جامعة غرداية

كليةالحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

أثر نظرية الظروف الطارئة على مدى مشروعية العقود الإدارية

مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات نيل شهادة ماستر اكاديمي

في مسار الحقوق تخصص: قانون إداري

إعداد الطلبة:

- حاج قويدر فريد
- بلقندوز عثمان

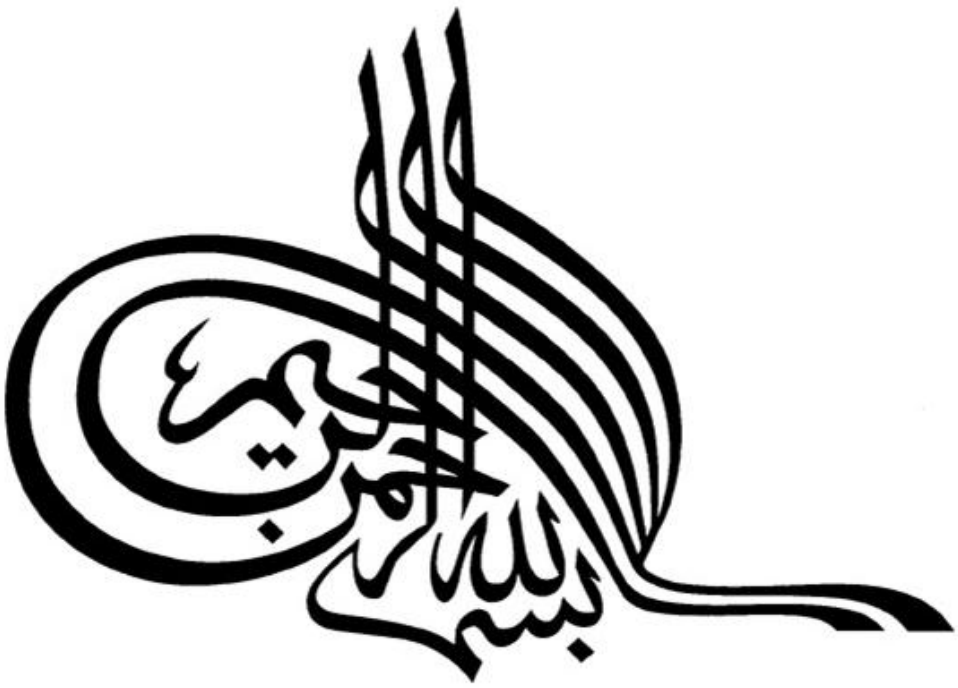
إشراف الأستاذ:

- أبصير طارق

- لجنة المناقشة :

اسم الأستاذ ولقبه	الدرجة الأكاديمية	الصفة في اللجنة
د/ بن فردية محمد	أستاذ محاضر قسم ب	رئيسا
أ /أولاد النوي مراد	أستاذ مساعد قسم ب	مناقشا
د/أبصير طارق	أستاذ محاضر قسم أ	مشرفا

السنة الجامعية : 1437هـ-1438هـ/2016 م- 2017م


بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

نهدي هذا العمل:

إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله

إلى إخوتنا و أخواتنا

إلى كل الأصدقاء و الزملاء إلى كل من قدم لنا العون

لإنجاز هذا البحث.

تشكر و تقدير

بعد حمد الله كثيرا و الصلاة والسلام على نبيه محمد بكرة و أصيلا أشكر الله واحمده حمدا مباركا على هذه النعمة الطيبة و النافعة نعمة العلم و البصيرة.

يشرفنا أن نتوجه بالشكر و التقدير إلى الأستاذ الفاضل أبصير طارق الذي تقبل لنا الإشراف على هذا الموضوع كما ساعدنا كثير في هذا المشوار و زادنا بالنصائح و الإرشادات التي أضاءت لنا أمامنا سبيل البحث .

ملخص

من المألوف أن تطرأ ظروف مستقلة عن الإدارة المتعاقدة غير متوقعة وقت إبرام العقد ، ويمكن أن تؤدي هذه الظروف إلى إحداث تغير جوهري في التوازن المالي للعقد بحيث تؤدي إلى إرهاق المتعاقد أو عجزه ماليا عن تنفيذ التزاماته التعاقدية مع الإدارة ويطلق على هذه الظروف مصطلح الظروف الطارئة.

وقد تناولت الدراسة التعريف بهذه النظرية والشروط الواجب توافرها لإعمال نظرية الظروف الطارئة وأثرها القانوني في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وهو حدوث ظرف طارئ له طبيعة اقتصادية وأن يكون هذا الظرف غير متوقعا وخارج عن إرادة المتعاقدين وأن يقع خلال فترة تنفيذ العقد وأن يؤدي إلى إرهاق المدين وقلب التوازن المالي للعقد.

كما بحثت الدراسة القواعد الأساسية التي يقوم عليها التعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة وخلصت الدراسة إلى أن هذه القواعد ترتبط بفكرتي العدالة ومصلحة المرفق العام،

ولتقدير التعويض يتوجب تحديد بداية الظروف الطارئة وتحديد الخسارة التي لحقت بالمتعاقد نتيجة للظروف الطارئة، وتوزيع عبئها بين الإدارة والطرف المتعاقد معها وتحديد نهاية الظروف الطارئة حيث يتميز التعويض المقرر وفقا لنظرية الظروف الطارئة بأنه تعويض جزئي ومؤقت يهدف إلى تمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية.

Abstract

It is common for circumstances that are independent of management and contracting and are not foreseeable at the time of the conclusion of the contract. These circumstances can lead to a fundamental change in the economics of the contract, resulting in the contractor being overwhelmed or financially unable to fulfill his contractual obligations with the Department. The study introduces this theory.

The study dealt with the conditions that must be met to implement the theory of emergency conditions and their legal effect in restoring the financial balance of the administrative contract, which is an emergency situation of economic nature, and that this circumstance is unexpected and outside the will of the contractors and it falls during the period of implementation of the contract and lead to exhaustion of the debtor and the heart of the economy of the contract.

The study also examined the basic rules on which compensation is based on the theory of emergency circumstances. The study concluded that these rules are related to the ideas of justice and the utility of the public utility,

To estimate the compensation, the period of commencement of the contingency should be determined, the loss to the contractor due to emergency conditions should be determined, the burden should be allocated between the contracting administration and the end of the contingency should be determined. The compensation under the contingency theory is a partial and temporary compensation designed to enable thecontractor to continue to fulfill its contractual obligations

مقدمة

مقدمة:

يعتبر القانون الإداري فرع من فروع القانون العام الداخلي ، و يتضمن القواعد القانونية التي تتعلق بالإدارة العامة أو السلطة الإدارية و بأنه القانون الإدارة العامة أو القانون السلطة العامة فالقانون الإداري يقوم بالنظر على التنظيم الأجهزة الإدارية في الدولة وعلى هذا الأساس يعرف القانون الإداري انه القانون الذي ينظم الإدارة في الدولة هذا من حيث المعيار الشكلي أما من حيث المعيار الموضوعي فيقوم النظر في طبيعة النشاط التي تباشر به السلطة الإدارية في تحقيق المصلحة العامة عن طريق الوسائل التي تلجا إليها الإدارة لتنفيذ هذا النشاط سواء كانت وسائل بشرية أو وسائل قانونية أو وسائل مادية ، مستخدمة ما تتمتع به من سلطات و امتيازات و على هذا يعرف القانون الإداري بأنه القانون الذي يحكم النشاط و الوظيفة للسلطة الإدارية و يبين اختصاصات الأجهزة و الهيئات الإدارية المختلفة وما تملكه من سلطات و امتيازات .

لاشك أن الإدارة باعتبارها المرفق العام الذي ينظم الأجهزة سواء أجهزة مركزية أو اللامركزية محلية تمتلك الإدارة ماتريد الحق في التصرفات سواء كانت تصرفات قانونية التي تمارسها الإدارة العقد الإداري .

ويعرف العقد الإداري هو التصرف القانوني الصادر عن الإدارة ، لدى تشترط أن تتحدد إرادة الإدارة مع إرادة المتعاقد و أن يستهدف العقد المبرم إلى إحداث اثر القانوني ، سواء أكان بإنشاء الالتزام أو نقله أو التعديل أن الهدف الإدارة من العقود المبرمة هو مصلحة العامة التي تسمو على المصلحة الفردية للمتعاقد، و لدى فهي تستهدف العقود الإدارية ضمان استمرارية أداء المرفق العام لخدماته العموم المنتفعين .

إن العقد الإداري يعتبر جزءا أساسيا من أجزاء التنظيم الاقتصادي والاجتماعي للدول في هذا العصر، عكس القرار الإداري الذي يقوم أساسا على معنى الالتزام وفرض الأمر دون إرادة الأفراد، والذي لا يكفي لتلبية كافة الأهداف المنشودة للإدارة ولا يتكيف بسهولة مع مشاكل الأفراد لدى فإن الإدارة تلجأ إلى الأسلوب التعاقدي لأنه سهل وبسيط إذا ما قدرت أن هذه الطريقة أنجح في تحقيق الأهداف عن طريق الاتفاق الودي معهم فينشأ بينها وبينهم عقد يحدد حقوق الالتزامات كل من الإدارة والشخص المتعاقد.

فالعقد هو قانون المتعاقدين فيجب عليهم تنفيذه بأمانة وحسن نية، عندئذ يتقيد كل متعاقد بكل الالتزامات المترتبة عن العقد ويترتب على هذا المقتضى أنه متى انعقد العقد صحيحا التزم كل من طرفيه تنفيذه فلا يستطيع أحد منهم أن يتحلل منه أو يعزم بتعديله بإرادته المنفردة لأن النقض والتعديل لا يكون إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري " العقد شريعة

المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون" فإذا كانت تلك القاعدة تلزم الأطراف فإنها تلزم القاضي أيضا حيث يجب عليه احترام اتفاق المتعاقدين والالتزام بالتطبيق بدون تغيير لأن وظيفة القاضي ليست إنشاء العقود وإنما تطبيق أحكام العقد أو تفسير مضمونه، وهذا بناء على النية المشتركة للمتعاقدين.

ويشغل العقد الإداري مكانة بارزة بين الوسائل التي تلجأ إليها الجهات الإدارية لتسيير المرافق العامة إذ تكمن الغاية من إبرام العقد الإداري أساسا في كفالة حسن سير المرافق العامة ،وأداء الأعمال والخدمات وسرعة انجازها وتحقيقها للمصلحة العامة، فإن تلك الغاية لن تتحقق إلا بتنفيذ الالتزامات العقدية التي يولدها العقد تنفيذا سليما على وفق الشروط الواردة في المدة المحددة للتنفيذ، إلا أن المتعاقد مع الإدارة قد تصادفه في أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف لم يكن في الوسع توقعها في أثناء إبرام العقد توثر على تنفيذ العقد.

لهذا من أسباب اختيار الموضوع وجود متغيرات اقتصادية تطرأ في عصرنا الحديث وقد تخلف هذه التغيرات ظروف طارئة لا يتوقعها المتعاقدان التي تنتج آثار كبيرة تلقي أعباء على الإدارة والمتعاقد ، هنالك دوافع للتطرق إلى هذه الدراسة هو ملامسة الموضوع للواقع حيث أن الظروف الطارئة قد يبتلي بها كثير من الناس في العقود التي تبرمها كذلك يعد هذا البحث ذو صلة كبيرة بالواقع الاجتماعي.

تبرز أهمية الموضوع إن نظرية الظروف الطارئة من النظريات المسلم بها في مجال القانون العام ومن أكثرها تطبيقا في مجال التوازن المالي للعقد، وإنما على الرغم من نشأتها القضائية التي استدعها مجلس الفرنسي إلا أنها قننت في نصوص قانون المدني في مصر والعراق وأصبح العمل بها ضروريا فهي تقسم الحقوق والتزامات أطراف العقد الإداري، وكون نظرية الظروف الطارئة تمثل خروجا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين.

إن هدف البحث هو تحديد النظام القانوني الذي يحكم تطبيق نظرية الظروف الطارئة ومعرفة الآثار القانونية التي تترتب على تطبيقها.

تعد الدراسات السابقة اكتشاف المواضيع التي سبق التوصل اليها و لا تعتبر هذه الدراسة من أول ما كتب مما يتصل بالموضوع بل سبق إلى ذلك مجموعة من الباحثين بالكتابات التالية:

- نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري للباحثة جميلة بولحية[1]

[1]. جميلة بولحية ، نظرية الظروف الطارئة ، في القانون المدني الجزائري ، رسالة ماجستير ، الحقوق معهد،، بن عكنون ،الجزائر

– سلطة القاضي في تعديل العقد، للباحث حميد بم سنيتي[1]

– تعديل العقد أثناء التنفيذ للباحثة خديجة فاضل[2]

– أثر العذر و الجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري للباحث عبد الرحمان هزرشي.[3]

– أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية للباحثة هبة محمود الديب[4]

– أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة للباحث عادل مبارك المطيرات[5]

الإشكالية المطروحة إلى أي مدى تساهم نظرية الظروف الطارئة في التأثير على الالتزامات التعاقدية لأطراف العقد الإداري ؟

تقوم فرضية البحث على أنه إذا توفرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة فإن هنالك آثار قانونية تتعلق بالمتعاقد من ناحية الالتزامات المفروضة عليه في ضرورة استمراره في تنفيذ العقد، وإلا سقط حقه في المطالبة بالتعويض والأشكال المطروح إلى أي مدى يلتزم المتعاقد في تنفيذ التزاماته ؟ ومن ناحية أخرى تترتب التزامات على عاتق الإدارة وهي تعويض المتعاقد المضار، وهنا تثار تساؤلات أخرى فعلى أي أساس يتم تعويضه ؟ و ما هي القواعد ا لتي تحكم بتحديد قيمة التعويض ؟ وما هي سلطات القاضي سواء المدني أو الإداري في مواجهة الظروف الطارئة ؟

. 1983

[1]. حميد شنيتي، سلطة القاضي في تعديل العقد ، رسالة نيل الدكتورة ، دولة في القانون ، معهد الحقوق و العلوم الإدارية جامعة الجزائر، 1996

[2]. خديجة فاضل تعديل العقد أثناء التنفيذ مذكرة ماجستير في القانون فرع عقود و المسؤولية ،كلية الحقوق ، جامعة الجزائر ،2001،2002.

[3] عبد الرحمان هزرشي. أثر العذر و الجوائح على الالتزامات العقدية في الفقه الإسلامي مقارنة بنظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري،مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر 2005،2006.

[4] مجلة الرافدين للحقوق المجلد 16 العدد 58 كلية الحقوق جامعة الموصل

[5]. عادل مطيرات ، أحكام الحوائج في الفقه الإسلامي و صلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة نيل الدكتورة في العلوم الإسلامية و الاجتماعية ،كلية دار علوم ، قسم الشريعة الإسلامية ،جامعة مصر ، 2001

المنهج المتبع هو المنهج الوصفي التحليلي، وذلك من خلال تحليل النصوص الواردة في القانون المدني الجزائري وبعض القوانين الأخرى العربية والأجنبية كالقوانين المصرية والعراقية وأحكام مجلس الدولة الفرنسي ذات الصلة في هذا الموضوع مع التعرض لآراء الفقهاء في هذا السياق.

ستكون معالجة موضوع البحث في فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول يشمل ماهية نظرية الظروف الطارئة حيث تم تقسيمه إلى أربعة مباحث المبحث الأول مفهوم النظرية الطارئة والشروط القائمة على تطبيقها أما المبحث الثاني خصصناه إلى مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة أما بالنسبة المبحث الثالث تطرقنا الى أساس القانوني للتطبيق نظرية الظروف الطارئة أما بالنسبة للمبحث الرابع تطرقنا إلى الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

أما الفصل الثاني فجاء تحت عنوان أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقد الإداري كما يتضمن أربعة مباحث حيث يشتمل المبحث الأول حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد أما المبحث الثاني يحتوي على سلطة القاضي في مواجهة الظرف الطارئ أما بالنسبة للمبحث الثالث اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية .و المبحث الرابع نتائج يشمل تطبيق نظرية الظروف الطارئة

الفصل الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة

سنتطرق في هذا الفصل إلى ماهية نظرية الظروف الطارئة ونتناول في المبحث الأول مفهوم نظرية الظروف الطارئة وهذا من خلال التعرض للتعريف في المطلب الأول والتطور التاريخي سنوضحه في المطلب الثاني،فهذه النظرية عرفت تطورا ملحوظا في القوانين القديمة ، كما كان للشريعة الإسلامية أثر في تطور هذه النظرية ، كما أنها تقوم وفق شروط معينة وهذا ما سنبرزه من خلال التطرق إلى المطلب الثالث. أما بالنسبة للمبحث الثاني يحتوي على مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

وفي المبحث الثالث سنتطرق إلى الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة الذي يشمل المطلب الأول بقاء التزامات المتعاقد والمطلب الثاني حق المتعاقد في الحصول على معاونة والمطلب الثالث نهاية الظروف الطارئة أما المطلب الرابع نتحدث عن أحكام الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

تعد نظرية الظروف الطارئة نظرية متكاملة البناء وعامة التطبيق من خلال نظريات حديثة النشأة في القوانين، ولكنها لم تستقر على مدلول واحد خلال العصور، وعليه فقد قسمنا هذا المبحث إلى ثلاث مطالب فالمطلب الأول خصصناه إلى التعريف بهذه النظرية والثاني خصصناه الى التطور التاريخي لهذه النظرية والثالث خصصناه إلى شروط هذه النظرية.

المطلب الأول : تعريف نظرية الظروف الطارئة

الفرع الأول: التعريف الفقهي

لقد تعددت التعريفات الفقهية لنظرية الظروف الطارئة فقد عرفها البعض «بأنها عبارة عن ظروف وأحداث لم تكن متوقعة حدثت أثناء تنفيذ العقد الإداري و قد أدت إلى قلب اقتصاديات العقد و كان من شان هذه الظروف أن تجعل تنفيذ العقد أكثر عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان بحيث تكون الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة العادية التي يتحملها أي متعاقد فإن من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي يتحملها فيعوض تعويضا جزئيا»[1]

والمقصود بالظرف الطارئ أو الحادث المفاجئ في هذه النظرية هو: «كل حادث عام، لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول ينجم عنه اختلال بيّن في المنافع المتولدة من عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، ويصبح تنفيذ المدين للالتزامات كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا ويتهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسارة التجار»[2] وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريد ها من التسعيرة وارتفاع سعرها ارتفاعا فادحا غير مألوف أو متوقع[3] وهنا تقول نظرية الظروف الطارئة أن القاضي له أن يوزع تبعة الحادث الطارئ بين طرفي العقد ويرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول حتى يطيق المدين تنفيذه[4]

(1) سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية،مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، مصر، 1991، ص631.

(2) سعيد السيد علي.نظرية الظروف الطارئة.دار الكتاب الحديث.مصر .سنة 2006ص121

(3) محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث مقارن: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثانية، العدد الثاني، بيروت، لبنان، ص131.

(4) محمد رشيد قباني، مرجع نفسه، ص131.

الفرع الثاني:التعريف القضائي

لقد استقرت أحكام القضاء الإداري والعادي على الأخذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة فقد عرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر الظروف الطارئة بقولها: «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 المتعاقد أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا ومن شانها أن تنزل به خسارة فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ومؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقد بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي أحاقت به طول الظروف الطارئة وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه ويقتصر حكم القاضي الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له الحق في تعديل الالتزامات العقدية»[1].

وفي نفس السياق قضت محكمة النقض المصرية أيضا بأنه «مفاد نص المادة 147/2 من القانون المدني المصري أن نظرية الظروف الطارئة إنما ترد على الالتزام الذي لم ينفذ أو على الجانب الذي لم يتم تنفيذه منه أما ما تم تنفيذه قبل الحادث الطارئ فإنه ينقضي بالوفاء ويمتنع خضوعه للأحكام الظروف الطارئة كما أن للقاضي متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ»[2] تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقا إلى الحد المعقول وهو حين يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه، لا يرفع كل الخسارة عن عاتق المدين ويجعلها على عاتق الدائن ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي تصيب المدين.

الفرع الثالث : التعريف اللغوي لنظرية الظروف الطارئة.

ندرس في هذا الفرع من الناحية اللغوية وهذا من خلال تعريف كل من كلمة "الظروف و الطارئة "على حدة فكل واحد منهما يحمل دلالة مختلفة ويرجع ذلك إلى الأصل اللغوي المتباين.

(1) المحكمة الإدارية العليا المصرية، موسوعة العقود الإدارية والدولة، بدون دار نشر ، ولاسنة نشر، ص331.

(2) نقض مدني 1978/11، طعن رقم 448.

أولا– المعنى اللغوي لكلمة الظروف: ترجع هذه الكلمة إلى جذرها اللغوي الظرف وجمعها الظروف قال ابن فارس (ظرف) الظاء والراء والفاء كلمة صحيحة[1].

والظروف تأتي على معاني متعددة في اللغة منها:

أ–الوعاء ومنه ظروف الزمان والمكان عند النحويين[2]. وظرف الشيء وعاءه فالظرف وعاء كل شيء أي ما يقع فيه الشيء ويحويه زمانا ومكانا.

ب–البراعة و الذكاء، حسن العبارة وحسن الهيئة.

ثانيا–المعنى اللغوي لكلمة الطارئة: تؤول هذه الكلمة إلى أصلها وهو ما حدث وخرج فجأة ، وطرأ على القوم أي أتاهم من مكان بعيد فجأة ويقال للغرباء الطرأ أو الطارئة مؤنث الطارئ[3].

المطلب الثاني : التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة هي فكرة عريقة منذ القدم وللتعرف أكثر على أصول هذه النظرية ونشأتها نرى البدء بالتأصيل التاريخي لها في الشرائع القديمة وهذا ما سندرسه في الفرع الأول ثم إلقاء الضوء على نشأتها في التشريعات الحديثة، وهذا ما أدرجنها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية والقانون الكنسي الروماني:

من خلال هذا الفرع سنرى الضوء على الجذور الأولى للنظرية وذلك في الشريعة الإسلامية و القانون الروماني الكنسي سنرى ما أصل هذه النظرية.

1) نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية:

تنبه فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أثر الظروف الاقتصادية ومجافاة هذا الوضع لقواعد العدالة فقرروا عدم جواز الغبن، سواء كان ذلك في تكوين العقد أو تنفيذه،فهي في كلا الحالتين ربا محرم ومن هنا حرم فقه الربا، وجعل الغبن سببا من أسباب فسخ العقود. كما أن نظرية الظروف الطارئة تستند في حقيقتها إلى نظرية الضرورة

[1] أحمد فارس بن زكرياء أبو الحسين، معجم مقاييس اللغة، الجزء الأول، دار قطر ،لبنان، 1979، ص474.

[2] أبي نصر إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح العربية، دار الحديث، القاهرة، مصر، 2009، ص718.

[3] أحمد فارس، المرجع السابق، ص474.

ونظرية العذر وكذلك نظرية الحوائج، وكلها من النظريات الإسلامية التي تتماشى مع أحداث النظريات القانونية في هذا الموضوع [1] وقد أكد الفقيه الفرنسي الكبير الأستاذ إدواردولامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة 1932 بأن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة ومثالية عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة.[2]

وعليه فإن نظرية الظروف الطارئة هي من صميم الفقه الإسلامي وهي تقوم على أساس العدل والإحسان لقوله تعالى (يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)[3]، وقوله سبحانه (إن الله يأمر بالعدل والإحسان)[4].

ومن التعريف لمصطلح الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي نذكر تعريف السعيد السيد علي حيث عرفه بأنه: حالة عامة غير مألوفة او غير طبيعية او واقعة مادية عامة لم تكن في اعتقاد المتعاقدين وقت إبرام العقد و يترتب عليها أن تنفيذ الالتزام للمتعاقدين يكون مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة و ان لم يصبح مرهقا. و عرف كذلك بأنه : كل حادث عام لاحق على تكوين العقد غير متوقعة الحصول على التعاقد يترتب عنه اختلال بين المنافع المتولدة عن العقد بتراضي تنفيذه إلى اجل أو أجال و يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقا شديدا و يهدده بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف.و عليه فان الفقه الإسلامي عالج نظرية الظروف الطارئة من خلال مسائلها المختلفة و الجزئيات المتفرغة عنها، و وضع الحلول العملية المناسبة لها و لكل حالة منها على وجه التحديد . و بعبارة أخرى يمكن القول إن الفقه الإسلامي قد سلك الأسلوب الموضوعي في معالجة للمسائل الناتجة عن الظروف مستلهما مقتضيات العدالة و مبادئ الأخلاق، و لذلك كان طابع الرفق بالناس هو الغالب عند العقود[5].

---

[1]– عبد السلام الترماني،نظرية الظروف الطارئة ، بذون دار النشر ، بيروت 1971،ص35.36ص

2– عن ايمن الباغ منهج الفقهاء المعاصرين في نتاول النظرية تحليل و النقد مجلة الجامعة النجاح لأبحاث العلوم الإنسانية المجلد 78 العدد 7نابلس فلسطين سنة .ص1672 – ص1672

[3] سورة البقرة آية .185

[4] سورة النحل آية 90.

3منير القاضي، شرح المجلة، الجزء الأول، 1947 ، ص589

2) . القانون الروماني:

لم يتفق الأساتذة حول ما إذا كان القانون الروماني قد عرف هذه النظرية أم لا وبالرغم من هذا الاختلاف في الرأي فقد ذهب بعض الأساتذة[1]، إلى القول أن القانون الروماني لم يعرف نظرية الظروف الطارئة، حيث كان الضمير الأخلاقي أقوى وأسبق من القانون في المناداة بضرورة عدم سريان العقد طالما تميزت الحالة الواقعية عما كانت عليه وقت نشوء العقد بالإضافة إلى أن القانون الروماني كان لا يأخذ بفكرة الغبن فالقاعدة في القانون الروماني أن الغبن لا يغيب الرضا ولا يؤثر في صحة العقد وانعقاده،مادام أن هذا العقد قد استوفى الشروط والأوضاع الشكلية التي قررها القانون[2].

في حين ذهب الفريق الثاني من الفقهاء قول شيشرون إلى القول بأن القانون الروماني كان يعرف تطبيق هذه النظرية في عقد الإيجار، حيث كان يترتب على وقوع حوادث تؤدي إلى إهلاك المحصول كله أو بعضه أو تحول دون الانتفاع بالعين المؤجرة بدرجة كبيرة إعفاء المستأجر من الأجرة كلها أو بعضها ويرجع السبب في ذلك إلى التزام المستأجر إن لم يصبح مستحيلا[3]، إلا أنه أصبح مرهقا له، وحينها يكون من العدل أن يرد الالتزام المرهق إلى حد المعقول.

ولا يمكن أن يفسر هذا الحكم على أساس استحالة تنفيذ التزام المستأجر لأن محل التزام الأخير هو دفع مبلغ النقود.

والقاعدة أن المثليات لا تهلك وأن بعضها يقوم مقام بعض في الوفاء، وبالتالي لا يكون الالتزام بها مستحيلا.

كما ذهب هذا الفريق القائل بمعرفة القانون الروماني لنظرية الظروف الطارئة إلى الاستشهاد بأقوال الفلاسفة أمثال سيشرون وسينيك.

1- على رأسهم الإستاد، عبد الرزاق احمد السنهوري، حيث اعتبر نظرية الظروف الطارئة لم يسمع لها صدى في القانون الروماني إلا في أقوال الفلاسفة امثال شيشرون و سينيك ، انظر إلى الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام لدى السنهوري مصادر الالتزام منشاة المعارف الإسكندرية، مصر الجزء الأول ص 516 2003

2- احسان خضير ستار،نظرية الظروف الطارئة و اثرها اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود بحث مقدم من متطلبات الترقية إلى الصف الأول من صفوف القضاء 1997 ، بحث منشور على شبكة الانترنت ذي قار ص5. ،

http://www.iraqijudicte.org/reearches/htm/zuruf%20tra.htm تاريخ29\03\2014

3- مسير عيد السيد، العقد الإرادة المنفردة، العمل غير مشروع الاثراء بلا سبب القانون مصدران جديدان للالتزام، منشاة المعارف، الإسكندرية، مصر2005، ص3157.

على الرغم من ذلك يرى معظم الأساتذة أن العبارات المنقولة عن الرومان هي عبارات غامضة تمثل أراء شخصية لا يمكن أن يستخلص منها مبدأ عام يكون أساسا لنظرية الظروف الطارئة ولاسيما لو أخذ بعين الاعتبار أيضا أن القانون الروماني يغلب عليه طابع التقيد بالشكليات

3. نظرية الظروف الطارئة في قانون الكنسي:

يذهب معظم أساتذة نظرية الظروف الطارئة للقانون الكنسي أن النظرية تحتوي على جانب أدبي أو أخلاقي بارز، فهي تعسف للمتعاقد المنكوب عندما يختل التوازن الاقتصادي للعقد، ولما كان القانون الكنسي يهتم بالإنصاف في عقودهم من بالخالق والعدالة، فإن ظهور هذه النظرية لا يستغرب في هذا القانون[1].

فلقد كان الفقهاء الكنسيون يحرصون على أن يسود العدل أجل ذلك نادوا بالثمن العادل والأجر العادل، كما ساوى الكنسيون الغبن بالربا الذي حرمتها الديانة المسيحية وأعطوه نفس الحكم، وقد سعوا إلى محاربته ومنعه سواء الغبن الذي تحقق وقت إبرام العقد، أو ذلك الذي يتحقق في وقت الحق على ابرموبرر الكنسيون هذا الحكم الخاص بالغبن اللاحق على إبرام[2] العقد بنظرية شرط عدم تغير الظروف، وتقوم هذه النظرية على أساس وجود شرط ضمني في كل العقود ومقتضاه أن العقد يجب تنفيذه طبقا لما جاء فيه بشرط أن لا تتغير الظروف التي كانت قائمة وقت انعقاده، فإذا ما تغيرت هذه الظروف عما كانت عليه وقت التعاقد وترتب عليها إرهاق أحد المتعاقدين واستفاد الآخر من هذا الإرهاق، وزال التساوي بين التزامات الطرفين، وجب تعديل العقد تعديلا يضمن بقاء هذه المساواة أصبح المتعاقد المرهق مغبونا، والغبن غير جائز لأنه نوع من الربا[3].

وقد أخذ الأساتذة الإيطاليون والألمان بهذه القاعدة حتى القرن الثامن عشر، كما أخذ بها بعض قدامى الفقهاء الفرنسيين، لكن أساتذة القرن السابع عشر رفضو قبولها في فرنسا متأثرين بنفي ذلك بالقانون الروماني، وقد قضي عليها نهائيا في القرن التاسع عشر واختفت أمام مبدأ سلطان الإرادة إلى أن ظهرت مجددا في أوائل القرن العشرين، يتضح بعد هذا العرض أن الكنيسة لم تضع نظرية مستقلة للحوادث الطارئة بالشكل الذي عرفت به الآن ، بل وضعت قواعد لحماية الطرف الضعيف في العقد.

1 إحسان ستار خضير ،مرجع السابق، 1997.

2محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص5

[3]نبيل إبراهيم سعد ، النظرية الالتزام ، مصادر الالتزام ، دار جامعة الجديدة الازاريطة، الإسكندرية ، 2007،الجزء الأول،ص288

الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في القانون الدولي العام والقانون الإداري:

إن رسوخ نظرية الظروف الطارئة في القانون الحديث وتطورها كان في ظل القانون العام حيث بدأ من القانون الدولي العام ثم انتقلت هذه النظرية منه إلى القانون الإداري وذلك بفضل جهود مجلس الدولة الفرنسي ثم أخذت هذه النظرية طريقها في الانتعاش حتى وصلت دائرة القانون الخاص فبدأت تظهر في التقنيات الحديثة وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

1- الفرع الأول:في القانون الدولي العام :

إن ظهور نظرية الظروف الطارئة في القانون الحديث وازدهارها كان في ظل القانون العام حيث بدأ من القانون الدولي العام، والتي سميت في ظله بنظرية عدم تغير الظروف فاحتلت مكانة بالغة في المعاهدات الدولية حيث يحرص الأطراف عليها كشرطها في تلك المعاهدات[1].

فالقانون الدولي العام يفرض على المتعاقدين أن يوفوا بتعهداتهم، فكل دولة من واجبها أن تنفذ الالتزامات التي ارتبطت بها وللدولة التي تقررت لصالحها هذه العقود أن تطلب احترامها على الوجه المتفق عليه وليس لأي دولة أن تمتنع عن تنفيذ معاهدة ارتبطت بها بحجة أن التزامها أصبح مجحفا بمعنى بقاء الدولة ملتزمة بالاتفاقية المنظمة إليها طالما لم تتغير الظروف[2]، وقد تم عدم شرط تغير الظروف في اتفاقية فينا لسنة 1969.

إن خلو العلاقة الدولية من أي سلطة مركزية تفرض ولايتها القضائية على جميع الدول هو سبب في رواج نظرية الظروف الطارئة في مجال الاتفاقيات والمعاهدات التي تبرمها الدول، لأن الإرادة الدولية هي مصدر القواعد والمبادئ القانونية التي تنظم علاقة الدول في المحيط الدولي.

2- الفرع الثاني: في القانون الإداري:

تعتبر العقود الإدارية من أهم الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة في أداء وظيفتها المتمثلة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام وأداء الأعمال وسرعة إنجازها وتحقيقها للمصلحة العامة، ومن هنا أطلق على القانون الإداري

1سناء جميل إبراهيم ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين مذكرة ماجيستر في القانون العام كلية، جامعة الأزهر غزة ، 2011، 2012، ص 53.

2 اتفاقية فينا المتضمنة قانون المعاهدات المعتمدة بفينا بتاريخ 22 مايو ستة 1969 في القسم الثالث من الباب الخامس، للمزيد من التفصيل راجع صادق أبو ضيف، القانون الدولي،مصر 1995،ص184 وما بعدها.

بأنه القانون القضائي حيث يتولى القاضي الإداري بنفسه صياغة مبادئه، وهذا دون أن يكون مقيدا بالنصوص التشريعية.[1]

فإذا كانت نظرية الظروف الطارئة لم تلقي مكانها في القضاء المدني الفرنسي، إلا أنه في ظل قضائه الإداري وجدت مكانة فيها واعتنقها القضاء الإداري الفرنسي وطبقها في أحكامه وهدفه ضمان سير المرافق العامة بالدولة والسبب في تبني القضاء الإداري لنظرية الظروف الطارئة يرجع إلى عدم تقيد القضاء بالنصوص التشريعية الجامدة كما هو الحال في القضاء المدني[2].

وقد ارتبطت النشأة القضائية لنظرية الظروف الطارئة بالحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 30 مارس 1916م في قضية غار بوردو والتي خرج فيها عن القواعد القانونية التقليدية، محاولا التوفيق بين تلك القواعد والمصلحة العامة وبالقدر الذي تقتضيه هذه المصلحة مجاريا في ذلك تغير المفاهيم الاقتصادية والسياسية والاجتماعية عقب نشوب الحرب العالمية الأولى[3].

ومنذ ذلك التاريخ أصبح القضاء الإداري يقبل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة كسبب لمراجعة العقود والصفقات العامة، إذ يعتبر الفقه الفرنسي حكم مجلس الدولة الشهير في دعوى غار بوردو هو دستور نظرية الظروف الطارئة التي تتلخص وقائعها في أن شركة الغاز للإضاءة بمدينة بوردو كانت ملزمة بأن تقوم بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين ونتيجة لوقوع الحرب ارتفع سعر الفحم، ووجدت الشركة أن الأسعار التي تتقاضاها من جهة الإدارة المتعاقدة معها لا تغطي نفقاتها، فلما رفع إلى مجلس الدولة الفرنسي قضى بتعديل العقد بين الجهة الإدارية المتعاقدة والشركة بما يتناسب والأسعار الجديدة، وعلى الرغم من اعتراف القضاء الإداري الفرنسي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد أحبطت كل محاولات التي قدمت عليها المحاكم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الخاص[4].

---

[1] احسان ستار خضير، المرجع السابق ص8.

2 سمير عثمان اليوسف،نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان 2005،ص37.

3سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة دار الكتاب الحديث الإسكندرية، مصر، ص23.شرح القضية تتلخص وقائع القضية في أن الشركة الملزمة بتوريد الغاز المدينة بوردو أثناء تنفيذها العقد وجدت أن الأسعار التي تتقاضاها ابعد كثير من آن تغطي النفقات بعد ارتفاع الأسعار الفحم المستخرج منه الغاز ارتفاع كثير عقب نشوب الحرب

4-عن بيار فوبيا، الظروف الطارئة في اجتهاد المحاكم اللبنانية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان، ط1، 1998، ص 16.

3-في نظرية القانون الخاص:

أ- الاتجاه المعارض للنظرية:

يعتبر فقهاء القانون المدني الفرنسي سواء القديم أو الجديد من أكثر الفقهاء المعادين لنظرية الظروف الطارئة فنلاحظ استمرار موقفهم القديم وهو عدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وهذا اعتبروه إخلال

الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين وقوة ملزمة للعقد وكان هدف فقهاء القانون الفرنسي المحافظة على العقد والإبقاء على قوته الملزمة مهما بلغت الظروف الطارئة من قوة إلا إذا بلغت مبلغ القوة القاهرة فحينها ينفسخ العقد ويتحلل المدين من التزاماته[1].

ومن القوانين التي رفضت الأخذ بالنظرية القانون المدني المصري القديم فقد رفض الأخذ بها متحججا بنفس الحجج التي تمسك بها القضاء الفرنسي وهي ضرورة احترام القوة الملزمة للعقد وإلا يتعرض له بالتعديل بسبب الظروف الطارئة[2].

2-الاتجاه المؤيد للنظرية:

يعتبر الاتجاه المؤيد للنظرية هو الاتجاه الغالب حيث بدأت النظرية بالظهور في القوانين الغربية الحديثة ويعتبر قانون الالتزامات البولوني الصادر سنة 1932 من أول التقنينات المدنية الحديثة المتضمنة لنص تشريعي عام نظرية الظروف الطارئة، فقد نصت مادة من قانون 269 على(إذا حدثت حوادث استثنائية كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكا كليا أو غير ذلك من نوازل الطبيعة فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدين يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقا لمبدأ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تعين طريقة لتنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره بل وأن تقضي بفسخ العقد[3].

---

[1] محمد محي الدين إبراهيم سليم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 41.

[2] عبد الرزاق أحمدالسنهوري ، المرجع السابق ص519-520.

[3] محمد عبد الرحيم عنبر، المرجع السابق، ص12.

أما بالنسبة للقانون المدني الجزائري فلقد وافق بنص المادة 147-2 من القانون المدني المصري مع إدخال بعض التعديلات الشكلية ولكن دون الإخلال بجوهر المادة حيث نص المشرع الجزائري في المادة 127 الفقرة 03 من القانون المدني الجزائري (غير أنه طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وأن لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة)،

جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك)[1].

يتضح من نص المادة أن القانون المدني الجزائري أخذ بنظرية الظروف الطارئة إلا أن الأستاذ محمد صبري السعدي يرى أن السياق المنطقي لهذه الفقرة يكون ضمن نص المادة 106 من القانون المدني الجزائري بحيث تكون هذه الفقرة استثناء من الأصل، وهو أن العقد شريعة المتعاقدين ويجب على كل منهما أن ينفذ التزاماته الناشئة منه بأمانة وحسن نية، غير أنه قد تجد خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية عامة لم تكن متوقعة تجعل تنفيذ التزاماته أحد المتعاقدين مرهقا، مما يقتضي إعادة توازن العقد[2].

وبعد التطرق إلى التطور التاريخي للنظرية سنتعرف من خلالها على معرفة أنواع الظروف الطارئة:

1-حوادث طبيعية:وهي الحوادث التي يكون مصدرها الطبيعة وتحدث دون تدخل من الإنسان ومثالها الزلازل والفيضانات والسيول وغيرها.

2-فعل الإنسان: وهو ذلك الظرف أو الحدث الذي يكون مصدره البشر كقيام انقلاب أو ثورة ترتبت عليها تعطيل.

3-إجراءات تشريعية أو إدارية :مثل صدور القوانين الاجتماعية بزيادة الأسعار أو فرض الضرائب الجديدة،صدور القرارات الإدارية.

[1] الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1935 الموافق 26سبتمبر 1975م يتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون 07-05 المؤرخ في 03 مايو 2007، الجريدة الرسمية العدد 31 الصادر في 13 مايو 2007.

[2] محمد البصري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، مصادر العقد والإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر ، عين مليلة ، الجزائر ، ط4، 2009 ، ص304.

فهذه بعض الظروف الطارئة التي قد تجعل تنفيذ المدين لالتزاماته مرهقا يهدده بخسارة فادحة أضف إلى ذلك أنه ومع التطور العلمي الحاصل توسع الفقهاء في طبيعة الظروف الطارئة ليشمل أنواع أخرى لم تكن من قبل مثل انتشار الإشعاع الذري والتلوث البيئي.،انتشار الغازات السامة وكلها قد تكون ظروف طارئة تؤخر بشكل أو بأخر على تنفيذ الالتزام التعاقدي[1].

المطلب الثالث: شروط قيام الظرف الطارئ

يتعين لتطبيق نظرية الظروف الطارئة وفقا للمادة 107 القانون المدني الجزائري أن تتوفر الشروط الثلاثة وهذا ما سنتطرق إليه من خلال الفروع التي سنقوم بعرضها في هذا المطلب.

الفرع الأول: أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه

يشترط في هدا الخصوص أن يتم العقد فعلا وأن يكون من العقود المتراخية التنفيذ سواء كان العقد من أصل طبيعي من عقود المدة كعقد الإيجار أو العقود المستمرة أو العقود الفورية ذات التنفيذ المؤجل كعقد التوريد أما العقود التي يتم تنفيذها فور انعقادها فلا يتصور الأخذ في شأنها بنظرية الظروف الطارئة بل بنظرية الاستغلال ومن هنا فان النطاق الطبيعي لهذه النظرية هو العقود المستمرة والعقود الفورية المؤجلة ولا تنطبق على العقود الاحتمالية إذ هي بطبيعتها تعرض المتعاقد لكسب كبير أو لخسارة جسيمة ولا تتصرف هذه النظرية إلا على عقود القرض لأنه عملا بالمادة 95 من قانون المدني لا يلتزم المدين في هذه العقود إلا بمقدار عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع هذه العقود أو لانخفاضها أي أثر وقد مكن المشرع الجزائري في المادة 3/107 من القانون المدني عن تحديد هذه العقود ولم يذكر شيئا في هذا الخصوص وهو ما ذهب إليه القانون البولوني في المادة 269 في حين نص المشرع الايطالي في المادة 1467 بأن المقصود بالعقود المستمرة هي العقود ذات التنفيذ المستمر أو التنفيذ الدوري أو التنفيذ المؤجل[2].

الفرع الثاني : أن تطرأ ظروف استثنائية عامة ومنافية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ويتضمن هذا الشروط:

1. أن تكون هذه الظروف قد حدثت بعد إبرام العقد وعلى ذلك فإذا كانت موجودة عند التعاقد كحالة حرب فليس للمدين أن يقول أنه لم يكن يتوقعها.

---

1 محمد محي الدين إبراهيم سليم، المرجع السابق، ص147.

2 بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 98.

2 . أن تكون الظروف استثنائية إذا كانت عادية تحدث دائما فلا تدخل في مفهوم الظروف استثنائية مثال دلك ما حدث في مصر سنويا من تعرض المحصول الزراعي للدودة و الظروف الاستثنائية مثال الزلازل أو فيضان غير عادي أو غارة الجراد أو انتشار الوباء

3 . أن تكون هذه الظروف عامة لا خاصة بالمدين، ومثال ذلك الظروف العامة كالحرب أو الوباء، أما ظروف المدين الخاصة ولو كانت استثنائية مثل الحريق بسبب في محصوله فلا تأخذ في مفهوم الظروف الطارئة وكذلك إفلاس المدين أو موته أو كساد أعماله كل هذه ليست عامة.[1]

4 . أن تكون هذه الظروف غير متوقعة عند التعاقد ولا كان من الممكن توقعها فمثلا ارتفاع أسعار مواد أو تقلب أسعار العملة أو مهاجمة الدودة زراعة القطن في مصر،كل هذه الظروف متوقعة عند التعاقد وإذا كانت بسائر الحرب قائمة والتوتر سائد فإن الحرب تكون متوقعة وإذا كان إبرام المدين عقدا في هذه الفترة فليس له أن يدعي أنه لم يكن يتوقع الحرب وإذا كانت الظروف غير متوقعة لكن تغلب عليها فلا تدخل في مفهوم الظروف الطارئة.[2]

الفرع الثالث: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين و ليس مستحيلا

وهذا المعنى أن يؤدي الحادث المفاجئ إلى جعل الالتزام مرهقا للمدين، دون أن يصل الأمر إلى حد الاستحالة بتنفيذه أو في هذا تختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة لأنها إذا كان الجامع بينهما هو صفة المفاجئة فإن الفرق بينهما هو أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وهذه الاستحالة تؤدي إلى انقضاء الالتزام مادة 127 من قانون المدني.

أما الحدث الطارئ يجعل الالتزام مرهقا ولذا يكون الجزء فيه هو رد الالتزام إلى حد معقول[3]والإرهاق الذي يعقد به هنا هو الإرهاق الشديد الذي يجاوز الخسارة في التعامل[4] وعليه يقدر الإرهاق في هذه الشأن بمعيار

[1] علي علي سليمان، نظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ط8، سنة 2008 الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر، ص 99.

[2] المرجع نفسه، ص 100.

[3] مجموعة الأعمال التحفيزية للقانون المصري، الجزء الأول، ص 281.

[4] نقض المدني المصري 21 مارس 1963 م.أ.ن السنة 14 رقم 55.

موضوعي لا دخل للظروف الخاصة بالمدين فيه[1] ويجب تقديره بالنظر إلى الصفقة التي أبرم العقد بشأنها كما تقاس خسارة هذه الصفقة فقط دون أن يدخل في اعتبار الظروف الخاصة بالمدين.[2]

إذا توفرت الشروط الثلاثة السابقة فإن نص القانون يجيز للقاضي تبعا للظروف النظر في إعادة التوازن بين التزامات الطرفين فيجوز له أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بحيث يتوازن مع التزام الدائن ويجوز له إذا رأى أن الظروف الطارئة مؤقتة ولن تلبث طويلا حتى تزول أن بأمر يوفق تنفيذ التزام المدين إذا لم يكن في وقف التنفيذ ضرر جسيم للدائن ويكون ذلك نوعا من النظرة الميسرة التي نص عليها القانون في المادة 181 ولكن يشترط ألا تزيد مدة الوقف سنة وقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق حتى يتوازن مع الالتزام المدني ولكن ليس للقاضي أن يحكم بفسخ العقد وهنا يختلف النص عن نص القانون البولوني الذي استمد منه والذي يجيز للقاضي الفسخ كما يختلف عن حكم الشريعة إسلامية التي تفسخ العقد للضرر ويعتبر تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا تحققت شروطها من النظام العام إذا كما يقتضي النص القانون كل اتفاق على مخالفة أحكامها يكون اتفاق باطلا وهكذا اختلفت الظروف الطارئة عن الحدث المفاجئ أو القوة القاهرة .

فبينما أجاز القانون في المادة 76 أن يتعهد المدني بتحمل نتيجة الظروف المفاجئة أو القوة القاهرة فطبقا لنص المادة 107 لا يجوز أن يعتمد المدني بتحمل نتيجة الظروف الطارئة.[3]

الفرع الرابع:إصابة المتعاقد بخسارة فادحة تقلب التوازن المالي للعقد:

بتوافر الشروط السابقة فإنه لا يحق للمتعاقد أن يطلب تطبيق نظرية الظروف الطارئة، إلا إذا كان من شأن وقوع الظروف الطارئة أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا جدا للمتعاقد، بأن يؤدي إلى قلب التوازن المالي للعقد رأسا على عقب ،ولا يعتبر هذا الشرط متحققا إذا كان الضرر الذي ألحق بالمتعاقد ضررا معقولا ولا يكفي أن يفقد معناه بأن يجنبه من أرباح كلها أو بعضها ولكن في الوقت ذاته يكفي صعوبة تنفيذ الالتزام دون استحالة تنفيذه لأنه في حالة استحالة التنفيذ فإننا نكون بصدد نظرية القوة القاهرة.

[1] دكتور حشت، المرجع السابق، فقرة 344.

[2] Planial et ryrrt. T.6 N° 397.

2 علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 101.

وقياس مدى تأثر الظروف الطارئة على التوازن المالي للعقد، إنما يقاس بقدرة المتعاقد على تحمل الخسائر التي أصابته و بالتالي فإن الأمر يختلف تطبيقه من متعاقد لآخر فثمة ظرف طارئ يؤدي إلى خسارة وإرهاق شديد للمتعاقد وفي حالة أخرى لا يؤدي نفس الظرف لذات النتيجة مع متعاقد آخر[1].

[1] بوحيتم سليم ، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على التوازن المالي على الصفقة العمومية ، مذكرة التخرج نيل شهادة ماستر، تخصص قانون الإداري ، جامعة بسكرة ، سنة 2012\2013

المبحث الثاني: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

عند الحديث عن مجال تطبيق النظرية يجب أن يكون ذلك من جوانب عديدة منها الجانب المكاني والزماني والموضوعي والشخصي، فبما يتعلق بالجانب المكاني لا توجد مشكلة أن يبرم العقد أو ينفذ داخل أو خارج الوطن، والأمر كذلك فيما يتعلق بالجانب الزماني إذ يتعلق الأمر بتغير الظروف عما كانت عليه وقت إبرام العقد[1]أما مجالي التطبيق الموضوعي والشخصي الذين يثيران عددا من التساؤلات من الناحية العلمية وهو ما سنتعرض له في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: المجال التطبيقي الموضوعي لنظرية الظروف الطارئة

لأن نظرية الظروف الطارئة من النظريات المقننة تشريعيا سواء في مصر نص المادة (6) من القانون رقم 129 لسنة 1948 الذي يتعلق بالتزامات المرافق العامة ونص المادة 2/147 من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1949 وفي العراق إذا نصت عليها المادة 2/146 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951م[2] لذا تطبق النظرية سواء في العقود المبينة أو الإدارية ويختلف الوضع في فرنسا إذ أن نشأة النظرية كانت قضائية بمناسبة الحكم في دعوى غاز مدينة (بوردو) إلا أنها لم تندرج ضمن نص قانون وظل مجال تطبيقها محصورا في العقود الإدارية فحسب:[3]

وعلى الرغم من أجل مجال تطبيق نظرية الطارئة كانت بداية على العقد التزام المرافق العامة إلا أنه امتد ليشمل العقود الإدارية كافة وللبحث ذهب بعض الفقهاء.[4] إلى أن النظرية لا تطبق إلا على العقود التي تستغرق تنفيذها مدة من الزمن طويلة نسبيا بما ينتجه ذلك من أن يجد في فترة التنفيذ من الظروف غير المتوقعة ما يؤذي بإخلال التوازن المالي للعقد إلا أننا مع الرأي[5] الذي يذهب إلى وجوب تطبيق هذه النظرية على العقود التي توفرت شروط تطبيقها إذا كان العقد غير متراخي التنفيذ وطرأت الحوادث الاستثنائية عقب إبرامه مباشرة، فالفيصل هو تحقيق الشروط المطلوبة الذي يمكن أيضا إعمال نظرية الظروف الطارئة في شأن العقود الفورية إذا

---

[1]–د/ محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه إلى كلية الحقوق جامعة عين الشمس 1991

[2]– د: ماهر صلاح علاوي الحبوري، الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد ص 2009، ص 451-452

[3]– د: علي محمد عبد المولى، مرجع سابق ص 148

[4]– الفقيه جاك جورجيل (J.Georjel)

[5]– د : وهيب عياد سلامة، ص 97

ما طرأت الحوادث فور إبرامها[1] ويستبعد بعض الفقهاء في فرنسا ويحق في مجال تطبيق النظرية ما لا يتعلق بنشاط صناعي أو تجاري بحجة عدم تحقق شرط قلب التوازن المالي للعقد رأسا على عقب في مثل هذه الأنشطة ويظهر ذلك جليا في عقود الاستخدام وتطبيق الخدمات[2]

المطلب الثاني: مجال التطبيق الشخصي أو الذاتي لنظرية الظروف الطارئة

يشير الحديث عن مجال التطبيق الشخصي أو الذاتي عدد من التساؤل فيما يتعلق بصاحب الحق في التمسك بتطبيق النظرية محل الدراسة إذ يحق لكل متعاقد إجمالا التمسك بتطبيق هذه النظرية إذا ما استوفت شروطها ويبرز أمران حول علاقته بالموضوع يجب توضيحها في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: مجال التطبيق الشخصي أو الذاتي في حالة تغيير المتعاقد الأصلي

الفرع الثاني: مجال التطبيق الشخصي أو الذاتي في العقود المبرمة بين الأشخاص المعنوية

الفرع الأول: مجال التطبيق الشخصي أو الذاتي في حالة تغيير المتعاقد الأصلي

في حالات حدوث حلول متعاقد جديد محل المتعاقد الأصلي متعددة منها: التنازل عن العقد أو وفاة المتعاقد الأصلي أو حلول الورثة محلة، أو حالة صدور قانون بتأميم المنشأة

تثار تساؤلات حول حق المتعاقد الجديد في الإستناد إلى نظرية الظروف الطارئة وهل سيشترط في هذه الحالة توفير شرط عدم التوقع لخطر استبدال المتعاقد بآخر ؟ أم يكفي أن يكون هذا الشرط لحد إبرام العقد وهذا ما سنجيب عليه في حل كل حالة على حدا وفق ما يأتي:

1) التنازل عن العقد: يحدث ذلك في حالتين

[1]- محمد كمال عبد العزيز، التقنيين في ضوء الفقهاء والفقه الجزء الأول، ط2، من دون نشر دون تاريخ، ص 416

[2]- الفقيه فالين (Valin) أشار إليه علي بن عبد الكريم أحمد سويلم، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، أطروحة دكتورة كلية الحقوق جامعة عين الشمس، 2008، ص 941

أ- التنازل عن العقد بموافقة جهة الإدارة الأمر الذي ينتج عنه إبرام عقد جديد مع المتنازل له بما يضمنه ذلك من التزامات متقابلة على عاتق المتعاقد الجديد والإدارة كليهما والتاريخ الذي يرجع إليه التقدير خاصة عدم التوقع ،الأمر الذي تتحقق به المسؤولية هو تاريخ إبرام العقد الأصلي.

ب- التنازل عن العقد من دون إجازة جهة الإدارة فإنه لا يحتج به عليها لانتقاداته علاقة تعاقدية بينهما وبين المتنازل له:[1]

2) حلول الورثة محل المتعاقد الأصلي:

تسري القواعد المطبقة ذاتها في حالة تنازل المتعاقد بموافقة الإدارة فالوريث كالمتنازل إليه يمارس الحقوق كلها التي كان يتمتع بها المتعاقد الأصلي[2].

3) في حالة التأميم: قد يلجأ المشرع إلى وسيلة التأميم بصدد المرافق العامة حين يصدر قانونا بإنهاء الالتزام مع نقل ملكية أموال المرافق المادية أو المعنوية من الملتزم إلى الدولة هنا يثار تساؤل عن الحق في التعويض هل هو مقرر للمسؤول السابق ومن ثم يضاف إلى التعويض المستحق الأداء والمترتب على التأميم أم يجب أن يعد من الحقوق الموروثة للمؤسسة الوطنية التي حلت محله ؟

لم تفصح التطبيقات القضائية في فرنسا عن إتجاه واضح فتارة تخفى الملتزم القديم بالاستفادة مع التعويض وتعد إشارة أخرى للتعويض من قبيل الأموال والحقوق والالتزامات التي تنتقل بالكامل للمؤسسة الوطنية[3] لم تجد حلا لهذه المشكلة في مصر والعراق إلا أننا نجد أنه يجب على المشرع عند إصدار قانون للتأميم، على الرغم من الحاجة إليه الوقت الحاضر أن يبين بوضوح أولوية التعويض المستحق عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

الفرع الثاني: مجال التطبيق الشخصي أو الذاتي في العقود المبرمة بين الأشخاص المعنوية

[1]- د/ عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة ، جامعة عين الشمس، القاهرة سنة 1974 ص 126 ما بعدها

[2]- د/ محمد معبد حسن أمين، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة أطروحة دكتورة مقدمة كلية الحقوق جامعة عين الشمس، القاهرة 1974، ص 158 وما بعدها

3- د: عزيزة الشريف: دراسة في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة 1981 ص 97

نتساءل هل يمكن للشخص العام التمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مواجهة شخص عام آخر متعاقد معه أو في مواجهة الأفراد المتعاقدة مع عام آخر متعاقد أو في مواجهة الأفراد المتعاقدة معها ؟

لا توجد بداية تطبيقات قضائية سواء في فرنسا أو مصر أو العراق، ذلك لانتشار المشاريع الاقتصادية المؤمنة وهي أشخاص معنوية عامة إذا ما أدير المشروع في شكل هيئة عامة فضلا عن أنه لا يوجد مانع قانوني يحول بين الجبهة الإدارية وبين الاستعانة بهاته النظرية لتحمل المتعاقد معها جانبا من الخسائر المرهقة الناتجة عن الظرف الطارئ[1] في حين يرى البعض الآخر من الفقه أن هذه النظرية تقررت لصالح المتعاقد مع الإدارة وهو وحده الذي يطالب بالتعويض على أساسها لانتقاء الأهداف المالية التي يسعى الشخص العام لتحقيقها[2] ومن جانبنا نؤيد ما ذهب إليه الفريق الأول لأسباب عديدة من أهمها عدم وجود شرط بين شروط تطبيق النظرية يقضي بحصر طلب التعويض في الأفراد، ويزيد السماح للجوء الشخص العام إلى طلب التعويض[3] من التعاون التعاقدي بين الأشخاص العامة ويرى الباحث ضرورة إبراز حق الإدارة المتعاقدة في طلب التعويض مع الإدارة المتعاقدة الأخرى عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة ويكون الإقرار في إدراج نص تشريعي في قانون العقود العامة رقم (87) لسنة 2004 أو نص لائحي ضمن تعليمات تنفيذ هذا القانون أو في الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية الصادرة عن وزارة التخطيط.

المبحث الثالث: الأساس القانوني لنظرية الظروف الطارئة

لقد انقسم الفقهاء بين مؤيد ومعارض لنظرية الظروف الطارئة وقد حاول الفريق الذي يؤيد النظرية إيجاد أساس قانوني في سبيل إعطاء تبرير يصلح لإقناع القاضي والمشرع للاعتراف بهذه النظرية إلا أن هذا الفريق لم يتفق على أساس موحد.

المطلب الأول: السبب كأساس للنظرية:

يعتبر ركن السبب ركنا من أركان العقد يترتب على انتقائه بطلان العقد وقال أصحاب هذا الأساس أن الالزام العقدي إذا تجاوز الحد المتوقع لدى المتعاقدين وأصبح مرهقا بسبب الظروف الطارئة فحينها يصبح التزاما لا

1- د: وهيب عيادة سلامة، مصدر سابق ص 124 - 125

2- دكتورة الشريف، المصدر السابق ص 338

3- د : عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق ص 145

يستند إلى سبب كاملا فيتعين إنقاصه، لأن القدر الزائد في عين الإلزام والناتج لا يقابله شيء من السبب ولقد كان من رأي الفقيه الفرنسي "كابيتان" أن سبب الالتزام في العقود الملزمة للجانبين هو التزام المتعاقد الآخر فإذا حدث وأن تغيرت الظروف اللاحقة على نشوء هذا الالتزام تعين إعادة النظر في قيمة الالتزام المقابل لأن الأخير بوصفه سبب للالتزام إجراء مثل هذه المراجعة. [1]

وقد انتقد البعض هذا الرأي بحجة أنه لا يقوم على تصور سليم أو فهم صحيح لفكرة السبب فلا يجوز أن توصف تلك الفكرة بأنها ناقصة أو زائدة حيث أنها تقوم على مقاييس معينة ولا شأن لها بمسألة القيمة أو الكم،كما لا يشترط في نظرية السبب وجود التعادل الاقتصادي وإن وجد فلا يشترط استمراره وإلا لكان الغبن سببا في إبطال العقد.

المطلب الثاني: القوة القاهرة كأساس لنظرية الظروف الطارئة

انتشر هذا الأساس في أوقات الحرب حيث أدت الصعوبات الشديدة الناجمة عن الحرب بشأن تنفيذ العقود وما أحدثته هذه الحالة من اضطراب شديد في قيم الأشياء والنقود إلى تشجيع البعض على بذل محاولات جادة في التقريب بين فكرة الظروف الطارئة والقوة القاهرة وتم بناءا عليه إلحاق حكم القوة القاهرة وهو انفساخ العقد لاستحالة التنفيذ بالحالات التي يصبح فيها تنفيذ العقد بسبب الظروف الطارئة مرهقا. [2]

إلا أن هذا الأساس انتقد لأن الإلحاق الذي قيل به يقوم على خطأين فنيين، فأولا من حيث أثر الحادث في كل منهما يلاحظ أن القوة القاهرة تتطلب نتائج أكبر بمعنى حتى يكون هناك مجالا لتطبيق حكمها لا بد أن يترتب عليها استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة أما بالنسبة للظروف الطارئة فيكفي أن يصبح فيها تنفيذ الالتزام مرهقا وثانيا من حيث الجزاء، فالجزاء في فكرة القوة القاهرة هو فسخ العقد اما الجزاء في الظروف الطارئة فهو تعديل شروط العقد. [3]

المطلب الثالث: مبدأ التعسف في استعمال الحق كأساس للنظرية.

---

[1] مصطفى عبد الحميد عدوي، **النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام**،ط1، 1996 ص 353-354

[2] هبة محمد محمود الديب، اثر الظروف الطارئة في العقود الحديثة، رسالة ماجستير،جامعة الأزهر،غزة، كلية الحقوق، 2012

[3] هبة محمد محمود الديب، اثر الظروف الطارئة في العقود الحديثة، رسالة ماجستير، المرجع السابق.

وكان من رأي البعض أن أساس نظرية الظروف الطارئة هو مبدأ التعسف في استعمال الحق نشأت ظروف طارئة لم تكن متوقعة لدى المدين وترتب عليها أن أصبح تنفيذ التزامه مرهقا فإن الدائن يكون متعسفا في استعمال حقه إن طال المدين بتنفيذ إلزامه في ظل تلك الظروف.

وتعرض هذا الأساس للنقد شأنه شان الأسس الأخرى وقيل في نقد بأنه لا ذنب للدائن إن طالب المدين بالوفاء طالما أن الأخير ارتقى التقييد بالعقد لمدة معلومة فعلية ما عليه من العقد وله ما له منه، كما قيل أنه يفترض وجود خطأ في جانب المتعسف بالنسبة لنظرية التعسف في استعمال الحق إلا إذا كان صاحب الحق لم يقصد باستعمال حقه سوى الإضرار بالغير أو كانت المصلحة التي يسعى إلى تحقيقها غير مشروعة.

أما بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة فلا تظهر فلها تلك الشروط لأن الدائن حينما يطالب قاصدا إيقاع الضرر بالغير كما أنه لا يرمي إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

ويلاحظ أن كل الملاحظات التي بذلت لتبرير نظرية الظروف الطارئة لم تفلح في اقناع القضاء والمشرع المدني في فرنسا بقبول النظرية والتسليم بها فمازالت محكمة النقض الفرعية تصر على رفضها متعللة بالقوة الملزمة للعقد الذي يفرض على المتعاقدين التنفيذ الصارم الالتزامات ومازال القانون المدني الفرنسي خالي من أي نص يفيد الأخذ بنظرية الظروف الطارئة.

المبحث الرابع : الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

تقع فكرة الظروف الطارئة في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يوفي بالتزاماته وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحرير المتعاقد من التزاماته وهذه التي تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة كما وضعها مجلس الدولة الفرنسي من خلال هذا المنطلق، قسمنا المبحث إلى أربعة مطالب المطلب الأول يشمل بقاء التزامات المتعاقد والمطلب الثاني حق المتعاقد في الحصول على معاونة والمطلب الثالث يحتوي على نهاية الظروف الطارئة أما بالنسبة للمطلب الرابع يتضمن أحكام واستناد إلى نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الأول: بقاء التزامات المتعاقد

ذلك أن الظرف الطارئ يمتاز بصفة أساسية بأنه لا يحرر المتعاقد من التزامه إذا كان مرهقا فإنه ممكن، كما أوضح مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو[1]، وعليه من خلال هذا المنطلق تم تقسيم المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول: تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة

إن كل إخلال بهذه الالتزامات لن يضر من ورائه وراثه إلا المستفيدين ومن تم فقد حرص مجلس الدولة الفرنسي حين وضع النظرية لأول مرة على خلاف القواعد المدنية التقليدية لاسيما في القانون الفرنسي.إذا كانت النظرية قد تقررت لأول مرة بمناسبة عقد الامتياز فإن مداها يشمل كما ذكرنا جميع العقود الإدارية بل جميع العقود ولهذا فإن الالتزام السابق ينصب على عاتق جميع المتعاقدين الذين يحاولون الاستفادة من النظرية كملتزم الأشغال العامة أو التزويد.[2]

[1] - حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 مارس 1916 [بشان قضية الإنارة مدينة بوردو .

[2] حكم المجلس الصادر في 29 يونيو سنة 1945 في قضية Vilte de Bressuireالمجموعة ص 144.

الفرع الثاني: مواصلة المتعاقد في تنفيذ التزاماته.

ويترتب على المبدأ السابق أنه يتعين على المتعاقد الذي يريد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ مادام التنفيذ في ذاته ممكنا ولم يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة تحول دون تنفيذ فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استنادا إلى الظروف الطارئة فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات لاسيما عقوبة غرامات التأخير.[1]

و لا يجديه الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ أما فيما يتعلق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة رغم التوقف فإن مجلس الدولة يتبع سياسة مرنة فقد يحكم بالتعويض استنادا إلى نظرية الظروف الطارئة إذا قدر صعوبة الظروف التي تعرض لها المتعاقد مع خصم غرامات التأجير من مبلغ التعويض.[2]

المطلب الثاني: حق المتعاقد في الحصول على مساعدة الإدارة.

وفي هذه الخصوصية تختلف أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني عنها في القانون الإداري اختلافا جوهريا ومرجع هذا الاختلاف إلى سلطات القاضي في كل من القانونين ففي نطاق القانون المدني يستطيع القاضي أن يعدل في من التزامات المتعاقدين وفي حين أن القاضي لا يستطيع في نطاق القانون الإداري أن يحكم إلا بالتعويض ومن ثم فإننا ندرس في الفرع الأول سلطات القاضي في كل من القانونين وأساس هذا الخلاف ثم في الفرع الثاني سنتناول أساس التعويض الذي يحكم به القاضي في نطاق القانون الإداري ومداه.

الفرع الأول : سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة.

ذهبت الفقرة الثانية من المادة 147 من قانون المدني المصري الجديد صراحة على اختصاص القاضي بقولها: " ... جاز للقاضي، تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يراد الالتزام المرهق إلى حد معقول... ".

لقد كان مشرع القانون المدني المصري في خصوص هذه المادة يبقى على القاضي ينقص الالتزام المرهق إلى حد المعقول ولما كان الإنقاص لم يقصد به في المشروع الإنقاص المادي،وإنما قصد التعديل الالتزام بتحقيق

[1] حكم المجلس الصادر في 10 أبريل 1923 في قضية المجموعةSte d eclairage d oloron ص 682.

[2] حكم المجلس صادر في 13 نوفمبر 1953 في قضية etcolletChérit منشور في المجموعة 66ص، Actule1954

عبئه فقد رأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ توخيا للدقة في تحري هذا المعنى أن تعدل في المشروع النهائي إلى وضعه الحالي [1]، و على الأساس يجوز للقاضي إن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى يزول ، و قد يرى إنقاص الالتزام المرهق، و لكنه لا يستطيع إن يحكم بالفسخ العقد لأن النص لا يخول ذلك و يلاحظ في حالتي إنقاص الالتزام مرهق و زيادة الالتزام مقابل ، أن القاضي لا يرد الالتزام إلى حد معقول إلا بالنسبة إلى الحاضر و لا شأن بالمستقبل لأنه غير معروف ، فقد يزول أثر الحادث الطارئ ، فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل التعديل ، و تعود له قوته الملزمة كاملة كما كان في الأصل[2].

و نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري صراحة على دور القاضي على أنه ((... إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" [3]

أما بالنسبة لسلطات القاضي الإداري فإن القاضي الإداري لا يستطيع أن يعدل في بنود العقد وبالتالي فإنه لا يستطيع رد الالتزام المرهق بخلاف القاضي المدني الذي له سلطات واسعة في ذلك. و عليه فان سلطة القاضي الإداري تقتصر على منح التعويض فقط

.الفرع الثاني: أساس التعويض و نطاقه

تدور الأسس التي يقوم بها الفقهاء حول الأفكار التالية:

1. فكرة التوازن المالي للعقد يقول بها الفقيه فالين و الفقيه دي موتر و لقد انتقد هذا الرأي الفقيه بيكينو إن فكرة التوازن المالي للعقد .تؤدي إلى التعويض الكامل، و إعادة مركز المتعاقد إلى حالته قبل حلول الظرف الطارئ، في حين إن التعويض الذي يناله المتعاقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة ، هو تعويض جزئي و مؤقت كما سنرى .

.2 فكرة النية المشتركة للطرفين بمعنى أن القاضي يحكم بالتعويض عن الأضرار التي تترتب على الظروف الطارئة لأن نية الطرفين تتصرف إلى إن يتحمل الطرفان المتعاقدين أثار ضارة ، كما انه تردد في تقارير بعض المفوضين وهذا الأساس تعفى في معظم الحالات ، و لا يصلح دائما تبرير القواعد البري تورية التي وضعها القضاء الإداري.

1مجموعة الأعمال تحضريه ص 284، 286

2الوسيط للسنهوري، الجزء الأول ص 649 ،ص646

3المادة 147 القانون المدني المصري.

3. و يذهب الرأي الراجح إلى إرجاع التعويض إلى الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية و صلتها بالمرفق العام يجب أن تؤدي خدماتها باستمرار ، و على الإدارة أن تعمل على تحقيق هذه القاعدة ، فإذا طرأت ضرورة غير متوقعة ، وترتب عليها إرهاقا للمتعاقد فان الإدارة تذهب إلى معاونة للتغلب على تلك الظروف ، حتى يستطيع المرفق إن يؤدي خدماته المعتادة دون توقف ، و إذا فالتعويض يستند إلى ضرورة سير المرافق العامة، و إلى القواعد العادلة[1] وهو ما أقرته صراحة المحكمة العليا في حكمها الصادر في 17يونيو 1973م حيت تؤكد أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، ففائدة جهة الإدارة هي كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار و انتظام..."

المطلب الثالث: زوال الظرف الطارئ

تفترض نظرية الظروف الطارئة كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي تعرض المتعاقد لظروف مؤقتة مصيرها إلى الزوال تمكن المتعاقد من التغلب على هذه الظروف حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها يتولى كل من الطرفين تنفيذ التزاماته كما حددها العقد، وهذا ما وضحه مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو التي كانت الأساس الأول لهذه النظرية ولهذا فإن زوال الظرف يزول بظروف طبيعية واقتصادية أو ما قبل التعويض وهذا ما سنتعرض له من خلال الفرعين [2]:

الفرع الأول:سبب الظروف الطبيعية.

تكون إما طبيعية أو اقتصادية التي كانت سببا في إرهاق المتعاقد كانخفاض الأسعار إلى مستواها الطبيعي أو عودة العملاء أو إلغاء القيود الاقتصادية...الخ.

الفرع الثاني: دفع التعويض.

تقوم الإدارة بدفع التعويض وتقبل مختارة أن تعيد النظر في شروط العقد بما يفيد آلية التوازن وكثيرا ما تلجأ الإدارة إلى هذا الحل في عقود التزام المرافق العامة فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفضين بما يحقق توازن العقد وهكذا تفلت من دفع مبلغ التعويض من الأموال العامة في الحالتين ينتهي الظرف الطارئ وبالتالي تتحلل الإدارة من التزاماتها بتعويض المتعاقد.

[1] مطول دي لوباديو في العقود، الجزء الثالث ص199 و مطول في الفقيه جيز في العقود الجزء التاني ص47

[2] دكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مدينة القاهرة، سنة 2005، ص 675.

المطلب الرابع: أحكام استناد من نظرية الظروف الطارئة.

سنبين في هذا المطلب بيان أحكام التي تنظم كيفية الاستفادة من النظرية ونوضح من خلال التطرق إلى فرعين الأول يحتوي على أوضاع التمسك بالنظرية والفرع الثاني يشمل الاتفاقات التي ترد بخصوص نظرية الظرف الطارئ.

الفرع الأول: أوضاع التمسك بالنظرية.

تجعل للمدين حق التمسك بالنظرية في كل عقد متى استوفت الشروط تطبيق النظرية وذلك دون تمييز بين المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة 148(القانون المدني الجزائري): 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 السنهوري في وسط "... فلحكومة أيضا أن تتمسك قبله (المتعاقد الآخر) بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التي تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة ذاتها ولا يعني بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هي شيء هين بالنسبة إلى ميزانيتها الكبيرة.

إن التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة في مجال الإداري يقتصر حتى الآن على الطلبات الصادرة من الأفراد ولا صعوبة في الأمر إذا قدم الطلب من المتعاقد الأصلي ولكن الأمر يحتاج إلى شيء من التوضيح في حالة تغير هذا المتعاقد في الحالات التالية:

حالة التنازل عن العقد يؤدي إلى إيجاد علاقة قانونية مباشرة بينها وبين التنازل إليه وبالتالي فإن المتنازل إليه يستطيع أن يمارس حقوق المتعاقد الأصلي في مواجهة الإدارة ومن هذه الحقوق المطالبة بالتعويض بالظرف الطارئ. ففي حكمه الصادر 13 مارس 1930 في فقيه Souvage أخذ مجلس الدولة الفرنسي بوجهة نظر ثانية ولكنه عدل بعد ذلك عن هذا القضاء وحول المتنازل إليه حق في المطالبة بالتعويض عن جميع الظروف الطارئة التي يكون من حق المتعاقد الأصلي المطالبة بالتعويض عنها ولا شك أن هذا الحل الأخير أسلم من ناحية قانونية مادام أن متنازل إليه يحل محل المتعاقد الأصلي بموافقة الإدارة.[1]

[1] حكم المجلس الصادر في 28 يناير سنة 1944، في قضية .Cne de wimille المجموعة ص 35 وفي 10 يونيو سنة 1944م في قضية wille d elbeuj مجموعة wille سنة 1950م القسم الثالث ص 61.

حالة التنازل عن العقد يغير موافقة الإدارة ،الأصل أنه لا يمكن التمسك بهذا التنازل في مواجهة الإدارة كما رأينا ومع ذلك فإن مجلس الدولة الفرنسي قد خول المتنازل إليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة إذا قام العقد وتحققت شروط النظرية ولكن مع إرجاع أساس التعويض إلى نسبة التعاقدية.

حالة موت المتعاقد وحلول الوراثة محله في تنفيذ العقد ويعامل مجلس الدولة الفرنسي هذه الحالة معاملة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة والذي عرفنا لأحكامه فيما سبق.

الفرع الثاني: الاتفاقيات بخصوص الظروف الطارئة

قد تضمن الإدارة عقودها مع الأفراد بشروط متنوعة بخصوص مواجهة الظروف التي تطرأ في المستقبل وتؤدي إلى إرهاق المتعاقد فما مدى نوعية هذه الشروط؟ تختلف الإجابة على هذا التساؤل باختلاف الفروض على النحو التالي:

1. الشروط التي تؤدي إلى استبعاد المسؤولية: كأن تشترط الإدارة على المتعاقد معها مقدما النزول عن كل حق المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة بعد التعاقد فإذا قبل المتعاقد هذا الشرط فإن فقهاء مجلس الدولة الفرنسي يجري في الوقت الحاضر على عدم مشروعية هذا النزول[1].

2. الشروط التي تتوقع الظرف الطارئ: وتحدد التعويض على أساس معين

هل يجوز للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء للمطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة على أساس غير المنصوص عليه في العقد؟ يجيب مجلس الدولة الفرنسي بالإيجاب على هذا التساؤل في حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم يمكن تطبيق الشروط المنصوص عليها في العقد وهذه الحالة طبيعية ويرجع في معظم الحالات إلى التشريعات الاجتماعية التي تحمد الأسعار والأجور عند حد معين ، وهذا هو المبدأ المستمد من حكم المجلس في قضية Willedelbeuj وقد سبقت الإنارة إليها.

الحالة الثانية: إذا لم توف الشروط المنصوص عليها دورها الطبيعي الذي يتفق الطرفين وذلك إذا أثرت ظروف جديدة في عناصر أخرى في العقد لم تكن محل اتفاق بين الطرفين مثلا

[1] حكم الصادر في 10 مارس 1948 في قضية hospues de vemne

وفي هاتين الحالتين لا يستطيع المتعاقد أن يجمع بين التعويض المتفق عليه في العقد و التعويض القضائي.بل ينحصر حقه في الحصول على الأعلى مدني التعويضين.[1].

3 شروط الفسخ: إذا تضمن العقد أو دفتر الشروط نص يخول المتعاقد الحق في طلب الفسخ العقد في حالة القيام الظروف الطارئة فإن مثال الشروط وفقا لقضاء المجلس الدولة الفرنسي الحالي لا يخول بين المتعاقد وبين المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة.

4 ـالاتفاقيات التي تتم بين الإدارة وبين المتعاقد بعد نفاذ العقد: هذه الاتفاقيات لا تؤثر على حق التعاقد في المطالبة بالتعويض على أساس الظروف الطارئة، إذا ثبت أنها لم تنجح في تلاقي الاختلاف في التوازن المالي للعقد، فإذا قبل المتعاقد مثلا زيادة في الأسعار التي يتقاضاها من المنتفعين وتبني بعد ذلك أن تلك الزيادة لم تنجح في مواجهة الظروف الطارئة فإن ذلك لا يمنعه من الاستنجاد إلى القضاء الإداري للمطالبة بالتعويض[2].

5 **الاتفاقيات التي تعقد بين الإدارة وبين المتعاقد بقصد تنظيم الظرف الطارئ:**وهذه الاتفاقيات مشروعة بطبيعة الحال فلقد سبق أن ذكرنا أن مجلس الدولة الفرنسي يجري باستمرار على دعوى الطرفين المتنازعين إلى حد النزاع بينهما بطرق 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 بعد تحقيقها فلا شك في سلامة مثل هذا الاتفاق ولا يقبل مجلس الدولة من أحد الطرفين المنازعة فيه ويفتقر دوره على تطبيق شروط الاتفاق إذا حدث بشأنها النزاع[3].

كخلاصة للفصل الأول نستخلص أن نظرية الظروف الطارئة شهدت منذ القدم و عبر الدول منها الحضارة الإسلامية و الرومانية و تعرضت إلى مجموعة من التعاريف اللغوية و الفقهية و القضائية أما قيام نظرية الظروف الطارئة تقوم وفق شروط منها أن يكون العقد متراخي التنفيذ و مرهق للمدين أو مستحيلا أو طرأت تقلبات اقتصادية عليه أما بالنسبة لمجال تطبيق النظرية يكون مجالها موضوعي و شخصي و يترتب على النظرية أثار مختلفة منها بقاء التزامات المتعاقد و المواصلة في الوفاء

[1] المجموعة ص 266 وفي 5 نوفمبر 1938 في قضية.Dep.des côtes-dunorde . مجموعة دالوز سنة 1938م، القسم الثالث ص 46 وفي 11 يونيو سنة 1948 في قضية .Nadaud وفي نوفمبر 1951 في قضية..Ste. des grands travaux .المجموعة ص 68.

[2] حكم مجلس الصادر في 2 ديسمبر سنة 1983، في قضيةCie générale pou petot المجموعة ص 906 وفي 21 نوفمبر 1948 في قضية petot المجموعة.

[3] حكمه الصادر 18 يناير سنة 1951 في قضية Hospues de Montpellivr المجموعة ص 777.

الفصل الثاني: أثر الظرف الطارئ في تنفيذ العقد الإداري

إن المتعاقد مع الإدارة يرتبط بالالتزامات التعاقدية مقابل الحقوق التي يسعى إلى الحصول عليها، مادامت التزامات المتعاقد قابلة للزيادة أو النقصان فإن ذلك يقتضي أن ينعكس على حقوق المتعاقد المقابلة لهذه الالتزامات وهذا ما يعبر عنه بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

أما بالنسبة لسلطة القاضي في تعديل العقد بسبب الظروف الطارئة أنه لا يستطيع في الأصل ولا يجوز للقاضي تعديل العقد باعتبار أن العقد قانون المتعاقدين فلا يمكن أن يحل محل إرادة الأطراف في تعديله لما في ذلك من مساس بمبدأ القوة الملزمة له. أما بالنسبة لاختلال التوازن المالي للصفقة العمومية تكون العلاقة بين نظرية الظروف الطارئة قد تأثرت من الجانب الاقتصادي.و نتائج تطبيق نطرية الظروف الطارئة من حيث مواصل في التنفيد الالتزام العقد

و لمعالجة هذا الفصل تطرقنا إلى اربعة مباحث:

المبحث الأول: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد.

المبحث الثاني: سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة.

المبحث الثالث: اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية

المبحث الرابع:نتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة

المبحث الأول: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد

إن مرونة العقد الإداري تمنح الإدارة سلطة كبيرة في تعديل العقد الإداري، فإنها ينبغي أن تمنح المتعاقد معها الفرصة لكي يستعيد حقوقه بحسب الأحوال زيادة أو نقصانها، فالالتزامات التي تفرضها ضرورات التعديل على مضمون العقد ينبغي أن تقابلها من الجانب الآخر حقوق للمتعاقد وهذا يسمى بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري.

فالعدالة تقتضي أن يكون من طبيعة العقود الإدارية إنها تتحقق بقدر الإمكان توازن الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها باعتبار أن نصوص العقد تؤلف في مجموعها حكما كليا يجب بمقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين.[1]

وقد ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد الإداري لأول مرة في الحكم الصادر من مجلس الدولة فرنسي عام 1910[2]

وأصبحت منذ تاريخ أمر مفترض في كل عقد إداري فمن حق المتعاقد مع الإدارة أن يعوض بناء على ذلك دون حاجة للنفي على ذلك في العقد ولأنه ليس من العدالة أن يتحمل هذا المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عليه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد وقد اختلف الفقهاء حول تحديد شروط فكرة التوازن المالي، فالبعض يرى أنها قاعدة عامة تطبق في جميع الأحوال سواء كان الاختلال بفعل الإدارة أو بفعل خارج عن إرادتها كظرف استثنائي ويرى آخرون أن فكرة التوازن المالي للعقد لا تطبق إلا إذا كان اختلال التوازن راجعا إلى فعل الإدارة.[3]

وهنالك من انتقد فكرة التوازن المالي للعقد ويرى عند الأخذ بها في مجال العقود الإدارية اكتفاء بمسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد في حالة زيادة الأعباء عليه، فالدكتور ثروت بدوي يرى أنها خطرة وغير صحيحة وهي خطرة برأيه على أساس محاولة إرجاع كل تعويض يستحقه المتعاقد على الإدارة حتى لو أختل التوازن المالي بغير فعل الإدارة مما يلقى على الدولة عبئا ماليا كبيرا حيث أن فكرة التوازن في مثل هذه الحالة كما يرى عاجزة عن تبرير التعويض.

---

[1]- د/ توفيق شحاتة، مبادئ القانون الإداري 1954-1955 813-814

[2]- د/ سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، الطبعة الثانية، دار فكر مصر، 1965، 599ص

[3]- من هذا الرأي الفقيه دي لوباي

و كنتيجة لذلك إن محاولة معرفة الأساسي الذي يستند إليه عندما نعطي الحق للمتعاقد في التوازن المالي للعقد يمكن أن تجنبنا الجدل العقيم وتعطينا حلا ملموسا في ذات الوقت لمشكلة تعويض المتعاقد لظروف التنفيذ الصعبة سواء المتعلقة منها قيام الإدارة بتعديل العقد أو بوجود الصعوبات مادية غير المتوقعة أو بوجود المخاطر الإدارة بتعديل العقد أو بوجود الصعوبات المادية غير المتوقفة أو بوجود المخاطر الإدارية (عمل الأمير) أو بفعل المخاطر الاقتصادية (الظروف الطارئة).

المطلب الأول: المخاطر الإدارية

نظرية عمل الأمير:[1]

يقصد بعمل الأمير كل إجراء مسؤول تتخذه السلطة العامة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة والالتزامات التي ينص عليها في العقد وقد يتخذ عمل الأمير أو ما يسمى بالمخاطر الإدارية شكل قرار فردي خاص كالقرار الذي يصدر على السلطة الإدارية التي أبرمت العقد بتعديل شروط المتعاقد أو تعديل نظام المرفق أو نظام الأسعار وغير ذلك كما قد يكون عمل الأمير بمثابة قواعد تنظيمية عامة كما في صدور قانون يقضي برفع الرسوم الجمركية مثلا أو برفع أجور الأيدي العاملة أو تنظيم شؤون العمل بالزيادة الإجازات وساعات العمل وبصورة عامة فإن عمل الأمير هو مخاطرة الناتجة عن ممارسة سلطة العامة[2].

و القاعدة العامة في فرنسا تعتبر الإجراءات الخاصة من أفعال الأمير سواء أنصت على العقد او لم تنص عليه أو كانت متعلقة بالظروف المحيطة بتنفيذه بصورة غير مباشرة فيجري التعويض عنها تحقيق للتوازن المالي للعقد، أما الإجراءات العامة فإنه لا يجري التعويض عنها إلا إذا نتج عنها ضرر خاص للمتعاقد.

و تشترط بتطبيق نظرية عمل الأمير شروط وآثار مترتبة:

الفرع الأول: شروط نظرية عمل الأمير

[1]- أنظر بهذا الموضوع رسالة دكتور ثروت عن عمل الأمير باللغة الفرنسية، كذلك الدكتور الطماوي ، العقود الإدارية المصدر سابق ص 612

[2]- JesnRevere, Drsltasminstratf 1973, p122

1 -أن يكون هنالك ضرر قد لحق بالمتعاقد ولا يشترط أن يكون الضرر جسيما بل المطلوب هو حدوث اختلاف بالتوازن المالي للعقد.

2- أن يكون الإجراء غير متوقع وقت إبرام العقد فإذا كان المتعاقد قد توقع حدوث مثل ذلك الفعل أثناء التعاقد لم يعد له الحق في طلب التوازن المالي لأن أقدم على التعاقد وهو مقدر لهذا الظرف وكل ما يمكن الحصول عليه في مثل هذا الحالة هو الطعن بالعقد ذاته من حيث تفسيره أمام القضاء.

3-يجب أن يكون العمل ضار صادرا عن الإدارة المتعاقدة كجزء من ممارستها لاختصاصاتها القانونية.[1]

4-أن يتصل عمل الأمير بعقد الإداري وذلك لأن نطاق تطبيق هذه النظرية لا يسوي على العقود القانون الخاص حتى ولو تعاقدت الإدارة بأسلوب القانون الأخير. وبالتالي فما المقصود من هذا الشرط إن شرط العقد الإداري أن يكون لها ميزة من تصنيف القانون العام فلا يعتد به حتى وان كانت الإدارة الطرف المتعاقد في العقد، فحصر مجال تطبيق النظرية في مجال القانون العام فقط فإذا كان العقد في مجال القانون الخاص فلا تطبق عليه هذه النظرية[2].

الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على فعل الأمير:

1-يترتب على تطبيق هذه النظرية أثر هام يتمثل في إعادة التوازن المالي للعقد وذلك عن طريق تعويض المتعاقد عن الأضرار التي لحقته من إجراء العمل ويكون التعويض كاملا عن الربح و الخسارة.[3]

2- يستطيع المتعاقد المطالبة بفسخ العقد إذا ما استحال تنفيذه بفعل الأمير كصدور تشريع يمنع الاستيراد بالنسبة للسلع موضوع العقد ولا يمكن الحصول عليها إلا من خارج البلاد وكذلك إذا ما أدى عمل الأمير إلى زيادة الأعباء المالية عليه لدرجة لا تحتملها إمكانياته المالية.

3-حق المتعاقد بالمطالبة بعدم إيقاع عقوبة غرامات التأخير في التنفيذ إذا أثبت أن فعل الأمير وإن لم يؤذ إلى استحالة التنفيذ فقد جعله عسيرا عليه.

---

[1]-د/محمد فوائد مهنا نفس مبادئ وأحكام القانون الإداري ص 761 (بدون سنة الطبع

[2] ماجد راغب حلو العقود الادارية دون الطبع دار الجامعة الجديدة مصر الاسيكندرية 2006 ص181

[3]- أن مجلس الدولة الفرنسي يخرج عن مبدأ التعويض الشامل في بعض الأحيان ومنها: أنه أهمل عنصر كسب أو الربح لم يحصل عليه المتعاقد في حالة إنهاء الإدارة لبعض العقود تتجه لظروف الحرب أو بسبب وقف القتال ومن ذلك حكمه الصادر عام 1942

المطلب الثاني: المخاطر الاقتصادية

بمقتضى نظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت خلال تنفيذ العقد ظروف استثنائية خارجية عامة لم يكن بالوسع توقعها وقت انعقاده وترتب على حدوثها أن اختل التوازن المالي للعقد اختلالا خطيرا بحيث أن تنفيذ الالتزام دون أن يكون مستحيلا أصبح أشد إرهاقا وأكثر تكلفة، على وجه يتجاوز القدر الذي كان للطرفين أن يتوقعانه جار للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناتجة عن تلك الظروف وذلك بتعويضه جزئيا ولمدة مؤقتة عن خسارة التي لحقت به من مراعاة الظروف المحيطة بالعقد.

ويعتبر من الظروف الطارئة وقوع الحرب، حدوث أزمة اقتصادية خطيرة تخفيض العملة أو انخفاض قيمتها، حدوث زلزال عنيف فيضان مفاجئ أو وباء أو إضراب مفاجئ أو تحديد تسعيرة رسمية:

و كثيرا ما تحدث تطبيقات لهذه النظرية في العقود طويلة الأمد أو الميزانية التنفيذ كعقود التوريد والالتزام المرافق العامة والأشغال العامة.

إن أثر الظرف الاستثنائي إذا ما أدى إلى استحالة تنفيذ العقد، بحيث يقتفي معه الالتزام الناشئ عنه يخرج بنا من نظرية الظروف الطارئة هذه ما تسمى بالقوة القاهرة التي تبرر الفسخ في حين يصبح الالتزام بموجب الظروف الطارئة، مرهقا للمدين بحيث يؤدي إجباره عليه إلى إفلاسه أو ينزل به على الأقل خسارة فادحة.[1]

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري أن تقع حوادث أو ظروف استثنائية عامة ليس بالوسع توقعها، وأن تكون تلك الحوادث أجنبية عن طرفي العقد وأن تقضي إلى اختلال التوازن المالي للعقد ولهذا فإن نظرية الظروف الطارئة لها عدة شروط تقوم بها وبعض التطبيقات القضائية في العراق.

الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

1- أن تطرأ ظروف أثناء تنفيذ العقد مما لا يمكن توقعها عادة.

فلما كانت نظرية الظروف الطارئة استثناء من قاعدة القوة الملزمة للعقد فإن المشرع يحيطها بجملة من القيود كي يحقق توازنا بين قوة العقد وبين مقتضيات العدالة التي ألزمت المشرع إلى الأخذ بها في نطاق قانون

[1]- الدكتور سليمان الطماوي، نظرية العقد.

الخاص ومقتضيات المرفق العام وحسن سيره في القانون العام، ولهذا وكما يفهم من الفقرة الثانية من المادة 146 من قانون المدني العراقي فإن الظرف الطارئ الاستثنائي يجب أن يكون عام غير متوقع.

و هنا يجب التمييز بين المخاطر العادية والمخاطر غير العادية فالمخاطر غير العادية هي تلك التي تخرج عن الحد المألوف وهي وحدها التي يثار بشأنها التطبيق.[1]

1- أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن أطراف العقد أي مستقلا عن إرادتهم لأنه متى ما كان الفعل راجعا إلى المتعاقد المضار فلا محل للقضاء له بالتعويض أما حينما يكون راجعا إلى الإدارة، فهناك يعرف مجلس الدولة الفرنسي ماذا كان الفعل ضار صادر من الإدارة المتعاقدة وهنا يطبق نظرية فعل الأمير أما إذا كان الفعل ضار صادر من جهة إدارية أخرى غير المتعاقد فهنا لا يطبق مجلس الدولة نظرية فعل الأمير وإنما نظرية الظروف الطارئة إذا ما توفرت شروطها.[2]

3- أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يقتضي إلى اختلال في التوازن المالي للعقد أي أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في فداحتها الخسارة العادية المألوفة التي يمكن أن يتحملها أي متعاقد أثناء تنفيذ العقد.

فلا يكفي أن يترتب على الظرف الطارئ مجرد النقص في الربح أو فوات فرصة الربح إنما يجب أن يحسب المتعاقد خسارة فادحة ومدى الفداحة التي يمكن تحديدها بالنظر إلى العقد في مجموعة لا إلى عنصرين من عناصره فقط.[3]

الفرع الثاني: بعض التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة في العراق

ونحن بصدد هذه النظرية الهامة والتي تكون نقطة التماس والتفاعل بين القانون الإداري والقانوني المدني لهذه النظرية التي ولدت في رحم القانون الإداري وتبنتها التشريعات المدنية فنيا بعد تعتبر لبنة بارزة تستجيب لمتطلبات العدالة أينما وجدت في القانون العام وفي القانون الخاص، على السواء كما أنها لا ترتبط بوجود نظام قضاء إداري كمحاكم إدارية وغيرها من جانب وبما تفرضه مستلزمات سير المرافق العامة في جانب الآخر.

[1]-د/ توفيق شحاتة، المرجع نفسه ص 833.

[2]- د/ سليما مرقس، المرجع نفسه ص 324 العقود الإدارية .

[3]- د/ سليمان شحاته ، المصدر سابق، 835ص

إن القضاء العراقي كغيره اعتبر من قبيل الظروف الطارئة حدوث فيضأن[1] و غزارة الأمطار وسنتها[2].

ارتفاع الأسعار المواد الأولية والإنسانية[3] ولكن يجب أن تستمر في النظر إلى حالة الحرب كحالة استثنائية بالنسبة للعقود التي أبرمت خلالها خاصة وإنها دامت مدة 8 سنوات حتى لأن الشخص الاعتيادي يعلم لأن الحرب قد تؤذي إلى إرهاق المتعاقد عندما يكون مدينا ويتفرع عنها برأينا احتمالات كثيرة على المتعاقد معرفتها وأن يكون في وسعه توقعها، كارتفاع الأسعار ومنع الاستيراد وإصدار قرارات وقوانين في هذا الجانب ذلك جوانب العامة.

فعلى المحاكم أن تستبعد فكرة الأرباح والتعويضات غير المبررة تلك الفكرة التي وجدت تبريرها الوحيد فيما قبل الفقرة 03 من المادةّ 78 من الشروط الملغية، حيث كانت هذه فكرة تنص على أنه إذا أصاب الأعمال أو الأعمال المؤقتة مواد موجودة في موقع العمل ضرر وخراب أو ضرر يسبب أي من مخاطر الخاصة فإن التفاؤل يستحق المبالغ عن أي من تلك الأعمال.

والمواد التي خربت أو تضررت بهذه الصورة كذلك يستحق كلفة إصلاح أي من ذلك على أساس الكلفة الأولية يضاف إليه" الربح الذي يؤيد المهندس المعدلة"

وقد جاءت الشروط جديدة التي صدرت هذا العام 1988م خالية من النص المذكور.

وبعد أن زال وجود هذه المادة في الوقت الحاضر يجب البحث عن نص قانوني جديد بديل عنه وقد بدأت محكمة التميز تتحسس هذه الحقيقة في حكمها الصادر بتاريخ 1986/10/14 ورقم 648 حيث تعتبر الحرب دائما ظرف طارئ على العقد، وذلك في قضية تتلخص وقائعها بأن أحد المقاولين تعاقد مع محافظة السليمانية على تشيد مدرسة ثانوية وبعد أن باشر بالعمل وأنجز كثير من الأعمال قدم طلبا إلى المحافظ جاء فيه أنه أصبح عاجز عن الاستمرار بالعمل بحجو تعرض المنطقة للقصف المدفعي من قبل العدو، فأشاط المحافظ العمل إلى مقاول جديد على حساب المقاول الأول فقام بإنجازه في وقته المحدد بالعقد، فطلب المقاول المنفذ على حسابه التعويض بحجة أن الإدارة سحبت منه العمل دون وجه حق فردت دعواه.

[1]- القرار المرقم 2240 في 1956/11/27 في مجموعة سليمان بيان في 189

[2]- من هذا القرار التسييري المرقم 588 / مدنية ثانية في 22 أبريل 1974 النشرة القضائية العدد الثاني ،1975 ص 9

[3]- القرار المرقم 1049/الاولى في 1981/5/18 والقرار المرقم 152 في 1981/2/4

وقد أقرر قانون المدني العراقي هذه النظرية في 2/146 منه بقولها " على أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدني بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقض الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أن اقتضيت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك.

و تقابل نظرية الظروف الطارئة بوصفها تتضمن مخاطر اقتصادية نظرية الاستغلال و الغبن الذي يقع حين إبرام العقد.

حيث أن كلا من النظريتان تصلحان اختلال التوازن المالي للعقد مع اختلاف الأحكام المنظمة لكل منهما.[1]

الفرع الثالث: التعويض في إطار الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري

إن إيثار ضرورة سيرورة المرفق العام على المصالح العامة للمتعاقد مع الإدارة ليس معناه التضحية بهذه المصالح فمتى قامت المصلحة المتعاقدة بإجراءات مشروعة تنص على العقد أو خارجه وأنجز عنها زيادة في أعباء المتعاقد وإخلال بالتوازن المالي للعقد فإنها تكون ملزمة بتعويض المتعاقد وإعادة التوازن المالي للعقد لأنه لوجود الأمر على خلاف ذلك وكان لإدارة أمر باتخاذ ما تراه مناسبا من الإجراءات دون أو تكون ملزمة مقابل ذلك بالتعويض لا تنهي الأمر من الناحية العملية إلى أن نجد من الناس لن يقبل المجازفة بالدخول في عقود مع الإدارة تخضع لشخص سلطتها ويتعرض فيها إلى خسارة محققة لا سبيل إلى تعويضها.

ولا تنحصر الحماية المقررة للمتعاقد في هذا الصدد في الحماية من المخاطر الإدارية أو الاقتصادية فحسب بل وفي حماية من المخاطر والصعوبات المادية غير المتوقعة والتي قد تعترض المتعاقد في مرحلة تنفيذ وتؤذي إلى إرهاقه.

[1]- د/ السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، 632ص- 632ص

و فكرة التوازن المالي للعقد نجد لها أساسا في النظريات التي أرساها القضاء الإداري وهي النظريات التي يمكن للمتعاقد بموجبها وفي الأحوال التي تتوفر فيها شروط تطبيقها استحقاق التعويض وهذه النظريات هي: نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة التي سبق سرقها.[1]

إذا كانت الظروف الطارئة تؤسسا حقا على فكرة النية المشتركة لطرفي العقد فإن هذه النية يمكن أن تتصرف إلى استبعاد تطبيق نظرية صراحة أو ضمنا إلا أن تلك النظرية تبطئ على الرغم من وجود شرط بالتنازل عن تطبيقها. إذ أن الأحكام المتعلقة بتلك النظرية في النظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها لذا فنظرية الظروف الطارئة لا يؤسس التعويض بناء عليها استناد إلى تفسير النية المشتركة لطرفي العقد.[2]

[1]- بوعمران عادل: النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، دراسة تشريعية فقهية وقضائية، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2010 ص 118 - 199

[2]- د/ وهب عياد، دروس في العقود الإدارية مع التعمق فكرة التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض القائم على أساس الخطأ، سنة 2000 ،113ص 118 - 199

المبحث الثاني: سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة

يجب أن نميز بين سلطات القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة من ناحية وبين سلطات القاضي الإداري في مواجهتها من ناحية أخرى على وفق ما يأتي:

المطلب الأول: سلطات القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة

سنتطرف في هذا المطلب كلا من القاضي في مصر والقاضي في الجزائر من خلال الفروع.

الفرع الأول: في التشريع الجزائري

نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري صراحة على دور القاضي على أنه ((... إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول" [1]

أما بالنسبة لسلطات القاضي الإداري فإن القاضي الإداري لا يستطيع أن يعدل في بنود العقد وبالتالي فإنه لا يستطيع رد الالتزام المرهق بخلاف القاضي المدني الذي له سلطات واسعة في ذلك. و عليه فان سلطة القاضي الإداري تقتصر على منح التعويض فقط .

بعدما ما بينت المادة 3/147 من القانون المدني الجزائري شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة نصت على سلطات القاضي إذ جاء فيها"..... جاز بعد الموازنة بين المصلحة الطرفين الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذ اقتضت العدالة ذلك."

الفرع الثاني :في التشريع المصري

يتعلق دور القاضي المدني بنص المادة 147/ 2 من القانون المدني المصري النافد التي أجازت له بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول وأجازت المادة 06 من قانون التزام المرافق العامة رقم (129) لسنة 1947 المعدل لمانح الالتزام في حالة حدوث ظروف طارئة يخل بالتوازن المالي للعقد إذ تنص على" ..... يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال أن يعدل أركان تنظيم المرافق العامة وقواعد استقلاله لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله ويعلق الأستاذ الدكتور السنهوري على المادة 2/147 من القانون المدني المصري

[1] المادة 147 القانون المدني المصري.

أما بالنسبة لسلطات القاضي الإداري فإن القاضي الإداري لا يستطيع أن يعدل في بنود العقد وبالتالي فإنه لا يستطيع رد الالتزام المرهق بخلاف القاضي المدني الذي له سلطات واسعة في ذلك. و عليه فان سلطة القاضي الإداري تقتصر على منح التعويض فقط .

بعدما ما بينت المادة 3/147 من القانون المدني الجزائري شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة نصت على سلطات القاضي إذ جاء فيها"..... جاز بعد الموازنة بين المصلحة الطرفين الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إذ اقتضت العدالة ذلك."

المطلب الثاني: سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة

القاعدة أن القاضي الإداري لا يملك تعديل نصوص العقد ، ومن ثم تنحصر سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة في حكم التعويض ويرجح ذلك العديد من الفقهاء[1] لأسباب عديدة هي:

– أن مهمة القاضي قاعدة عامة في تفسير العقود وتطبيق أحكامها لا تعديل شروطها.

– القاعدة في القانون الإداري هي أن القاضي لا يستطيع توجيه الأوامر للإدارة بالقيام بعمل معين، وبعد تعديل الالتزامات تعتبر بمثابة توجيه أوامر للإدارة.

– يستهدف تضمين الإدارة لشروط معينة في العقد وتحمل بها التزامات على المتعاقد فإنما تحقيق المصلحة العامة، وتدخل القاضي بتعديلها قد يعرض هذه السلطة العامة للخطر لذا تقتضي دواعي المصلحة العامة أن تقبل شروط العقد نافذة حتى تقبل الإدارة مختارة تعديلها لأنها لن تفعل ذلك إلا بعد أن تتأكد من تحقيق المصلحة العامة لهذا التعديل[2]

حصرت المادة (8/2/د) من قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شؤون الدولة رقم (106) لسنة 1989 في العراق اختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في صحة القرارات الإدارية ومن ثم أصبح اختصاص النظر في الدعاوى المتعلقة بمنازعات العقود الإدارية من اختصا القضاء المدني، لذا نصيب المشرع العراقي توسيع صلاحيات

[1]– د/ ابراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية وفق قانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدة و لا تنحة التنفيذية، دار النهضة العربية القاهرة، 2003، ص 111

[2]– محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في العقود الإدارية وتطبيقاتها (دراسة مقارنة) دون تاريخ نشر ص 287

محكمة القضاء الإداري كي تشتمل النظر في المنازعات العقود الإدارية، إذ يجب أن يمتنع القاضي الإداري عن تعديل العقود الإدارية في ظل الظروف الطارئة إذ تقتصر سلطاته على تعويض.

المبحث الثالث: اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية

لقد ارتأينا لدراسة اختلال التوازن المالي للعقد في الصفقة العمومية التطرق لهذا المبحث في ثلاث مطالب بتبيان الأسباب المؤدية لهذا الاختلال ثم الآثار التي يخلفها الظرف الطارئ على الصفقة العمومية من الناحية المالية و بعدها الآثار المترتبة عن اختلال التوازن المالي للصفقة.

المطلب الأول: أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية

إنه لمن حق المتعاقد مع الإدارة أن يضمن التوازن المالي للعقد وحقه في ذلك لا يعني تأمين ربح معين له، بل مجرد الحفاظ على التعادل النسبي في الحقوق والالتزامات كما توقعها المتعاقدان وقت إبرام العقد ولكن قد تطرأ ظروف غير متوقعة من شأنها الإخلال بهذا التوازن المالي و بالتالي تجاوز توقعات الأطراف بشأن هذه المعادلة.

ومن بين أهم هذه الأسباب الموجبة للتعويض وهي كثيرة هناك أراء:

- **الرأي الأول:** يخرج عن نطاق الدراسة ونقوم بذكره هنا إلا بقدر ما يخدم غرض البحث.

أ- **خطأ المتعاقد مع الإدارة:** إذا اختل التوازن المالي للعقد نتيجة خطأ المتعاقد عليه أن يتحمل وحده نتائج خطئه. [1]

ب- **الخطأ التعاقدي للإدارة:** إذا كان اختلال التوازن المالي ناتج عن تصرف مخطئ للإدارة المتعاقدة فإنه يجب تطبيق القواعد العامة للمسؤولية التعاقدية. [2]

ت- **القوة القاهرة:** وهي تلك الظروف الخارجة عن إرادة الطرفين المتعاقدين بحيث تجعل تنفيذ الصفقة أمرا مستحيلا استحالة مطلقة ومن شأنها إعفاء المدين من التزاماته، فالقوة القاهرة تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للصفقة اختلال نهائيا ويكون من نتيجتها حق المتعاقد في طلب فسخ العقد.

ث- **الصعوبات المادية غير المتوقعة:** وهي تلك الأشغال الإضافية أي الأعمال التي لم ترد في دفتر الشروط المتفق عليه ولا في بنود العقد، هذه الأشغال الإضافية من شأنها الاخلال بالتوازن المالي للصفقة، فمجلس

---

[1] صدارتي صدراتي ، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، رسالة ماجستير جامعة الجزائر، 1983، ص 39.

[2] المرجع نفسه، ص 39

الدولة في هذه النقطة يفرق بينما إذا كانت هذه الأشغال لصالح الإدارة أم لا أي لصالح المشروع أم لا فيعوض في الأولى ويرفض التعويض في الثانية.

ج- **أما إذا كانت هذه الأشغال متوقعة** فإنها تدخل في إطار نظرية عمل الأمير.

- **الرأي الثاني:** وهي تتمثل في نظرية الأمير ونظرية الظروف الطارئة:

حيث أن نظرية عمل الأمير هي نظرية من وضع مجلس الدولة الفرنسي شانها شأن نظرية الظروف الطارئة التي تم التعرض إليها بالتفصيل في الفصل الأول.

حيث يعرفها الأستاذ عمار عوابدي بأنها: " الأعمال الإدارية و المشروعية التي تصدرها السلطات الإدارية المتعاقدة ويكون من شأنها زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة. [1]

فالأسباب المخلة بالتوازن المالي من الإدارة المتعاقدة نظرا لضرورة المصلحة أو المنفعة العامة وعليه فإنه من حق المتعاقد التعويض.

إذا فانه تبين بأن هناك عدة أسباب تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للصفقة فمنها ما هو من تصرف الإدارة أو خطأ من أحد المتعاقدين ومنها ما هو نتيجة أحداث أو ظروف تزيد في تكاليف المتعامل المتعاقد مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للصفقة.

- **التوازن المالي للعقد:**

يرجع البعض تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى فكرة التوازن المالي للعقد، حيث أن فكرة التوازن المالي تمثل مكانا بارزا في النظرية العامة في العقد الإداري، ويعتبر أمرا مفترضا في كل عقد إداري دون حاجة للنص عليه.

و إنتقد الفقه هذا الرأي أيضا، وذلك لان فكرة التوازن المالي للعقد لا تكفي لتبرير حق المتعاقدين في الحصول على التعويض بعد طلب فسخ العقد قضائيا لأنه في مثل هذه الحالة لا مجال للحديث عن إعادة التوازن المالي للعقد الذي لم يصبح موجودا أصلا بعد إن انتهى بالفسخ.

بالإضافة إلى أن الاستناد إلى مبدأ التوازن المالي للعقد كأساس للتعويض عن الظروف الطارئة يجعل التعويض في هذه الحالة وكأنه مؤسس على مصلحة المتعاقد في حين أن الهدف من تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتمثل في

[1] عمار عوابدي، دروس في القانون الإداري، د،م،ج 1979، ص 276

الأساس في ضمان جماعة المرافق العامة بالاستمرار في تنفيذ الالتزامات رغم الأزمة الاقتصادية المرهقة وليس تعويض المتعاقد من جهة الإدارة بالأخص.

- **مبدأ سير المرافق العامة بانتظام و اضطراد:**

لقد ذهب الرأي الراجح فقها و قضاءا إلى تأسيس التعويض عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة على مبدأ المرافق العامة بانتظام و باضطراد، فالمرافق العامة يجب ان يسير دولاب العمل فيها باستمرار فإذا ما طرأت حوادث استثنائية قات اقتصاديات العقد فعلى جهة الإدارة في هذه الحالة.

المطلب الثاني: أثر تغير الظروف على التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية.

إن الظروف الطارئة تتميز بأنها غير متوقعة وبالتالي وأثناء حدوثها تؤثر وبشكل كبير على التوازن المالي للعقد فغلاء مواد البناء بشكل مفاجئ يجعل من المقاول في عقد الأشغال يعاني من ضائقة مالية مما يتسبب في الإعسار المالي والذي قد يجعله لا يستطيع إكمال المشروع أو التباطؤ في التنفيذ.

و الظرف الطارئ قد يسبب من الناحية العملية في عدم إمكانية المورد من تلبية حاجة المرفق حسب بنود العقد أو الالتزام بالنوعية المطلوبة من المواد مما يجعل من المصلحة المتعاقدة تبادر إلى فرض العقوبات على المتعامل المتعاقد، والسبب هو الإرهاق الاقتصادي الذي يتسبب فيه الظرف الطارئ والذي لا دخل لأحد فيه.

فالضرر الذي يسببه الظرف الطارئ هو نوع من الإرهاق يصيب المتعاقد نتيجة للظرف ولذا كان من الواجب إزالة هذا الإرهاق. [1]

[1] سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2006، ص 143

المطلب الثالث: أثار اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية

إن المتعامل المتعاقد عندما يختل التوازن المالي للصفقة حيث أنه من المسلم به أن المقابل المادي في الصفقة العمومية فهو مقدس بالنسبة له فإنه يسعى بكل الطرق لتفادي الخسارة الفادحة التي قد تلحق به.

فالمتعامل المتعاقد قد يلجأ إلى الإدارة لإعادة التفاوض من أجل تعديل الأسعار حتى يتمكن من تدارك هذه الخسارة وإعادة التوازن المالي للعقد ،كثيرا ما يكون ذلك في عقود الالتزام للمرافق العامة مثل عقود الامتياز كزيادة الرسوم.

وقد يلجأ إلى القاضي الإداري من أجل الحصول على التعويض نتيجة الظروف الطارئة وهذا تطبيقا للنظرية متى توفرت شروطها.

وقد يلجأ المتعامل المتعاقد إلى التوقف عن أداء الالتزامات أو التوقف على انجاز الصفقة وهنا من حق الإدارة فرض عقوبات مالية ردعية لإجباره على الوفاء.

فقد يحدث في بعض الأحيان استحالة عودة التوازن المالي للصفقة وهنا في مثل هذه الحالة يتعذر على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزامات العقدية إلا بمساعدة دائمة من الإدارة وهنا تدخل مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه لإعطاء حل لهذه الحالة في قضية " تشير بورق" وذلك نتيجة " ..... نظرا للطبيعة المؤقتة للفترة فإنه لا يمكن أن تكون فترة الظروف الطارئة دائمة حيث إذا تبين أن اختلال التوازن المالي للعقد قد أصبح نهائيا، فلا تطبق أحكام نظرية الظروف الطارئة، والإدارة غير ملزمة بتعويض المتعاقد معها وعلى طرفي العقد محاولة التفاهم أو الاتفاق الودي على إعادة النظر في شروط العقد بما يكفل له الاستمرار فإذا لم يتوصل الطرفان إلى حل فلا مناص من الحكم بفسخ العقد بناءا على طلب الإدارة أو المتعاقد معها وقد يرافق الحكم التعويض لصالح احد الطرفين....." [1]

[1] صدراتي صدراتي، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 127

المبحث الرابع:نتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

من خلال دراسة الاختلال التوازن المالي للصفقة العمومية للعقد نصل إلى النتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة وهذا ما سنقوم بعرضه في المبحث الرابع الذي قسمناه إلى ثلاث المطالب حيث يشمل المطلب الأول إلى التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة و المطلب الثاني يحتوي على حقوق أو حق المتعاقد في الحصول المعونة من الإدارة أما بالنسبة للمطلب الثالث خصصناه إلى إعادة التوازن المالي للصفقة.

المطلب الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة.

إن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعا و لو لم ينص عليها العقد ومن القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية ، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصيا و بنفسه ، فلا يجوز له أن يحل محل غيره فيها ، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بالموافقة من الإدارة ، فإذا حصل التنازل عن تنفيذ العقد الإداري للصفقة بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلا بطلانا مطلق لأنه يتعلق بالنظام العام ، و لقد تم تقسيم هذا المطلب إلى أربعة فروع الفرع الأول يشمل مضمون الالتزام و الفرع الثاني يحتوي عقوبات عدم الاستمرار في تنفيذ الصفقة أما بالنسبة الفرع الثالث يتضمن على أساس الالتزام المتعاقد مع جهة الإدارية في تنفيذ الصفقة و في الفرع الرابع يوضح حكم استحالة نهاية الظروف الطارئة.

الفرع الأول: مضمون الالتزام.

يلتزم المتعاقد الذي أصابته خسارة فادحة من جراء وقوع الظروف الطارئة غير المتوقع والذي لا دخل لإرادته فيه أن يستمر في تنفيذ التزاماته التعاقدية وبالتالي لا يعفى من تنفيذ التزاماته، وذلك لأن الظرف الطارئ لا يجعل تنفيذ الصفقة مستحيلا ولكن يبقى الالتزام ممكنا حتى ولو كان مرهقا للمتعاقد. [1]

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه " ليس مؤدى نظرية الظروف الطارئة بعد توافر شروطها أن يمتنع المتعاقد فورا عن تنفيذ التزاماته الواردة في دفتر الشروط وله أن يدعو الإدارة المتعاقدة معها لمشاركته في تحمل

[1] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر، 1977، ص 689

نصيب من الخسارة التي حاقت به نتيجة تنفيذ العقد في ظل الظروف الطارئة فإذا رفضت جهة الإدارة يلجا المتعاقد معها الى القضاء فيقتصر دور القاضي هنا في تقرير التعويض المناسب[1]

والتزام المتعاقدين أداء التزاماته أمر منطقي حيث أن تقدير توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة أمر يستقل به قاضي العقد وبالتالي لا يحق للمتعاقد مع جهة الإدارة الامتناع عن تنفيذ العقد بحجة أن الظروف الاستثنائية التي وقعت تستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك لأنه قد ينتهي الأمر في النهاية برفض التعويض لعدم توافر شروط تطبيق النظرية.

الفرع الثاني: جزاء عدم الاستمرار في تنفيذ الصفقة.

إذا توقف المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الصفقة في حالة توفر شروط الظروف الطارئة فإن ذلك يعد خطأ عقديا يعطي جهة الإدارة الحق في توقيع الجزاءات المناسبة على المتعاقد بالإضافة إلى ذلك فإن امتناعه هذا يقلل من نسبة التعويض التي يمكن أن تحصل عليها، والجدير بالذكر أن الجزاء هنا يقتصر في الغالب على توقيع الغرامات التأطير على المتعاقد دون أن يصل الأمر إلى الامتناع عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة كجزء لعدم الاستمرار في تنفيذ الصفقة.

الفرع الثالث: أساس التزام المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ الصفقة

ان فكرة المرفق العام ومقتضيات سيره بانتظام وباضطراد، مما يستلزم بذل أقصى الجهد من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية والتي تتمثل في المقام الأول يتحقق النفع العام للمستفيدين من خدمات المرفق العام، وذلك باعتبار أن ذلك هو الغاية التي من أجلها خلقت نظرية الظروف الطارئة وهكذا يمكن القول بأن العقد الإداري او الصفقة العمومية ما هو إلا وسيلة من وسائل الإدارة لضمان سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد. [2]

الفرع الرابع: حكم استحالة انتهاء الظرف الطارئ. [3]

إن الغاية الأساسية من إقرار نظرية الظروف الطارئة تتمثل في محاولة المتعاقد مع جهة الإدارة في تخطي الظروف الطارئة الاستثنائية المؤقتة وذلك من أجل الاستمرار في تنفيذ العقد ولكن على الرغم من أن من المفترض

---

(1) حكم المحكمة الإدارية العليا 1985/11/30 رقم 2541 لسنة 29 ق عليا

(2) محمد أبو بكر عبد الصبور، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الأزمة المالية العالمية، ص 35

(3) سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص 4-7 وما بعدها.

أن تكون تلك الظروف المؤقتة، ولكن أحيانا يتحول الظرف الطارئ في مرحلة لا حقة إلى قوة قاهرة يستحيل مهما مواصلة تنفيذ الصفقة، كما يستحيل معه إعادة التوازن المالي للصفقة، بحيث لا يستطيع المتعاقد أن يستمر في تنفيذ التزاماته العقدية إلا بمحاولة الإدارة له بصفة دائمة ففي مثل هذه الحالة يحق لطرفي العقد أن يطلبا من القاضي فسخ العقد إذا أخفق الطرفان في إعادة النظر في شروط العقد بالوصول إلى اتفاق يعيد الحياة للعقد.

المطلب الثاني: حق المتعاقدين في الحصول على التعويض

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة والمتعاقد الذي اختلت اقتصاديات عقده الحق في الحصول على معاونة الإدارة لتمكينه من الوفاء بالتزاماته وانجاز ما طلب منه من خدمات أو أشغال وإن هذا الحق في التعويض الجزئي قد استمر من عدة أسس ولهذا قسمنا هذا المطلب إلى فرعين فرع يتضمن النية المشتركة لأطراف و الفرع الثاني يشمل النقد الفقهي عن النية المشتركة للمتعاقدين:

الفرع الأول: النية المشتركة لأطراف العقد.

فقد ذهب جانب من الفقه إلى تأسيس التعويض على النية المشتركة لطرفي العقد حيث يذهب أنصار هذا الرأي إلى القول " أنه لوأ الأطراف المتعاقدة كانوا قد توقعوا الأزمة المستجدة ونتائجها ليضمنوا العقد شرطا يسمح للمتعاقد بالحصول على مزايا مالية تبعا لذلك وأما إذا لم ينص هذا الشرط في العقد فمن العدالة الرجوع إلى سكوت النص طالما أن الأزمة قد خلقت حالة خارجة عن شروط الصفقة أي وظيفة لم يعطي لها عقد الصفقة حلا قط، وذلك للوصول إلى نتيجة عادلة يهدف ضمان التوازن المالي للعقد فيم تغير الظروف وعلى القاضي العام التعريف على هذا الأساس لممارسة ضغط على الإدارة لتعيد التفاوض مع المتعاقد معها.

وهذا الوضع يؤدي إلى التخلي عن مبدأ القوة الإلزامية للعقود وإدخال عنصر المخاطر من الالتزام نفسه ومن ثم فالالتزامات التعاقدية تتميز بتغير الظروف. [1]

الفرع الثاني:نقد الفقهاء

وقد انتقد الفقه هذا الرأي وذلك لأن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين أمر دقيق وصعب جدا على القاضي حيث أن ذلك يتطلب أن يعود القاضي إلى تاريخ إبرام العقد وربما يكون قد أبرم منذ فترة طويلة وإضافة لذلك فإنه يمكن أن تكون النية المشتركة للمتعاقدين قد انصرفت إلى استبعاد تطبيق النظرية صراحة أو ضمنا وعلى

[1] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر، 1977، ص 697

الرغم من ذلك يتم تطبيق النظرية وذلك لتعلق أحكامها بالنظام العام، فعلى الإدارة أن تسارع إلى مد يد العون للمتعاقد معها لكي يتغلب على تخطي تلك الظروف الطارئة. [1]

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية المصرية بأنه"... مؤدى تطبيق هذه النظرية، بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في احتمال نصيب من الخسارة التي ألحقت به طوال فترة الظرف الطارئ وذلك ضمانا لتنفيذ العقد الإداري واستدامة سير المرفق العام الذي يخدمه[2]

والواقع أن فكرة استدامة المرافق العامة بانتظام وباضطراد لا تكفي لوحدها كأساس لتعويض المتعاقدين عن دفاع الظروف الطارئة وخاصة في الحالات التي يستحق فيها المتعاقد التعويض على الرغم من فسخ العقد وانتمائه ولذا فإننا نرى أن أساس التعويض هنا يكون أساس مزدوج يتمثل في ضرورة سير المرفق العام بانتظام وباضطراد وقواعد العدالة وهذا الأساس يفسر التزام جهة الإدارة بتعويض المتعاقد معها على الرغم من عدم وقوع خطأ منها.

المطلب الثالث: إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية.

إن عودة التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية مرتبطة أساسا بنهاية الظروف الطارئة التي تتسبب في اختلاله فنظرية الظروف الطارئة تفترض تعرض المتعاقد مع الإدارة لظروف مؤقتة مصيرها الزوال وعلى ذلك فإن النظرية تستهدف تمكين المتعاقد من التغلب على هذه الظروف حتى تعود الحالة الطبيعية التي أبرم فيها عقد الصفقة.

فقضاء مجلس الدولة الفرنسي يرد عودة هذا التوازن إما إلى زوال الظروف الطارئة سواء الطبيعية آو الاقتصادية التي كانت سبب في إرهاق المتعاقد كعودة الأسعار إلى مستواها الطبيعي.....الخ أو بناء على اتفاق الطرفين على إعادة النظر في شروط الصفقة بما يكفل إعادة التوازن المالي للعقد. وكثيرا ما تلجأ الإدارة إلى هذا الحل عن عقود التزام المرافق العامة مثلا فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها المتعاقد من المنتفعين بها لتحقيق التوازن المالي. [3]

(1)محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة رسالة دكتورا، جامعة القاهرة 1975، ص 223

(2)أحكام المحكمة الإدارية المصرية الموقع الالكترونيhttp//ar.jurispedia.org.

(3)المادة 07 من القانون المدني الجزائري الصادر 1975

وكخلاصة للفصل الثاني ثم التعرض إلى كيفية حصول المتعاقد على حقوقه من قبل الإدارة كحق المتعاقد في حصوله على إعادة التوازن المالي للعقد و سلطة القاضي الإداري في مواجهة الظرف الطارئ من خلال تحديد تقديرات درجة التعويض و اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية فالتوازن المالي يمثل مكانة بارزة في النظرية العامة في العقد الإداري، و أن القاضي الإداري لا يملك تعديل نصوص العقد ، ومن ثم تنحصر سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة في حكم التعويض .

و قد يلجأ المتعامل المتعاقد إلى التوقف عن أداء الالتزامات أو التوقف على انجاز الصفقة وهنا من حق الإدارة فرض عقوبات مالية ردعية لإجباره على الوفاء.

الخاتمة

خاتمة:

يتضح من خلال البحث في أثر نظرية الظروف الطارئة على مدى مشروعية العقود الإدارية بأن النظرية تمثل استثناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، وأنها قد شقت طريقها وبدأت في الظهور في عدد من التشريعات المدنية الحديثة لعدد من الدول بعد أن تردد صدامها في إرادة وبحوث الفقهاء عبر مراحل تاريخية متعاقبة كما وجدت نصيبا لها في التطبيقات قضائية.

تظهر أهمية نظرية الظروف الطارئة ومعالجتها العادلة في إعادة التوازن المالي بين طرف العقد بما ينعكس إيجابيا على المعاملات الاقتصادية والتجارية حيث يشعر المتعاقد بالطمأنينة أثناء التعاقد أو خلال تنفيذ العقود.

و يشترط لتطبيق هذه النظرية عدة شروط من أهمها أن يكون هنالك ظرف طارئ خارج عن إرادة المتعاقد مع الإدارة وأن يحدث هذا الظرف انقلابا في التوازن المالي للعقد.

كذلك هنالك نظريات أخرى تتشابه مع نظرية الظروف الطارئة ولكنها تختلف في الشروط اللازمة حتى تكون هذه النظريات واجبة التطبيق، ومن هذه النظريات نظرية عمل الأمير ونظرية الضرورة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية الاستحالة القهرية.

وعند توافر شروط نظرية الظروف الطارئة فإنها تلقى التزامات على كل من الإدارة المتعاقدة معها، تتمثل هذه الالتزامات في مطالبة الإدارة بالتعويض عن الخسارة التي لحقت بالمتعاقد معها والاستمرار في تنفيذ العقد الإداري المبرم بينهما .

أن نظرية الظروف الطارئة تعطي استثناء للعقد شرعية المتعاقدين مما يجعل المتعاقد يتحمس في التعاقد مع الإدارة دون الخوف من تقلبات الظروف الطارئة أثناء مرحلة تنفيذ الصفقة ونظرا للأثر الذي تخلفه الظروف الطارئة على العقود المتراخية التنفيذ فإن دور هذه النظرية فعالا جدا في الحفاظ على الحقوق وخاصة حق التوازن المالي للعقد فهي سبب في إعادة التوازن المالي للعقد عن طريق حق المطالبة بالتعويض عن الأضرار الاقتصادية التي تصيب المتعامل المتعاقد مع الإدارة.

ونخلص من هذه الدراسة إلى النتائج والتوصيات التالية:

أ/ النتائج:

1) إن الشريعة الإسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في نظرية الظروف الطارئة.
2) لم يوضح القانون المدني الجزائري على أمثلة تطبيقية للحوادث تاركا المجال في ذلك للفقه والقضاء لأن الحوادث التي تطرأ بعد العقد ويجعله مرهقا للمدين في التنفيذ لا يمكن حصرها.
3) لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون نشأة الحادث الفجائي الذي وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين وليس مرهقا فقط، بحيث يهدده بخسارة فادحة.
4) ليس للقاضي أن يعدل من شروط العقد الإداري بنفسه لإعادة التوازن المالي إليه، وكل ما يستطيع في هذا الشأن هو أن يدعو طرفيه إلى التفاوض لإجراء مثل هذا التعديل أو إضافة بنود أخرى للعقد تتوافق مع إرادتها.
5) أساس تطبيق نظرية الظروف الطارئة هو أساس مزدوج بين فكرة استدامة سير المرافق العامة وقواعد العدالة إذ تواجه قواعد العدالة الحالات التي يثار فيها الشك حور الدور الذي تؤديه فكرة استدامة سير المرافق العامة.
6) -إن نظرية الظروف الطارئة تطبق في الحالات التي يكون فيها تنفيذ الالتزام مرهقا بالمدين، ويكون الجزاء هو رد ذلك الالتزام إلى الحد المعقول وتوزيع الخسارة على الطرفين أما إذا استحال التنفيذ فالأمر يتعلق بنظرية أخرى هي نظرية القوة القاهرة التي تختلف أحكامها عن أحكام نظرية الظروف الطارئة، فالجزاء فيها فسخ العقد وانقضاء الالتزام.
7) إن المشرع حينما قرر منح القاضي سلطة تعديل العقد في حالات استثنائية خروجا عن المبدأ العام العقد شريعة المتعاقدين ومنها سلطة التدخل في تعديل العقد في حالة الظروف الطارئة، كان يميل إلى تقييد هذه السلطة وحصرها بصورة جعلها قاصرة من ناحية على تحقيق الشروط التي تطلبها في نص م 608 ف 3 ق م ج، ومن ناحية أخرى تحقيق التوازن بين الالتزامات المتقابلة في العقد ومنع الضرر بأحد أطرافه.
8) سلطة القاضي في تعديل العقد من حيث المبدأ هي إحدى الوسائل التي تتفق عليه القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، حيث أن الأساس الذي تقوم عليه هذه السلطة فيها جميعا هي العدالة.
9) من المؤكد أن المشرع بتقريره لنظرية الظروف الطارئة، قد راعى مصلحة الطرف الضعيف في العالقة التعاقدية، دون أن يهمل مصلحة المتعاقد الأخر، ويتجلى ذلك أساسا من خلال سلب فسخ العقد عن القاضي استنادا لهذا، لأن الحادث الاستثنائي ميزته الأساسية أنه حادث عام، والحادث العام من باب العدالة يتحمل تبعته

الجميع، أي كلا المتعاقدين وليس أحدهما دون الأخر، ومنح القاضي فقط سلطة تعديل العقد وهذا برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

10) إن الدائن غير ملزم بقبول الالتزام، لاسيما إذا أفضى التعديل بزيادة التزامه، فله أن يقبل التعديل أو يطلب فسخ العقد دون أن يسأل عن أي تعويض، وهذا الأمر مقبول منه دون توقف على رضا المدين.

11) اعتبر القانون المدني الجزائري نظرية الظروف الطارئة من النظام العام وهو بذلك لم يختلف عن القوانين المدنية العربية في هذا الخصوص، حيث لا يجوز الاتفاق على ما يخالف الا يقع الاتفاق باطلا .حكم النظرية و الا يقع الاتفاق باطلا.

ب/ التوصيات:

1) إدراج المشرع لنص م 3/608 كفقرة ثانية للمادة 601 ق.م.ج المتعلقة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين التي تمثل القلب النابض للقوة الملزمة للعقد، لتكون استثناءا على هذا المبدأ، فرغم تنبيه العديد من رجال القانون لهذه المسألة رغم التعديلات التي طرأت على نص القانون المدني، إلا أن المشرع الجزائري لم يستدرك هذا الأمر، وفي المقابل نص المشرع المصري على نظرية الظروف الطارئة كاستثناء عن مبدأ القوة الملزمة للعقد المكرس في الفقرة الثانية من م 648من القانون المدني المصري وهو المنطق السليم..

2) مراجعة وتعديل شرط العمومية الوارد في م 608 ف 3 ق.م.ج، ليترك المجال للقاضي بعمل سلطته التقديرية ويكيف كل حالة على حدة، فينقص الالتزام أو يزيد فيه، أو يوقف تنفيذه إلى حين زوال الظرف الطارئ بما يحقق العدل ويعيد التوازن العقدي إلى نصابه.

3) إدراج نص تشريعي في القانون العامة رقم 87 لسنة 2004 ، آو نص لائحي ضمن تعليمات تنفيذ القانون آو الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية التي تصدر عن وزارة التخطيط يتضمن إقرار حق الإدارة المتعاقدة في طلب التعويض من الإدارة المتعاقدة الأخرى عن تطبيق نظرية الظروف وحقها في طلب هذا التعويض من الأفراد المتعاقدين معها في حالة توفر شروط نظرية الظروف الطارئة .

4)- إن السلطة الإدارة العامة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة قبل إتمام العقد نهائيا ،دون أن يصدر الخطأ من جانب المتعاقد،حق خطير ، و تكاد لا تجد له وجودا في مجال علاقات القانون الخاص ، اللهم إلا اتفق المتعاقدين على ذلك أو أباحه القانون بنص صريح . فهذا الامتياز له خطورة الكبيرة على حقوق المتعاقد خاصة إذا كان قرار الإدارة غير مبرر و متعسف ، فلا يجوز أن تكون الأسباب العقدية و الشخصية و المهنية سببا في إنهاء التعاقد ، فلا بد أن يراعي لمبدأ المشروعية ، كما أن يكون الغاية يشترط من هذا الإجراء تحقيق المصلحة العامة، كزوال الغرض الذي ابرم العقد من اجل تحقيقه ، أو إعادة تنظيم المرفق العام بما يتلائم مع التطورات العلمية الحديثة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المراجع: .

1- أحمد حشمت أبو ستيت، **نظرية الالتزام في القانون المدني** الجديد 1954 .

2 - إحسان ستار خضير، **نظرية الظروف الطارئة و أثرها اختلال التوازن الاقتصادي في تنفيذ العقود** ، الصف الأول من صفوف القضاء سنة 1997 .

3-بلحاج العربي، النظرية **في القانون المدني الجزائري، الجزء** الأول، التصرف القانوني العقد و الإرادة المنفردة ، ديون المطبوعات الجامعية الساحة مركزية، بن عكنون الجزائر رقم نشر4032. 402،2007.

4-خالد عبد المفتاح محمد، الشامل في العقود الإدارية.

5. سمير عثمان يوسف، **نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن المالي للعقد الإداري**،منشورات الجلبي الحقوقية، الطبعة 2009 ،بيروت لبنان.

6. سليمان الطماوي، **الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة** ، دار الفكر العربي، 94 شارع عباس العقاد، مدينة نصر القاهرة ، سنة 2005.

7. سمير السيد تناغو ،**العقد الإرادة المنفرة، العمل غير مشروع الإثراء بلا سبب** القانون مصدران جديدان للالتزام منشاة المعارف ، الإسكندرية، مصر

8. سعيد السيد علي، **نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية و الشريعة الإسلامية** ، دراسة مقارنة دار الكتاب الحديث الإسكندرية مصر 2006

9- عبد المجيد محمد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة ، جامعة عين الشمس، القاهرة 1974.

.

10. علي سليمان، **نظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، ط8، سنة 2008 الساحة المركزية، بن عكنون، الجزائر.

11- عبد السلام الترمانيني، **نظرية الظروف الطارئة** ،بيروت 1971

12. علي علي سليمان، **النظرية الالتزام مصادر الالتزام في القانون الجزائري** ديوان ،المطبوعات جامعية الطبعة الثامنة2008 ،الساحة المركزية ، بن عكنون الجزائر ، رقم النشر4023،172 ، رقم الإيداع، 1144 ،2003

.

13- عزيزة الشريف: **دراسة في نظرية العقد الإداري**، دار النهضة العربية، القاهرة 1981

14 ماجد راغب حلو، **العقود الإدارية**، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية دار جامعة جديدة2010

15. محمد محي الدين، **نظرية الظروف الطارئة و أثرها في التوازن للعقد المالي. بين القانون المدني و الفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة، دار المطبوعات جامعية الإسكندرية، مصر2007

16. محمد الرحيم عنبر ،**الوجيز في نظرية الظروف الطارئة** ، دار زهران، الأزهر، مصر دون سنة النشر.

17. محمد رشيد قباني ، **نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي** ، بحث منشور ، مجلة المجمع الفقه الإسلامي، عن منظمة المؤتمر الإسلامي بجدة السنة الثانية ،العدد الثاني.

2007

18. محمد الصبري السعدي، **الواضح في شرح المدني، نظرية الالتزامات، مصادر والعقد والإرادة المنفردة**، دراسة المقارنة في القوانين العربية، دار الهدى و النشر عين ميلة جزائر ط1 ،2009

19- محمد محي الدين إبراهيم سليم، **نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي**، دراسة مقارنة،دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007

20- محمد البصري السعدي، **الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات**، مصادر العقد و الإرادة المنفردة دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى للطباعة والنشر ، عين مليلة ، الجزائر،ط4،

21- د/ محمد معبد حسن أمين، **الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري**، دراسة مقارنة أطروحة دكتورة مقدمة كلية الحقوق جامعة عين الشمس، القاهرة 1974،

المذكرات الرسائل الجامعية

1-جميلة بولحية ، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، رسالة الماجستير، معهد الحقوق بن عكنون، الجزائر، سنة 1983.

2-رياضي عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري ،دراسة مقارنة ،أطروحة مقدمة من إلى الكلية حقوق، جامعة عين شمس.

3-سناء جميل إبراهيم ثابت ،أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين، مذكرة ماجستير في القانون العام ،كلية حقوق جامعة الأزهر، غزة فلسطين، 2010.

4-طاهر طالب التكميجي، حماية المصالح المتعاقد المشروعية في العقود الإدارية، دراسة مقارنة، أطروحة الدكتوراه مقدمة الى الكلية الحقوق ،جامعة عين الشمس .

5-هبة محمود الذيب ،أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، مذكرة الماجستير في العقود المدنية، كلية الحقوق جامعة الأزهر غزة، 2012.

❖ 2 . الاحكام القضائية و المجلات:

1. الاحكام القضائية:

أ- حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 30 مارس 1916 بشان قضية الإنارة مدينة بوردو .

ب- حكم المجلس الصادر في 29 يونيو سنة 1945 في قضية Vilte de Bressuireالمجموعة

2. المجلات:

أ- مجلة علمية محكمة تصدرها كلية الحقوق جامعة النهرين المجلد 9 \العدد 18 السنة : ذي الحجة . 1428هـ/ كانون الاول . .2006.

ب- مجلة القانون المقارن ، العدد الثاني 1968

فهرس الموضوعات

الفهرس الموضوعات

-الاهداء

-التشكرات

-الملخص

-مقدمة..... أ

- الفصل الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة.....**5**

- المبحث الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة.....**6**

- المطلب الأول : التعريف بنظرية الظروف الطارئة **6**

-الفرع الأول: التعريف الفقهي.....**7**

_ الفرع الثاني:التعريف القضائي.....**7**

_ الفرع الثالث : التعريف اللغوي لنظرية الظروف الطارئة.....8

_ الفرع الرابع:التعريف الفقهاء لنظرية الظروف الطارئة.....9

- المطلب الثاني : التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة..... .....**10**

_ الفرع الأول : نظرية الظروف الطارئة في الشرائع القديمة..... **10**

_ الفرع الثاني: نظرية الظروف الطارئة في التشريعات الحديثة.....**13**

-المطلب الثالث: شروط قيام الظرف الطارئ.....**18**

_ الفرع الأول: أن يكون العقد متراخيا في تنفيذه.....**18**

_الفرع الثاني : أن تطرأ ظروف استثنائية عامة ومنافية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ويتضمن هذا الشروط.....18

_الفرع الثالث: أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين و ليس مستحيلا.....19

_ الفرع الرابع:إصابة المتعاقد بخسارة فادحة تقلب التوازن المالي للعقد.....20

– المبحث الثاني: مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....22

– المطلب الأول: مجال التطبيقي الموضوعي لنظرية الظروف الطارئة.....22

– المطلب الثاني: مجال تطبيق الشخصي أو الذاتي لنظرية الظروف الطارئة.....23

_ الفرع الأول: مجال التطبيق الشخصي أو الذاتي في حالة تغيير المتعاقد الأصلي..... **23**

_ الفرع الثاني: مجال التطبيق الشخصي أو الذاتي في العقود المبرمة بين الأشخاص المعنوية.....25

– المبحث الثالث: الأساس القانون لنظرية الظروف الطارئة.....26

– المطلب الأول: السبب كأساس للنظرية.....26

– المطلب الثاني: القوة القاهرة كأساس لنظرية الظروف الطارئة.....26

– المطلب الثالث: مبدأ التعسف في استعمال الحق كأساس للنظرية.....27

– المبحث الرابع: الآثار المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة 28

–المطلب الأول: بقاء التزامات المتعاقد 28

_ الفرع الأول: تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة 28

_ الفرع الثاني: مواصلة المتعاقد في تنفيذ التزاماته. 29

-المطلب الثاني: حق المتعاقد في الحصول على مساعدة الإدارة.....29

_ الفرع الأول : سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة. 29

.الفرع الثاني: أساس التعويض و نطاقه..... 30

- المطلب الثالث: زوال الظرف الطارئ.....31

_ الفرع الأول:سبب الظروف الطبيعية. 31

_ الفرع الثاني: دفع التعويض..... 31

-المطلب الرابع: أحكام استناد إلى نظرية الظرف الطارئ.....32

-الفرع الأول: أوضاع التمسك بالنظرية. 32

_ الفرع الثاني: الاتفاقيات بخصوص الظروف الطارئة 33

- الفصل الثاني: أثر الظرف الطارئ في تنفيذ العقد الإداري.....36

-المبحث الأول: حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد.....37

-المطلب الأول: المخاطر الإدارية.....38

_ الفرع الأول: شروط نظرية عمل الأمير.....39

_ الفرع الثاني: الآثار التي تترتب على فعل الأمير..... 39

- المطلب الثاني: المخاطر الاقتصادية.....40

_ الفرع الأول: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة..... 40

_ الفرع الثاني: بعض التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة في العراق..... 41

_ الفرع الثالث: التعويض في إطار النقاط على التوازن المالي للعقد الإداري.....43

- المبحث الثاني: سلطات القاضي في مواجهة الظروف الطارئة.....45

– المطلب الأول: سلطات القاضي المدني في مواجهة الظروف الطارئة.....45

_ الفرع الأول: التشريع في مصر.....45

_ الفرع الثاني :في التشريع الجزائري.....46

– المطلب الثاني: سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة.....46

– المبحث الثالث: اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية.....48

–المطلب الأول: أسباب اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية.....48

_الفرع الاول: الرأي الأول..... 48

_ الفرع الثاني: الرأي الثاني.....49

_ الفرع الثالث: التوازن المالي للعقد.....49

– المطلب الثاني: أثر تغير الظروف على التوازن المالي لعقد الصفقة العمومية..50

–المطلب الثالث: أثار اختلال التوازن المالي للصفقة العمومية.....51

– المبحث الرابع:نتائج تطبيق نظرية الظروف الطارئة.....52

– المطلب الأول: التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ الصفقة.....52

_ الفرع الاول: مضمون الالتزام.....52

_ الفرع الثاني: جزاء عدم الاستمرار في تنفيذ الصفقة.....53

_ الفرع الثالث: أساس التزام المتعاقد مع جهة الإدارة في تنفيذ الصفقة.....53

_ الفرع الرابع: حكم استحالة انتهاء الظرف الطارئ.....53

– المطلب الثاني: حق المتعاقدين في الحصول على التعويض.....54

_الفرع الاول: النية المشتركة لأطراف العقد.....54

_ الفرع الثاني:نقد الفقهاء للالتزام.....54

– المطلب الثالث: إعادة التوازن المالي للصفقة العمومية.....55

–خاتمة.....57.

–المصادر و المراجع.....61

الفهرس.