ 1957/6/30 السنة الحادية عشر قضية رقم 983، مشار إليه لدى علي، آثار العقود الإدارية (ص 282).

(4) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2541 لسنة 29 ق، جلسة 1985/11/30، مجموعة العقود الإدارية لأربعين عاماً، ص 449، وبذات المعنى ذهب في حكم آخر بقولها "... فإن مقتضى ذلك أن تطبيق هذه النظرية يفترض بداءة أن يتم تنفيذ العقد كاملاً..." حكمها في الطعن رقم 1223، 1224 لسنة 27 ق، جلسة 1984/12/18، سبق الإشارة إليه.

المتعاقد على تنفيذ العقد، وذلك بالرغم من وجود الظروف الطارئ وذلك ابتغاءاً للمصلحة العامة والتي تتجسد في المحافظة على دوام سير المرافق العامة بانتظام.

فإذا امتنع المتعاقد عن تنفيذ الالتزام وذلك في حالة توافر جميع شروط الظروف الطارئة فإن ذلك يعد خطأ عقدياً يعطي للإدارة الحق في توقيع الجزاء المناسب عليه فلها أن تفسخ العقد⁽¹⁾، ومن الممكن أن توقع عليه غرامات تأخير عن الفترة التي توقف فيها عن تنفيذ الالتزام.

وفي هذا الشأن صدرت فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع والتي نصت على " أن تطبيق الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد حوادث أو ظروف لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا تملك لها دعواً ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، ومؤدى تطبيق هذه النظرية إن توافرت شروطها - هو إلزام الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة بحيث ترد إلى الحد المعقول وذلك ضماناً لتنفيذ العقد، فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين الإدارة بعد أن نفذ جزء منه فإن دواعي تطبيق الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له إذ كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط أعمالها"⁽²⁾.

❖ مدى تطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد ؟

في هذا الشأن قام مجلس الدولة الفرنسي باتباع سياسة مرنة، ففي بعض الحالات يحكم برفض طلب التعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة وذلك بسبب توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته العقدية وما دام ممكناً تنفيذ هذه الالتزامات، وفي حالات أخرى قام بالحكم بالتعويض استناداً على نظرية الظروف الطارئة على الرغم من توقف المتعاقد عن التنفيذ وذلك عندما قدر صعوبة الظروف التي تعرض لها المتعاقد المتوقع عن التنفيذ، ولكنه خصم من مقدار التعويض قيمة غرامات التأخير التي وقعت لها الإدارة على المتعاقد معها⁽³⁾.

(1) المادة 94 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، المادة 36 من نظام الاتصالات السلكية واللاسلكية الفلسطيني.

(2) فتوى الجمعية العمومية جلسة 1980/2/6، ملف 702/2/32، قاعدة رقم 574، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 18، ص 902.

(3) راجع: حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1953/11/13 في قضية "charnit et collet" مجلة القانون العام، 1954 (ص 66).

أما بالنسبة لمجلس الدولة المصري فلقد سمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة والحكم بالتعويض بناء عليها رغم توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته التعاقدية⁽¹⁾.

إن هذه السياسة المرنة التي انتهجها مجلس الدولة الفرنسي بالحكم بالتعويض مع الأخذ بعين الاعتبار أن يشمل الحكم غرامات التأخير والمصاريف الإدارية لصالح الإدارة من قيمة التعويض المستحق للمتعاقد في أحوال أو رفض طلب التعويض في أحوال أخرى، يمكن القبول بها في الحالة التي تقوم الإدارة بالتنفيذ فيها على حساب المتعاقد الممتنع عن التنفيذ كون أن الرابطة العقدية ما زالت قائمة ومستمرة وبناء، على ذلك يكون من حق المتعاقد مع الإدارة طلب التعويض والتمسك بتطبيق النظرية، أما في الحالة التي تختار فيه الإدارة حقها في الفسخ بسبب توقف المتعاقد عن التنفيذ فإنه لا يمكن الحديث عن أي سياسة تتصف بالمرونة بخصوص التعويض لأن الفسخ تنتهي الرابطة التعاقدية بين المتعاقد وبين الإدارة وذلك راجع لتمنعه عن التنفيذ، وبالتالي لا يوجد أي سبب لطلب التعويض لأن العبرة والحكمة من النظرية هي معاونة المتعاقد في تنفيذ التزاماته وهذه الغاية منافية بسبب فسخ العقد بينه وبين الإدارة.

فإذا امتنع عن التنفيذ فإن النظرية لا تنطبق عليه ولكن في حالة امتناعه فإن من حق الإدارة إما فسخ العقد وإما التنفيذ على حسابه⁽²⁾، وفي حالة التنفيذ على الحساب فإن الرابطة التعاقدية ما زالت قائمة ومن ثم فإن المتعاقد تنطبق عليه النظرية ويستحق ان يطالب بمساعدة الإدارة له وأن تتحمل جزءاً من الخسارة التي لحقت به مع حفظ ما يكون للإدارة من غرامات في ذمة المتعاقد معها بسبب امتناعه عن التنفيذ⁽³⁾.

إن الهدف من نظرية الظروف الطارئة هو تمكين المتعاقد مع الإدارة من التغلب على الصعوبات المؤقتة التي تعترض وتعرقل تنفيذ العقد بسبب هذا الظرف الطارئ، فهذه النظرية تفترض أن معاونة الإدارة للمتعاقد مع الإدارة سوف تكون بصفة مؤقتة إلى أن تزول آثار

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1962/6/9، المجموعة، ص 217، وقد جاء في هذا الحكم " أن تطبيق هذه النظرية لا يعفي الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وفقاً لأحكام لائحة المخازن والمشتريات وإنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أيرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ في أسعار الزيتق... واستمرار الارتفاع طول مدة التنفيذ وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزيتق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة بإعفاؤها من التوريد..."

(2) المادة (94) من اللائحة التنفيذية لقانون رقم 89 لسنة 1998

(3) غانم، الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين (ص 162)

الظرف الطارئ وتعود الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها، ويتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماتهما كما حددها العقد (1).

ولكن إذا تبين أن هذا العقد الإداري لن يعود إليه توازنه (2)، وأن قلب اقتصاديات العقد أصبح نهائياً، بحيث لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمعاونة الإدارة له بصفة مستمرة ودائمة فيكون في هذه الحالة لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد.

ولقد قام مجلس الدولة الفرنسي بالأخذ بهذا الحل لأول مرة في حكمه بتاريخ 9 ديسمبر سنة 1932 في قضية " ترام مدينة " شربورج " cie des tramways de Cherbourg " (3) وتتخلص وقائع هذه القضية في أن هذه الشركة الملتزمة بنقل الركاب بالتزام في مدينة " شربورج " قد واجه إختلالاً جسيماً وعجزاً مالياً في المشروع محل عقد الالتزام ابتداء من 1916 وذلك نتيجة انتشار وسائل النقل السريعة الأكثر تقدماً ورقياً، ومنافسيتها القوية للمشروع، حيث انصرف وامتنع سكان مدينة شربورج عن استعمال الترام مفضلين استخدام وسائل النقل الحديثة الأخرى، وقد تبين أنه لا أمل في أن يعود للمشروع توازنه الاقتصادي الذي اختل على الرغم من رفع أسعار الركوب، وعلى الرغم أنه ما بين 1916 وعام 1922 عقدت ثمانية ملاحق للعقد الأصلي للترخيص للشركة الملتزمة برفع الأسعار، بل إن المدينة سمحت للشركة بتحديد السعر الذي تراه لمواجهة الخسائر التي تعرضت لها، إلا أنه على الرغم من ذلك فإن دخل المشروع ظل أبعد ما يكون من أن يغطي تكاليف الاستغلال بدون إعانة الإدارة له بصفة دائمة.

(1) السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص ص 556-557).

(2) عودة التوازن المالي للعقد ترجع إلى سببين هما :

1- إما بناء على زوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت سبباً في إرهاب المتعاقد، كانخفاض الأسعار إلى مستواها الطبيعي، أو عودة العملاء أو الغاء القيود الاقتصادية.

2- أما ان تتوقى الإدارة دفع التعويض، وتقبل باختيارها إعادة النظر في شروط العقد بما يكفل بإعادة توازنه، وكثير ما تلجأ الإدارة إلى هذا الحل في عقود التزام المرافق العامة فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بما يحقق توازن العقد، وهكذا تفلت الإدارة من دفع التعويض من الأموال العامة، وفي كلتا الحالتين ينتهي الظرف الطارئ، وبالتالي تتحلل الإدارة من التزامها بدفع التعويض، راجع في ذلك الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 699).

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1932/12/9 في قضية " cie des tramways de Cherbourg "، منشور في مجموعة سيربي، 1933-3-ص 9، مع تعليق pelloux، مشار إليه لدى السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 558).

ولقد طلبت الشركة تعويضاً من مجلس الإقليم فتم رفض ذلك الطلب، وعند عرض ذلك الأمر على مجلس الدولة الفرنسي أكمل أحكام نظرية الظروف الطارئة بوضع الأحكام الكفيلة بمعالجة هذه الحالة (1).

ومما يجب ذكره في هذا الجانب أن فسخ العقد في هذه الحالة لم يكن بسبب استحالة تنفيذ الالتزام كما في نظرية القوة القاهرة التقليدية في القانون المدني، ولكنه كان بسبب استحالة عودة التوازن المالي للعقد بدون معاونة الإدارة للمتعاقد بصفة مستمرة ودائمة.

فلقد رأى مجلس الدولة الفرنسي أن استمرار الظرف الطارئ يعتبر قوة القاهرة تسمح لكل من طرفي العقد أن يطلب فسخ العقد، لأنه من غير المنطقي أن تجبر الإدارة على دفع تعويضات عن الظرف الطارئ إلى ما لا نهاية حتى لا يضطر المتعاقد مع الإدارة عن التوقف عن تنفيذ التزاماته (2).

ولقد عبر عن ذلك المفوض "pelloux" عندما علق على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية " ترام شربورج " بقوله : " إن مجلس الدولة قد طبق نظرية القوة القاهرة الإدارية، والتي تختلف اختلافاً بينا عن القوة القاهرة التقليدية في القانون المدني " (3).

وتعتبر هذه الحالة هي الحالة الوحيدة التي يستطيع فيها المتعاقد مع الإدارة أن يطلب فسخ العقد، فإذا لم يصل الظرف الطارئ درجة القوة القاهرة وكان مؤقتاً فإن المتعاقد ملزم بالتنفيذ مع حقه في المطالبة بالتعويض، حيث لم يظهر ذلك في أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري مما يدل على ثبوت حق الفسخ للمتعاقد بمجرد وقوع الظرف الطارئ، بخلاف ما هو ثابت في الشريعة الإسلامية الغراء وما هو وارد في مجلة الأحكام العدلية والتي تعطي المتعاقد الحق في طلب فسخ العقد إذا ما كان هناك عذر " الظرف الطارئ " حتى وإن لم يكن هذا الالتزام قد وصل إلى حد الإرهاق الدائم أو حد الاستحالة.

(1) انظر حول هذه الفكرة (ص155) وما بعدها.

(2) السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 559)

(3) تعليق "pelloux" على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية ترام شربورج في دالوز، 1933 - 3 - ص

17، مشار إليه لدى: السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 560)

المطلب الثاني

حق المتعاقد في الحصول على معاونة الإدارة

إن التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد في ظل قيام الظروف الطارئ يقابله التزام من الإدارة المتعاقدة معه بتحمل جزء من الخسارة التي ألحقها به هذا الظروف وذلك بهدف مساعدته للاستمرار في تنفيذ العقد ضماناً لاستمرار سير المرفق العام بانتظام وإطراد موضوع التعاقد⁽¹⁾، فإن من حق المتعاقد مع الإدارة في حال توافرت شروط تطبيق النظرية أن يتوجه للقضاء للمطالبة بمشاركة الإدارة له في الخسارة التي لحقت به، وليس أمام المتعاقد إلا القضاء وذلك في حال عدم الوصول إلى اتفاق ودي مع الإدارة على قيمة التعويض وذلك على أساس أن حق التنفيذ المباشر مقرر للإدارة دون المتعاقد⁽²⁾.

إن التعويض الذي يستحق للمتعاقد مع الإدارة الحصول عليه في هذه النظرية هو تعويض جزئي يقتصر على التعويض عن جزء من الخسارة الحاصلة، فنظرية الظروف الطارئة تهدف إلى مشاركة الإدارة للمتعاقد في تحمل الخسارة الناتجة عن هذه الظروف وتوزيعها بينهما، وذلك بهدف تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة حتى لا يضرار المستفيدون من جراء العقد.

وتستهدف هذه النظرية تمكين المتعاقد مع الإدارة من التغلب على هذه الظروف التي لحقت به حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها ويتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما ذكر في العقد، وذلك فإن التعويض الذي تساهم به الإدارة للمتعاقد في تجاوز الظروف المؤقتة التي ترهق عاتق المتعاقد يتسم بالطابع المؤقت الذي يرتبط بوجود الظروف الطارئ ولحين إعادة التوازن المالي للعقد فالتعويض الجزئي الذي يحصل عليه المتعاقد هو عبارة عن مساعدة إدارية من جهة الإدارة للمتعاقد حتى يتجاوز الظروف الطارئة التي تعرض لها ولحين إعادة التوازن المالي للعقد⁽³⁾.

ويلجأ المتعاقد التي أصيب بضرر من هذا الظروف الطارئ إلى القاضي الإداري يطلب منه تطبيق نظرية الظروف الطارئة، والقاضي الإداري لا يملك هنا إلا الحكم بالتعويض للمتعاقد

(1) خليفة، الأسس العامة في العقود الإدارية (ص 233)

(2) غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري (ص 1185)

(3) على، آثار العقود الإدارية (ص 286-287)

المضار وذلك على العكس من القاضي المدني الذي بمقدوره تعديل التزامات المتعاقدين، ولقد استقر على ذلك مجلس الدولة الفرنسي والمصري.

فلقد نصت المادة (151) من القانون المدني الفلسطيني على ذلك بقولها " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، أصبح مرهقاً للمدين، يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك "

❖ دور القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة:

نظمت الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني نظرية الظروف الطارئة بتحديد شروطها والآثار المترتبة عليها فنصت على أنه "... إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلًا صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ".

وبناء على هذا النص فإن سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق للحد المعقول تشمل الحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتاً لحين زوال الظرف الطارئ، أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، وقد يرى القاضي انقاص الالتزام المرهق نفسه، ولكنه لا يستطيع أن يحكم بفسخ العقد لأن نص المادة لا يخول له ذلك، وقيام القاضي بانقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل بهدف رد الالتزام المرهق للحد المعقول إنما يكون بالنسبة للحاضر ولا يكون للمستقبل لأنه مجهول، لأنه قد يزول أثر الحادث الطارئ فيعود العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل⁽¹⁾.

ومن الجدير ذكره أن الفقرة الثانية من المادة 147 نص عام بمعنى أنه يشمل جميع العقود التي تخضع لقواعد القانون المدني، وذلك يشمل عقود الإدارة التي لا تتوافر فيها خصائص العقود الإدارية، لذلك فإن القاضي المدني يملك بالنسبة لها ما يملكه من سلطات بالنسبة لعقود الأفراد العاديين⁽²⁾، يعني بعبارة أخرى أنه في حال تعرض عقد الإدارة المدني لظروف طارئة تعرقل تنفيذه فإن القاضي المدني يمكن له تعديل العقد لرد الالتزام المرهق للحد المعقول⁽³⁾.

(1) السنهوري، الوسيط في القانون المدني الجديد (ص ص 646-649)

(2) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 694)

(3) على، اثار العقود الادارية (ص 298-299)؛ وخليل، اثار العقود الادارية ومشكلات تنفيذها (ص 320-

فقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد حتى يزول الحادث الطارئ إذا كان الحادث وقتياً من الممكن زواله قريباً، ومثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار بعض مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً بسبب ظرف طارئ، ولكنه ارتفاع يوشك زواله لقرب انفتاح باب الاستيراد، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبنى في الموعد المحدد، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون ارهاق، إذا لم يكن في هذا الوقف ضرر كبير يلحق بصاحب المبنى، وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، مثل: تعهد تاجر بأن يورد ألف أردب من الشعير بسعر ستين قرشاً للأردب، فيرتفع السعر إلى أربعة جنيهات، فيرفع القاضي السعر الوارد في العقد، ولكن يلاحظ هنا أمران⁽¹⁾:

أولهما / أن القاضي لا يرفع السعر الوارد في العقد إلى أربعة جنيهات، وإلا كان في ذلك تحميل للطرف الآخر، ليس فحسب تبعة الارتفاع الفاحش للأسعار بأكمله بل أيضاً تبعة الارتفاع المألوف، والأصل أن الارتفاع المألوف للأسعار يقوم بتحملة المدين، كما في المقابل يتحمل الدائن انخفاض أسعار المألوف، فإذا فرضنا في مثالنا أن الارتفاع المألوف في سعر الشعير هو عشرون قرشاً، وجب أن يتحمل المتعهد هذا المقدار دون اشتراك الطرف الآخر فيه، وما زاد على ذلك - ويبلغ ثلثمائة وعشرين قرشاً - هو ارتفاع غير مألوف يقسمه القاضي بين المتعاقدين، حتى يتحمل كل منهما نصيبه في الخسارة غير المتوقعة، فيصيب المتعهد منه مائة وستون قرشاً، ويرفع القاضي السعر، ومقداره ستون، بنصف الزيادة غير المألوفة ومقداره مائة وستون، فيصل إلى مائتين وعشرين وعلى الطرف الآخر أن يدفع للتاجر هذا السعر المعدل بدلاً من السعر المتفق عليه.

ثانيهما / أن القاضي عندما يرفع السعر من ستين إلى مائتين وعشرين لا يفرض على الطرف الآخر ان يشتري بهذا السعر، بل يخيره بين أن يشتري به أو أن يفسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا أصلح للمدين، فيرتفع عن عاتقه كل أثر للحادث الطارئ.

وقد يري القاضي انقاص الالتزام المرهق مثل أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لمصنع حلوى بالتسعيرة الرسمية، ثم يقل المتداول في السوق من السكر إلى حد كبير لحادث طارئ، فيصبح من الصعب على التاجر أن يورد لمصنع الحلوى جميع الكميات المتفق عليها، فيجوز في هذه الحالة للقاضي أن ينقص من هذه الكميات بالمقدار الذي يراه، حتى يرد التزام التاجر إلى الحد المعقول، فإذا فعل أصبح التاجر ملتزماً بتوريد الكميات التي عينها

(1) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (ص 647)

القاضي لا أكثر، وجرى حكم العقد بهذا التعديل بين الطرفين، فيجوز لصاحب مصنع الحلوى أن ينقضى الالتزام عينا أو تعويضا طبقا للقواعد العامة، ويجوز له كذلك اذا امتنع التاجر عن تنفيذ التزامه المعدل، أن يطلب فسخ العقد مع التعويض.

ويلاحظ في حالتنا انقاص الالتزام المرهق وزيادة الالتزام المقابل أن القاضي لا يرد الالتزام الي الحد المعقول إلا بالنسبة للحاضر ولا شأن له بالمستقبل لأنه مجهول، فقد يزول أثر الحادث الطارئ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل، وتعود له قوته الملزمة، وإذا جاز للقاضي أن يوقف تنفيذ الالتزام المرهق أو ينقص منه أو يزيد في الالتزام المقابل، فإنه لا يجوز له فسخ العقد ذلك لأن النص لا يخول له إلا أن " يرد الالتزام المرهق الي الحد المعقول" فالالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي، ولكنه يرد الي الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعه الحادث الطارئ بين المدين والدائن ولا يتحملها الدائن وحده بفسخ العقد⁽¹⁾.

ولكن محكمة القضاء الإداري حاولت الخروج على ذلك في حكمها بتاريخ 14 يوليو 1960 حيث قضت بأنه " لما كانت الظروف أو الحوادث الطارئة التي أجاز القانون بالاستناد إليها للقاضي تعديل الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين تصلح سبباً للدعاء بتعديل العقد أثناء تنفيذه.."، إلا أن المحكمة الإدارية العليا في تاريخ 11 مايو 1968 قضت بإلغاء حكم المحكمة وحكمت بالتعويض الجزئي وذلك تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة⁽²⁾.

وهذا الذي يستطيع القاضي المدني أن يحكم به، هو الغاية التي يستهدفها مجلس الدولة الفرنسي من خلق نظرية الظروف الطارئة، ولكنه في نفس الوقت لا يستطيع أن يحكم بما يحكم به القاضي الإداري، فالمسلم به أن القاضي الإداري لا يستطيع إطلاقاً أن يعدل نصوص العقد، فيقتصر دور القاضي الإداري بالحكم بالتعويض.

(1) المرجع السابق، ص 649

(2) ووقائع هذه القضية على الشكل التالي " ان محافظة القاهرة قامت بتسيير نشات للنزهة في النيل من القاهرة إلى حلوان والحوامدية ومركز الصف في نطاق الخط الملاحي الممنوح للملترم تسيير الاتوبيس النهري، فسبب ذلك اضرارا جسيمة للملترم وعندما طالب الملترم من محكمة القضاء الإداري تطبيق نظرية الظروف الطارئة على النزاع قضت المحكمة بتعديل الاتاوة المتفق عليها بين الملترم وبين محافظة القاهرة وذلك تأسيساً على سلطة التعديل الممنوحة للقاضي بموجب نص المادة (2/147) من القانون المدني المصري، مشار إليه لدى، على، اثار العقود الادارية (ص 165).

غير أن مجلس الدولة الفرنسي عن طريق الحيلة استطاع أن يصل إلى حل وسط، يستهدف المحافظة بقدر الإمكان على قواعد الاختصاص، مع محاولة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد معها إلى محاولة الوصول إلى اتفاق ودي يجمع الطرفين، فإذا فشل الطرفان في الوصول إلى هذا الاتفاق، فليس أمام القاضي سوى سبيل واحد، وهو الحكم بالتعويض ومن ثم فإن مجلس الدولة الفرنسي يشترط لكي يحكم بالتعويض ألا يكون هناك اتفاق بين الطرفين⁽¹⁾.

ويمكن تبرير مسلك مجلس الدولة الفرنسي بعدة أسس على النحو التالي⁽²⁾:

- أن مهمة القاضي كقاعدة عامة هي تفسير العقود وتطبيق أحكامها، لا تعديل شروطها وهذه قاعدة أساسية لا تختلف فيها العقود الإدارية عن العقود المدنية.
- إن القاعدة في القانون الإداري أن القاضي لا يستطيع أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين، ولو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية، لكان ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة.
- إن الإدارة حين تضمن العقد شروطاً معينة، وتحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة، فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة، ولو أتيح للقاضي أن يعدل شروط العقد رغم أنف الإدارة فقد تتعرض المصلحة للخطر، ومن ثم فإن دواعي المصلحة العامة تقتضي أن تظل شروط العقد نافذة، حتى تقبل الإدارة مختارة تعديلها لأنه لم تفعل ذلك إلا بعد أن تتأكد مقدماً من أن المصلحة العامة لن تضار من جراء التعديل.

❖ دور القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة:

لا يستطيع القاضي الإداري أن يباشر السلطة التي يملكها القاضي المدني في تعديل العقد وذلك لمواجهة ظروف طارئة ومن الممكن أن يرجع ذلك لعدة أسباب نذكرها على الشكل التالي⁽³⁾:

- أن القاضي الإداري لا يستطيع أن يصدر أمراً للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل معين، والسماح له بتعديل العقد يعد من قبيل إصدار أوامر للإدارة وهذا غير مقبول.

(1) الطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 693)

(2) المرجع السابق، ص 692.

(3) خليل، اثار العقود الادارية ومشكلات تنفيذها (ص 321)

- أن وظيفة القاضي كأصل عام محصورة في البحث عن الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف العقد وليس تعديلها، ولولا تدخل المشرع بنص المادة 147 من القانون المدني لما استطاع القاضي المدني أن يقوم بدوره في تعديل شروط العقد عند تحقق ظرف الطارئ.
- تعتبر جهة الإدارة هي المسؤولة عن تحقيق المصلحة العامة ويتم مراعاة ذلك فيما يصدر عنها من أفعال وتصرفات، ويشمل ذلك العقود الإدارية التي تبرمها تحقيقاً للمصالح العام، فإذا منح القاضي السلطة في تعديل العقد الإداري لمواجهة الظروف الطارئة فإن ذلك يؤدي إلى تعريض المصلحة العامة للخطر، ومن ثم فإن المصلحة العامة تقتضي أن تبقى شروط العقد كما هي إلى أن تقبل الإدارة تعديلها بإرادتها (1).

وعندما قام المشرع الإداري بتنظيم نظرية الظروف الطارئة في عقد التزام المرافق العامة فإنه حرص على منح سلطة تعديل عقد الالتزام لمواجهة ظرف الطارئ لجهة الإدارة وليس للقاضي كما هو في الشأن في المادة 147 من القانون المدني.

فتنص المادة السادسة من القانون رقم 129 لسنة 1947 الخاص بالتزامات المرافق العامة على أنه " إذا طرأت ظروف لم يكن في المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول "

وأما ما يملكه القاضي الإداري من سلطات في حالة توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئ ينحصر في الحكم بالتعويض المناسب أو الفسخ إذا طلبه أحد المتعاقدين، وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي كما ذكرنا سابقاً أن يتوصل إلى حل وسط بهدف المحافظة على قواعد الاختصاص بقدر الإمكان، مع محاولة رد الالتزام المرهق للحد المعقول، وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد معها إلى محاولة الاتفاق الودي، فإذا فشل الطرفان في أن يتوصلا إلى اتفاق فليس أمام القاضي سوى خيار واحد وهو الحكم بالتعويض (2).

أي أن الحكم بالتعويض يعتبر بمثابة حل بديل لا يتم اللجوء إليه من قبل المجلس إلا في حالة تعذر الاتفاق بين المتعاقدين.

(1) حلمي، آثار العقود الإدارية (ص 294)، مشار إليه لدى خليل، آثار العقود الإدارية (ص 322)

(2) الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص 693)

ولقد استقر مجلس الدولة المصري ابتداءً من حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 11 مايو سنة 1968 على أن تعديل شروط العقد أثناء تنفيذه بسبب حادث طارئ هو أمر لا يملكه القاضي الإداري⁽¹⁾. ولقد تكررت حديثاً الإشارة للمبدأ ذاته في حكم للمحكمة الإدارية العليا الصادر في 30 نوفمبر سنة 1985 ولقد نص على ما يلي " ولا يؤدي تطبيق هذه النظرية (الظروف الطارئة) بعد توافر شروطها، أن يتمتع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة بالعقد، بل للمتعاقد أن يدعو الإدارة المتعاقدة معه لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة فإذا رفضت جهة الإدارة يلجأ المتعاقد إلى القضاء، ويقصر دور القاضي في هذه الحالة على الزام الإدارة بالتعويض المناسب " (2)

القواعد العامة والضوابط في تقدير التعويض المستحق للمتعاقد مع الإدارة وفقاً لأحكام نظرية الظروف الطارئة:

إن التعويض التي تعطيه الإدارة للمتعاقد معها ما هو إلا على سبيل المساعدة من الإدارة حتى يتمكن هذا المتعاقد من التغلب على الصعوبات التي ألحقتها به الظروف الطارئة، حيث إن الإدارة تشاركه بجزء من هذه الخسارة التي لحقت به، وهذا ما استقر عليه أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري⁽³⁾ على حد سواء، فالتعويض لا يكون كاملاً بل جزئياً.

وإن عملية تقدير التعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة عملية صعبة، ولكي يتمكن القاضي من الحكم بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة يجب أن يتقيد بمجموعة من القواعد عند الحكم بالتعويض ويمكن حصرها بالشكل التالي⁽⁴⁾:

1- تحديد بداية الظرف الطارئ.

2- تحديد الخسارة التي لحقت المتعاقد من الظروف الطارئة.

3- توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة.

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 11/5/1968 سنة 13 ق (ص 874)

(2) المحكمة الإدارية العليا، موسوعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في الفترة من أكتوبر سنة 1985 إلى يونيه سنة 1986، السنة الأولى، العدد الثاني، مارس سنة 1991 مبدأ 16، والطن رقم 2541 لسنة 29 ق، جلسة 30 نوفمبر سنة 1985 (ص 27)

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 16/5/1987 في الطعن رقم 3562 لسنة 29 ق، وقد ورد فيه " أن التعويض التي تلتزم فيه جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة وفادحة... "

(4) على، آثار العقود الإدارية (ص 289) وما بعدها، السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 560) وما بعدها

وسوف نتناول كل واحدة منها بالتفصيل وذلك على النحو التالي:

أولاً: تحديد بداية الظرف الطارئ

إن تاريخ تحديد بداية الظرف الطارئ من الأمور بالغة الأهمية حيث يبدأ منه حساب الخسائر التي يجوز المطالبة بالتعويض عنها على أساس نظرية الظروف الطارئة، ويبدأ هذا التاريخ منذ اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان من الممكن توقعه عند إبرام العقد، وما دامت الأسعار في نطاق هذا الحد الأقصى فلا يمكن الحكم بالتعويض.

ومن الملاحظ أن القضاء على وجه الخصوص في فرنسا يميز بين تاريخ وقوع الحادث الطارئ وبين تاريخ المطالبة بالتعويض عنه، حيث يعتد في تقدير التعويض بتاريخ وقوع الحادث، وإن كان العمل جرى على أن المطالبة بالتعويض عن الحادث الطارئ تتم فور وقوعه فقد يحدث وأن يتراخى المتعاقد في المطالبة بالتعويض، حينها يعتد القضاء الفرنسي عند حسابه للتعويض المقرر للمتعاقد مع الإدارة بتاريخ وقوع الحادث الطارئ ولا يؤخذ في اعتباره تاريخ المطالبة اللاحق به (1).

ونظرية الظروف الطارئة لا تستهدف إلا مواجهة الأزمات المؤقتة التي تطرأ على العقد، فإذا اتخذت هذه الأزمات شكلاً دائماً فإن نظرية الظروف الطارئة يتم استبعادها وتطبيق نظرية أخرى وهي نظرية القوة القاهرة.

لذلك فإن هذه الفترة يجب أن تنتهي إلى نتيجة معينة، فإذا ما تبين في نهايتها أن الارتفاع الفاحش في الأسعار مثلاً - نتيجة لهذا الظرف الطارئ - تراجع وانخفض إلى الحالة التي كان طرفي العقد يتوقعانها عند إبرام العقد، نفذ العقد وسار الطرفان في تنفيذ التزاماتهما طبقاً لشروطه.

أما إذا تبين أن قلب اقتصاديات العقد، أصبح هو الحالة العادية وليس هناك أمل في زوال اختلاله، فإنه في هذه الحالة لا يجوز تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك بسبب انتفاء شرط التوقيت، ويكون لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي فسخ العقد كما سبق بيانه (2).

(1) ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين (ص 108)

(2) السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 526)؛ وعلى، آثار العقود الادارية (ص 290).

ثانياً : تحديد الخسارة التي لحقت للمتعاقد من الظروف الطارئة :

إن التعويض المقرر للمتعاقد مع الإدارة حال تحقق نظرية الظروف الطارئة لا يحتوي ما فات المتعاقد من كسب ولكن ما فاتته من خسارة، ولا يشمل كل الخسارة بل يغطي جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد بسبب الظرف الطارئ⁽¹⁾.

ولقد أكدت أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري عدة ضوابط واعتبارات التي يجب على القاضي الأخذ بها عند تقدير الأعباء الخارجية عند التعاقد وتتمثل فيما يلي⁽²⁾:

1- العبرة في تقدير الأعباء الخارجية عن التعاقد بالنتائج الفعلية لاستغلال المشروع موضوع التعاقد، ومن ثم لا يجوز أن يدخل في حساب الأرباح والخسائر ما يمكن أن يعود على المتعاقد لو أنه قام بعمل معين⁽³⁾.

2- لا يدخل في حساب الأعباء الخارجية عن التعاقد الأرباح التي يكون المتعاقد قد حققها قبل حلول الظرف الطارئ، ولا يدخل في حسابها كل الأرباح المحتمل أن يحققها بعد انتهاء الظرف الطارئ⁽⁴⁾.

3- عند تقدير الأعباء لا توضع في الاعتبار الأرباح التي يكون المتعاقد قد حققها من مشروع آخر خلاف المشروع الأصلي موضوع النزاع ؛ لأن العبرة بالصفة موضوع التعاقد وليس بصفة أخرى⁽⁵⁾.

4- لا توضع في الاعتبار عند تقدير الأعباء الخارجية عن التعاقد، الخسائر التي يكون المتعاقد قد تحملها قبل بداية الظرف الطارئ ومن ثم يتحملها المتعاقد وحده، ولكن هذه الخسائر تستنزل من الخسائر النهائية التي تترتب على الظرف الطارئ، ومن ثم فإن الإدارة

(1) وهذا واضح اختلاف نظرية الظروف الطارئة عن نظريتي الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية عمل الأمير حيث يكون التعويض كاملاً فيها عن الضرر الذي أصاب المتعاقد في كلا النظريتين وجزئياً في نظرية الظروف الطارئة، نصار، العقود الإدارية (ص ص 312 - 313).

(2) أحكام مجلس الدولة، مشار إليها لدي : على، مرجع سابق (ص 290) وما بعدها؛ والسناري، وسائل التعاقد الإداري (ص 562) وما بعدها؛ والطماوي، الأسس العامة للعقود الادارية (ص 698) وما بعدها.

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1933/3/30، المجموعة (ص 379)

(4) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1919/6/27 في قضية "ville doran" سييري 1920، القسم الثالث، ص 25 ؛ وحكمه بتاريخ 1924/1/18 في قضية "ville de paris"، المجموعة، ص 58

(5) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1926/2/11 في قضية "soc du gaz de la ciotat"، المجموعة، (ص 196)

لا تشارك المتعاقد معها إلا في الفرق بين الخسائر العادية المحتملة والخسائر التي تتجاوز الحد الأقصى للأسعار⁽¹⁾.

5- عند تقدير الأعباء الخارجية عن التعاقد، لا تحتسب الخسائر الناتجة عن فعل المتعاقد كإهمال أو عدم اتباعه الوسائل الفنية في التنفيذ، لأن التقصير من طرفه فهو يتحمل تبعه ذلك⁽²⁾.

6- يتحتم أن يوضع بعين الاعتبار عند تقدير الأعباء الخارجية جميع أنواع الأنشطة المتصلة بموضوع العقد الأصلي وكذا الأنشطة التي ينص عليها العقد.

7- يجب أن يوضع في عين الاعتبار أن " الحد الأقصى للأسعار المعقولة " يعتبر شرطاً لقيام الظرف الطارئ، ولكن لا أثر لهذا الحد في تحديد الخسارة التي يتحملها المتعاقد من جراء طروء هذا الظرف، فلقد أقر مجلس الدولة الفرنسي عند حساب الأعباء الخارجية عن التعاقد الاعتداد بالفرق بين الأسعار الفعلية التي تم الاتفاق عليها في العقد، والأسعار الجديدة " الناشئة عن الظرف الطارئ، وعدم الاعتداد في هذا الشأن بالفرق بين الحد الأقصى للأسعار والأسعار الجديدة⁽³⁾.

8- يدخل في الجانب السلبي عند تقدير الأعباء غير التعاقدية ما يتحملة المتعاقد بسبب تنفيذ التزاماته التعاقدية، ولكن بشرط أن تكون تلك النفقات هي النتيجة المباشرة والضرورية المترتبة على قلب اقتصاديات العقد⁽⁴⁾.

9- يدخل في الجانب الإيجابي عند تقدير الأعباء غير التعاقدية الإيرادات التي تتمثل في كل ما يحصل عليه المتعاقد من أموال، سواء كانت رسوم يتم تحصيلها من المنتفعين بالمرفق موضوع التعاقد، أو أسعار يحصل عليها من الجهة الإدارية المتعاقدة، ويدخل

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1931/11/27 في قضية "tramway de Besancon" المجموعة، (ص 1063).

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1931/12/3 في قضية " commune de graulbet "، المجموعة، (ص 1061)

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1928/11/30 في قضية " ste le centre ctrique "، المجموعة، (ص 1229)

(4) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1948/11/12 في قضية : " ville de Bordeaux "، المجموعة، (ص 643)

أيضاً ما يتم تحصيله من عمليات بيع المنتجات الأصلية والثانوية⁽¹⁾، ما يتحصل من إيرادات الإعلانات⁽²⁾، وكذلك إيجار الآلات والمعدات⁽³⁾.

10- لا يدخل في تقدير الأعباء الخارجية عن التعاقد الفوائد الخاصة بالضمانات⁽⁴⁾، ولا يدخل أيضاً فوائد رأس المال الجاري⁽⁵⁾، ولا يدخل أيضاً نفقات استهلاك رأس المال الخاصة بالإنشاءات والتجهيزات التي تظل في ملكية المتعاقد ولا تؤول للإدارة في نهاية مدة العقد⁽⁶⁾.

11- يدخل في تقدير الأعباء الخارجية عن التعاقد نفقات استهلاك رأس المال الخاصة بالإنشاءات والتجهيزات التي تؤول للإدارة المتعاقدة في نهاية مدة العقد⁽⁷⁾.

ثالثاً: توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة :

سبق أن قمنا بالإشارة إلى أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على أساس توزيع الخسارة بين المتعاقد والإدارة⁽⁸⁾، وتعد من أبرز آثار النظرية في مجال إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، توزيع أعباء الخسارة الفادحة الناجمة عن ظرف الطارئ بين الإدارة والمتعاقد.

إن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة ليس إلا مساعدة من الإدارة للمتعاقد معها حتى يتمكن من التغلب على الصعوبات التي تعرض لها،

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1928/1/20 في قضية : " ville de pezenas "، المجموعة، (ص 93)

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1927/12/30 في قضية : " cie francaise declairage "، المجموعة، (ص 128)

(3) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1928/3/30 في قضية : " ville de belfor "، المجموعة، (ص 479)

(4) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1949/2/25 في قضية " raulet " المجموعة (ص 69)

(5) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1944/1/29 في قضية " cne de wimille " المجموعة (ص 35)

(6) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1934/3/23، في قضية " ste maritime " المجموعة (ص 422) ؛ وحكمه بتاريخ 1936/2/28 في قضية " ste le centre electrique " المجموعة (ص 625)

(7) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1926/3/27 في قضية " ville de monfort lamaury "، المجموعة (ص 375)

(8) علي، آثار العقود الادارية (ص 291)

وتوزيع عبء الخسارة بين الإدارة والمتعاقد معها يعني أن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد ليس تعويضاً كاملاً يشمل كل ما لحقه من خسائر، وما فاتته من مكاسب متوقعة، فالتعويض المقرر وفقاً لهذه النظرية هو تعويض جزئي لا يشمل ما فات المتعاقد من مكاسب؛ لأن الغرض منه تحقيق المتعاقد ربحاً منه، وإنما يقتصر التعويض على الخسارة التي لحقت بالمتعاقد، كما أنه لا يشمل الخسارة كلها وإنما جزء منها وتتحمل الإدارة النصيب والقدر الأكبر من تلك الخسارة (1).

ويجب أن يتحمل المتعاقد مع الإدارة جانباً من الأعباء غير التعاقدية وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة الفرنسي (2) والمصري (3) على حد سواء، فتحميل الإدارة وحدها كل العبء يعد تطبيقاً خاطئاً للنظرية ولقد قام مجلس الدولة الفرنسي بإلغاء أحكام مجالس المحافظات التي حكمت بذلك (4).

ولا يجوز توزيع عبء الخسارة مناصفة بين الإدارة والمتعاقد معها فلقد ألغى مجلس الدولة الفرنسي العديد من الأحكام التي حكمت بذلك، والقاضي من الناحية العملية لا يقوم بتحميل المتعاقد إلا جزءاً يسيراً من الخسائر، وتتحمل الجهة الإدارية المتعاقدة النصيب الأكبر من ذلك العبء، ولا توجد قواعد محددة في هذا الشأن، وإن كان الغالب أن تتحمل الإدارة بنسبة 90% من جملة الخسائر التي تترتب على الظرف الطارئ، وقد تقل هذه النسبة أو تزيد قليلاً ولكنها تبقى حول هذه النسبة وفقاً لظروف العقد محل الدعوى (5).

ويقوم القاضي الإداري بمراعاة عدة اعتبارات عند تحديده للنسبة المئوية الخاصة بمشاركة الإدارة في الأعباء غير التعاقدية المترتبة على الظرف الطارئ، وتتعلق هذه الاعتبارات

-
- (1) خليل، آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها (ص ص 316-317)
 - (2) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1949/1/1 في قضية "min de la guerre" المجموعة (ص 318)؛ وحكمه بتاريخ 1949/3/4 في قضية "de Toulon" المجموعة (ص 467).
 - (3) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1987/5/26 في الطعن رقم 3562 لسنة 29 ق، المجموعة (ص 409)
 - (4) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1940/5/24، المجموعة (ص 187)
 - (5) في بعض الأحكام قام مجلس الدولة الفرنسي بالحكم بتحميل الإدارة بنسبة 80% من الخسائر الخارجة عن التعاقد، ومن ذلك حكمه بتاريخ 1935/11/9 في قضية "ville de lagny"، المجموعة (ص 1026)، وفي أحيان أخرى قضى بتحميل الإدارة بنسبة 95% من الخسائر الخارجة عن التعاقد، ومن ذلك حكمه بتاريخ 1965/11/17 في قضية "commune de montherm et autres C/St gazier des ardenns" المجموعة (ص 981).

بمختلف عناصر وجوانب العقد والظروف التي أحاطت بتنفيذه وهذه الاعتبارات على الشكل التالي (1):

- تصرفات وسلوك المتعاقد مع الإدارة، ومدى حجم المجهودات التي بذلها لمواجهة الظرف الطارئ.
- إهمال المتعاقد وتقديره في مواجهة الظرف الطارئ.
- مدى تعاون الإدارة وحسن اهتمامها بمساعدة المتعاقد معها على تخطي الصعوبات التي تعترض تنفيذ العقد.
- مدى تعنت الإدارة في معاملة المتعاقد إذا وجد كرفضها بإصرار قبول تعديل شروط العقد لمواجهة الظرف الطارئ (2).

وفي هذا الشأن جرى قضاء المحكمة الإدارية على تطبيق تلك القواعد، ومن أحكامها حكمها الذي تضمن "... فمفاد نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه عنها تعويضاً جزئياً، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما ومؤدى ذلك أن يفرض على الدائن التزاماً ينشأ من العقد الإداري، هذا الالتزام هو أن يدفع الدائن للمدين تعويضاً لكفالة تنفيذ العقد تنفيذاً صحيحاً متى كان من شأن الظروف أو الأحداث غير المتوقعة أن تثقل كاهل هذا المدين بخسارة يمكن اعتبارها قلباً لاقتصاديات العقد، على أن التعويض الذي يدفعه الدائن يكون تعويضاً جزئياً من الخسارة المحققة التي لحقت بالمدين، ولما كان التعويض الذي يدفع طبقاً لهذه النظرية لا يشمل الخسارة كلها ولا يغطي إلا جزءاً من الأضرار التي تصيب المتعاقد، فإن المدين ليس له أن يطالب بالتعويض بدعوى أن أرباحه قد نقصت أو لفوات كسب ضاع عليه، كما أنه يجب أن تكون الخسارة واضحة متميزة، ومن ثم يجب لتقدير

(1) السناري، وسائل التعاقد الإداري (ص ص 568-269)

(2) حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1938/3/2 في قضية "commune de corrze" المجموعة (ص 219).

انقلاب اقتصاديات العقد واعتبارها قائمة أن يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته، واعتبار العقد في ذلك وحده ويفحص في مجموعة لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط، بل يكون بمراعاة كل العناصر التي يتألف منها، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوّضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة، ومن ثم فإن انقلاب اقتصاديات العقد مسألة لا تظهر ولا يمكن التحقق من وجودها إلا بعد إنجاز جميع الأعمال المتعلقة بالعقد" (1)

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا و الطعن رقم 46 لسنة 14 ق، جلسة 1972/6/17 ' مشار إليه لدى علي،
اثر العقود الادارية (ص ص 292-293)

الخاتمة

أولاً- النتائج:

- 1- تهدف نظرية الظروف الطارئة إلى إعادة التوازن المالي للعقد، ولقد ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي والتي استمدتها من قواعد العدالة ومن الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، ولقد سار مجلس الدولة المصري على ذات النهج، كما قام المشرع الفلسطيني بإقرارها حديثاً في قطاع غزة وذلك في نص المادة (151) من القانون المدني الجديد رقم (4) لسنة 2012.
- 2- إن ازدهار نظرية الظروف الطارئة كان بدايته في ظل القانون العام، وأخذ بها القضاء الإداري الفرنسي، وتبعه في ذلك القضاء المصري في مجال العقود الإدارية فقط، ولم تطبق في العقود الخاصة في فرنسا، أما في مصر وفلسطين فقد أقرهما القانون المدني حديثاً.
- 3- أن هدف نظرية الظروف الطارئة هي حماية الطرف الضعيف في العقد والتي وضعت في الظروف التي لا دخل له بها في مأزق حرج نتج عنه اضطراب التوازن المالي للعقد إلى حد يتخطى الضرر الطبيعي، وتعد نظرية الظروف الطارئة استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.
- 4- لقد وجدت فكرة الظروف الطارئة نواتها في الشريعة الإسلامية، من خلال القواعد الأصولية والمبادئ الكلية التي تقرها، ويعتبر الفقهاء المسلمون أول من عرف تطبيقات لمفهوم الظرف الطارئ من خلال ما عرف بالعدر والجائحة.
- 5- تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام وبالتالي لا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفتها واستبعادها ويعتبر باطلاً كل إجراء يقضي باستبعادها.
- 6- يشترط وقوع ظرف استثنائي عام أو ظروف تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد سواء كانت هذه الظروف طبيعية أم اقتصادية أم من قبل الإنسان أم من فعل أي جهة إدارية أخرى لكي يتم تطبيق النظرية وذلك في كل من فرنسا ومصر وفلسطين.
- 7- لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يشترط أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه، وعدم التوقع يعتبر متوفراً ومن ثم تنطبق النظرية سواء أنصب عدم الوقع على الظرف الطارئ في حد ذاته أم انصب على آثاره.
- 8- لا بد على المتعاقد مع جهة الإدارة لكي يستفيد من نظرية الظروف الطارئة أن يستمر في تنفيذ العقد بالرغم من الظرف الطارئ الذي حل به.

9- يقتصر حق المتعاقد مع الإدارة في حالة الظروف الطارئة على الحكم بالتعويض، ولا يملك القاضي الإداري سلطة تعديل العقد الإداري بخلاف القاضي المدني الذي يملك سلطة تعديل العقود المدنية في حال توافر نظرية الظروف الطارئة.

10- لا يوجد نص قانوني في فلسطين يحدد عقوداً معينة ويعدّها إدارية بإرادة المشرع لها، وإن كان قانون اللوازم العامة وقانون العطاءات للأشغال قد نظم إجراءات التعاقد مع الإدارة ولكن لو نظرنا إلى القوانين المذكورة في هذا القانون نجدها عقود إدارية بطبيعتها، وعليه لم تعرف فلسطين نظرية العقود الادارية بتحديد القانون.

11- نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري " العقود الإدارية " غير مقننة، تستمد بعض قواعدها من القانون المدني ومن قوانين العقود الإدارية ومن الاجتهاد القضائي.

12- لقد عرفت الشريعة الإسلامية العقود الإدارية، وكانت تحت مسمى " العقود العامة "، ومن أهم أمثلتها عقد التولية، ولقد أبرم النبي ﷺ عقداً إدارياً مع يهود خيبر.

13- أن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية العربية وغير العربية في نظرية الظروف الطارئة.

14- أن الضرر أو الحادث في الفقه الإسلامي ليس ضرراً اقتصادياً فقط، بل قد يكون ضرراً غير اقتصادي، فقد يكون الضرر معنوياً، وقد يكون شرعياً، ومعيار الإرهاق أو الضرر في نظرية العذر هو معيار شخصي، وفي نظرية الجوائح وتغير القيمة فهو معيار موضوعي.

15- تعتبر نظرية العذر عند الحنفية ونظرية الجوائح والثمار عند المالكية ونظرية تغير قيمة النقود هي أمثلة عملية تطبيقية لنظرية الظروف الطارئة وفيها تشابه كبير في وجهها بين نظرية الظروف الطارئة وبين الثلاث نظريات سالفه الذكر.

16- يعتبر فقهاء الأحناف من أكثر الفقهاء تحمساً للأخذ بنظرية العذر، ويعتبر فقهاء المالكية رواد نظرية الجوائح في الثمار والزروع.

17- نظرية الظروف الطارئة المستخلصة من مجموعة من القواعد الفقهية الكبرى لها دور كبير ومؤثر في تخفيف الكثير من الأضرار التي قد تلحق بطرفي العقد نتيجة لتغير وتبدل الظروف.

18- تسهم القواعد الفقهية في استخراج الأحكام الشرعية لما يستجد من نوازل ومسائل طارئة بأسهل الطرق وأقربها، لأن بها تعرف مقاصد الشريعة الإسلامية وأسرارها وعلل الأحكام.

19- تعتبر نظرية الظروف الطارئة أسلوباً من أساليب تحقيق العدالة بين أطراف العقد ورفع الظلم والجور في الالتزامات العقدية وإعادة التوازن المالي لأطراف العقد الذي اختل بسبب الظرف الطارئ.

20- من الممكن اعتبار نظرية الظروف الطارئة بأنها أداة وقائية شرعية للمستثمرين والتجار تخفف من عبء الخسارة التي تقع عليهم والتي يسببها الظرف الطارئ.

21- اتضح لنا من خلال الدراسة أن منهج الفقه الإسلامي في الواقع يغير منهج الفقه والقانون المقارن في معالجته لكثير من القضايا والمسائل التي تناولتها هذه الدراسة، وهذا يؤكد لنا مدى أصالة الفقه الإسلامي، وأنه صاحب نزعة استقلالية خاصة في بحثه واصطلاحه، وأحكامه تؤكد أنه لم يأخذ عن غيره، بل حاول الغير الأخذ عنه والسير في رجا به.

ثانياً - التوصيات:

1. نوصي بأن يقوم المشرع الفرنسي بتبني نظرية الظروف الطارئة في جميع العقود سواء كانت عقود إدارية أم عقود مدنية أسوة بالمشرع المصري والفلسطيني وخاصة أنه هو من ابتدع نظرية الظروف الطارئة في مفهومها الحديث.

2. أن يتم تبني إمكانية طلب فسخ العقد إذا كان الظرف الطارئ يستعصي على العلاج وعدم الاكتفاء برد الالتزامات إلى الحد المعقول ولا سيما في العقود طويلة الأجل، وذلك أسوة بما هو معمول به في الفقه الإسلامي حيث عرفت نظرية الظروف الطارئة وأطلق عليها مبدأ العذر في الفقه الحنفي والجا ئحة عند المالكية والحنابلة، وفي ظل انطباق النظرية لديهم فإنها تبرر فسخ العقد وهو مثل موقف مجلس الدولة الفرنسي.

3. نوصي المشرع الفلسطيني بأن يجعل منازعات العقود الادارية ضمن اختصاص القضاء الاداري في الضفة الغربية وذلك لأن القضاء الاداري يراعي خصوصية المنازعة الادارية ويهدف إلي ضمان السير المنتظم للمرافق العامة.

4. نوصي المشرع الفلسطيني والمصري باستبدال مصطلح " الحوادث الاستثنائية " الواردة في المادة 151 مدني فلسطيني و2/147 مدني مصري بمصطلح " الظروف الطارئة "، وذلك لأن مصطلح الظروف أوسع وأفضل من الحوادث الاستثنائية؛ لأن معنى "الظروف" يندرج تحته الحوادث المادية والظروف المعنوية وكلاهما معترف به من خلال المفهوم الحديث

للنظرية، بينما كلمة الحوادث تقتصر على الوقائع المادية وبالتالي عدم شمول الظروف المعنوية.

5. نوصي القضاء الفلسطيني وهو بصدد عقد إداري وفي حال رجوعه إلى نص المادة (151) من القانون المدني الفلسطيني أن يقصر حكمه على التعويض فقط، دون تعديل الالتزام وذلك لضمان السير المنتظم للمرافق العامة.

6. اشترط القانون المدني الفلسطيني في نص المادة (151) أن يكون الظرف الطارئ استثنائياً وعماماً وذلك تأثراً بالمادة (147) من القانون المدني المصري، وبناء عليه يشترط لانطباق النظرية أن تكون الحوادث الاستثنائية غير قاصرة على المدين، بل لا بد من أن تكون عامة شاملة لعدد من الناس، فنوصي بأن يعدل المشرع الفلسطيني والمصري عن نهجهما هذا بأن يكتفي بأن يقتصر الظرف الطارئ على أن يكون استثنائياً فقط دون اقترانه بكلمة "عام" وذلك أسوة بما هو معمول به ببعض النظم القانونية القائمة في العديد من الدول التي لا تتطلب صفة العموم في الظرف الطارئ حتى يستحق المتعاقد (المدين) التعويض.

7. نوصي بضرورة أن يتم تطبيق النظرية في حال تم تصدير العطاء، حتى وإن لم ينعقد العقد وذلك لأن المشرع الفلسطيني منع المتعاقدين من سحب عطاءهما في هذه الفترة، فبتطبيق هذه النظرية في هذه الحالة تأكيداً لمبدأ العدالة التي تقوم عليه النظرية.

المصادر والمراجع

المصادر والمراجع

• القرآن الكريم

- أحمد، ابراهيم سيد. (2000م). مبادئ محكمة النقض في القرارات والعقود والمنازعات الإدارية. (د.ط.). الإسكندرية: منشأة المعارف.
- أحمد، أحمد محي الدين. (1998م). فتاوى الاستصناع والمقاولات والسلم. ط1. (د.م): (د.ن).
- الأصبحي، مالك بن أنس. (1323هـ). المدونة الكبرى. ط1. بيروت: دار صادر بيروت.
- إمام، محمد كمال الدين. (1998م). نظرية الفقه في الإسلام. (د.ط.). بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع.
- أمين، محمد سعيد حسين. (2005م). العقود الإدارية. ط1. (د.م): (د.ن).
- الباجي الأندلسي، سليمان بن سعد بن أيوب بن وراث. (1322هـ). المنتقى شرح موطأ الإمام مالك. ط1. القاهرة: مطبعة السعادة.
- بدران، محمد محمد. (2001م). عقد الإنشاءات في القانون المصري دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين. (د.ط.). القاهرة: دار النهضة العربية.
- بدوي، ثروت. (1994م). النظرية العامة في العقود الإدارية. (د.ط.). القاهرة: دار النهضة العربية.
- أبو بكر، محمد. (د.ت). دور نظرية الظروف الطارئة في إعادة التوازن المالي للعقد. تاريخ الاطلاع: 2016/12/23م، الرابط: <http://draboubakr.blogspot.com/2010/02/blog.post.html>.
- البلخي، نظام الدين. (1310هـ). الفتاوى الهندية. ط2. بيروت: دار الفكر.
- البناء، محمود عاطف. (2007م). العقود الإدارية. (د.ط.). القاهرة: دار الفكر العربي.

- ثابت، سناء جميل. (2011م). أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الادارية في فلسطين. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الأزهر، غزة.
- الثلب، يوسف. (1991م). الظروف الطارئة وأثرها على الالتزام التعاقدى في الفقه الإسلامى، مجلة كلية الدعوة الإسلامية، (8)، 135-165.
- جبر، سعدي حسين على. (2003م). الخلافات المالية وطرق حلها في الفقه الإسلامى. ط1. بيروت: دار النفائس للنشر والتوزيع.
- الجبوري، محمود خلف. (د.ت). العقود الإدارية. (د.ط). عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الجريسات، رياض إلياس عيسى. (2007م). نظرية التوازن المالى للعقد الإدارى. (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة عين شمس، القاهرة.
- جعفر، محمد أنس قاسم. (2000م). العقود الإدارية دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات مع دراسة للقانون 89 لسنة 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولأئحته التنفيذية. (د.ط). القاهرة: دار النهضة العربية،
- جعفر، محمد أنس. (2003م). العقود الإدارية. ط2 الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 م.
- جمال الدين، سامى. (1996م). أصول القانون الإدارى. (د.ط). الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1996 م.
- أبو حجير، مجيد محمود سعيد. (2002م). نظرية التعسف في استعمال الحق ونظرية الظروف الطارئة، دراسة مقارنة. ط1. عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع.
- حسبو، عمرو أحمد. (2002م). التطور الحديث لعقود التزام المرافق العامة طبقاً لنظام (b. O. t). (د.ط). القاهرة: دار النهضة العربية.
- حشيش، عبد الحميد. (1963م). التطور الحديث للمبادئ العامة للعقود الإدارية. مجلة العلوم الإدارية، 4 ، (3)، 15-30.

- حلمي، محمود. (1977م). *العقد الإداري*. ط3. القاهرة: دار الفكر العربي.
- الحو، ماجد راغب. (2004م). *العقود الإدارية والتحكيم*. (د.ط.). الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- الحو، ماجد راغب. (2012م). *العقود الإدارية*. (د.ط.). الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- الحمود، وضاح محمود رشيد. (2010م). *عقود البناء والتشغيل ونقل الملكية (b.o.t)*. ط1. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- حميد، باسم عبد الكريم، و سلامة، حميد محمد. (د.ت.). *نظرية الظروف الطارئة وأثرها على تنفيذ العقود في الفقه الإسلامي*. مجلة العلوم القانونية والسياسية، 1 (1)، 568-536.
- الحنفي، فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي. (1314هـ). *تبيين الحقائق شرح كنز الرقائق*. ط1. القاهرة: المطبعة الكبرى الأميرية.
- ابن خدة، حمزة. (2008م). *نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة الإسلامية والقانون المدني الجزائري*، مجلة العلوم الإنسانية بالجزائر، 6 (39)، 1-30.
- خضير، إحسان ستار. (1997م). *نظرية الظروف الطارئة وأثر اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود*. تاريخ الاطلاع: 2017/02/15م، الرابط: www.malak-rouhi.com/vb/showthread
- الخلفي، إسماعيل. (1997م). *شرح قانون المناقصات والمزايدات*. (د.ط.). القاهرة: مكتبة كوميت القانونية.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. (2007م). *المسؤولية الإدارية في مجال العقود والقرارات الإدارية وفقاً لقانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية*. (د.ط.). القاهرة: دار محمود للنشر والتوزيع، القاهرة.
- خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. (2008م). *الأسس العامة في العقود الإدارية*. ط1. (د.م.): المركز القومي للإصدارات القانونية.

- خليل، عادل عبد الرحمن. (1997م). *آثار العقود الإدارية ومشكلات تنفيذها*. (د.ط.). (د.م.): دار الثقافة الجامعية.
- الخن، مصطفى، والبغا، مصطفى، والشريجي، علي. (1992م). *الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي*. ط4. دمشق: دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع.
- أبو الخير، عادل السعيد. (1999م). *القانون الإداري*. ط1. (د.م.): (د.ن).
- الديبان، أبو عمر ديبان بن محمد. (1432هـ). *المعاملات المالية أصالة ومعاصرة*. ط2. الرياض: مكتبة الملك فهد الوطنية.
- الدريني، فتحي. (1977م). *الحق ومدي سلطان الدولة في تقييده*. ط2. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- الذنيبات، محمد جمال. (2011م). *الوجيز في القانون الإداري*. ط2. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الرازي، ابو اسحاق بن ابراهيم بن علي بن يوسف. (د.ت). *المهذب في فقه الامام الشافعي*. ط1. (د.م.): دار الكتب العلمية.
- الرازي، زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي. (1999م). *مختار الصحاح*. تحقيق: يوسف الشيخ محمد. ط5. بيروت: المكتبة العصرية.
- راضي، مازن ليلو. (2003م). *العقود الإدارية في القانون الليبي المقارن*. (د.ط.). الإسكندرية: منشأة المعارف.
- رسلان، أنور أحمد. (1999م). *وجيز القانون الإداري*. ط3. (د.م.): (د.ن).
- الرومي، عبد الوهاب علي بن سعد. (1994م). *الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة*. ط1. (د.م.): (د.ن).
- الزحيلي، وهبة. (1979م). *نظرية الضرورة الشرعية*. ط2. بيروت: مؤسسة الرسالة.

- أبو ستيت، أحمد حشمت. (1954م). *نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد*. ط2. القاهرة: مطبعة مصر.
- السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل. (1993م). *المبسوط*. (د.ط.). بيروت: دار المعرفة .
- سلامة، عبد الحميد أحمد. (1994م). *نظرية الظروف الطارئة في عقدي التوريد والمقاوله في القانون الأردني*. (د.ط.). الأردن: الجامعة الأردنية.
- ابن سليمان، عبد الرحمن بن محمد. (د.ت.). *مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر*. (د.ط.). بيروت: دار احياء التراث العربي.
- السناري، محمد عبد العال. (د.ت.). *وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها، دراسة مقارنة* (د.ط.). القاهرة: دار النهضة العربية، القاهرة.
- السنهوري، عبد الرازق أحمد. (2004م). *الوجيز في النظرية العامة للالتزام*. (د.ط.). الإسكندرية: منشأة المعارف.
- السنهوري، عبد الرازق أحمد. (د.ت.). *الموجز في النظرية العامة للالتزامات*. ط4. بيروت: (د.ن.).
- السنهوري، عبد الرازق أحمد. (د.ت.). *النظرية العامة للالتزامات (نظرية العقد)*. (د.ط.). بيروت: دار الفكر.
- السنهوري، عبد الرازق أحمد. (د.ت.). *الوسيط في شرح القانون المدني الجديد*. (د.ط.). بيروت: دار احياء التراث العربي.
- السنهوري، عبد الرازق أحمد. (د.ت.). *مصادر الحق في الفقه الإسلامي*. (د.ط.). بيروت: المجمع العلمي العربي الإسلامي.
- السنهوري، عبد الرازق. (2004م). *الوجيز في النظرية العامة للالتزام*. (د.ط.). الإسكندرية: منشأة المعارف.

السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن. (د.ت). الأشباه والنظائر في النحو. تحقيق: عبد الإله نيهان، وغازي مختار طليمات، وإبراهيم محمد عبد الله، وأحمد مختار. ط1. دمشق: مطبوعات مجمع اللغة العربية.

الشافعي، محمد بن إدريس. (2002م). الأم. ط1. لبنان: دار الكتب العلمية.

شحاتة، توفيق. (1955م). مبادئ القانون الإداري. ط1. القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.

الشريف، عزيزة. (1991م). القانون الإداري. (د.ط). القاهرة: دار النهضة العربية.

الشلحاني، حمد محمد. (2007م). امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري. (د.ط). الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.

شليبيك، أحمد الصويعي. (2007م). نظرية الظروف الطارئة. المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية بجامعة الشارقة، 3 (2)، 169-198.

الشواربي، عبد الحميد. (2003م). العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء والتشريع. (د.ط). القاهرة: منشأة المعارف.

الشويري اللبناني، ظاهر خير الله. (1995م). ألمع النواجم في اللغة والمعجم. ط2. بيروت: مكتبة لبنان.

صابر، محي الدين. (1989م). المعجم العربي الأساسي، مجموعة من كبار اللغويين العرب بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم. (د.ط). (د.م): المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم.

الصوراني، غازي. (2010م). الآثار الاقتصادية للحصار على قطاع غزة. تاريخ الاطلاع: 2017/03/13. الرابط: <http://www.freegaza.ps/ar/more.php>

الطباع، ماهر. (2008م). حصاد عام على حصار قطاع غزة خسائر اقتصادية بأكثر من مليار دولار، تقارير اقتصادية فلسطينية خاصة. تاريخ الاطلاع: 2016/11/17م، الرابط: <http://smartsoft.maktoobblog.com/categor>

- الطحاوي، أحمد بن محمد. (1994م). شرح معاني الآثار. تحقيق: محمد زهري النجار. ط1. بيروت: عالم الكتب.
- الطماوي، سليمان محمد. (1991م). الأسس العامة للعقود الإدارية. ط5. القاهرة: دار الفكر العربي.
- الطماوي، سليمان. (1959م). مبادئ القانون الإداري. ط3. القاهرة: دار الفكر العربي.
- الظاهر، خالد خليل. (1997م). القانون الإداري. ط1. (د.م): (د.ن).
- ابن عابدين الدمشقي الحنفي، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز. (1992م). رد المختار على الدر المختار. ط2. بيروت: دار الفكر.
- ابن عابدين، محمد أمين. (1352هـ). مجموعة رسائل ابن عابدين. ط1. (د.م): شركة صحافية عثمانية.
- عبد العال، حسين درويش. (1958م). النظرية العامة في العقود الإدارية. ط1. القاهرة: مكتبة الأنجلو المصرية.
- عبد المولي، علي محمد. (2007م). القانون الإداري - العقود الإدارية. ط1. (د.م): (د.ن).
- عبد الوهاب، محمد رفعت. (2010م). القانون الإداري. (د.ط). القاهرة: دار الجامعة الجديدة للنشر.
- العجمي، حمدي محمد. (2007م). أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة بين القانون المقارن والشريعة الإسلامية. مجلة معهد الإدارة العامة. 47 (3)، 313-354.
- أبو كلوب، عفيف. (2013م). تقدير التعويض وأثر تغير القوة الشرائية للنقود على تقديره (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة القاهرة. مصر.
- عكاشة، حمدي ياسين. (د.ت). موسوعة العقود الإدارية. (د.ط). القاهرة: منشأة المعارف.
- على، إبراهيم محمد. (2003م). آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية. ط2. القاهرة: دار النهضة العربية.

- أبو عمارة، محمد على. (1996م). القانون الإداري، الجزء الأول. ط1. (د.م): (د.ن).
- أبو عمارة، محمد على. (2011م). القانون الإداري. ط4. (د.م): (د.ن).
- عمرو، عدنان. (2000م). القانون الإداري الفلسطيني. ط1. (د.م): (د.ن).
- عمرو، عدنان. (2010م). مبادئ القانون الإداري الفلسطيني، نشاط الإدارة ووسائلها، دراسة مقارنة. ط1. القدس: (د.ن).
- عنبر، محمد عبد الرحيم. (1987م). الوجيز في نظرية الظروف الطارئة. (د.ط). (د.م): مطبعة زهران.
- غانم، هاني عبد الرحمن إسماعيل. (2012م). النظام القانوني لعقد التوريد، دراسة مقارنة. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2015م). المالية العامة والتشريع الضريبي في ضوء النظام المالي والضريبي لدولة فلسطين. ط1. غزة: مكتبة نيسان.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2015م). الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين، دراسة مقارنة. مجلة جمعية القدس للبحوث والدراسات الإسلامية (8)، 136-173.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2016م). الوسيط في أصول القضاء الإداري في فلسطين. ط1. غزة: مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.
- غانم، هاني عبد الرحمن. (2016م). الوسيط في مبادئ القانون الإداري. ط1. غزة: مكتبة نيسان للطباعة والتوزيع.
- الغرناطي، محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري. (1994م). التاج والإكليل لمختصر خليل. ط1. (د.م): دار الكتب العلمية.
- فرج، توفيق حسن، ومطر، محمد يحيي. (1988م). الأصول العامة للقانون. (د.ط). القاهرة: دار الجامعة للنشر والتوزيع.
- فهمي عمر حلمي، وخليل، عادل عبد الرحمن. (1998م). العقود الإدارية والأحكام العامة والاختصاص القضائي. (د.ط). الإسكندرية: دار الثقافة الجامعية.

- فهيمى، عمر حلمى. (1993م). معيار تمييز العقد الإدارى. (د.ط.). القاهرة: دار النهضة العربية.
- فهيمى، مصطفى أبو زيد. (1995م). الوسيط فى القانون الإدارى. تنظيم الإدارة العامة. ط1. القاهرة: دار المطبوعات الجامعية.
- الفيروزآبادى، مجد الدين أبو طاهر. (2005م). القاموس المحيط. تحقيق: محمد نعيم العرقسوسى. ط8. بيروت: مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع.
- فيلافى، على. (2005م). الالتزامات النظرية العامة للعقد. ط2. الجزائر: موفم للنشر والتوزيع.
- الفيومى، أحمد بن محمد. (د.ت.). المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير. (د.ط.). بيروت: المكتبة العلمية.
- قبانى، محمد رشيد. (د.ت.). نظرية الظروف الطارئة فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى، بحث مقارنة. مجلة المجمع الفقهي الإسلامى - بيروت، 2 (2)، 121-181.
- ابن قدامة، موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد. (1972م). المغنى. ط1. بيروت: دار الكتاب العربى.
- القرة داغى، على محى الدين على. (2006م). بحوث فى الاقتصاد الإسلامى. ط2. دمشق: دار البشائر الإسلامىة للطباعة والنشر والتوزيع.
- القرطبى، ابن رشد. (1982م). بداية المجتهد ونهاية المقتصد. ط6. بيروت: دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع.
- القرطبى، أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبى بكر بن فرج الأنصارى الخزرجى شمس الدين. (1964م). الجامع لأحكام القرآن = تفسير القرطبى. تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش. ط2. القاهرة: دار الكتب المصرىة.
- القيسى، أعاد حمود. (2008م). المالىة العامة والتشريع الضريبى. ط6. (د.م.): دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- الكاسانى الحنفى، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود بن أحمد. (1986م). بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع. ط2. القاهرة: دار الكتب العلمىة.

- كنعان، نواف. (2010م). *القانون الإداري*. ط1. القاهرة: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- لعيوني، ثورية. (1987م). *معيان العقد الإداري* (رسالة دكتوراة غير منشورة). جامعة عين شمس، القاهرة.
- مجمع الفقه الإسلامي. (د.ت). *الظروف الطارئة وتأثيرها في الحقوق والالتزامات. قرارات مجمع الفقه الإسلامي. مكة المكرمة. 38-40.*
- مجمع اللغة العربية. (1994م). *المعجم الوجيز*. (د.ط). القاهرة: الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية.
- محمد، خالد عبد الفتاح. (2009م). *الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام 2008*. ط1. القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية.
- محمد، عاطف سعدي. (2005م). *عقد التوريد الإداري بين النظرية والتطبيق دراسة مقارنة* (رسالة دكتوراه غير منشورة). جامعة عين شمس، جمهورية مصر العربية.
- مرتضى الزبيدي، محمد بن محمد بن عبد الرزاق الحسيني، أبو الفيض. (د.ت). *تاج العروس من جواهر القاموس. تحقيق: مجموعة من المحققين*. ط1. القاهرة: دار الهداية.
- المكتب الفني للجمعية العمومية. (د.ت). *المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع منذ نشأتها عام 1946 وحتى عام 2005، الجزء الأول في شأن العقود الإدارية.*
- منصور، أمجد محمد. (2011م). *النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام*. ط6. (د.م): دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- منصور، محمد خالد. (1998م). *تغير قيمة النقود وتأثر ذلك بنظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي المقارن*. مجلة علوم الشريعة والقانون، 25 (1)، 145-156.
- ابن منظور، محمد بن مكرم. (2000م). *لسان العرب*. ط3. بيروت: دار صادر.
- مهيدات، محمود فهد. (د.ت). *القواعد الفقهية وأثرها في المعاملات المالية " نظرية الظروف الطارئة*. (د.ط). الأردن: دائرة الإفتاء العام.

عويضة، ناظم محمد. (2005م). مجموعة مختارة من مبادئ العدل العليا من 1995م - 2005م. فلسطين - غزة.

ابن نجيم، زين الدين بن ابراهيم بن محمد. (1999م). الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

نصار، جابر جاد. (د.ت.). العقود الإدارية. ط3. القاهرة: دار النهضة العربية.

النووي، محيي الدين بن شرف. (د.ت.). صحيح مسلم بشرح النووي. (د.ط.). القاهرة: مطبعة مصطفى البابي الحلبي.

هند، حسن محمد، وحسن، محمد حسن. (2004م). الجديد في المشكلات العملية لقانون المناقصات والمزايدات. (د.ط.). (د.م.): دار الكتب القانونية.

وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية. (1994م). الموسوعة الفقهية الكويتية. ط1. الكويت: مطابع دار الصفا للطباعة والنشر والتوزيع.

الوهيبي، عبد الله بن حمد. (2002م). القواعد المنظمة للعقود الإدارية وتطبيقاتها. ط1. الرياض: مكتبة فهد الوطنية للنشر.

ويح، أشرف عبد الرازق. (د.ت.). الوسيط في البيع بالتقسيط، دراسة مقارنة. (د.ط.). القاهرة: دار النهضة العربية.

القوانين:

قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999 م.

قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م.

القانون المدني الفلسطيني رقم 4 لسنة 2012.

القانون المدني المصري.

قانون تشكيل المحاكم النظامية الفلسطينية رقم (5) لسنة 2001.

قانون مجلة الأحكام العدلية.