

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

دكتور / علي سليمان الطماوي

دكتورة القانون العام

كلية الحقوق-جامعة القاهرة

أستاذ القانون العام و التحكيم الدولي المساعد

أمين عام لجنة الخطط الدراسية وتطوير المناهج

الجامعة السعودية الإلكترونية

محكم دولي

المستخلص

قد تطرأ أحداث استثنائية لم تكن متوقعة من قبل الأطراف المتعاقدة في وقت إبرام العقد؛ تؤدي إلى مشقة كبيرة في

التنفيذ، و أحيانا أخرى تؤدي إلى استحالة مطلقة في الحفاظ على استدامة تنفيذ الإلتزامات العقدية، وآخرها جائحة

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

كورونا و يبدو جليا ما لحق العالم بأسره من أضرار في جميع القطاعات بصفة عامة، و القطاع الاقتصادي بصفة خاصة؛ فأصبح من المستحيل الوفاء بعدد لا حصر له من الإلتزامات المتفق عليها قبل جائحة كورونا، مما يزيد من إحتمال إعتبارها حالة قوة قاهرة، مما سيسمح بعدم الإمتثال لهذه الإلتزامات.

وفي العقود الإدارية، لا يختلف الوضع كثيرا عما نلاحظه اليوم في الاتفاقات الخاصة، حيث أن كل من المتعاقد وجهة الإدارة يعانون من آثار جائحة كورونا. وبالرغم من ذلك ففي مجال القانون العام، لا ينبغي النظر إلي القضية بنفس الطريقة كما هو الحال في القانون الخاص.

ومعالجة الموضوع تحتاج إلي إلقاء الضوء على القانون المقارن و التطبيقات القضائية، فضلا عن أحكام الجوائح في الشريعة الإسلامية، للتعرف على الحلول المختلفة لمعالجة تلك المسألة، ومحاولة اقتراح حلول فعالة و عملية تتناسب مع روابط القانون العام، خاصة أحكام تنفيذ العقود الإدارية، و دور فكرة تغير الظروف كسبب لتعديل الإلتزامات لتتكيف مع الظروف الجديدة، ضمنا للحفاظ على استدامة تنفيذ العقود الإدارية، مع عدم الإضرار بمصالح الأطراف المشروعة. و دراسة مقارنة لمدى إمكانية تطبيق أحكام نظرية القوة القاهرة الإدارية على جائحة كورونا، وبيان كيفية الاستعانة بأحكامها بعد إنتهاء الجائحة.

Abstract:

Exceptional events may occur that were not foreseen by the contracting parties at the time the contract was concluded, was concluded it leads to great hardship in implementation, and sometimes it leads to the impossibility of maintaining the sustainability of the implementation of contractual obligations. The latest of which is the Corona pandemic. It seems clear that the whole world has suffered damages in all sectors in general, and the economic sector in particular. It has become impossible to fulfill an infinite number of obligations agreed upon before the Corona pandemic, which increases the possibility of it being considered a case of force majeure, which will allow non-compliance with these obligations.

In administrative contracts, the situation is not much different from what we observe today in private agreements, as both the contractor and the management side suffer from the effects of the Corona pandemic. Despite this, in the field of public law, the issue should not be viewed in the same way as it in private law.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

Addressing the issue needs to shed light on comparative law and judicial applications, as well as the provisions of pandemics in Islamic law, to identify the different solutions to address this issue, and try to propose effective and practical solutions commensurate with the links of public law, especially the provisions of the implementation of administrative contracts, and the role of the idea Changing circumstances as a reason for amending obligations to adapt to new circumstances, in order to ensure the sustainability of the implementation of administrative contracts, without harming the legitimate interests of the parties. And an approach study of the extent to which the provisions of the administrative force majeure theory can be applied to the Corona pandemic, and explain how to use its provisions after its completion.

Keywords: administrative contracts, Corona pandemic, the theory of necessity, the theory of emergency conditions, the theory of force majeure, the idea of changing circumstances, the theory of administrative majeure.

مقدمة:

من المقرر أن العقود الإدارية، لها نظاماً قانونياً خاصاً؛ لكونها تؤدي دوراً مهماً في تسيير المرافق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر، كما تفي الدولة بإحتياجات المواطنين، وتنفيذ مشروعات البنية الأساسية. وترجع علة وجود نظام قانوني خاص لها؛ إلى هدف المصلحة العامة التي تسعى الإدارة دائماً إلى تحقيقه من نشاطها. فنظرية العقد الإداري تستهدف تحقيق أغراض محددة هي: إنجاز أهداف الإدارة في أسرع وقت ممكن، وبأقل تكلفة ممكنة، وعلى أفضل نحو ممكن. لهذا فإن النظرية أفسحت مجالاً واسعاً للمنافسة الحرة، وللتعاون البناء بين الإدارة و المتعاقد⁽¹⁾.

وتعد مرحلة تنفيذ العقود الإدارية *exécution des contrats administratifs* من أهم وأدق مراحل الوفاء بالإلتزامات العقدية، والتي تحكمها مجموعة من المبادئ، تلتزم بمقتضاها جهة الإدارة والمتعاقد معها بإحترامها عند تنفيذ التزاماتها العقدية. ومن هذه المبادئ: العقد شريعة المتعاقدين، وتنفيذ الإلتزامات بحسن نية، وعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ، وتسليمه لمحل الإلتزام في المواعيد المحددة، وعلى المتعاقد أن يلتزم بتحقيق الغاية التي استهدفها

(¹) يراجع في هذا الشأن كل من:

أستاذنا الفقيه الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991، ص 15 وما بعدها؛ د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر، 1994، ص 11 وما بعدها؛ د. فتحي فكري: محاضرات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر، 1994، ص 6 وما بعدها؛ د. علي سليمان الطماوي: التحكيم في العقود الإدارية بين انظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية بمصر، 2017، ص 221 وما بعدها. ويمكن تعريف العقد الإداري بأنه: «ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام». يراجع في شأن تعريف العقد الإداري، الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، سابق الإشارة، ص 59.

(ch.)Guettier: Droit des contrats administratifs, PUF, 2e éd., 2008, p.26 etS.; Yves Gaudemet: Pour une nouvelle théorie general du droit des contrats administratifs: mesurer les difficultés d'une entreprise necessaire, Reuve du droit public, Mars-Avril 2010, N°2, LGDJ, p.314 etS.; (F.) Brenet: La théorie du contrat administratif : Evolutions récentes, AJDA, 2003, p.919 etS. Sébastien Hourson et Philippe Yolka, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2e éd. 2020, p.105 et s.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

التعاقد، وهو حسب ما اتجه إليه بعض الفقه⁽¹⁾ إلّزام بتحقيق غاية، وليس مجرد بذل عناية. بيد أنه قد تحدث ظروف وملايسات استثنائية (الظروف الطارئة)، تصاحب تنفيذ العقد الإداري قد تجعل تنفيذه أمراً عسيراً مجافياً للعدالة، أو مستحيلاً في حالات أخرى، تطبيقاً لنظرية القوة القاهرة و. القوة القاهرة (la force majeure)، هي: "حدث غير متوقع وغير ممكن دفعه، ومستقل عن إرادة المدين، يطرأ بعد إبرام العقد، ويجعل تنفيذ إلّزام المدين مستحيلاً"⁽²⁾.

أما نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة (La théorie de l'imprévision)، فمؤداها: "أن تطراً بعد إبرام العقد، وقبل تمام تنفيذه، نوازل أو أحداث عامة، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها، ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ إلّزام- إن ظل ممكناً- شديداً الإرهاق بالمدين، بحيث يتهدده بخسارة فادحة، فيسوغ للقاضي، بناء على طلب هذا المدين، وبعد الموازنة بين مصلحته ومصلحة غريمه، أن يرد إلّزامه إلى الحد المعقول الذي يرفع عنه الحرج البالغ والعنت الشديد"⁽³⁾.

ولما كانت الجائحة العامة لفيروس كورونا- كوفيد-19، اجتاحت العالم بأسره، إنطلاقاً من مدينة ووهان الصينية شرقاً، حتى وصلت أقصى الغرب وعمق البحار في زمن قياسي، ابتداءً من ديسمبر 2019، مما أدى إلى إعلان

(2) يراجع حول هذا الشأن كل من: د. هارون عبدالعزيز الجمل: النظام القانوني للجزاءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، 1979، ص 372؛ د. عبدالعزيز خليفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، منشأة المعارف، 2014، ص 255؛ د. حمدي محمد العجمي: المرجع في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية مقارنة، مركز البحوث والدراسات، معهد الإدارة العامة 1439هـ- 2018 م، ص 257.

د. شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية بمصر 2000، ص 20⁽²⁾

يراجع: د. عبدالفتاح عبدالباقي: موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة⁽³⁾

ومقارنة بالفقه الإسلامي، دار الثقافة العربية بمصر، 1984، ص 540.

منظمة الصحة العالمية في الحادي عشر من مارس 2020، أنها جائحة عالمية⁽¹⁾ *épidémies*. وسارعت غالبية دول العالم، إلى إعلان حالة الطوارئ و فرض حجر صحي على أراضيها، وتوقفت حركة التجارة العالمية، والانتقال فيما بين الدول، بل في محيط الدولة الواحدة، مما أثر على الكثير من الإلتزامات العقدية، حيث توقف تنفيذ العقود-بصفة عامة-والعقود الإدارية بصفة خاصة. مما حدا ببعض الدول إلى إصدار قرارات إدارية باعتبار جائحة كورونا-كوفيد-19، قوة القاهرة، منها على سبيل المثال، قرار وزير الإقتصاد الفرنسي بتاريخ 28 فبراير سنة 2020، باعتبار الأزمة الصحية الناتجة عن الجائحة الحالية، قوة القاهرة، وبالتالي فلن تفرض الدولة غرامات تأخير على المتعاقدين الذين تأخروا في تنفيذ الأعمال التي ارتبطوا بها مع جهة الإدارة⁽²⁾. وفي مصر صدر القانون رقم 173 لسنة 2020 بشأن التجاوز عن مقابل التأخير والضريبة الإضافية والفوائد و ما يمثّلها من الجزاءات المالية غير الجنائية، و بتجديد العمل بالقانون رقم 79 لسنة 2016 في شأن إنهاء المنازعات الضريبية، و قد تم نشره بالجريدة الرسمية بالعدد 33 (مكرر) بتاريخ 16 أغسطس 2020. كما عرضت بعض المنازعات على جهات القضاء في هذا الشأن، فقد ذهبت محكمة استئناف كولمار الفرنسية، بتاريخ 12 مارس سنة 2020، إلى اعتبار جائحة كورونا-كوفيد-19، قوة القاهرة بمناسبة تخلف شخص عن الحضور إلى المحكمة، وقالت: "...فإن هذه الظروف الإستثنائية التي أدت إلى غياب السيد... عن الحضور إلى المحكمة، تشكل قوة القاهرة، كونها خارجية، ولا يمكن التنبؤ بها، ولا مقاومتها..."⁽³⁾ وفي السياق ذاته ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية، بتاريخ 28 يونيو سنة 2020 إلى أن تأجيل الجمعية العمومية لإنتخابات نقابة أطباء الأسنان في ظل

⁽¹⁾ يراجع موقع منظمة الصحة العالمية

<https://www.who.int/ar/news-room/detail/11-12-1441-covid-19-emergency-committee>

و يراجع في تفاصيل و مراحل جائحة كوفيد-19 : " تأثير جائحة كوفيد-19 في قطاعات التعليم و الصحة و الإقتصاد " تأليف : د. محمود عبيد اليوبي، د. عدنان حمزة محمد زاهد، د. محمود نديم نحاس، د. أحمد أبو يريع حجازي، جامعة الملك عبدالعزيز بالسعودية، مركز النشر العلمي، 1443 هـ - 2022 م، ص 19 وما بعدها.

⁽²⁾ " décidé que l'État considérerait dans l'exécution des marchés publics le coronavirus comme un cas de force majeure justifiant des délais et des retards dans l'exécution des contrats sans qu'il n'y ait de pénalités " Source, Publié le 3 mars 2020, Voir: <https://www.economie.gouv.fr>

⁽³⁾ Cour d'appel de Colmar, 6e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098, la cour relève-t-elle que : « ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. G. à l'audience. De plus, le CRA de Geispolheim a indiqué ne pas disposer de matériel permettant d'entendre M. G. dans le cadre d'une visio-conférence, ce dont il résulte qu'une telle solution n'est pas non plus envisageable pour cette Force majeure et épidémie de COVID -19 : une première décision "audience ». obs. Luc Grynbaum : <https://www.leclubdesjuristes.com>, Visit 5/9/2020." vient d'être rendue

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

جائحة كورونا، يشكل قوة القاهرة⁽¹⁾. وأيضاً حكمها في الدعوى رقم 51185 لسنة 74 ق. بجلسة 18 أغسطس 2020 بوقف تنفيذ قرار النقيب العام لاتحاد كتاب مصر الصادر بتاريخ 8 أغسطس 2020 فيما تضمنه من الدعوة لعقد جمعيتين عموميتين للاتحاد بتاريخ 12 أغسطس 2020 و 28 أغسطس 2020⁽²⁾، كما ذهبت

(محكمة القضاء الإداري، الدائرة الثانية، الدعوى رقم 37214 لسنة 74 ق.، جلسة 2020/6/28، (حكم غير¹ منشور)، وقالت المحكمة ما يلي: "...ومن حيث الأثر المترتب على قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 606 لسنة 2020-المشار إليه- هو تأجيل الجمعية العمومية لانتخابات نقابة أطباء الأسنان، التي كان مقرراً إنعقادها يوم 26 مارس 2020، وهذا الأثر نافذا بذاته دون حاجة إلى صدور قرار من النقابة المدعى عليها، وببقي ذلك الأثر إلى حين إلغاء قرار رئيس مجلس الوزراء أو تعديلته، أو زوال الحالة التي صدر استناداً إليها، والتي تمثل الحالة الواقعية التي كانت سبباً لذلك القرار، ومن ثم فإن صدور قرار من النقيب العام-المطعون فيه- أو من مجلس النقابة بتفويض اللجنة المشرفة على الانتخابات في تأجيل أو تحديد موعد الانتخابات، لا يتضمن إنشاء أو تعديلاً أو إلغاءً للمركز القانوني الناشئ عن قرار رئيس مجلس الوزراء، الأمر الذي تكون معه حالة القوة القاهرة قائمة، والتي تحول دون إجراء تلك الانتخابات....".

(² حكم محكمة القضاء الإداري، الدائرة الثانية (حكم غير منشور) وقالت المحكمة ما يلي: "...و من ثم فإن صدور قرار من النقيب-المطعون فيه- مخالفاً لأحكام الدستور و القانون ويكون مرجح الإلغاء. و لا ريب أن حالة الاستعجال متوافرة لكون انعقاد الجمعيتين العموميتين في الموعد المحدد لهما 2020/8/12 و 2020/8/28 يترتب عليه نتائج يتعذر تداركها إذ تمس الصحة العامة، فإنه من ثم يكون طلب وقف التنفيذ قد استقام على ركنيه جدياً و استعجالاً، ويتعين القضاء بالقضاء بوقف تنفيذه". و أشار الحكم في حيثياته إلى سلطة المحكمة التقديرية في تقرير الحظر في كل حالة على حدة و بما لا يخل بالحقوق الدستورية، وقالت ما يلي: "...وتنوه المحكمة إلى أن تقديرها لتناسب الإجراء و الحظر المقرر بقرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه محل الدعوى إنما يكون بحسب كل حالة على حدة وفق ظروفها و ملابساتها، وميزانها بميزان لا يخل بالحقوق الدستورية المقررة، ويراعي سلطة الدولة في تنظيم وحماية الصحة العامة، كما تهيئ بالجهة الإدارية الإعلان في أسرع وقت عن التدابير الوقائية التي يتعين على النقابات والجمعيات و منظمات المجتمع المدني اتخاذها لممارسة الحقوق الدستورية المقررة والتي تقتضي التجمع، و وضع آليات مراقبتها، والشروط اللازمة لها، حتى لا تتخذ حالة الضرورة كمسوغ لتعطيل ممارسة الحقوق

الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمصر،إلى إعفاء إحدى الشركات الخاصة المتعاقدة مع جهة الإدارة من أداء الأجرة المستحقة عن فترة غلق الشاطئ،بسبب تدابير و إجراءات مواجهة تفشي فيروس كورونا المستجد (COVID-19) كون هذا الإغلاق كان أمرا خارجا عن إرادة المتعاقد،مما يشكل قوة قاهرة (1).

مشكلة الدراسة :

تدور الدراسة حول الطبيعة القانونية لجائحة كورونا،وآثارها على الإلتزامات العقدية فى مجال العقود الإدارية،وهل تم القطع قضائيا كونها قوة قاهرة،و دور القضاء فى معالجة تلك الآثار.

منهجية الدراسة:

قامت هذه الدراسة بإستخدام المنهج المقارن فى البحث،بين القانون المصرى و الفرنسى،فضلا عن الشريعة الإسلامية،لبيان أوجه الإختلاف أو الإتفاق بينهم فى معالجة المشكلة محل البحث،الحلول المختلفة و السوابق القضائية فى هذا الشأن،وأیضا تم استخدام المنهج الإستقرائي،فى دراسة نظرية القوة القاهرة،ونظرية الظروف الطارئة،بغرض الكشف عن القاسم المشترك بينهما،و أوجه الإختلاف.

وسوف نقوم بمعالجة الموضوع كالتالى:

مبحث تمهيدي: موقف الفقه الإسلامى من جائحة كورونا-كوفيد-19.

الفصل الأول: مدى تأثير جائحة كورونا على الأحكام العامة لتنفيذ العقود الإدارية .

المطلب الأول : الأحكام العامة التى تحكم تنفيذ العقود الإدارية.

المطلب الثانى: مدى تأثير جائحة كورونا على الأحكام العامة لتنفيذ العقود الإدارية.

الفصل الثانى : دور القضاء فى معالجة آثار جائحة كورونا-كوفيد-19 على تنفيذ

العقود الإدارية.

المطلب الأول : تكييف جائحة كورونا قوة قاهرة .

المطلب الثانى : تكييف جائحة كورونا ظرف طارئ .

المطلب الثالث : إنتهاء جائحة كورونا و أحكام الاستعانة بنظرية القوة القاهرة الإدارية.

الديمقراطية و السياسية " .

(1) فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع بمجلس الدولة المصرى،ملف رقم 345/2/7،بتاريخ

2021/1/6 (غير منشورة).

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

مبحث تمهيدي

موقف الفقه الإسلامي من جائحة كورونا-كوفيد-19

درج فقهاء الشريعة الإسلامية إلى دراسة كل حالة علي حدة، ويجتهدون في تحري حكم الله تعالى بما يقتضيه العدل فيها، استنباطا من النص إن ورد فيها، أو دلالة بالإجتهد بالرأي من قواعد التشريع، أو معقول النص، ويمعنون في تحليل الواقعة علميا و واقعيًا، وبقطع النظر عن مدى قولبة هذه المسائل في نظرية معينة.

سبقت الشريعة الإسلامية غيرها من الشرائع في الأخذ بنظرية الجوائح، ونظرية الظروف الطارئة، كونها تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس و رفع الحرج عنهم. فقد جاء في صحيح مسلم عن مسألة الجائحة عن جابر رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لو

بعت من أخيك ثمراً فأصابتها جائحة فلا يحل أن تأخذ منه شيئاً بم تأخذ مال أخيك بغير حق"، وروي الإمام مسلم في صحيحه كذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر "بوضع الجوائح"⁽¹⁾.
و تعرف الجائحة بأنها: "هي الآفة التي تهلك الثمار وتجتاح الأموال و تستأصلها، وكل مصيبة عظيمة وقتنة كبيرة"⁽²⁾.

وقد اختلف الفقه الإسلامي، حول ما يعد جائحة، فذهب ابن قدامه، إلى أن الجائحة هي: "كل آفة لا صنع للآدمي فيها"، وذهب ابن تيمية، إلى أنها: "الآفات السماوية التي لا يمكن معها تضمين أحد". غير أن المذهب المالكي له تفصيل في معنى الجائحة علي ثلاثة أقوال كالتالي:
الأول: منهم من يرى أن الجائحة في الأمور السماوية وحدها، ولا خلاف بينهم أنها جائحة.
الثاني: ومنهم من يرى أن الجائحة تشمل أيضاً أعمال الآدميين التي لا يمكن التحرز عنها، مثال ذلك الجيش يمرن بالنخيل، فيأخذون ثمرته، فهو جائحة.
الثالث: ومنهم من يرى أن الجائحة تشمل جميع أعمال الآدميين حتي تلك التي يمكن التحرز منها ما دامت من غير فعل المتعاقدين⁽³⁾.

وقد وضع فقهاء المالكية، مقدارا للضرر الذي يعتبر جائحة في الثمار والبقول، أما في الثمار: فالثلث، وأما في البقول، فقليل: في القليل والكثير، وقيل: في الثلث⁽⁴⁾. ولعل الجائحة التي يفسخ العقد بحدوثها، يرجع في تقديرها إلى عرف الناس وعاداتهم، كالجراد، أو ما يأكله الطير من الزرع⁽⁵⁾.

وقد ذهب الفقيه لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة 1932 م إلى أن: "... نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة و شاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف

(رواه الإمام مسلم، يراجع صحيح مسلم، الجامع الصحيح، منشورات المكتب التجاري للطباعة و النشر و التوزيع،¹

بيروت، بدون سنة نشر، ج 5، ص 29 وما بعدها.

(د. محمد مصطفى الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر بدمشق، الطبعة الأولى،²

1427هـ-2007 م، الجزء الأول، ص 254.

(يراجع في تفاصيل الخلاف الفقهي:³

مجلة البحوث الإسلامية، العدد التاسع و السبعون، رجب إلى شوال 1427هـ.

(أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشيد القرطبي، الشهير بإبن رشيد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد⁴

دار الحديث بالقاهرة، 1425هـ-2004 م، ج 3، ص 204 وما بعدها.

(القواعد الفقهية، المرجع السابق، ج 1، ص 316⁵)

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة⁽¹⁾.

وقد نادى الفقيه عبدالرزاق السنهوري، أيضاً إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، فقد جاء في مقاله الذي نشر عام 1936 بعنوان "وجوب تنقيح القانون المدني المصري" قوله: "إن هذه النظرية عادلة، ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى، وخصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة، ولها تطبيقات كثيرة، منها نظرية العذر في فسخ الإيجار، وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية، وهي تماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع"⁽²⁾.

وقد تناول مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي في قراره السابع، ما يتعلق بفكرة الظروف الطارئة وأساسها الشرعي وسلطات القاضي في معالجة أثر الظروف الطارئة، فقال: "فقد عرض علي المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ المتراخي في مختلف الموضوعات من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل الذي بني عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما فيما يعطيه العقد لكلا منهما من حقوق وما يحملة إياه من التزامات، مما يسمى اليوم في العرف التعامل بالظروف الطارئة". ثم ذلك المجلس

¹ http://aliftaa.jo/research.aspx?researchId=72#.vzh2_kirkuk

² http://aliftaa.jo/research.aspx?researchId=72#.vzh2_kirkuk

أمثلة لذلك، كعقد المقاولة علي إنشاء بناية كبيرة يحتاج إنشاؤها إلي مدة طويلة...، و كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة، وفتح الأنفاق في الجبال... إلخ.

وبعد أن نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية المتعلقة بهذا الموضوع قرر أن: "...ومما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقا لنظامه الشرعي يكون ملزما لعاقديه قضاء، عملا بقوله تعالي في كتابه العزيز: "يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ" (المائدة، الآية 1)، ولكن قوة العقد ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به، وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته كمشقة القيام للصلاة... ولكنها إذا تجاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه أسقطه أو خففته، كمشقة المريض في قيامه للصلاة... فإن المشقة المرهقة عندئذ -السبب الطارئ الاستثنائي- توجب تدبيرا استثنائيا يدفع الحد المرهق منها، وقد نص علي ذلك و أسهب في بيانه وأتي عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإسلامية أبو إسحاق الشاطبي رحمه الله في كتابه (الموافقات في أصول الشريعة)، فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها، ولكنها إذا تجاوزت المعتاد المألوف كثيرا بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفه الذكر توجب عندئذ تدبيرا استثنائيا. ثم قرر المجمع بعد هذا العرض أنه: "في ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:

1- في العقود متراخية التنفيذ (كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات) إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبديلا غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيرا كبيرا بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد، فأصبح بها تنفيذ تنفيذ الإلتزام العقدي يلحث بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزامه، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال وعند التنازع وبناء علي الطلب، تعديل الحقوق والالتزامات العقدية بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة علي الطرفين المتعاقدين، كما يجوز أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه إذا رأي أن فسحه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب الحق في التنفيذ يجبر له جانبا معقولا من الخسارة التي تلحقه من جراء فسخ العقد بحيث

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للمتلتزم ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعا، رأي أهل الخبرة الثقات.

2- ويحق للقاضي أيضا أن يمهل المتلتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير ولا يتضرر المتلتزم له بهذا الإهمال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يري في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقا للعدل الواجب بين طرفي العقد، ومنعا للضرر المرهق لأحد العاقدين بسبب لا يد له فيه، وإن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم، وأقرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها⁽¹⁾.

ويبدو مما سبق أن غالبية الفقه الإسلامي، يذهب إلى أنه في الجوائح العامة، يسقط من الثمن ما يقابل الجزء الهالك، وإن أتلفته كله، يسقط الثمن كله، تطبيقا لقضية الجوائح في السنة والفقه، (القوة القاهرة)، والتي صح الخبر فيها فيما رواه مسلم من حديث جابر رضي الله عنه - أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بوضع الجوائح. وأما في حالة الأعذار الطارئة (الظروف الطارئة)، خاصة في حالة العقود المتراخية التنفيذ، مثل عقود المقاوله أو التوريد والصيانة و التشغيل، وغيرها، فيجوز للقاضي أن :

1- تعديل الحقوق والإلتزامات العقدية، وتوزيع الخسارة على الطرفين المتعاقدين.

(القرار السابع من قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي بشأن الظروف الطارئة¹ وتأثيرها في الحقوق والإلتزامات العقدية، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 1411، 32-1412 هـ، تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد - الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 321 وما بعدها.

2- فسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه، إذا رأى أن فسخه أصلح و أسهل فى القضية المعروضة عليه، وذلك مع تعويض عادل للمتلمزم له، صاحب الحق فى التنفيذ يجبر به جانباً من الخسارة التي تلحقه، دون إرهاب الطرف الآخر.

3- يجوز أن يمهل المتلمزم المتعاقد، فترة زمنية تقابل فترة الظرف الطارئ، بما لا يتضرر معه المتلمزم له كثيرا بهذا الإمهال.

الفصل الأول

مدى تأثير جائحة كورونا على الأحكام العامة لتنفيذ العقود الإدارية

لئن كان موضوع تنفيذ العقود الإدارية، كما هو مقرر فى قضاء مجلس الدولة الفرنسى و المصرى و ديوان المظالم السعودى، يهيمن عليه مجموعة من المبادئ العامة. وهنا يثور التساؤل حول مصير تلك المبادئ فى ظل جائحة كورونا؟

و سوف نعالج تلك الإشكالية كما يلي:

المطلب الأول: الأحكام العامة التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية .

المطلب الثانى: مدى تأثير جائحة كورونا على الأحكام العامة لتنفيذ العقود الإدارية .

المطلب الأول

الأحكام العامة التي تحكم تنفيذ العقود الإدارية

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

بادئ ذي بدء، يجب التنويه إلى أنه، يهيمن على موضوع تنفيذ العقود الإدارية، مبادئ عامة، تتمثل في اعتبارين أساسيين هما: أولاً: مبدأ الرضائية أو القوة الملزمة للعقود الإدارية، و ثانياً: الخصائص الذاتية للعقود الإدارية، ولعل من أهمها، مقتضيات سير المرافق العامة، و امتيازات السلطة العامة، وتغير الظروف و تطور الحاجات العامة (ديناميكية العقود الإدارية)، ومبدأ التوازن المالي للعقد الإداري.

و سنتناول هذين الاعتبارين بالتفصيل فيما يلي:

أولاً: مبدأ الرضائية أو القوة الملزمة للعقود الإدارية :

La force obligatoire du contrat administrative

من المقرر أن العقد "هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو انشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"⁽¹⁾. ويصدق هذا التعريف على العقود الإدارية، كما هو الشأن بالنسبة إلى عقود القانون الخاص. لذلك نلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي، الذي صاغ الأحكام الأساسية لنظرية العقد الإداري، قد طبق الأحكام المدنية -بحذافيرها تقريباً- فيما يتعلق بأركان الرابطة التعاقدية، وفيما يخص عيوب الرضا، ومما يؤكد أن العقد هو في جوهره عقد بالمعنى المعروف. وكل ما يوخذ على الرابطة التعاقدية في المجال الإداري، اعتبارات تتعلق بالنواحي الآتية:

- 1- القيود التي تفرضها التشريعات على الإدارة فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها.
- 2- كون دفاتر الشروط تحرر مقدماً، ولا يملك المتعاقد مناقشتها.
- 3- سلطات الإدارة الاستثنائية في مواجهة المتعاقد، والتي لا نظير لها في عقود القانون الخاص.

(¹) الفقيه الجليل الدكتور عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، مكتبة المحامي، 2006، ص 118

و على الرغم من ذلك، فإن هذه الإعتبارات لا يمكن أن تؤدي إلى إهدار الرابطة التعاقدية في مجال عقود الإدارة⁽¹⁾. و دائما ما يؤكد القضاء الإداري الفرنسي على هذه المعاني، كما يستخلص منها النتائج المترتبة عليها⁽²⁾.

ولعل مبدأ القوة الملزمة للعقد في مواجهة المتعاقد مع الإدارة، لا يثور حولها شك أو صعوبات. فشروط العقد ملزمة له كما لو كان عقدا مدنيا، فقد نصت المادة (148) مدني مصري، على أنه: "1- يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2- ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام".

و من المقرر في فقه و قضاء القانون المدني⁽³⁾ أن العقد ملزم مادام قد نشأ صحيحا. وهو لا يكون صحيحا ملزما إلا في الدائرة التي يجيزها القانون، أي في نطاق لا يصطدم فيه مع النظام العام و لا مع الآداب العامة.

ولا يجوز نقض العقد ولا تعديله من جهة القاضي، فلا يجوز لهذا الأخير أن ينقض عقدا صحيحا أو يعدله بدعوي أن النقص أو التعديل تقتضيه العدالة، فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين ولكن لا تنسخها. ولا يجوز نقض العقد أو تعديله من جهة أي من المتعاقدين، كون العقد وليد إرادتين، وما تعقده إرادتان لا تحله إرادة واحدة⁽⁴⁾ بيد أن للقاضي أن يحكم بفسخ العقد-متي طلب منه ذلك أحد الأطراف- إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه، مع ثبوت سلطة تقديرية رحبة للقاضي في هذا المجال (م. 157 مدني مصري)، وأيضا ما تسوغه المادة 2/346 و المادة 2/157 من منح القاضي، المدين أجلا للوفاء بالإلتزام إذا وجدت ثمة ظرف يبرره. ومنها كذلك ما تجيزه المادة 224 للقاضي من تخفيف قيمة الشرط الجزائي إذا كان مبالغا فيه إلى درجة كبيرة. ومنها ما تقرره المادة 2/709

(1) لمزيد من التفاصيل و مناقشة هذه الاعتبارات، يراجع أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة- مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991، ص 408 وما بعدها.

(2) De Laubadère (A.): "Traité des contrats administratifs" Tom 1,2^{em}

Boulouis (N.): "Confiance et loyauté dans le contentieux des ؛Edition, 1983, L.G.D.J., p.735

contrats publics, in Confiance et droit public, dir. C. Teitgen-Colly et O. Renaude,

L'Harmattan, 2019, p.209 et s.

(3) يراجع في هذا الشأن: د. عبدالفتاح عبدالباقي: "موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي"، دار الثقافة العربية بمصر، 1984، ص 538 وما بعدها.

lafaix (J.F.) : « La loyauté des relations contractuelles au regard de la théorie du contrat »,

Mélanges en l'honneur de Laurent Richer, LGDJ, 2013, p. 367-396.

(4) يراجع د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر، 2003، ص 405 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

من أنه يسوغ للقاضي أن ينقص الأجر المنفق عليه للوكيل، ما لم يكن قد دفع من الموكل طوعاً بعد تنفيذ الوكالة⁽¹⁾.

وعلى الجانب الآخر، فإن مبدأ القوة الملزمة للعقد في مواجهة الإدارة، ليست بالبساطة المعروفة في القانون المدني، فالإدارة وفقاً للرأي الراجح فقهاً وقضاءً تستطيع فرض تعديلات على العقد الإداري، وتلتزم المتعاقد معها. وهنا يثور التساؤل: هل هذا الحق في تعديل نصوص العقد يؤدي إلى هدم الصفة التعاقدية بشكل كامل عن العقود الإدارية؟ بمعنى آخر هل يتعين عدم الاعتراف للإدارة بحق تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة إذا أردنا نحافظ على مبدأ القوة الملزمة للعقد بالنسبة لطرفيه؟

يرى غالبية الفقه⁽²⁾ أن سلطة الإدارة في التعديل لا ينفي الصفة التعاقدية عن العقد الإداري، ولا يعني أن العقد لم يعد شريعة المتعاقدين، كما لا يعني ضرورة عدم الاعتراف بحق الإدارة في التعديل. فالعقد الإداري ليس عقداً بين طرفين متساويين

⁽¹⁾ يراجع حول هذا الموضوع بالتفصيل عند : د. عبدالفتاح عبدالباقي: "موسوعة القانون المدني المصري..."، مرجع سالف الإشارة، ص 539 وما بعدها .

⁽²⁾ يراجع كل من :

Jèze (G.): " Les contrats administratifs, de l'État, des départements, des communes et des établissements publics" Paris, Gaird, T.1 1937, 319 et S., De Laubadère (A.): " Traité théorique et pratique des contrats administratifs", LGDJ, 1^{er} ed. 1956. T.2, p.231 et S., Guettier

(Ch.): Droit des contrats administratifs, PUF, 2e éd., 2008, p.39 et S.

أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة-مطبعة جامعة عين شمس، الطبعة الخامسة، 1991، ص 458 وما بعدها؛ د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر، 2003، ص 406 وما بعدها؛ د. حمدي محمد العجمي: المرجع في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية مقارنة، مركز البحوث والدراسات، معهد الإدارة العامة بالسعودية، 1439هـ-2018م، ص 357 وما بعدها.

“Le contrat administratif n'est pas un contrat égalitaire”

حيث أن طرفي العقد الإداري لا يفتان على قدم المساواة فيما يتعلق بثبات العقد وعدم قابليته للتعديل بالإرادة المنفردة لأحد طرفيه .

ولئن كان حق الإدارة في التعديل ثابت لها قانوناً، وفقها، وقضاء؛ غير أنه لا يعني أن الإدارة لا تلتزم بتنفيذ العقد، كون حق التعديل لا يمكن أن تمارسه جهة الإدارة إلا في ظروف و بشروط و لأهداف محددة، إذا الهدف الرئيسي هو تمكين جهة الإدارة من التكيف مع الظروف المتغيرة وتطوير المرفق العام، وهذه المبادئ تحكم سير المرافق العامة، لذلك فإن حق التعديل ليس مرادفاً لحق الإدارة في التخلص من التزاماتها أو عدم الوفاء بها. ففي غير الحالات وبالشروط والأهداف المشروعة لاستعمال حق التعديل يتم توقيع جزاءات على الغدرة إذا خرقت أو خالفت العقد وتنعدق مسؤولية جهة الإدارة التعاقدية، وهذا ما استقر عليه قضاء مجلس الدولة⁽¹⁾.

وخلاصة القول، أن حق جهة الإدارة في تعديل العقد الإداري، يتم وفق شروط معينة، بعد خرقاً لمبدأ ثبات العقد “l'immutabilité des clauses contractuelles” لكنه لا يعني مطلقاً نفي القوة الملزمة للعقد في مواجهة الإدارة .

ثانياً: الخصائص الذاتية للعقود الإدارية :

من المقرر أن تنفيذ العقد، يتجلى في أن يقوم كل طرف من أطراف العلاقة العقدية بتنفيذ الالتزامات التي يضعها العقد على عاتقه، و معنى هذا المبدأ أنه يتعين البدء بتحديد النية المشتركة للمتعاقدين **la commune intention des parties**” وهذه القاعدة ناتجة عن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أي أن الرضائية هي أساس التعامل في مجال العقود.

ولئن كانت العقود الإدارية تقترب من العقود المدنية من زاوية التراضي، فإنها تختلف عنها من زاوية أخرى، خاصة في مراحل عملية إبرام العقود الإدارية، ومجال تنفيذ تلك العقود، فهناك عدة مبادئ ومتطلبات يقتضيها النشاط الإداري، لعل من أهمها: مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام و اطراد **“La continuité et de régularité du service public** وقابلية تلك المرافق العامة للتغيير و التبديل في كل وقت **La mutabilité du service public** ، وفكرة امتيازات السلطة العامة وآثارها على حق جهة الإدارة في توقيع جزاءات، وفكرة تغير الظروف وتطور الحاجات العامة ، و فكرة التوازن المالي للعقد و مبدأ التعويض بلا خطأ .

وسوف نتناول تلك الأفكار بالتفصيل المناسب كما يلي:

⁽¹⁾ يراجع حول هذا الشأن: د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 406 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

1- فكرة المرفق العام و آثارها على تنفيذ العقود الإدارية (1):

من المقرر أن العقد الإداري، أحد أهم وسائل جهة الإدارة لضمان سير المرافق العامة. ومن ثم فإنه من اللازم ألا ينظر إلي العقد الإداري باعتباره مصدرا للالتزامات تعاقدية فحسب- كما هو الشأن في القانون الخاص- بل يتعين أولا وقبل كل شيء أن يوضع في الاعتبار أن العقود الإدارية تؤدي دورا هاما في تسيير المرافق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر، فضلا عن أن الحقيقة التي يجب ألا تغيب عن الأذهان كون مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد وقابلية تلك المرافق العامة للتغيير و التبديل في كل وقت، هي وحدها التي أدت إلي استقلال فكرة العقد الإداري عن نظيرتها المدنية(2). وقد أكد على هذا المعنى المفوض (CORNEILLE) في تقريره المقدم في قضية (Société D'éclairage de Poissy)، حيث قال: "...حينما يتصل العقد بسير المرافق العامة، فإن الدولة لا تتعاقد كسائر الأفراد، كونها لا تستهدف تحقيق مصالح خاصة أو ذاتية كمصالح الأفراد، إنها تتعاقد باسم

(1) شغلت نظرية المرفق العام مكانا محوريا في صياغة أحكام القانون الإداري بصفة عامة، والعقود الإدارية بصفة خاصة منذ نشأتها في القرن الماضي، على يد مدرسة بورديو بزعامة العميد "ديجي" و جيز و بونار، وظلت عالقة في ذهن الفقه، ومهيمنة على وجدان القاضي الإداري. ولعل مرد ذلك يرجع إلي أن هذه النظرية كانت تقوم على فكرة أساسية تتحصل في جوهرها على ضرورة تحقيق مفهوم التضامن بين أفراد المجتمع عن طريق تلبية الاحتياجات العامة. وكان ازدهار فكرة المرفق العام مترامنا مع انتشار المفاهيم الاشتراكية والتعاليم النابعة من ضمير إنساني مرفه، التي انعكس دورها على طبيعة الدور الذي تقوم به الدولة، التي كانت توصف بأنها الدولة الراعية l'État providence. يراجع في تفصيل ذلك عند: المستشار محمد أمين المهدي: منهج القاضي الإداري، محاضرات أقيمت على قضاة الدوائر الإدارية بمعهد الكويت للدراسات القضائية والقانونية، 2011، ص 13 وما بعدها.

(2) يراجع في هذا الشأن كل من :

استاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية... مرجع سالف الإشارة، ص 429

Jèze (G.): " Les contrats administratifs, de l'État, des départements, des communes et des établissements publics" Paris, Gaird, T.1 1937, 331 et S ., Guettier (Ch.): Droit des contrats

administratifs, PUF, 2e éd., 2008, p.388

الجماعة، ولصالح المستفيدين من المرافق العامة، بقصد تحقيق الصالح العام. ومن هنا يختلف موقف الدولة المتعاقدة في هذا المجال عن متعاقد القانون الخاص، ومن ثم فإن قواعد هذا القانون لا تنطبق عليها، وهذا ما يقضي به المنطق و القانون (1). ولذلك فإن المتعاقد هو في حقيقته مساعد ومعاون للإدارة في تسيير المرفق العام الذي يتصل به عقده مع الإدارة. وقد أبرزت وأكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر على هذا المعنى، إذا قالت أن: "...هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح وأجر عادل، وهذا يقتضي من الطرفين التساند و المشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات" (2).

ويترتب على المعنى السابق نتائج بالغة الخطورة، ذلك ان الأساس سالف الإشارة، هو وحده الذي يفسر لنا السلطات الخطيرة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها من ناحية، وحقوق المتعاقد مع الإدارة والتي لا نظير لها في القانون الخاص من ناحية أخرى، وذلك على النحو التالي (3):

أ) إن قاعدة سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، هي التي تبرر سلطات الإدارة الخطيرة فيما يتعلق بالإشراف على تنفيذ العقود الإدارية. أما من ناحية الأفراد، فإن تلك القاعدة هي التي تفسر نظريات الظروف الطارئة، وعمل الأمير، والتوازن المالي للعقد، والصعوبات المادية غير المتوقعة، وعدم إمكان المتعاقد الفع بعدم التنفيذ ... إلخ.

ب) قاعدة قابلية المرافق العامة للتغيير والتعديل في كل وقت بالإضافة إلي القاعدة السابقة، هي التي تفسر سلطات الإدارة الخطيرة فيما يتعلق بتعديل التزامات المتعاقدة معها دون حاجة للحصول على موافقته مقدما.

ت) صلة العقد بالمرافق العامة هي التي تبرر "الصبغة الشخصية" في عقود الإدارية.

ث) إذا كان المرجع إلي نية الطرفين فيما يتعلق بتفسير العقد، وتحديد التزامات كل من الطرفين، فإن ذلك إنما يتم في حدود مقتضيات سير المرافق العامة، بحيث تعدل قواعد التفسير المتبعة في القانون المدني على هدى هذا المبدأ.

¹) CE, 8 février 1918, Société d'éclairage de Poissy, RDP 1918.244, concl. L-F Corneille, ومشار إلي التقرير والتعليق بمؤلف استاذنا الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة... مرجع سابق الإشارة، ص429

²) الطعن رقم 46 لسنة 14 ق. بتاريخ 17 يونيو 1972، ص17، المجموعة، ص576، وأيضاً مموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في 15 عاما من 1965-1980، ج2، ص1878

³) يراجع في تفاصيل تلك النتائج عند: استاذنا الفقيه الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العام... مرجع سابق الإشارة، ص431 وما بعدها .

أثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

و أخيرا فإن فكرة كون المتعاقد معاون للإدارة في تسيير المرفق العام، تلقي بظلالها على حقوق المتعاقد، مما يحتم أحيانا ضمان تنفيذها ويلزم جهة الإدارة بتقديم معونة مالية للمتعاقد **une aide financière de l'administration a son contractant**

وقد تكون تلك المعاونة مقررة بقانون في شكل دفعة مقدمة⁽¹⁾ أو النص على تغيير أو تعديل الأثمان بعد فترة زمنية معينة مثال ما ورد في قانون تنظيم التعاقدات المصري⁽²⁾ ونظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودية⁽³⁾، وفي أحيان أخرى تكون تلك المعاونة منصوص عليها في العقد. وفي الحالات التي لا يوجد نص

¹ (مثال ذلك ما ورد في قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري قم 182 لسنة 2018 في المادة (44) حيث نصت على أنه: "يجوز للجهة الإدارية المتعاقدة بموافقة السلطة المختصة صرف دفعة مقدمة من قيمة التعاقد مقابل خطاب ضمان بنكي معتمد دون أي قيد أو شرط بالقيمة و العملة ذاتهما...". وقررت ذات المبدأ المادة (66) من نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي، حيث قررت أنه: "للجهة الحكومية أن تدفع للمتعاقد معها دفعة مقابل ضمان بنكي مساو لهذه القيمة...".

² نصت المادة (47) على أنه: "في عقود مقاولات الأعمال التي تكون مدة تنفيذها ستة أشهر فأكثر، تلتزم الجهة في نهاية كل ثلاثة أشهر تعاقدية من التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر بحسب الأحوال بتعديل قيمة العقد وفقا للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد المبني على أمر الإسناد بالاتفاق المباشر و مراعاة البرنامج الزمني للتنفيذ من واقع نشرة الأرقام القياسية للمتجهين الصادرة من الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء، ويكون هذا التعديل ملزما لطرفي التعاقد و يتعين تضمين العقد مضمون ذلك. وعلى الجهة الإدارية تحديد البنود المتغيرة أو مكوناتها بكراسة الشروط و المواصفات وفقا للقائمة التي تصدرها وزارة الإسكان على أن يضع المقاول معاملاتها في الظروف الفني، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك. وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط والإجراءات المتبعة في هذا الشأن، ومعادلة تغير الأسعار واشتراطات تطبيقها".

³ (حيث نصت المادة (68) على أنه: "لا يجوز تعديل أسعار العقود أو الاتفاقات الإطارية بالزيادة أو النقص إلا في الحالات الآتية: 1- تغير أسعار المواد أو الخدمات الرئيسية الداخلة في بنود المنافسة والتي تحددها اللائحة. 2- تعديل التعريفات الجمركية أو الرسوم أو الضرائب. 3- إذا حصلت أثناء تنفيذ العقد صعوبات مادية لم يكن بالإمكان توقعها. وتوضح اللائحة الشروط والإجراءات اللازمة لتطبيق حكم هذه المادة. و فصلت المادة (113) من اللائحة التنفيذية كيفية تطبيق تلك المادة، ونصت على ما يلي: "فيما عدا عقود هامش الربح المحدد يتم تعديل أسعار العقد في الحالات المحددة بموجب المادة (الثامنة و الستين) من النظام الزيادة أو النقص وفقا للأحكام الآتية: ... ثانيا: يتم التعويض عن زيادة أسعار المواد الأولية كالإسمنت أو الحديد أو الإسفلت أو الخرسانة الجاهزة أو الأخشاب أو الأنابيب أو الكابلات، أو أي مواد أولية أخرى يتم تحديدها

قانوني أو عقدي ينظم تلك المسألي، فإن الإداري يعترف في فروض كثيرة بحق المتعاقد في تعويض مالي تختلف طبيعته من فرض إلي آخر، ومن هذه الفروض : عمل (فعل) الأمير، و الظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة.

وفي حقيقة الأمر، فإن التعويض المالي في الفروض الأخيرة (فعل الأمير و الظروف الطارئة والصعوبات المادية...) يجد له أساسا آخر يضاف إلي الأساس الذي نحن بصددده، وهو التوازن المالي للعقد؛ بيد أن هذا المبدأ لا يركز فقط على العدالة و إنما يركز أيضا على مبدأ ضرورة تمكين المتعاقد من أداء التزاماته لضمان سير المرافق العامة بانتظام و اطراد⁽¹⁾.

2-فكرة امتيازات السلطة العامة وآثارها على حق جهة الإدارة في توقيع جزاءات :

لئن كانت فكرة المرفق العام تلعب دورا بارزا في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد، وعلى تنفيذ العقود الإدارية، غير أنه يلزم احتواء العقد على شروط استثنائية، وتلك الشروط الاستثنائية ليست إلا عنوان السلطة العامة ودليل وجودها طرفا في العقد. ومن ثم فالارتباط وثيق بين فكرة العقد الإداري وفكرة السلطة العامة. وهذه الأخيرة تلعب دورها، لا في تضمين العقد شروطا استثنائية فقط، بل يمتد أثرها أيضا إلى اخضاع تنفيذ العقد لقواعد استثنائية ولو لم يكن منصوصا عليها في العقد، لأن السلطة العامة لها خصائص معينة تدمج بها العقود التي تظهر فيها⁽²⁾.

و يبدو جليا من وجود السلطة العامة كطرف في العقد الإداري، واحتفاظها بامتيازاتها و مقوماتها؛ ما يشكل إخلالا بالتوازن بين مركز الجهة الإدارية و مركز المتعاقد معها، و يجعل الأولي في مركز أسمى من مركز الفرد، على خلاف العقود المدنية التي تقوم على المساواة بين الطرفين المتعاقدين. لذلك نجد السلطة العامة تستعمل امتيازاتها لضمان احترام المتعاقد لالتزاماته، وتوقيع الجزاء عليه كلما أخل بأحد تلك الالتزامات. في حين يضطر الفرد المتعاقد إلي الالتجاء إلي القضاء

من الوزارة أو بالاتفاق معها وفقا للشروط الآتية: 1- أن يكون التغيير في الأسعار واقعا بعد تاريخ تقديم المتعاقد لعرضه. 2- ألا يكون سبب ذلك عائدا إلي التأخير في التنفيذ لأسباب تعود إلي المتعاقد. 3- لا ينظر في تعديل أسعار البنود إلا فيما يتجاوز فيه تغير الأسعار في السوق للبند الواحد انخفاضا أو ارتفاعا ما نسبته (10 %) وفقا للمؤشرات السعرية التي تصدر عن الجهة ذات الاختصاص. 4- أن يترتب على التغيير في الأسعار ارتفاعا في تكلفة العقد بنسبة تزيد على (3 %) من قيمته الإجمالية. 5- يحسم من المتعاقد مقدار الفرق في أسعار المواد الأولية المحددة بموجب البند (ثانيا) من هذه المادة إذا انخفضت وفقا للنسب و الشروط المشار إليها في التعويض عن الزيادة .

⁽¹⁾ يراجع في هذا الشأن : د. سعاد الشراوي: العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 384 وما بعدها.

⁽²⁾ يراجع د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر 1994، ص 147 .

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

كلما ارتكبت الإدارة مخالفة تعاقدية أو قصرت في تنفيذ التزاماتها، نجد أن الإدارة تتسلح بسلطة اتخاذ قرارات من جانبها وحدها و نافذة من لقاء نفسها، ويحق التنفيذ المباشر دون حاجة إلي انتظار حكم القضاء⁽¹⁾. لذلك فإن إلقاء السلطة العامة بفكرة العقد، يتطلب ضرورة التوفيق بين الاعتبارين بدقة وحذر. ذلك أن أعمال فكرة السلطة العامة يمكن أن تؤدي إلي هدم فكرة العقد، اللهم إلا إذا استخدمت امتيازات السلطة العامة في حدود ضيقة و مدروسة لأن العقد يفقد معناه الأساسي وهو التراضي إذا أصبح تحت رحمة سلطات الدولة المطلقة، ومن ثم فإن كانت امتيازات السلطة العامة تستخدم لضمان تنفيذ العقد، فإنه في المقابل يجب أن تحترم نصوص العقد، إلا إذا كانت هناك مبررات تقتضي استخدام امتيازات السلطة العامة للتكيف مع ظروف جديدة تتطلبها المصلحة العامة، ففي تلك الحالة يمكن تنحيه نصوص العقد لمواجهة تلك الظروف⁽²⁾.

ففكرة السلطة العامة، وما تتمتع به جهة الإدارة من امتياز اتخاذ القرارات النافذة من تلقاء نفسها، و امتياز تنفيذ قراراتها جبريا إذا لم ينفذها الأفراد اختياريا، هذه الفكرة هي التي تجعل سلطة التعديل سلطة فعلية لها آثارها العلمية. فالإدارة بمقتضى حقها في اتخاذ قرارات ذات طابع تنفيذي، و بمقتضى سلطتها في التنفيذ المباشر، تستطيع أن تفرض على المتعاقد التعديلات التي تراها متماشية مع مقتضيات الصالح العام، وتجعل التعديلات نافذة من تلقاء نفسها و رغما عن المتعاقد، أي تلزم المتعاقد بها، ولو كرها⁽³⁾. بل إن جهة الإدارة تملك أن تنهى العقد قبل أن يصل إلي نهايته الطبيعية إذا كان تنفيذ العقد أو الاستمرار فيه قد أصبح لا فائدة منه لتحقيق المصلحة العامة، بل إن الإدارة في

¹ (يراجع د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 147 .

² (يراجع د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 386 وما بعدها.

³ (يراجع د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 148 .

ظروف معينة يمكنها أن تفرض على المتعاقد معها التزامات جديدة وغير منصوص عليها في العقد الأصلي كونها أصبحت ضرورية للمصلحة العامة.

ومن هنا ندخل في منطقة يكون فيها النظام القانوني لتنفيذ العقد الإداري مختلفا تماما عن النظام القانوني لتنفيذ العقود المدنية. ونصبح على أرض جديدة يصعب فيها التوفيق بين الرضائية التي تقوم عليها العقود و امتيازات السلطة العامة التي تتطلبها المصلحة العامة، ومن ثم فإن من المحتم التضحية بالأولي في سبيل الثانية. وحتى تكون محاولة التوفيق ناجحة بحيث لا نهدم فكرة العقد من أساسها، أن توضع حدود على سلطات الإدارة بحيث لا تلجأ إلي امتيازات السلطة العامة إلا في حالة تغير الظروف، كما توضع موازنات للحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة بمنحه تعويضا ماليا لإعادة التوازن إلي العقد الإداري (1).

وتتجلى فكرة ارتباط العقد الإداري بفكرة السلطة العامة: في حق جهة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد، إذا أخل بالتزاماته التعاقدية، كأن يهمل أو يقصر في التنفيذ، أو لم يحترم المدد المحددة للتنفيذ، أو تنازل عن العقد... الخ. والجزاءات التي تملك الإدارة توقيعها متنوعة، ولكن يمكن مع ذلك ردها إلي الأنواع التالية(2):

1- الجزاءات المالية (Les sanctions pécuniaires): وهي عبارة عن مبالغ من المال توقع على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته. وتنقسم إلي قسمين: تعويضات و غرامات، وسوف نشير إليهما باختصار فيما يلي:

أ) التعويضات Les dommages-intérêts: وهذا هو الجزاء الأصلي للاخلال بالالتزامات التعاقدية، وذلك في حال إذا لم يتم النص على جزاءات مالية لمواجهة هذا الاخلال. والنظام القانوني لهذه التعويضات قريب من النظام المدني، فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، وفي اشتراط ركن الضرر. ولكن النظامين يختلفان فيما يتعلق بكيفية تحصيل هذه

¹ De Laubadère (A.): "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", LGDJ, 1er s ed. 1956. T.2, p.7101et
و أيضا يراجع د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 389 وما بعدها.

² (يراجع في تفاصيل تلك الجزاءات عند كل من:

أستاذنا الفقيه الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 509 وما بعدها؛ د. فتحي فكري: محاضرات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر، 1994، ص 86 وما بعدها؛ المستشار حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العلمية في لمنازعات العقود الإدارية، الكتاب الثالث، 2016، ص 745 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

التعويضات.

فالتعويض، بعكس الغرامات المالية، لا يحكم به القاضي إلا إذا ثبت الضرر، كما هو الشأن في القانون الخاص. كما أن التعويض يقدر وفقا لجسامة الضرر الذي تتحمله الإدارة، مع مراعاة الأخطاء التبادلية لكل من الطرفين وفقا للقواعد المدنية أيضا. وأما فيما يتعلق بكيفية تقدير التعويض، فإن مجلس الدولة الفرنسي يسمح للإدارة بأن تحدده هي مقدما، على أن ينازع المتعاقد في هذا التقدير أمام القضاء إذا شاء، وللإدارة أن تعدل عن استعمال هذا الحق، وتترك تقدير التعويض للقضاء.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التشريع الفرنسي يسمح للإدارة في كثير من الحالات بأن تلجأ إلى تحصيل قيمة التعويضات بمقتضى أوامر بالدفع تصدرها بإرادتها المنفردة⁽¹⁾. ولا توجد في مصر تشريعات تقرر هذا الحق للإدارة خاصة في مجال العقود الإدارية بالمعنى الفني، وبالتالي يصبح من المتعين على الإدارة أن تلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض.

ب) الغرامات "penalties" هي مبالغ اجمالية، تقدرها الإدارة مقدما، وتنص على توقيعها متى أخل المتعاقد بالتزام معين، لا سيما فيما يتعلق بالتأخير في التنفيذ. وهذه الطريقة لا يكاد يخلو منها عقد إداري. ولما كانت الغرامات لها طابع التعويض الاتفاقي، فإنه لا يجوز توقيعها إلا إذا نص العقد عليها⁽²⁾. ولا يستلزم استحقاق الغرامة اثبات الضرر، كما لا يتطلب صدور حكم قضائي، فهي مقررة كضمانه لتنفيذ العقود الإدارية في المواعيد المتفق عليها حرصا على حسن

¹ (يراجع في هذا الشأن: استاذنا الفقيه الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة مرجع سابق الإشارة، ص 509 وما بعدها.

² (يراجع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، بتاريخ 15 ابريل 1967، الموسوعة الإدارية... ج 18، قاعدة 595، ص 942

سير المرافق العامة بانتظام واطراد... واقتضاء تلك الغرامات منوط بتقدير الجهة الإدارية المتعاقدة باعتبارها القوامة على حسن سير المرافق العامة⁽¹⁾.

ونصت المادة (48) من قانون التعاقدات الحكومية المصري، على أنه: "إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير منه إذا كان التأخير راجعاً لسبب خارج عن إرادته. وفي حالة عدم الالتزام بالتنفيذ، لسبب راجع للمتعاقد، يحصل مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أي إجراء آخر...".

ج) مصادرة التأمين النهائي: من صور الجزاءات المالية، مصادرة التأمين النهائي الذي يلتزم المتعاقد بإيداعه عند التعاقد، كضمانه لجديته، وهي تأخذ حكم التعويض الإتفاقي⁽²⁾.

ولا تحول مصادرة التأمين دون اقتضاء جهة الإدارة على أي تعويضات أخرى، حال تجاوز الأضرار قيمة التأمين، وقررت المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ، حيث ذهبت إلى أنه: "... لا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين عند تقصير المتعهد في تنفيذ التزام من التزامات العقد، وبين الزامه بفروق الأسعار التي تكون قد تحملتها جهة الإدارة نتيجة للتنفيذ على حسابه، إذ المقصود بها مواجهة الأضرار التي لحقت بالإدارة من جراء خطأ المتعاقد معها وهو بمثابة تعويض لها عن تلك الأضرار، طالما كان الضرر لا يزال موجوداً بعد مصادرة التأمين أي تجاوزت قيمة هذا التأمين"⁽³⁾.

كما يجوز الجمع بين مصادرة التأمين و الفسخ، بيد أن الارتباط بين الفسخ و مصادرة التأمين ليس حتمياً، "... فلا يوجد ما يحول دون مصادرة التأمين بعد إتمام التنفيذ لسبق تراخي المتعهد أو تقصيره أو تنفيذه على غير الوجه المطلوب أو بعد الميعاد المحدد ..."⁽⁴⁾.

2- وسائل الضغط : les sanctions coercitives

¹ (يراجع في هذا الشأن حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 4186 لسنة 9 ق. ، بتاريخ 21 مارس 1970، الموسوعة الإدارية... ج 18، قاعدة 607، ص 960.

² (يراجع د. فتحي فكري: محاضرات في العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 90 .

³ (يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 3 مايو 1969، الموسوعة الإدارية... ج 18 ، قاعدة 625، ص 984 .

⁴ (يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 22 يناير 1961، الموسوعة الإدارية... ج 18 ، قاعدة 626، ص 985 .

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

تستهدف تلك الجزاءات الضغط و ارغام المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية، عن طريق حلول الإدارة محل المتعاقد المقصر أو باحلال غيره محله، لضمان سير المرفق العام بانتظام و اطراد، وتعد تلك الوسائل الضاغطة، بمثابة جزاءات مؤقتة لا تنهي العقد، ولكنها نكل تنفيذه إلي غير المتعاقد الأصلي، وعلى مسئوليته.

وقد نص قانون التعاقدات الحكومية المصري في المادة (51) على أنه: "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأي شرط جوهري من شروطه، ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد بقرار مسبب من السلطة المختصة ... ولا يجوز للجهة الإدارية الجمع بين كل من الإجراءين المنصوص عليهما في الفقرة السابقة لأي سبب. وفي جميع حالات الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد يكون التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصم ما تستحقه من مقابل التأخير وقيمة كل خسارة تلحق بها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها... دون حاجة إلي اتخاذ أي إجراءات قضائية...".

وقد استقرت أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر على ما يلي: "...وحيث إن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أنه إذا أخل المتعاقد مع الجهة الإدارية بتنفيذ التزاماته فإنه يجوز لجهة الإدارة سحب العمل منه وتنفيذه على حسابه والتنفيذ على حساب المتعاقد وتحت مسئوليته المالية، بحيث يتحمل فروق الأسعار الناشئة عن هذا التنفيذ، ولا يعتبر ذلك عقوبة عقدية، ولكنه إجراء لضمان سير المرافق العامة باطراد، وتملك جهة الإدارة القيام بهذا الإجراء دون اللجوء للقضاء، ولا يشترط للقيام به حدوث ضرر يصيب المرفق العام..."⁽¹⁾.

¹ (الطعن رقم 27265 لسنة 59 ق.عليا، جلسة 2020/1/28 ،المختار من أحكام المحكمة الإدارية العليا في عقود الدولة، للمستشار الدكتور محمد عبدالمجيد إسماعيل، 2021، ص184 ؛ وفي نفس المعني، حكم الإدارية العليا، بجلسته 9 يونيو 1962، السنة 7، ص 1024 .

وتتخذ وسائل الضغط صوراً ثلاثة بالنسبة للعقود الإدارية التقليدية الرئيسية الثلاثة كالتالي⁽¹⁾:

(أ) وضع المشروع تحت الحراسة بالنسبة إلي عقد الإمتياز .

(ب) حلول الإدارة محل المتعاقد في عقد الأشغال العامة.

(ج) الشراء على حساب المتعاقد في حالة عقود التوريد.

3- فسخ العقد Les Sanctions résolutoires

ويعد الفسخ أشد الجزاءات وقعا على المتعاقد، إذ بمقتضاه تنهي جهة الإدارة الرابطة التعاقدية بإرادتها المنفردة، مع ما يمثله ذلك من خسارة للمتعاقد لما كان عساه أن يحققه من ربح وأيضاً لما يترتب على الفسخ من تبعات مادية. ويفترض في تلك الحالة أن المتعاقد قد أخطأ خطأ جسيماً، ولا تلجأ إليه جهة الإدارة إلا مضطراً، حال وجدت أنه لا فائدة ترجى من تقويم المتعاقد.

و بتفحص نصوص قانون التعاقدات المصري ولائحته التنفيذية، يتبين أن هناك حالات يكون فيها الفسخ وجوبياً، وأخري جوازيًا كالتالي:

الفسخ الوجوبي: نصت المادة (50) على أنه: " يجب فسخ العقد في الحالات الآتية:

1- إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد. 2- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيالي أو فساد أو احتكار. 3- إذا أفسس المتعاقد أو أعسر.

ويتم الفسخ في الأحوال المشار إليها تلقائياً... ". ويتم أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة.

أما الفسخ الجوازي: فقد نصت المادة (51) على أنه: " يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد... إذا أخل بأي شرط جوهرى من شروطه".

ولم يشترط المشرع المصري إعدار الإدارة للمتعاقد معها قبل الفسخ، وإن كانت جسامه الجزاء في صالح تعميم الإعدار في جميع حالات الفسخ. أما في حالة وجود نص في العقد يقضي بالإعدار قبل قرار الفسخ، يصبح شرطاً أساسياً للفسخ ما لم يثبت من ظروف الحال أن الإعدار لا فائدة منه، كما لو أعلن المتعاقد نفسه عجزه التام عن الوفاء بالتزاماته العقدية. وجميع حالات الفسخ تخضع لرقابة

¹ (راجع أستاذنا الفقيه الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة... مرجع سابق الإشارة، ص 526).

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

القضاء، فضلا عن أن الفسخ لا يمنع جهة الإدارة من توقيع الجزاءات الأخرى كمصادرة التأمين واقتضاء التعويضات (1).

4- الجزاءات الجنائية:

يهمين على هذا الموضوع، الأصل العام، والذي يقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على نص. وبالتالي فإنه لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة، أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقدين معها مهما كانت جسامة المخالفات التي يرتكبونها. غير أنه في بعض الحالات الاستثنائية تستطيع جهة الإدارة أن توقع عقوبات جنائية على المتعاقد المقصر، ولعل مرجع ذلك هو نصوص القوانين و اللوائح التي تملك وحدها انشاء مثل هذا الجزاء. ويمكن حصرها في حالتين أساسيتين:

أ- أن يجرم القانون بعض المخالفات العقدية، مثال ذلك المادة 116 مكررا (ج) التي تنص على أن: "كل من أخل عمدا بتنفيذ كل أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاوله أو نقل أو توريد أو التزام أو أشغال عامة ارتبط به مع إحدى الجهات المبينة في المادة 119 (2) أو إحدى شركات المساهمة وترتب على ذلك ضرر جسيم أو إذا ارتكب أي غش في تنفيذ هذا العقد، ويعاقب بالسجن، وتكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة إذا ارتكبت الجريمة في زمن الحرب، وترتب عليها اضرار بمركز البلاد الاقتصادي أو بمصلحة قومية لها.

¹ (يراجع حول هذا الشأن: استاذنا الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة...مرجع سابق الإشارة، ص545 وما بعدها؛ د.فتحى فكري: محاضرات في العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص101.

² (تنص المادة 119 على ما يلي: "يقصد بالأموال العامة في تطبيق أحكام هذا الباب ما يكون كله أو بعضه مملوكا لاحدى الجهات الآتية أو خاضعا لاشرفها أو لإدارتها: الدولة و وحدات الإدارة المحلية. - الهيئات والمؤسسات العامة ووحدات القطاع العام. - الاتحاد الاشتراكي و المؤسسات التابعة له. - النقابات و الاتحادات. - المؤسسات والجمعيات الخاصة ذات النفع العام. - الجمعيات التعاونية. - الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية و المنشآت التي تساهم فيها إحدى الجهات المنصوص عليها في الفقرات السابقة. - أية جهة أخرى ينص على اعتبار أموالها من الأموال العامة".

وكل من استعمل أو ورد بضاعة أو مواد مغشوشة أو فاسدة تنفيذا لأي عقد من العقود سألفة الذكر، ولم يثبت غشه لها أو علمه بغشها أو فسادها يعاقب بالحبس والغرامة التي لا تجاوز ألف جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين، وذلك ما لم يثبت أنه لم يكن في مقدوره العلم بالغش أو الفساد، ويحكم على الجاني بغرامة تساوي قيمة الضرر المترتب على الجريمة، ويعاقب بالعقوبات سألفة الذكر على حسب الأحوال، والمتعاقدون من الباطن والوكلاء وللوساء إذا كان الاخلال بتنفيذ الالتزام أو الغش راجعا إلي فعلهم".

ويبدو جليا من استعراض هذه المادة أنها تكاد تغطي جميع المخالفات الجسيمة التي يرتكبها المتعاقد أثناء تنفيذ العقود الإدارية بمعناها الفني، بل وغيرها من العقود ذات الأهمية الخاصة، ولو في مجال القانون الخاص. وقد تطلب المشرع لكي يصبح الخطأ التعاقدي جريمة جنائية وفقا للنص المشار إليه أن يعتمد المتعاقد الاخلال بالتزاماته المستمدة من العقد، وأن يترتب على الاخلال ضرر جسيم، أو أن يلجأ إلي استعمال الغش في تنفيذ التزاماته العقدية، بل استغنى المشرع عن القصد الجنائي في بعض عقود التوريد بالشروط المقررة في المادة⁽¹⁾.

للإدارة سلطة اصدار لوائح ضبط، يترتب على مخالفتها توقيع جزاءات جنائية. وهذه اللوائح تخاطب الجميع بما فيهم المتعاقد مع الإدارة، فإذا خالفها، عرض نفسه للعقاب المقرر لتلك المخالفة. غير أن ليس للإدارة أن تستعمل سلطات البوليس استعمالا منحرفا بقصد اجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية. ومن ثم فإنها لا تستطيع مثلا أن تضيف صفة لائحة البوليس على دفتر من دفاتر الشروط، كما أنها لا تستطيع أن تصدر لائحة بوليس لا تستهدف من ورائها إلا اجبار المتعاقد على التنفيذ.

ثالثا: فكرة تغير الظروف و تطور الحاجات العامة "ديناميكية" العقد الإداري :

من المستقر عليه، أن فكرة تغير الظروف تلعب دورا هاما في مجال القانون الإداري بصفة عامة، وفي مجال العقود الإدارية بصفة خاصة. فأثرها في تعديل القرارات الإدارية و سحبها لا ينكر. و أصبحت تلعب دورا رئيسيا في مجال العقود الإدارية، حيث جعل القضاء الإداري من تغير الظروف نظرية عامة تمتد بآثارها إلي مختلف مراحل العقد، وطبقها في أحوال مختلفة تتنافى مع القواعد التي

¹ (يراجع استاذنا الفقيه الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة... مرجع سابق الإشارة، ص562.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

تحكم تنفيذ العقود المدنية⁽¹⁾. وهذا الدور يضيف على العقد الإداري حركية و ديناميكية على خلاف ثبات و استقرار العقد المدني. ومن ثم بدأ العقد الإداري أثناء تنفيذه نظاما حيا و متطورا باستمرار، بفضل فكرة تغير الظروف و أثرها على تنفيذ العقد الإداري⁽²⁾.

ويستند القضاء الإداري إلى فكرة تغير الظروف في عدة حالات في مجال تنفيذ العقود الإدارية، لعل من أهمها و أبرزها، مجال تفسير العقد الإداري، والتزامات المتعاقدين، وكيفية استخدام الإدارة لامتيازات السلطة العامة، وعلى مستوى الحقوق المالية للمتعاقد مع الإدارة.

1- أثر فكرة تغير الظروف في مجال تفسير العقود الإدارية:

استعان مجلس الدولة الفرنسي بفكرة تغير الظروف ابتداء في مجال تفسير مضمون العقد الإداري، وتحديد التزامات الطرفين المتعاقدين. فمجلس الدولة لا يطبق العقد وفقا لما يؤدي إليه مدلول النصوص التي اتفق عليها الطرفان، إلا إذا بقيت الظروف التي أحاطت إبرام العقد وقت التنفيذ. أما إذا تغيرت الظروف، أو أصبحت وقت التنفيذ مخالفة لما كانت عليه وقت التعاقد، فإن مجلس الدولة لا يعمل الاتفاق بنصه ولكنه يفسره على أساس روحه. ومجلس الدولة في هذا التفسير يلجأ إلى فكرتين:

(أ) فكرة الإرادة الضمنية :⁽³⁾

⁽¹⁾ يراجع في هذا الشأن : د. ثروت بدوي: النظرية العامة مرجع سابق الإشارة، ص 148 .

⁽²⁾ يراجع د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 390 و ما بعدها

⁽³⁾ يراجع في هذا الشأن : د. ثروت بدوي: النظرية العامة مرجع سابق الإشارة، ص 149 .

Le rôle de la notion de changement de circonstances: la mutabilité du contrat administratif . "Traité théorique et pratique des contrats administratifs / par André de Laubadère.- Paris , Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1956.- p 415.

إذا ما تغيرت الظروف المحيطة بعقد إداري فإن مجلس الدولة لا ينتقد بنصوص العقد، وإنما يبحث في الإرادة الضمنية للمتعاقدين. وفي هذه الحالة نكون بصدد تفسير مخالف تماماً لقواعد التفسير المدنية. حقيقة أن بعض التشريعات المدنية تغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة، وتعمل النص ولو تنافي مع حقيقة الإرادة التي كان يبطنها الطرفان المتعاقدان⁽¹⁾. ولكن تشريعات أخرى ترجح الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة متى كانت الأولى أكيدة وثابتة وأمكن الكشف عنها بصورة أكيدة محققة. ومهما يكن أمر هذا الخلاف في قواعد التفسير بين التشريعات المدنية المختلفة، فإن أكثر التشريعات إعمالاً للإرادة الباطنة، تستلزم حتى يمكن الأخذ بها على خلاف الإرادة الظاهرة للطرفين المتعاقدين، أن تكون تلك الإرادة الباطنة أكيدة و محققة، أي أنها تشترط ألا يكون ثمت خلاف في تحديد مضمونها.

وبالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي، فهو يأخذ بالإرادة الباطنة، حتى ولو تنافت مع صراحة النصوص التي اتفق عليها المتعاقدان، وحتى إذا لم يكن من الممكن الكشف عن تلك الإرادة الباطنة بطريقة أكيدة ومحققة، كل ذلك بشرط أن تكون الظروف التي كانت قائمة وقت إبرام العقد قد تغيرت أثناء التنفيذ.

ومن تطبيقات مجلس الدولة لفكرة الإرادة الضمنية، حكمه الصادر في 17 يونيو سنة 1938 الخاص بعقد امتياز سكك حديدية، والذي كان يتضمن نصاً يضع على عاتق الملتزم جميع نفقات تحويل خطوط السكة الحديدية إذا كان التحويل بسبب إجراء اشغال عامة. وقد حدث بعد إبرام العقد

⁽¹⁾ مثال ذلك نص المادة 150 من القانون المدني المصري -الدائرة المدنية- على أنه: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطريقة التعامل، وبما ينبغي من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجارى في المعاملات". و ذهبت محكمة النقض المصري في حكم حديث لها إلي أن: "... مبدأ سلطان الإرادة مازال يسود الفكر القانوني، ولازم ذلك أن ما اتفق عليه المتعاقدان متى وقع صحيحاً لا يخالف النظام العام أو الأداب أصبح ملزماً للطرفين، فلا يجوز نقض العقد أو تعديله من جهة أي من الطرفين، إذ أن العقد وليد إرادتين وما تعده أرداتان لا تحله إرادة واحدة، وهذا هو الأصل، كما يمتنع ذلك على القاضي - أيضاً - لأنه لا يتولى إنشاء العقود عن عاقدتها وإنما يقتصر عمله على تفسير مضمونها بالتزام عبارات العقد الواضحة وعدم الخروج عنها بحسبانها تعبيراً صادقاً عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وذلك احتراماً لمبدأ سلطان الإرادة وتحقيقاً لاستقرار المعاملات". الطعن رقم 2206 لسنة 83 ق.، جلسة 21 يونيو سنة 2021 .

والمادة (14) من مجلة الأحكام العدلية : " لا مسأغ للاجتهاد في مورد النص".

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

المشار إليه أن قامت الحكومة بكهربية خطوط السكك الحديدية، الأمر الذي اقتضى ضرورة نقل أشرطة السكك الحديدية من مكانها. وقد أرادت الحكومة أن يقوم الملتزم بتحمل نفقات هذا النقل، استنادا إلى ذلك النص الوارد في العقد. غير أن مجلس الدولة فسر العقد على أساس أن أعمال النص المذكور مرهون ببقاء الظروف دون تغيير. أما وقد تغيرت الظروف، وقامت الحكومة بكهربية خطوط السكك الحديدية، فإنه يلزم أن نبحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين وقت إبرام العقد وإن خالفت الإرادة الظاهرة أو الصريحة التي أعلنها في العقد. وعلى هذا الأساس حكم مجلس الدولة بأن المتعاقدين لم يتوقعا وقت التعاقد كهربية خطوط السكك الحديدية، وبالتالي لا يصح تحميل الملتزم نفقات تحويل خطوط السكك الحديدية المترتب على كهربية تلك الخطوط. فالإرادة الضمنية للطرفين وقت التعاقد لم تشمل هذه الحالة⁽¹⁾.

ويبدو جليا من الحكم ان مجلس الدولة يغلب الإرادة الضمنية على الإرادة الظاهرة في حالة تغير الظروف. أي أن الأصل أعمال الإرادة الظاهرة متى كانت صريحة قاطعة، ولكن عند تغير الظروف يمكن لمجلس الدولة ان يبحث عن الإرادة الضمنية وأن يعمل بها حتي ولو جاءت على خلاف الإرادة الظاهرة الصريحة⁽²⁾.

(ب) فكرة الإرادة المفترضة:⁽³⁾ في الصورة السابقة، الخلاف بين مجلس الدولة وقضاء المحاكم المدنية في مسائل التفسير لا يكون كبيرا. فالواقع أن الخلاف خلاف في الدرجة وليس خلافا في

¹ Cons. d'Etat 17 juin 1938, section, Compagnie des Chemins de fer de la Camargue : Ree. Lebon)
p. 542

² (يراجع في هذا الشأن : د. ثروت بدوي : النظرية العامة مرجع سابق الإشارة، ص 150 .

³ (يراجع في هذا الشأن : د. ثروت بدوي : النظرية العامة مرجع سابق الإشارة، ص 150 .

الوسيلة. فالقانون المدني الفرنسي يعترف بالإرادة الضمنية، ويأخذ القاضي المدني بها. غاية الأمر أن مجلس الدولة يقدم الإرادة الضمنية على الإرادة الظاهرة، حتى ولو لم تكن الأولى أكيدة ومحقة، على خلاف القضاء المدني الذي لا يأخذ بالإرادة الضمنية إلا إذا أمكن الكشف عنها بصورة أكيدة، وبشرط ألا تكون متنافية مع نص صريح قطعي.

بينما مجلس الدولة يختلف اختلافا جوهريا و أساسيا عن القضاء المدني، حينما يهدر الإرادتين الظاهرة و الضمنية معا، ليأخذ بما يمكن تسميته "بالإرادة المفترضة" للمتعاقدين. ذلك أنه إذا ما تغيرت الظروف المحيطة بتنفيذ العقد، وأصبحت مغايرة تماما للظروف التي كانت موجودة وقت التعاقد، نجد أن مجلس الدولة يهدر الاتفاق ويبحث عن الإرادة التي كان يمكن أن يلتقي عندها الطرفان المتعاقدان لو أنهما -وقت التعاقد- كانا قد توقعا الظروف الجديدة. وبذلك نصل إلي تفسير يغير مضمون العقد، ويعدل في التزامات الطرفين تماما، ويكون تغير الظروف مصدرا وأساسا لتعديل العقد.

2- أثر فكرة تغير الظروف على التزامات المتعاقدين⁽¹⁾:

عندما تطرأ ظروف جديدة أثناء تنفيذ العقد الإداري، فإن القضاء الإداري يضع التزامات جديدة لم تكن واردة في العقد الإداري الأصلي، وهنا يتبدى الدور المتميز للقاضي الإداري عن نظيره المدني. وليس معنى ذلك أن كل تغير في الظروف يؤدي إلي إنشاء حق للمتعاقدين في التحرر من التزاماته أو في تعديل نصوص العقد والتزامات المتعاقدين، وإنما ينحصر الأثر هنا في إمكانية تعديل التزامات المتعاقدين في ظروف جديدة وعميقة الأثر يقدر القاضي أنها تحتم لاعتبارات عملية ولاعتبارات العدالة إعادة بناء بعض الالتزامات التعاقدية، لعل من أهمها و أوضحها فكرة التوازن المالي للعقد أو التوازن الشريف بين حقوق المتعاقد و التزاماته

La notion d' équilibre financier équivalence honnête des prestations.

فكرة التوازن المالي إنما هي فكرة ملازمة لحق التعديل. ولما كان مثل هذا الحق لا وجود له في القانون الخاص، فإن فكرة التوازن المالي للعقد، هي فكرة لا مقابل لها في ذلك القانون.

⁽¹⁾ يراجع في تفاصيل تلك المسألة عند كل من:

De Laubadère (A.): "Traité théorique et pratique des contrats administratifs", LGDJ, 1er ed. 1956. T.2, p.712 et s

استاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 610 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

ومن الأمور المسلم بها في هذا المجال أن جهة الإدارة تملك استخدام السلطات والامتيازات العامة في مجال العقود الإدارية. ومن أهم تلك الصور، فرض التزامات جديدة على المتعاقد لم ترد في العقد الأصلي. غير أن هذا الحق ليس تحكيمياً، بل إن استخدامه يجب أن يكون له مبرر، وأحد مبررات تعديل الإدارة لالتزامات المتعاقد هو تغير الظروف⁽¹⁾.

رابعاً: فكرة التوازن المالي للعقد و مبدأ التعويض بلا خطأ:

تجدر الإشارة بادئ ذي بدء إلى أن مبدأ التوازن المالي للعقد، ليس تأميناً للمتعاقد مع جهة الإدارة، وعلى وجه الخصوص الملتزم ضد كل مخاطر المشروع التي تعتبر جزءاً من مخاطر أي عملية استثمار، بل يسعى القاضي الإداري من خلال تطبيق هذه الفكرة إلى إعادة التوازن العادل أو الشريف أو الأمين أو المعقول بين الالتزامات والحقوق التي أخذها المتعاقد في الاعتبار عند إبرام العقد، ويجري أعمال المبدأ كلما اختل التوازن في العقد. وفكرة التوازن المالي، هي مجرد توجيه عام؛ تستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعى عند التعاقد، ومعاملته بوصفه ظاهرة طبيعية، فالحيوان والنبات يتمدد وينكمش، ولكنه يحتفظ بخواصه ومظاهره. وكذلك العقد الإداري، فقد تزيد الإدارة من الالتزامات المترتبة عليه، أو تنقص منها، ولكن عليها أن تحتفظ بتوازن العقد الاقتصادي إبقاءً على خواصه الأصلية. ولا شك أن هذا التوجيه في غاية الفائدة للقاضي، وسيجد نفسه مسوقاً إلى الاستهزاء به في تقدير التعويض. وعلى هذا الأساس يمكن رد الأحكام الأساسية لفكرة التوازن المالي للعقود الإدارية إلى القواعد الآتية⁽²⁾:-

1 - لا تعنى القاعدة التوازن الحسابي، ولكن التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق.

⁽¹⁾ يراجع د. سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 390 و ما بعدها

⁽²⁾ يراجع: أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة...، المرجع السابق، ص 614.

2 - تفسر فكرة التوازن المالي للعقد؛ التعويض الذي يحكم به للمتعاقد إذا ما كان مرجع الضرر هو فعل جهة الإدارة، على الأقل في نطاق نظرية عمل الأمير. أما في خارج نطاق هذه النظرية، وعلى الخصوص إذا ما كان مرد الاختلال إلى غير عمل الإدارة، فإن أستاذنا الفقيه الجليل سليمان الطماوي يرى أن فكرة التوازن المالي للعقد وحدها لا تكفي لتبرير التعويض، لذلك فإن سيادته يقترح إلى جواره فكرة التوازن المالي للعقد، مبدأ التعويض بلا خطأ حتى يمكن تناول جميع صور التعويض التي يحكم بها للمتعاقد دون خطأ من جانب الإدارة⁽¹⁾.

ويرى جانب من الفقه⁽²⁾ أن ثمة تحفظ ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام، يتمثل في ضرورة التمييز بين سبب التعويض المستحق للمتعاقد في حالة اختلال التوازن المالي للعقد، ووسيلة أو أساس الحكم بهذا التعويض. فمما لا شك فيه أن اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، يرتب دائماً الحق في التعويض للمتعاقد الذي أضر من جراء هذا الاختلال، بمعنى أن اختلال التوازن المالي للعقد، يكون دائماً المبرر لتقرير مبدأ التعويض، أما بالنسبة لوسيلة التعويض، فإنه ينبغي التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: وهي حالة الظروف العادية أو المتوقعة: حيث يتوقع طرفا العقد عند إبرامه، أن ثمة ظروف معينة قد تصادف تنفيذه، ويترتب عليها اختلال اقتصادياته، فيتفقان مقدماً بموجب نصوص العقد على مواجهة هذه الظروف. وهذا هو بالفعل المحور الحقيقي للشروط الواردة بالعقد في خصوص مراجعة أسعاره.

أما الحالة الثانية: هي حالة الظروف الاستثنائية أو غير المتوقعة، وتتمثل في مصادفة المتعاقد لصعوبات في خلال مدة تنفيذ العقد، لم تكن متوقعة لحظة إبرامه، ويترتب عليها اختلال في التوازن المالي له، حينئذ لا مفر من تعويض المتعاقد لمواجهة هذه الصعوبات، بهدف إعادة التوازن المالي لحالته الأولى التي كان عليها لحظة إبرام العقد. وفي هذه الحالة، فإن وسيلة التعويض، أو أساس الحكم به يمكن أن يختلف باختلاف طبيعة الظرف غير المتوقع⁽³⁾، ومن هنا ابتكر وأسس القضاء والفقه نظريات ثلاث أساسية لتعويض المتعاقد دون حاجة إلى إثبات خطأ من جانب الإدارة، وهذه الحالات هي:

(1) أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة، المرجع السابق، ص 615.

(2) د. محمد سعيد حسين أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 403 وما بعدها.

(3) تجدر الإشارة هنا إلى أن كثير من الفقهاء، يرجع أساس فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين (La commune intention des parties)، كما أن كثيراً من أحكام مجلس الدولة الفرنسي تشير إلى فكرة النية المشتركة للمتعاقد في هذه الصدد.

Voir: (R.) Bonnard: "Précis élémentaire de droit administratif" 3^e éd., 1943, P. 461 dts.; (G.) Jèze: "Les contrats administratifs de L'Etat .." T. 2, Op. Cit., P. 681.; Saroit Badaui: "Le fait du prince dans les contrats administratifs" Paris, 1955, P. 205 etS.

ويرى أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: أن هذا التوكيد لا يصدق إلا في حالة النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة للتوازن المالي للعقد، وحينئذ، نكون أمام تفسير شروط العقد. أما في غير حالة النص صراحة في العقد على ضمان الإدارة لتوازنه المالي أو

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

أولاً: نظرية عمل الأمير.

ثانياً: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

ثالثاً: نظرية الظروف الطارئة.

المطلب الثاني

مدي تأثير جائحة كورونا على الأحكام العامة لتنفيذ العقود الإدارية

من المقرر أن فكرة العقد الإداري كما صاغها القضاء الإداري الفرنسي، وكما هي مطبقة أمام مجلس الدولة المصري، وديوان المظالم السعودي، تختلف إلى حد كبير عن فكرة العقد المدني المسلم بها في نطاق القانون الخاص، من حيث الآثار التي تترتب على العقد الإداري بالنسبة للطرف الخاص و الجهة الإدارية. فقد شيدت النظرية العامة للعقود الإدارية؛ على أساس أن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد، و قابلية تلك المرافق العامة للتغيير و التبديل في كل وقت، مما يؤدي إلى ديناميكية (حركية) العقد الإداري أثناء تنفيذه، ليبقى نظاماً حياً و متطوراً باستمرار. فضلاً عن نظرية تغير الظروف و ما تلعبه من دور في مختلف مراحل تنفيذ العقد، مما يسمح للقضاء الإداري من تطبيق قواعد و أحكام في أحوال مختلفة، تتنافى مع القواعد التي تحكم تنفيذ العقود المدنية. ولعل أهم المبادئ التي تتأثر بالجوائح و معوقات التنفيذ، مبدأ القوة الملزمة للعقد و سلطات جهة الإدارة

الاقتصادي، فإن مرجع هذه القاعدة إلى العدالة "L'équité"، وصالح المرفق العام، لأن للإدارة الحق في تعديل التزامات المتعاقد بالزيادة أو بالنقص كما سلف ذكره، و من ثم فيكون من العدالة أيضاً تعويض المتعاقد عن كل ضرر يناله من جراء تدخل الإدارة، واستعمالها لسلطتها تلك. و من ناحية أخرى فإن هذا الحق مقرر لصالح المرفق العام، لأنه يمكن المتعاقد من الوفاء بالتزاماته، كما أنه يشجع الأفراد على التعاقد مع الإدارة. يراجع مؤلف سيادته: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 615. و من أنصار هذا الاتجاه: د. محمد سعيد حسين أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 405 وما بعدها.

في حالة تأخر المتعاقد في تنفيذ العقد، و حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة، وسوف نعالج تلك المسائل فيما يلي كالتالي:

أولاً: أثر جائحة كورونا على التزامات المتعاقد مع جهة الإدارة:

لئن كان من المقرر أن المتعاقد مع جهة الإدارة يلتزم -ككل طرف في عقد ما- بأن يوفي بالتزاماته التعاقدية، ووفقاً لشروط العقد وحسب القواعد العامة المقررة في هذا الصدد. ولا يكاد يختلف موقف المتعاقد في العقود الإدارية من هذه الناحية عن موقف غيره من سائر المتعاقدين في مجال القانون الخاص؛ بيد أن العقد الإداري ليس إلا إحدى وسائل جهة الإدارة لضمان سير المرافق العامة، واشباع الاحتياجات العامة، فبالتالي يجب ألا ينظر إلي العقد الإداري باعتباره مصدراً لالتزامات تعاقدية فحسب -كما هو الشأن في القانون الخاص- بل يتعين أولاً وقبل كل شيء أن يوضع في الاعتبار أن العقود الإدارية تؤدي دوراً هاماً في تسيير المرافق العامة بطريق مباشر أو غير مباشر، كون المتعاقد الخاص هو في حقيقته مساعد و معاون للإدارة في تسيير المرفق العام الذي يتصل به عقده مع الإدارة، بما يحقق المصلحة العامة، وهذا يقتضي من الطرفين التساند و المشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات.

من المقرر أن فكرة العقد في مجال القانون الخاص؛ تقوم على أسس مستقرة، لعل من أهمها قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون" (م.147 مدني مصري) ، و أنه : " يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية" (م.148 مدني مصري) ، و أنه : " في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به. " . كما نصت المادة 1103 من التقنين المدني الفرنسي المعدل بموجب الأمر رقم 131-2016 بتاريخ 10 فبراير 2016، على أن : " العقود التي أبرمت بطريقة مشروعة تحل محل القانون بالنسبة لمن أبرمها " .

L' article 1103 du code civil énonce que : « Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »⁽¹⁾.

¹ وكانت المادة 1134 / 1 مدني فرنسي، قبل تعديل سنة 2016 تنص على أن: "الاتفاقات التي أبرمت بطريقة مشروعة تعتبر قانوناً بالنسبة لمن أبرمها"

L'alinéa 1 de l'article 1134 du Code civil précise que "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites."

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

ومن المقرر أيضا في هذا الشأن، أن القاعدة القانونية التعاقدية التي تنص على أن (العقد شريعة المتعاقدين)، والتي بنيت على أساس قوامه مبدأ سلطان الإرادة، و الالتزام بوجود احترام العقود و الموثيق، ومبدأه الاقتصادي بوجود استقرار المعاملات، ستكون غير قابلة للتطبيق في هذه الظروف، بسبب استحالة تنفيذ أصل الالتزام أو بعضه و تأخيره أو تأجيله، كون الالتزام التعاقدية أصبح مستحيل التنفيذ أو صعب التنفيذ، و كلتا النظريتين (القوة القاهرة) و (الظروف الطارئة) تسعى إلي عدم التكاليف بما يتجاوز الطاقة العادية في الظروف الطبيعية.

وقد استقر قضاء و إفتاء مجلس الدولة المصري على أن: "... المشرع وضع أصلا من أصول القانون ينطبق في العقود المدنية و الإدارية على حد سواء مقتضاة أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقا لما اشتمل عليه و بطريقة تتفق مع مقتضيات حسن النية. وأن قواعده تقوم مقام القانون بالنسبة إلي طرفيه. وتبعاً لذلك يلتزم كل طرف من طرفي العقد بتنفيذ ما اتفقا عليه، فإن حاد أحدهما عن هذا السبيل كان مسئولاً عن إخلاله بالتزامه العقدي، وأن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الإداري تسييره أو سد حاجته و تغليب وجه المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة؛ إذ يجب أن يعلو الصالح العام على المصلحة الفردية الخاصة. وهذه الفكرة هي التي أملت الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية، وفحواه أنه لا يجوز للمتعاقد مع الجهة الإدارية أن يتقاعس أو يتراخي في تنفيذ التزاماته إذا تأخرت هذه الجهة في تنفيذ التزاماتها المقابلة، وإن كان ذلك لا يخل بحق هذا المتعاقد في طلب التعويض عن هذا التقاعس من الجهة الإدارية في تنفيذ التزاماتها المتقابلة بالشروط و الإجراءات المقررة قانوناً"⁽¹⁾.

¹ (يراجع على سبيل المثال : حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 1520 لسنة 2 ق. جلسة 20 ابريل 1957، المجموعة، السنة الثانية، ص 937؛ وقريب من ذات المعنى، حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 36098 لسنة 57 ق. عليا، جلسة 25 يونيو 2019. و بذات المعنى: فتوى الجمعية العمومية لقسامي الفتوي و التشريع بمجلس الدولة المصري، مجموعة المبادئ التي تضمنتها

وقد قننت بعض التشريعات الوطنية، بعض مبادئ القضاء الإداري، لمواجهة معوقات تنفيذ العقود الإدارية، وعلى رأسها الجوائح. فقد نصت المادة (48) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 على أنه: "إذا تأخر المتعاقد أثناء تنفيذ العقد عن الميعاد المحدد له بالجدول الزمني أو مدة التنفيذ المحددة بالعقد، جاز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل للتأخير منه إذا كان التأخير راجعاً لسبب خارج عن إرادته". و رددت المادة (98) من اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار رقم 692 لسنة 2019 ذات المعنى السابق، حيث نصت على أنه: "... وفي حالة حدوث تأخير في البرنامج الزمني، أو في تنفيذ العقد خارج عن إرادة المتعاقد فيجوز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل تأخير منه...".

كما نصت المادة (74) من نظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي، الصادر بالمرسوم الملكي رقم (م/128) بتاريخ 1440/11/13 هـ، على أنه: "يكون تمديد العقد و الإعفاء من الغرامة في الحالات الآتية:..... 3- إذا كان التأخير يعود إلي الجهة الحكومية أو ظروف طارئة. 4- إذا تأخر المتعاقد معه عن تنفيذ العقد لأسباب خارجة عن إرادته....".

ويتضح من النصوص التشريعية السابقة، أنه لا بد وأن يكون هناك ثمة ظرف طارئ، أو سبب خارج عن إرادة المتعاقد، للإعفاء من غرامة التأخير وتمديد العقد، كما يجب أن يتناسب التمديد مع مدة التأخير الناتجة عن الأسباب سالفة الذكر. و طبق القضاء تلك المبادئ في أحكامه، فقد ذهب ديوان المظالم السعودي إلي أن: "... ظهور مثل هذه الأوبئة و الأمراض تعد من قبيل الظروف الطارئة التي يعذر بها المقاول وأنه بذلك لاحق للوزارة فيما فرضته من غرامة...."⁽¹⁾، و انتهى الحكم إلي إعفاء المقاول من غرامة التأخير. كما أخذ ديوان المظالم أيضاً بتمديد العقد المدة الكافية التي تعوض المدين عما فاتته من مدة التنفيذ⁽²⁾.

ثانياً: أثر جائحة كورونا على سلطة جهة الإدارة في توقيع الجزاءات المالية:

فتاوي القسم الاستشاري بمجلس الدولة، س11، رقم 30، ص56؛ فتوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوي و التشريع، رقم 19 بتاريخ 6 يناير 2021، ملف 345/2/7، فتوي غير منشورة.

¹ (الحكم الصادر في القضية رقم 1/1885/ق لعام 1425 هـ، مدونة الأحكام الإدارية 1429 هـ (ج 5).

² (الحكم الصادر في القضية رقم 1/137/ق لعام 1414 هـ، مدونة الأحكام الإدارية للأعوام 1402 - 1426 هـ (ج 15).

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

لئن كانت مصادر التزامات المتعاقد مع الإدارة، ترجع أولاً وقبل كل شيء إلى العقد الإداري بطبيعة الحال. غير أن هذا العقد ليس هو كل شيء في مجال تحديد التزامات المتعاقد، وإنما يمكن أن يتحمل المتعاقد مع الإدارة بالتزامات أخرى، يرجع مصدرها الأساسي إلى النصوص الآمرة في القوانين واللوائح التي تحكم التعاقد، ولا يجوز للإدارة أن تخرج على مقتضاها في تعاقدتها مع الأفراد، وتعتبر جزءاً من العقد الإداري حتى ولو لم يشر إليها صراحة، ما لم تستبعد صراحة في غير ما تعلق بالنظام العام. ونظراً لاتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام، فإن تنفيذ العقد في المدة المحددة له أمر في غاية الأهمية، بحيث يترتب على التأخير في التنفيذ أن يكون للإدارة أن توقع على المتعاقد معها أشد أنواع الجزاءات، وأن تتولي التنفيذ بنفسها أو أن تحل شخصاً آخر محل المتعاقد، ومصادرة الضمان النهائي، وفسخ العقد، كل ذلك بارادتها المنفردة دون انتظار لحكم القضاء.

و من التشريعات التي نصت صراحة على حق جهة الإدارة في تطبيق الجزاءات سالف الإشارة، ما ورد في قانون تنظيم التعاقدات المصرية، في المادة (51) حيث نصت على أنه: "يجوز للجهة الإدارية فسخ العقد أو تنفيذه على حساب المتعاقد، إذا أخل بأى شرط جوهري من شروطه. ويكون الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد، بقرار مسبب من السلطة المختصة..... ولا يجوز للجهة الإدارية الجمع بين كل من الإجراءين المنصوص عليهما في الفقرة السابقة لأي سبب.

وفي جميع حالات الفسخ أو التنفيذ على حساب المتعاقد يكون التأمين النهائي من حق الجهة الإدارية، كما يكون لها أن تخصص ما تستحقه من مقابل التأخير وقيمة كل خسارة تلحق بها من أي مبالغ مستحقة أو تستحق للمتعاقد لديها، وفي حالة عدم كفايتها تلجأ إلى خصمها من مستحقاته لدى أي جهة إدارية أخرى أيا كان سبب الاستحقاق، دون حاجة إلى اتخاذ أي إجراءات قضائية، وذلك كله مع عدم الإخلال بحقها في الرجوع عليه قضائياً بما لم تتمكن من استيفائه من حقوق بالطريق الإداري."

وقد نص نظام المنافسات و المشتريات السعودي، في المادة (75) على أنه: "للجهة الحكومية سحب جزء من الأعمال و المشتريات و تنفيذها على حساب المتعاقد معه، إذا أخل بالتزاماته التعاقدية بعد إنذاره، و توضح اللائحة ما يلزم لتطبيق هذه المادة.". و جاءت اللائحة التنفيذية للنظام مفصلة و موضحة حالات و شروط تطبيق تلك المادة في المواد من 136 حتى 139. حيث نصت المادة 136 على أنه: "1- إذا أخل المتعاقد بجز واحد أو عدة أجزاء من المشروع، تنذره الجهة الحكومية لإصلاح أوضاعه خلال خمسة عشر يوما. فإذا لم يمثل المتعاقد جاز لها تنفيذ هذا الجزء على حسابه بما لا يتجاوز الأسعار السائدة. 2- يتم السحب الجزئي من المتعاقد بقرار من رئيس الجهة الحكومية أو من يفوضه، بناء على توصية من لجنة فحص العروض أو اللجنة المختصة بالشراء بحسب الحال، ويتم إبلاغ المتعاقد بذلك.". و نصت المادة 137 على أنه: "تقوم الجهة الحكومية بالحجز على مستحقات المتعاقد المسحوبة منه الأعمال بما لا يتجاوز قيمة الأعمال التي ستنفذ على حسابه، وذلك حتى يتم سداد تكلفة تلك الأعمال سواء مباشرة أو حسما من مستحقاته.". و نصت المادة 138 على أنه: "إذا قررت الجهة تنفيذ الأعمال المسحوبة جزئيا على حساب المتعاقد، يجب أن يكون التنفيذ وفقا للشروط والمواصفات التي تم التعاقد بموجبها مع المتعاقد المسحوبة منه الأعمال.". كما نصت المادة 139 على أنه: "يجوز للجهة الحكومية أن تنفذ فورا على حساب المتعاقد الأعمال التي قصر في تنفيذها إذا كانت تلك الأعمال تمثل بندا أو عدة بنود من العقد مع استمرار المتعاقد في تنفيذ بقية الأعمال، أو كانت من الأعمال المتبقية بعد الاستلام الابتدائي، أو كانت من ملاحظات الاستلام النهائي التي يتوجب على المتعاقد إصلاحها، أو كان العقد من العقود ذات التنفيذ المستمر التي لا تحتمل التأخير.....".

ويتضح من النصوص التشريعية سالف الإشارة، أنه في حالات توافر السبب الأجنبي أو الحادث الفجائي، فلا يجوز لجهة الإدارة تطبيق أي من الجزاءات التعاقدية أو تلك التي تفرضها القوانين واللوائح، و يطبق تلك المبادئ مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه⁽¹⁾.

ثالثا: أثر جائحة كورونا على حقوق المتعاقد:

لعل من أهم آثار اتصال العقد بنشاط مرفق عام من حيث حقوق المتعاقد مع الإدارة، هو حقه في طلب المعونة من الإدارة كلما ألت به ظروف غير متوقعة تجعل تنفيذ العقد عسيرا أو مرهقا، لأن قاعدة استمرار المرفق تمنع من وقوف جهة الإدارة موقف المتفرج إزاء ما يصيب المتعاقد من خسائر، وبالتالي يتعطل سير المرفق

¹) C.E. ,21 mars 1986 ,meyrignac muricec commune de vaulx, recueil Lebon,p.1736.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

العام. والتعويض في هذه الحالة ليس تعويضا عن ضرر هي مسئولة عنه، ولكنه مساهمة من الإدارة في رفع عثرة المتعاقد معها، ومساعدته على اجتياز مرحلة صعبة لا يد لأحد الطرفين فيها، وبالتالي لا يكون التعويض بقدر الضرر وإنما يكون أقل من الضرر، دون أن نستطيع تحديد نسبة معينة بين التعويض و الضرر. فالخسارة التي تلحق المتعاقد ليست إلا عنصرا من عناصر التقدير يشترك مع عناصر أخرى في تحديد مقدار التعويض. والعنصر الرئيسي في تحديد مقدار التعويض هو ضمان تمكين المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته، و أداء الخدمة العامة المكلف بها، حتى لا يتوقف سير المرفق العام⁽¹⁾.

وفي بعض الحالات قد تلحق المتعاقد خسائر جراء تنفيذ العقد كاملا أو بعضه أثناء الظروف غير المتوقعة، و في هذه الحالة يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض، و تخضع عملية حساب التعويض هنا لسلطة القاضي التقديرية، في كل حالة على حدة.

و تختلف تلك الآثار في مداها من حالة إلى أخرى، وفقا للتكييف القانوني لجائحة كورونا على نحو ما سوف يتبين لنا فيما يلي من الدراسة.

الفصل الثاني

دور القضاء في معالجة آثار جائحة كورونا على تنفيذ العقود الإدارية

¹ (يراجع في هذا الشأن د. ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 145-146.

أدى تفشي الأزمة الصحية المرتبطة بجائحة كورونا-كوفيد-19، إلى توقف الاقتصاد بصفة عامة، وألقي بظلاله على تنفيذ العقود الإدارية، ففي بعضها حالت الجائحة دون تنفيذ العقود، وفي بعضها الآخر أُلقت بمعوقات أمام تنفيذها، مما يثير مشكلة تكييف الواقعة، والقواعد القانونية الواجب تطبيقها على كل قضية تعرض أمام القضاء، هل تطبق نظرية القوة القاهرة، أم نظرية الظروف الطارئة، مع بيان أوجه التشابه والاختلاف فيما بينهما، كما لا بد من مناقشة مسألة انتهاء جائحة كورونا و أحكام الاستعانة بنظرية القوة القاهرة الإدارية في هذا الشأن، وفيما يلي سوف نتناول تلك الإشكاليات بالتفصيل كالتالي:-

المطلب الأول : تكييف جائحة كورونا قوة القاهرة.

المطلب الثاني : تكييف جائحة كورونا ظرف طارئ.

المطلب الثالث: أوجه الشبه، والاختلاف بين نظرية القوة القاهرة، ونظرية الظروف الطارئة

المطلب الرابع : انتهاء جائحة كورونا وأحكام الاستعانة بنظرية القوة القاهرة.

المطلب الأول

تكييف جائحة كورونا قوة القاهرة

قد لا يثير مفهوم القوة القاهرة، جدلاً كبيراً بالنظر إلى استقرار الفكرة و وجودها في مختلف النظم القانونية، وقد سمحت الأزمات و الظروف التي يمر بها العالم في زيادة الاهتمام بها، ولكن يبقى دائماً مجالاً للنظر في مدى ضبط هذه الفكرة وتحديدها، في كل حالة علي حدة، إذ غالباً ما يختلف معناها من عقد إلى آخر، حسب إتفاق الأطراف، فقد يعني مصطلح القوة القاهرة: أي سبب خارج عن إرادة أي من الطرفين، و لا يمكن لأي من الطرفين توقعه أو توقيه بصورة معقولة، ويحول بين أي من الطرفين و أداء واجباته طبقاً للعقد، وتشمل القوة القاهرة والظروف الإستثنائية، الحرب، أو الثورة، أو العصيان، أو الأعمال العدائية، أو الإضطراب المدني، أو الزلازل، أو

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الفيضانات، أو الإعصار، أو أي كارثة طبيعية... إلخ⁽¹⁾. وقد عنت كثير من التشريعات الوطنية بتنظيم القوة القاهرة، منها علي سبيل المثال، ما يلي.

فقد نص المشرع الفرنسي، علي القوة القاهرة، في الفقرة الأولى من المادة 1218 من القانون المدني، المعدل في 10 فبراير 2016، التي أكدت علي أنه: "تتحقق القوة القاهرة في المسائل العقدية عندما يمنع حدث خارج عن سيطرة المدين، ولم يكن من الممكن التنبؤ به وقت إبرام العقد، ولا يمكن تفادي آثاره بإتخاذ التدابير المناسبة، بحيث يمنع المدين من تنفيذ التزامه"⁽²⁾.

ونص المشرع المصري أيضا، علي القوة القاهرة، في الفقرة الأولى من المادة 217 من القانون المدني، التي أكدت علي أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة"⁽³⁾.

(يراجع حول هذا المعني كل من: الإمام الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني¹، الجزء الثالث، نظرية الإلتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية-لبنان، الطبعة الثالثة 2011، ص 981 وما بعدها؛ مهندس/محمد ماجد خلوصي، و د. عذاب العزيز الهاشمي: التحكيم في عقود الغاز والبتترول في ضوء قانون التحكيم الإماراتي مقارنة بقانون التحكيم المصري، دار النشر للجامعات بمصر، الطبعة الأولى 2020، ص 84.

(2) " Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le "débiteur".

(3) وقد ورد في دليل عقود الفيديو الجديد الصادر سنة 1999، في المادة 1/19 تعريف للقوة القاهرة: بأنها الحدث³ أو الظرف الإستثنائي الذي تتوافر فيه أربعة شروط، هي: أ- أن تكون فوق سيطرة الأطراف، ب- أن ألا يكون الأطراف علي علم بها قبل إبرام العقد. ج- ألا يكون بوسع ذلك الطرف أن يتجنبه أو يتلافاه بصورة معقولة عند حدوثه. د- ألا يمكن أن يعزي بشكل جوهري إلي

ويبدو واضحا أن القانون الفرنسي و المصري، لم يقدم تعريفًا محددًا للقوة القاهرة، غير أن المشرع الفرنسي وضع عدة شروط، لكي تتحقق القوة القاهرة، وهي: عدم التوقع، وعدم القدرة علي الدفع، وأن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلًا، وإنعدام خطأ المدين⁽¹⁾. كما يلاحظ أن المشرع المصري استخدم مصطلحين هما، الحادث الفجائي، والقوة القاهرة، مما قد يوحي بأنه يوجد تعارض و إختلاف بينهما، غير انه في الحقيقة لا يوجد تعارض أو إختلاف بينهما، إذ يعدان وجهين لعملة واحدة، ودرجت المحاكم علي استخدام المصطلحين بمعنى واحد، هو مصطلح السبب الأجنبي.

وقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا بمصر، شروط تطبيق القوة القاهرة، وقالت ما يلي: "...حتى تكون القوة القاهرة كذلك يتعين توافر شرطين بأن يكون ثمة أمر غير ممكن التوقع، ومستحيل الدفع، فإن توافر هذين الشرطين كان الحادث أجنبيًا عن الشخص لابد له فيه، ويجب أن تكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المتعاقد فحسب بل من جانب أشد الناس يقظة وتبصرًا بالأمر، فالمعيار موضوعي لا ذاتي ولا يكتفي فيه بالشخص العادي، كما يجب أن يكون عدم الإمكان مطلقًا، وأن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، فإن أمكن دفعه حتى ولو إستحال توقعه لم يكن ثمة قوة قاهرة، وكذلك يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلًا إستحالة مطلقة لا بالنسبة للكتعاقد وحده، بل بالنسبة إلي أي شخص يكون في موقفه"⁽²⁾.

طرف من أطراف العقد.

(يراجع في تفاصيل الموضوع عند كل من :¹)

Luc Grynbaum: Force majeure et épidémie de COVID -19 : une première décision vient d'être rendue, publiée sur le site suivante: www.leclubjuristes.com, visistes 23/08/2020

د. مروان بوسيف: مآل تنفيذ الإلتزامات التعاقدية في ظل فيروس كورونا-كوفيد19، منشور في سلسلة إحياء علوم القانون، مجلة علمية محكمة، بالمغرب، مؤلف جماعي تحت عنوان: الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، عدد مايو 2020، ص 317 وما بعدها.

(حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم 639 لسنة 4 ق.، ج 1969/12/12، منشور في مجموعة المبادئ²)

التي قررتها المحكمة الإدارية العليا و الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في أربعين عامًا، ص 473. ونحت محكمة النقض المصرية إلي ذات الإتجاه، فقالت: "...أنه يشترط في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي الذي يترتب عليه إستحالة التنفيذ، وينقض إلي به الإلتزام، عدم إمكانية توقعه، وإستحالة دفعه...". (الطعن رقم 2 لسنة 46، جلسة 1979/3/19، أحكام المكتب الفني، ص 30، ص 14).

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

وأكدت الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع بمجلس الدولة المصري، علي ذات المبادئ، فقالت ما يلي: "...يشترط في الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، أن يكون غير متوقع، ولا يستطاع دفعه، وأن يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا، بمعنى أن تكون الإستحالة مطلقة، فلا تكون بالنسبة إلي المدين فحسب، بل تكون بالنسبة إلي أي شخص يكون في موقف المدين، فإذا تخلف أحد تلك الشروط تخلف مناط إعفاء المدين ..."⁽¹⁾.

ويتضح مما تجمع من مادة، أن شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة، أربعة شروط، هي:

1- عدم إمكانية التوقع:

ومقتضي هذا الشرط، أن يكون الحادث الطارئ غير ممكن التوقع، بل ولا يدخل في نطاق المسائل التي يمكن التنبؤ بها، أو التوقع من جانب الإنسان، وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية، في هذا الشأن إلي أنه: "...وما يميز القوة القاهرة، هو عدم القدرة علي التوقع، وعدم القدرة علي الدفع، والتي يجب أن يخضع تقييم حدوثها في تاريخ إبرام العقد"⁽²⁾.

2- عدم إمكانية الدفع:

(فتوي رقم 540 بتاريخ 15/07/1999، ملف رقم 46/2/68، جلسة 16/09/1999م؛ وأيضا فتواها بجلسة¹)

2009/4/1، ملف رقم 94/2/78، مشار إليها عند: المستشار فتحي عطية السيد مصطفى: الحلول العملية لمشكلات المناقصات و المزايدات الناشئة عن تطبيق القانون 89 لسنة 1998 وتعديلاته، بدون دار نشر، الطبعة التاسعة 2014، ص 658 وما بعدها.

Cass. Civ., 6 novembre 2002, Sté Clio "Voyages Culturels" c/ T.:Juris-Data n° 016221 et 1ère Civ.- 30)²(
octobre 2008, BICC n°697 du 1er mars 2009.

مقتضى هذا الشرط، هو أنه لا يمكن للمدعى عليه أو الملتزم بالأداء، تجنب وقوع الحدث أو عواقبه من خلال التدابير المناسبة، ولو اتبعت كافة الإحتياطات الفنية اللازمة لذلك. وفي حكم لمحكمة إستئناف Besançon بفرنسا، رفضت إنهاء العقد، كون انفلونزا (grippe H&N1)، لا تشكل قوة قاهرة، وقالت ما يلي: "...يتعين علي المدين الذي يريد إنهاء عقده (عدم أداء التزاماته)، إثبات أنه لم يكن قادرا علي توقع العواقب لهذا الوباء، ولا يمكنه أن يجد حولا أخرى لتنفيذ التزاماته،... ومن الضروري إثبات علاقة السببية بين عدم قدرته علي الدفع أو الأداء العيني، وبين حدوث الوباء"⁽¹⁾.

3- أن يصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلا:

ومقتضى هذا الشرط أن الحادث غير المتوقع، الذي لا يمكن دفعه، يصبح معه تنفيذ الإلتزام مستحيلا، ومتي أصبح الإلتزام مستحيلا، فإنه لا محالة ينقضي، وهذا ما تقتضيه طبائع الأشياء، إذ لا إلتزام بمستحيل À l'impossible nul n'est tenu⁽²⁾. وقد نصت علي ذلك صراحة المادة 1218/2 مدني فرنسي، كالتالي: "... إذا كان العائق مؤقتاً ، يتم تعليق أداء الإلتزام ما لم يكن التأخير الناتج عنه لا يبرر إنهاء العقد..و إذا كان العائق نهائياً، يفسخ العقد تلقائياً ويتحرر الأطراف من التزاماتهم بموجب الشروط المنصوص عليها في المادتين 1351 و 1351-1"⁽³⁾.

4- إنعدام خطأ المدين:

ومقتضى هذا الشرط ألا يكون الحادث سببه خطأ المدين، أي انتفاء مسؤولية المدين بالإلتزام؛ ذلك أن أركان المسؤولية لم تجتمع هنا، وهي الخطأ و الضرر وعلاقة السببية. وانتفاء المسؤولية يختلف عن الإعفاء منها، كون الإعفاء منها لا يستبعد قيام المسؤولية، في حين الانتفاء يعني عدم قيامها أصلا.

⁽¹⁾(Cour d'appel de Besançon, 2^e ch. comm., 8 janv. 2014, pourvoi n° 12/02291.)

(الإمام الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، مرجع سابق الإشارة، ص981)²

⁽³⁾ (Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1."

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

وفي هذا الصدد أقرت محكمة النقض الفرنسية في حكم صادر بتاريخ 9 مارس 1994 بأنه: إذا كان الحادث لا يمكن توقعه، فإنه يبقى لزاما على المدين أن يتخذ جميع التدابير لتجنب وقوعه، و مادام أن صاحب الفندق ومستخدميه لم يتخذوا الإجراءات اللازمة المتمثلة في فرض الرقابة الصارمة على جميع مداخل الفندق، مما سهل لأحد المجرمين الدخول للفندق، وأن الحارس الليلي نفسه فتح الباب أمام أحد المجرمين الذين زعموا أن لديهم موعدًا مع أحد زبائن الفندق، وبالتالي فإن الدفع بأنهم عصابة مسلحة، يشكل حادث لا يمكن تجنبه أو مقاومته، يبقى غير ذي أساس ولا يشكل قوة قاهرة⁽¹⁾.

النتائج و الآثار القانونية للقوة القاهرة⁽²⁾

للقوة القاهرة عند تحقق شروطها عدة آثار قانونية؛ لعل من أهمها إعفاء الإدارة و المتعاقد من التزاماتهما، ثم في انفساخ العقد، وما قد يرتبط بتعويض المتعاقد حال تضرره من القوة القاهرة في أحوال النص على ذلك أو عدم النص، ثم فكرة تحمل الهلاك الناشئة عن القوة القاهرة، وسوف نتناول تلك النتائج و الآثار بشئ من التفصيل فيما يلي:

¹(-91) N° de pourvoi: 1994. Cour de cassation chambre civile 1. Audience publique du mercredi 9 février 1994. Publié au bulletin Rejet. 20525.

² (يراجع في تفاصيل الموضوع عند كل من :

د. عبدالمجيد فياض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي بمصر، 1975، ص 151 وما بعدها؛ د. عادل طالب الطبطبائي: مدى إنقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 16 - العدد 3، سنة 1992، ص 16 وما بعدها؛ المستشار حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الثالث، مشكلات تنفيذ العقود الإدارية، بدون دار نشر، 2016، ص 118 وما بعدها.

1-الإعفاء من الإلتزامات التعاقدية:

إذا ترتب على القوة القاهرة استحالة مطلقة لتنفيذ الإلتزامات التعاقدية؛ فإن الأثر القانوني المباشر لذلك هو إعفاء المتعاقد مع الإدارة من تنفيذ التزاماته التي استحال عليه تنفيذها. ونظرا لكون الإستحالة حالة واقعية موضوعية، فإن الإعفاء لا يقتصر على المتعاقد مع الإدارة وحده، وإنما يشمل جهة الإدارة نفسها متى توافرت مقتضيات ذلك.

فأما بالنسبة لإعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته التعاقدية، فإن القضاء يفرق بين حالتين بحسب ما إذا كانت الاستحالة مطلقة أم نسبية مؤقتة. فإذا كانت الإستحالة مطلقة، فلا شك أن الأثر القانوني المترتب على ذلك هو إعفاء المتعاقد من التزاماته تجاه الإدارة، وأما إذا كانت استحالة التنفيذ مؤقتة؛ فإن أثر القوة القاهرة لا ينصرف إلي إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته كما في الاستحالة المطلقة، وإنما ينصرف الأثر إلي "وقف تنفيذ الإلتزام" حتى يزول الحادث، فيبقى الإلتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث.

وقد أظهرت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا الفارق في باكورة أحكامها، حيث ذهبت إلي أنه: "إستحالة التنفيذ إما أن تكون إستحالة فعلية أو إستحالة قانونية وذلك في الوقت الذي يجب فيه التنفيذ. إذا كانت الإستحالة راجعة إلي سبب أجنبي فإن الإلتزام ينقضى أصلا سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمرا غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع. ويجب أن يكون عدم إستطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي. أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو إستحال توقعه لم يكن ثمت قوة القاهرة أو حادث فجائي. ويجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا إستحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلي أي شخص يكون في موقف المدين. وهذا هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا لا مستحيلا. وقد يكون من أثره لا الإعفاء من تنفيذ الإلتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الإلتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث".

أثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

وطبقت المحكمة الإدارية العليا، قواعد القانون المدني المصري، على روابط القانون العام، باعتبارها من الأصول العامة، وقالت مايلي: "...كل ما تقدم من قواعد قد قنتها المشرع المصري في القانون المدني، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الخاص، إلا أن القضاء الإداري قد أطرده على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام ما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة. إن أحكام المسؤولية العقدية تقتضى أن يكون هناك خطأ وضرر وأن تقوم علاقة السببية بين الخطأ و الضرر، وأنه إذا إستحال على المدين أن ينفذ إلتزامه عينا كان مسئولاً عن التعويض لعدم الوفاء ما لم يثبت أن إستحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، وإستحالة التنفيذ إما أن تكون إستحالة فعلية أو إستحالة قانونية وذلك في الوقت الذي يجب فيه التنفيذ. وغني عن القول أن الإستحالة الفعلية هي من مسائل الواقع الذي يقدره القاضي و يختلف هذا التقدير بحسب ظروف الأحوال وملابساته، وإذا كانت الإستحالة راجعة إلي خطأ المدين لا ينقضى الإلتزام وإن كان أصبح تنفيذه العيني مستحيلاً ووجب التنفيذ عن طريق التعويض، و بدأ يتحول محل الإلتزام من التنفيذ العيني إلي التعويض، فتبقي التأمينات التي كانت تكفل التنفيذ العيني وتتحول إلي كفالة التعويض، وتبقى مدة التقادم سارية، أما إذا كانت الإستحالة راجعة إلي سبب أجنبي فإن الإلتزام ينقضى أصلاً سواء من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فإن توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد فيه ويجب أن يكون عدم إستطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكتفى فيه بالشخص العادي ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان

مطلقا كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو إستحال توقعه لم يكن ثمت قوة قاهرة أو حادث فجائي كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلا إستحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلي أي شخص يكون في موقف المدين وهذا هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الإلتزام مرهقا لا مستحيلا، ويختلف أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بجسب الأحوال فإذا كان هو السبب الوحيد في وقوع الضرر إنعدمت علاقة السببية فلا تتحقق المسؤولية، وقد يكون من أثره لا الإعفاء من تنفيذ الإلتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث فيبقى الإلتزام موقوفا على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث، وغنى عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا بإتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فيتفقان مثلا على أن المدين لا يخلى من إلتزامه ويتحمل بذلك تبعة السبب الأجنبي فلا ينقضى الإلتزام حتى ولو إستحال تنفيذه بسبب أجنبي ويتحول محله إلي تعويض ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمنه من الحوادث التي ترجع إلي القوة القاهرة، كل ما تقدم من قواعد قد قننها المشرع المصري في القانون المدني، ولئن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط القانون الخاص، إلا أن القضاء الإداري قد أطر على الأخذ بها بإعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة، وقد ردد البند الخامس من العقود الثلاثة المبرمة مع المطعمون عليه النص على إعفائه من المسؤولية عند وقوع القوة القاهرة".

وانتهت المحكمة إلي ما يلي: "إن الحكم المطعمون فيه يكون قد أصاب الحق في قضائه فيما إنتهى إليه بعد إستظهاره لظروف الحالة وملابساته من أن عدم وفاء المدين بإلتزامه يرجع إلي سبب أجنبي لا يد له فيه، فتحققت القوة القاهرة التي جعلت التنفيذ مستحيلا وذلك بسبب إصرار الحكومتين الفرنسية و الإيطالية على منع تصدير الأسلحة المنفق عليها إلي الحكومة المصرية، وهذا السبب الأجنبي ليس في إمكان أي شخص في مثل مركز المدين أن يتوقعه أو يدفعه، بل أن المطعمون عليه بعد إذ عجز عن الحصول على ترخيص الحكومتين حاول تنفيذ إلتزامه بوسائل أخرى عرضها على الملحقين العسكريين في روما و باريس وذلك بإرسال الأسلحة باسم أثيوبيا على أن تستولى عليها الحكومة في أثناء مرورها عابرة بمصر بعد الاتفاق مع الحكومة الأثيوبية وغير ذلك من الوسائل الأخرى التي إقترحها، ولكن الحكومة المصرية لم تقبلها وكل ذلك يدل على أنه لم يترك وسيلة ممكنة لتنفيذ

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

إلتزامه إلا لجأ إليها ولكن حال دون التنفيذ السبب الأجنبي الذي لا يد له فيه أي القوة القاهرة التي تعفيه من المسؤولية⁽¹⁾.

و أما بالنسبة لإعفاء الإدارة من الإلتزامات التعاقدية، عند تحقق الإستحالة المطلقة، فإن القضاء الإداري يذهب إلى إعفاء الجهة الإدارية من جميع إلتزاماتها تجاه المتعاقد معها، كونها التزمات مقابلة لالتزاماته التعاقدية التي أعفي منها، فلا يتصور أن تستمر الإدارة ملزمة بها مع إعفاء المتعاقد من الإلتزام المقابل لها، نظرا لكون الإستحالة حالة واقعية موضوعية، فإن الإعفاء لا يقتصر على المتعاقد مع الإدارة وحده، وإنما يشمل جهة الإدارة نفسها متى توافرت مقتضيات ذلك. وفي هذا الشأن ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن: "... إلتزامات الإدارة تجاه الملتزم والتي تضمن له الأضرار الناتجة عن الحرب، لم تعد موضوعا لاستمرار استغلال مرفق الكهرباء وتأمين خدماته لأن هذا الاستغلال لم يعد ممكنا من الناحية الفعلية بشكل نهائي"⁽²⁾.

¹ (حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 689 لسنة 4 ق.، جلسة 12 ديسمبر 1959، المكتب الفني، س5، ج1، ص 106 .

² (حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 1956/3/2، المجموعة، ص 703 ؛ وقارن عكس هذا المبدأ: حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 1947/11/28، المجموعة ص 442، في قضية societe Ral-lister حيث ذهبت المحكمة إلى أن: "... حالة القوة القاهرة المعفية للإدارة من التزماتها لا تتحقق في حالة العقد المبرم بينها و بين أحد الأفراد الذي استأجرت منه بعض المعدات لإستخدامها بمعرفة الجيش الفرنسي في حملته المضادة لوقف تقدم الاحتلال الألماني، ولا يعتبر فقد هذه المعدات خلال انسحاب الجيش في الشهر الخامس من عام 1940 من قبيل القوة القاهرة لأن السلطات العسكرية كان عليها أن تتوقع مخاطر خسارتها لبعض معدات بسبب العمليات العسكرية دون أي اعتبار للمتسبب في هذه الخسارة".

2-فسخ العقد⁽¹⁾ :

من المقرر أن تحقق شروط القوة القاهرة، يعد سببا مشروعاً لفسخ العقد، والقوة القاهرة لا تؤدي إلى فسخ العقد إلا إذا كان تنفيذ الالتزام قد أصبح مستحيلاً بصفة نهائية، أما إذا كانت الاستحالة في التنفيذ نسبية أو مؤقتة فإنها لا تصلح سبباً لفسخ العقد، وإنما يتوقف تنفيذ العقد على ما سلف بيانه إلى أن يزول السبب الواقف.

وتجدر الإشارة إلى أنه بات من المسلم به في القانون المدني المصري، أن القوة القاهرة، والسبب الأجنبي بصفة عامة، يؤدي إلى انفساخ العقد من تلقاء نفسه وفقاً للمادة 373 من القانون المدني. وبهذا المعنى تعتبر القوة القاهرة من الأسباب القانونية لانفساخ العقد. فإذا إلتجأ المتعاقد إلى القضاء للحصول على حكم بأن استحالة التنفيذ ترجع إلى سبب أجنبي، فإن الحكم في هذه الحالة يقرر الفسخ ولا ينشئه⁽²⁾.

وأما في القانون الفرنسي، فيثور خلاف بين الفقه والقضاء في هذا الصدد: فالفقهاء يؤيدون وجهة النظر المقررة في مصر تشريعياً، ولكن المحاكم القضائية، تميل إلى جعل القوة القاهرة سبباً للمطالبة بالفسخ قضائياً. فما هو الوضع في نطاق العقود الإدارية؟!

إن للقوة القاهرة وضعاً خاصاً في نطاق العقود الإدارية، ذلك أن مجلس الدولة الفرنسي قد توسع في معنى القوة القاهرة، فأصبح لها معنيان في قضائه⁽³⁾:

(أ) المعنى الأول: وهو المعنى الأصيل للقوة القاهرة، وهي الحادث الخارجي، الذي يستحيل دفعه، والذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقة. فهل تؤدي القوة القاهرة في هذه الحالة إلى انقضاء العقد بقوة القانون؟! لقد حكم

¹ (يراجع في هذا الشأن عند كل من : أستاذنا الفقيه الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق الإشارة، ص 769 وما بعده؛ د. عادل الطبطبائي : مدى انقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت، بحث سابق الإشارة، ص 54 وما بعدها؛ المستشار حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الثالث، مرجع سالف الإشارة، ص 126 وما بعدها.

² (يراجع: الفقيه الكبير الدكتور عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مرجع سابق الإشارة، ص 724 وما بعدها؛ أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة... المرجع السابق، ص 769.

³ (يراجع : أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة... المرجع السابق، ص 770 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

مجلس الدولة بهذا المعنى في حكمه الصادر في 16 يوليو سنة 1952 في قضية (Electricite de France)⁽¹⁾، التي تتميز بأن القوة القاهرة (الحرب) قد أدت إلى هلاك موضوع العقد.

ولكن السؤال الذي يثور في ذهن هنا، هل يسرى الحكم السابق على جميع صور القوة القاهرة- بهذا المعنى- والتي لا يكون أثرها بمثل هذا الوضوح؟! هذا ما يتشكك فيه الفقيه دي لوبادير. فهو يرى أنه يتعين في هذه الحالة التفرقة بين الفسخ الذي يطلبه المتعاقد، وذلك الذي تطلبه الإدارة: ففيما يتعلق بالمتعاقد، يرى الفقيه دي لوبادير، أنه يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ العقد للقوة القاهرة⁽²⁾.

أما فيما يتعلق بالإدارة فإنها تستطيع إنهاء العقد بقرار منها استنادا إلى القوة القاهرة، فيصبح الفسخ هنا فسحا إداريا⁽³⁾.

ويرى أستاذنا الفقيه الدكتور سليمان الطماوي، أن هذا الرأي - رغم مجافاته لفكرة القوة القاهرة كسبب يؤدي إلى الاستحالة المطلقة في تنفيذ الالتزامات العقدية - يضع في الاعتبار الظروف الخاصة بالعقود الإدارية، والتي تستلزم الاستمرار في أداء الخدمة حتى لا يتوقف المرفق العام مهما كان الثمن. و بالتالي يجب ألا يترك للأفراد حرية تقدير

¹ (حكم مجلس الدولة بتاريخ 1952/7/16 في قضية Electricite de France، المجموعة، ص 380 .

² (مطوله في العقود، الجزء الثالث، ص 149. وقد استند في رأيه إلى حكمين صادرين من مجلس الدولة الفرنسي في 30 يونيو سنة 1937 في قضية commune d'Avrieux ، وفي 27 أكتوبر سنة 1937 في قضية Terquet المجموعة، ص 871 (مشار إليه في مؤلف أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة ... المرجع السابق، ص 770).

³ (واستند إلي حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 7 مايو سنة 1952 في قضية Eloy المجموعة ص 225 (مشار إليه في مؤلف أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة ... المرجع السابق، ص 771).

ما يعتبر من قبيل القوة القاهرة، مع مراعاة أن هذا الحل لن يتقل عليهم في شيء، اللهم إلا في رفع الأمر إلى القضاء للتأكد من أن ما يستند إليه المتعاقد هو من قبيل القوة القاهرة التي لا شك فيها⁽¹⁾.

(ب) المعنى الثاني للقوة القاهرة : وهو التوسع الذي حققه مجلس الدولة الفرنسي بمقتضى حكمه الصادر في 9 ديسمبر سنة 1932 في قضية (Cie de tramways de Cherbourg)⁽²⁾ . فمن المقرر أن الظرف الطارئ يمتاز عن القوة القاهرة، بأنه لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، بل يجعل ذلك التنفيذ مرهقا. وبالتالي فإن المتعاقد لا يمكنه أن يستند إلى هذا الظرف للمطالبة بتحرره من التنفيذ، أي بانقضاء العقد، وكل ما له من حقوق ينحصر في المطالبة بالتعويض. أما القوة القاهرة، فإنها تخول المتعاقد –وفقا للتفسير السابق- الحق في المطالبة بفسخ العقد قضائيا.

ولقد كان مجلس الدولة الفرنسي حتى سنة 1932 يلتزم هذا المسلك. ولكنه حوره في هذا التاريخ، إذا خول كلا من الإدارة و المتعاقد معها، الحق في طلب فسخ العقد قضائيا، إذا تبين أن العقد الإداري لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة، وأنه قد أصبح غير قابل للحياة بدون هذه المساعدة المستمرة. وبهذا المعنى، أصبح حكم الظروف الطارئة في هذا الخصوص هو حكم القوة القاهرة، مما دفع الفقهاء إلى القول بأن مجلس الدولة الفرنسي قد استحدث فكرة إدارية عن القوة القاهرة (Force majeure administrative) ولكن الفسخ القضائي في هذه الصورة الثانية قد يكون مصحوبا بالحكم بتعويض، يحكم به على المتعاقد المتعنت، والذي يكون قد أدى بتصرفه إلى الوصول إلى تلك النتيجة⁽³⁾.

وطبق مجلس الدولة المبدأ السابق في حكمه الصادر في 5 نوفمبر سنة 1982 ، حيث ذهبت المحكمة إلى أن "... حالة المشقة لا تؤدي إلى إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزامه بتنفيذ العقد – كأصل عام – ويجب على الأطراف البحث عن جميع الحلول الممكنة، لتكثيف أداء العقد الأصلي مع الظروف الجديدة. فإذا تبين أن العقد لن

¹ (يراجع مؤلف أستاذنا الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة ... المرجع السابق، ص 771.

²) CE, 9 décembre 1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg , , Rec. P. 1050

³ (يراجع في هذا الشأن مؤلف أستاذنا الفقيه الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة ... المرجع السابق، ص 771 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة، فإنه يحكم بفسخ العقد قبل مدته، والحكم بالتعويض عن المشقة غير المتوقعة للطرف المتعاقد...⁽¹⁾.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي على هذا المبدأ في حكم حديث نسبياً، في 10 فبراير سنة 2010⁽²⁾. حيث قضت المحكمة بإنهاء (فسخ) العقد قبل مدته، مع دفع تعويض عن المشقة في تنفيذ العقد، الناتجة عن عدم القدرة على التنبؤ لصالح المتعاقد المشارك للإدارة، وذلك عندما تجعل الظروف الجديدة، العقد بدون موضوع، وهذا هو الحال عندما لا يمكن تصحيح الوضع من ناحية أخرى؛ مما ينتج عنه حالة من القوة القاهرة، تبرر إنهاء العقد ودفع تعويض عن المشقة في تنفيذ العقد والناتجة عن عدم القدرة على التنبؤ بالظروف الجديدة.

وفي الحقبة الأخيرة فإن كثيراً من نماذج العقود تتضمن نصاً صريحاً يسمح بفسخ العقد بسبب القوة القاهرة، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بصفة نهائية. ولعل أوضح تلك النماذج، ما يقضى به البند (66) من نموذج عقد الفيديك، بأنه: "إذا حدث ما لا يمكن أن يعزى إلى أي من الطرفين من ظروف، بعد صدور خطاب قبول العطاء إلى المقاول، وترتب عليه أن أصبح من المستحيل أو غير المشروع لأي من الطرفين أن يفي بالتزاماته العقدية، أو إذا كانت شروط العقد تقتضى إعفاء الطرفين من المضي في تنفيذه، فإن ما يستحقه المقاول قبل صاحب العمل، عن الأشغال المنفذة، يحدد وفقاً لقواعد البند 65 في حالة إنهاء العقد وفقاً لهذا البند".

ويلاحظ أن هذا البند يعالج احتمالين هما:

¹) CE, Sect., 5 nov. 1982, Soc. Propérol, AJDA 1983. 259, concl. D. Labetoulle.

²) CE 10 février 2010 Société Prest'action, n° 30116. AJDA 2010.

أ- استحالة التنفيذ التي تعزى إلي ظروف خارجة عن سيطرة طرفي العقد .

ب- إذا كان القانون الواجب التطبيق يعفى طرفي العقد من الوفاء بالتزاماتهما لأسباب أخرى لا تكون راجعة إلي استحالة التنفيذ.

فإذا كان القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري، فإن الظروف التي تخرج عن سيطرة العاقدين، هي الظروف القاهرة. ومن المعروف أن فكرة استحالة التنفيذ التي ترجع إلي القوة القاهرة في النظام المصري و الفرنسي، تختلف عن فكرة استحالة التنفيذ التي ترجع إلي Frustration في الشريعة العامة Comman Law والتي أستقى منها البند 66 من نموذج الفيديك.

فاستحالة التنفيذ في القانون المصري و الفرنسي، هي استحالة دائمة و مطلقة، أما استحالة التنفيذ في الشريعة العامة (المدرسة الانجلوسكسونية)، فتتصرف إلي حوادث غير منظورة تقع، فتحول دون تحقيق الغرض الذي دار في خلد المتعاقدين. ولعل أوضح حالة يمكن أن يستظهر فيها مبدأ الاستحالة هي الحالة التي أنشأتها القاعدة في القضية الرائدة: تايلور ضد كالدويل (1863) والتي أوردت مثالين لاستحالة التنفيذ هما: الهلاك المادي لمحل العقد قبل حلول ميعاد الوفاء، وحالة التغير اللاحق للقانون الذي يجعل الوفاء بالعقد أمرا غير مشروع. فكل حادث بعد ابرام العقد يستحيل معه على الطرفين تنفيذه- بمعنى أنه لم يعد من الممكن تنفيذ الغرض الجوهرى من العقد الذي تغياه الطرفان، يعتبر Frustration. وقد يكون الوفاء حرفيا Literal بالعقد لا يزال ممكنا، ولكن مع ذلك، لن يوفى بالقصد الأساسي و المشترك للطرفين، وفي هذه الحالة يفسخ العقد من تلقاء نفسه، وبقوة القانون.

و بناء على ما تقدم، لو أن القانون الواجب التطبيق هو القانون المصري، وكانت استحالة التنفيذ مؤقتة، فإن ذلك لا يعفى أي من الطرفين من تنفيذ التزاماته العقدية، ولكنها تعطى الحق في وقف التنفيذ إلي حين زوال المانع المؤقت⁽¹⁾.

¹ (يراجع في هذا الشأن عند: د. محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات في القانون المصري (دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين)، دار النهضة العربية بمصر، 2001، ص 475 وما بعدها. وأشار سيادته إلي أن النظرية القانونية التي يعتمد عليها في تأصيل مبدأ الاستحالة في القضاء الانجلوأمريكي أشارت جدلا شديدا. فقدم الفقه نظريات عديدة، لتفسير الأساس القانوني للاستحالة، استند بعضها إلي النية المفترضة للمتعاقدين، واستند بعضها

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

فإذا تم وقف تنفيذ العقد في هذه الحالة، ثم زال المانع المؤقت، غير أن الغرض الجوهرى من العقد لم يعد تحقيقه ممكنا، فهل يلزم الاستمرار في تنفيذ العقد في هذه الحالة؟

طبقا للقانون الإنجليزي يفسخ العقد من تلقاء نفسه، لأن الالتزام الذى تعهد كلا من المتعاقدين بأدائه أصلا بموجب العقد، لم يعد هو الالتزام الذى سينفذ بعد استحالة التنفيذ المؤقتة. أما في القانون المصري، فإن اتجاه المحاكم غير واضح. ولذلك يحسن بالمتعاقدين إذا كان القانون المصري هو واجب التطبيق، النص في العقد على أنه إذا زادت مدة الوقف، لاستحالة التنفيذ المؤقت، عن فترة معينة، فلأى من الطرفين الحق في طلب إنهاء العقد⁽¹⁾.

وأحيانا تتضمن نصوص العقد، شرطا يقضى بفسخ العقد بالرغم من عدم انطباق كافة شروط القوة القاهرة، كأن يكون الحادث الفجائي قد تم فعلا إلا أنه لم يؤد إلى استحالة التنفيذ سواء أكانت استحالة مادية أو قانونية مطلقة أو مؤقتة، كأن ينص على انفساخ العقد إذا حدثت حالة الحرب دون أن تفرنها بنتائجها، كأن ترتبط بالتدمير أو الإتلاف أو غيره، وفي هذه الحالة ينطبق النص ويقع الانفساخ، إلا أن الفسخ في هذه الحالة لا يكون تطبيقا لنظرية القوة القاهرة، وإنما يتم تطبيقا للنص التعاقدى⁽²⁾.

الآخر إلى مبادئ المعقولة والعدالة.

¹:The Application of the FIDIC Civil Engineering Conditions of Contract in A Civil) Shalakany (A.)
Code System The International Construction Law Review,1989,p.277

² يراجع المستشار حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الثالث، مرجع سالف الإشارة، ص 127.

ووفقا للمدرسة اللاتينية (في فرنسا ومصر وديوان المظالم السعودي، على سبيل المثال)، فيشترط صدور حكم قضائي بفسخ العقد. فإذا ما توقف المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ التزاماته، فقد يتعرض لتطبيق الجزاءات التعاقدية عليه، إذا كانت الأفعال التي يدعى أنها سبب توقفه عن تنفيذ التزاماته، ليست من قبيل القوة القاهرة في نظر القضاء. أما في غير العقود الإدارية، فيجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ذلك. وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن: "تنفيذ العقد إذا أصبح مستحيلا بوجه نهائي فإن القوة القاهرة تعتبر حينئذ سببا مشروعاً لفسخ العقد"⁽¹⁾. وفي حكم آخر ذهب إلى أن: "... التأخير الكبير في تنفيذ بنود العقد، وإن كان لا يرجع إلى حالة القوة القاهرة إلا أنه يبرر إجراء الفسخ الذي لجأت إليه الإدارة لما في التأخير من أضرار تلحق بالمرفق العام"⁽²⁾.

3- حصول المتعاقد على التعويض :

لئن كان الأصل أن القوة القاهرة مسبب لعدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، لا تتيح للمتعاقد الحصول على التعويض عن ذلك من الإدارة بحسبان أنها ليست ضامنة لاستمرار التعاقد واستمرار التزاماتها العقدية من أداء لمقابل الأعمال في الوقت الذي يعفى فيه المتعاقد معها من التزاماته المقابلة، ومن ثم لا أحقية لأى من طرفي العقد -سواء المتعاقد أو جهة الإدارة- في مطالبة الطرف الآخر بالحصول على تعويض نتيجة القوة القاهرة؛ غير أنه في بعض الحالات التي يتفق فيها الطرفان على تضمين عقدهما نصا صريحا أو تضمين كراسات الشروط قبل هذا النص الذي يبيح للمتعاقد الحصول على تعويض على نحو معين، فإن هذا الشرط يكون واجب التطبيق ليس بإعتباره أثرا من آثار القوة القاهرة، ولكن بإعتباره ضمانا من أحد أطراف العقد للمخاطر المستقبلية، ومنها القوة القاهرة، وترتضيه جهة الإدارة طواعية عند إبرام العقد، فتلتزم به. و أوضح مثال لذلك ما تنص عليه كراسة الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة في فرنسا، من إمكانية تعويض المقاول عن الضرر الذي أصابه من جراء القوة القاهرة. فإذا ما نص العقد على طريقة معينة للتعويض، وجب الالتزام بنصوص العقد في هذا المجال، ويطبق القضاء النصوص التعاقدية دون تحفظ في هذه الحالة.

¹ (حكم مجلس الدولة بتاريخ 1952/7/16 في قضية Electricite de France ،المجموعة، ص 380 .

² (حكم مجلس الدولة بتاريخ 1986/3/21 في قضية meyrignac muricec commune de vaulx ،المجموعة ص 1736 .

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

ويشمل التعويض الذي يمنح للمتعاقد بناء على النص التعاقدية عند تحقق موجباته، الأضرار المادية التي لحقت به جراء القوة القاهرة، وكافة أنواع الخسائر سواء في البضائع أو أجور العمالة وفقد المواد والمعدات، شريطة أن يتضمن النص تفصيلاً لعناصر التعويض وأسس تقديره، وإلا ترك أمر تحديدها لتقدير القضاء.

ولا يشمل التعويض ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب طالما تم الاتفاق مسبقاً بين الطرفين على فسخ العقد عند تحقق القوة القاهرة، إلا أنه على الرغم من ذلك يبقى النص حاكماً لمضمون وحدود التعويض، فإن اتفقا على تعويض المتعاقد عما يفوته من كسب وجب تطبيق النص إذ تتحمل الإدارة نتائج إقرارها لمثل ذلك النص الذي تحمي به المتعاقد من أية مخاطر مستقبلية⁽¹⁾.

وينتهي قضاء مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه إلى أن: "...التعويض لا يشمل الأضرار التي تصيب الإنشاءات غير المرتبطة بتنفيذ العقد والتي لا تمثل ضرورة لهذا التنفيذ، وأيضاً لا يشمل التعويض الارتفاع الحاصل في الأسعار بعد وقوع الفعل المعتبر قوة القاهرة، طالما أن العقد قد انفسخ ولا حديث هنا عن استكمال أعمال العقد حتى يعوض المتعاقد عن ارتفاع الأسعار"⁽²⁾.

¹ (يراجع في هذا الشأن عند كل من : د. عادل طالب الطببائي، مدى إنقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 16 - العدد 3، سنة 1992، ص 52 وما بعدها؛ المستشار حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الثالث، مشكلات تنفيذ العقود الإدارية، بدون دار نشر، 2016، ص 130 وما بعدها.

² (من أمثلة هذا القضاء :حكم مجلس الدولة الفرنسي في 1931/6/12، قضية Pellerin et Ballot ،المجموعة ص 636 ؛ وحكمه في 1931/2/18 ،مشار إليه عند د. عادل الطببائي، البحث السابق، ص 52 .

4- تحمل تبعه الهلاك : حدد القانون المدني أحكام تبعه الهلاك عند حصول القوة القاهرة، و من المستقر عليه في أحكام القضاء الإداري الفرنسي و المصري، أنه: "...ولئن كانت قواعد القانون المدني مجالها ينصرف إلي روابط القانون الخاص، إلا أن القضاء الإداري أطرده على الأخذ بها في مجال القانون العام باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام ما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة، وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة⁽¹⁾.

وقد سار القضاء الإداري في فرنسا و مصر على تطبيق نصوص القانون المدني فيما يتعلق بتبعه الهلاك في العقود الإدارية، ولا شيء يمنع بطبيعة الحال من تبني أحكام القانون المدني في نطاق القانون الإداري، طالما لا تتعارض مع المصلحة العامة التي تقضى بوجوب استمرار المرافق العامة بأداء أعمالها بانتظام و اضطراب. وبناء على ذلك ليس هناك ما يحول دون تطبيق قواعد القانون المدني المتعلقة بجواز الاتفاق على تحمل المدين تبعه القوة القاهرة، إذ ترجع هذه القواعد إلي مبدأ أساسي يقضي بحرية المتعاقدين في التعديل من قواعد المسؤولية بأن يجعل المدين مسئولاً عن الأضرار الناجمة عن القوة القاهرة، و يكون هذا بمثابة تأمين للدائن. و تلك القواعد تعتبر أحكاماً أصولية يجب إعمالها في نطاق القانون الإداري باعتبارها من قواعد هذا القانون طالما أنه ليس في تطبيقها ما يتعارض مع ما تتطلبه المصلحة العامة من مراعاة لاحتياجات المرافق العامة. والواقع أن وجود اتفاق يتحمل بموجبه المتعاقد مع الإدارة تبعه القوة القاهرة، يدفعه دون شك، لأن يبذل كل ما يستطيع من جهد لضمان استمرار المرفق مع قيام الفعل غير المتوقع⁽²⁾.

و أكدت على هذا المبدأ المحكمة الإدارية العليا بمصر، حيث قالت: "... و غنى عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، فيتفقان مثلا على أن المدين لا يخلى من التزامه، ويتحمل

¹ (حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 689، س 4 ق.، جلسة 1959/12/12، س 5، المجموعة، ص 106.

² (يراجع في هذا الشأن عند كل من : عادل طالب الطببائي: مدى إنقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت، مجلة الحقوق – جامعة الكويت، السنة 16- العدد 3، سنة 1992، ص 55 وما بعدها؛ المستشار حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الثالث، مشكلات تنفيذ العقود الإدارية، بدون دار نشر، 2016، ص 132 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

بذلك تبعة السبب الأجنبي، فلا ينقضي الالتزام حتي ولو استحال تنفيذه بسبب أجنبي، ويتحول محله إلي تعويضه، ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن من الحادث الذي يرجع إلي القوة القاهرة⁽¹⁾.

ولما كان القضاء الإداري، بما عرف عنه من روح واقعية عملية، تستهدف الحكم علي كل حالة فردية، وفقا لظروفها الخاصة، ودون الاهتمام بالإعتبارات النظرية، لذلك سوف نتناول بعض السوابق القضائية في حالة تكييف الحادث الفجائي، قوة القاهرة.

القوة القاهرة و السوابق القضائية:

تختلف الظروف المكونة للقوة القاهرة، في شدتها بين حالة وأخرى؛ وبالتالي فمن المتصور حدوث أضرار وخسائر في هذا الجانب أو ذاك، كما تختلف من فرع قانون لآخر، وقد يختلف معني القوة القاهرة من عقد إلي آخر حسب إتفاق الأطراف.

ذهب القضاء الفرنسي إلي أن الظروف المكونة للقوة القاهرة، يجب لتحقيقها، أن تكون هناك عدم قدرة علي التنبوء، وعدم قدرة علي المقاومة، و استحالة أداء الإلتزامات العقدية، وأخيرا أن يثبت المدين علاقة سببية بين القوة القاهرة المزعومة، وبين عدم قدرته علي أداء التزامه، لذلك رفضت محكمة إستئناف Besançon بفرنسا، إنهاء العقد، كون انفلونزا (grippe H1&N1)، لا تشكل قوة القاهرة، وقالت ما يلي: "...يتعين علي المدين الذي يريد إنهاء عقده (التحلل من التزاماته)، إثبات أنه لم يكن قادرا علي توقع العواقب لهذا الوباء، ولا يمكنه أن يجد حلولا

¹ (حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 689، س 4 ق.، جلسة 1959/12/12، س 5، المجموعة، ص 106.

أخري لتنفيذ التزاماته...ومن الضروري إثبات علاقة السببية بين عدم قدرته على الدفع أو الأداء العيني، وبين حدوث الوباء⁽¹⁾.

وأما بالنسبة لإختلاف تنظيم القوة القاهرة من عقد لآخر، ومدى تعلقه بالنظام العام، فقد ذهبت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2014 إلى أنه: "... لما كان النص في المادة 165 من القانون المدني على أنه: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة القاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص خاص أو اتفاق على ذلك". يدل على أن الدفع بقيام السبب الأجنبي سواء كان حادثاً فجائياً أو قوة القاهرة أو خطأ المضرور أو الغير لا يتعلق بالنظام العام، وينبغي على من توجه إليه دعوى المسؤولية التمسك به في عبارة صريحة وأن يقيم هو الدليل على توافر شرائطه القانونية، ولا تملك المحكمة بغير طلب تقرير قيام السبب الأجنبي وتطبيق أحكامه من تلقاء نفسها⁽²⁾.

وأما لإختلاف معنى القوة القاهرة من قانون لآخر، فقد ذهبت محكمة استئناف كولمار الفرنسية، بتاريخ 12 مارس سنة 2020، إلى اعتبار جائحة كورونا-كوفيد-19، قوة القاهرة بمناسبة تخلف شخص عن الحضور إلى المحكمة، وقالت: "...فإن هذه الظروف الإستثنائية التي أدت إلى غياب السيد... عن الحضور إلى المحكمة، تشكل قوة القاهرة، كونها خارجية، ولا يمكن التنبؤ بها، ولا مقاومتها..."⁽³⁾. ويبدو جلياً أن هذا الحكم يقع ضمن السياق

¹(Cour d'appel de Besançon, 2^e ch. comm., 8 janv. 2014, pourvoi n° 12/02291.) وفي نفس الإتجاه حكم محكمة استئناف باريس، بشأن وباء (URSSAF)

Cour d'appel de Paris, Pôle 6, Chambre 12, Arrêt du 17 mars 2016, Répertoire général n° 15/04263.

(حكم محكمة النقض، الدائرة المدنية "دائرة الإثنتين"، الطعن رقم 14696 لسنة 83 ق.، جلسة 2014/12/15، منشور²)

علي موقع بوابة مصر للقانون و القضاء (laweg.net)، (تم الإطلاع بتاريخ 2020/9/6)

³(« Cour d'appel de Colmar, 6e ch., 12 mars 2020, n° 20/01098 , la cour relève-t-elle que : ces circonstances exceptionnelles, entraînant l'absence de M. G. à l'audience de ce jour revêtent le caractère de la force majeure, étant extérieures, imprévisibles et irrésistibles, vu le délai imposé pour statuer et le fait que, dans ce délai, il ne sera pas possible de s'assurer de l'absence de risque de contagion et de disposer d'une escorte autorisée à conduire M. G. à l'audience. De plus, le CRA de Geispolheim a indiqué ne pas disposer de matériel permettant d'entendre M. G. dans le cadre d'une visio-conférence, ce dont il résulte qu'une telle solution n'est pas non plus envisageable pour cette audience ». obs. Luc Force majeure et épidémie de COVID -19 : une première décision vient "Grynbaum :

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

المحدد للتقاضي، والمتعلق بمسألة الإجراءات بقانون الأجانب، لذلك يجب الحذر من التطبيق الصارم لهذا الحكم على أي حالات تعرض على القضاء، في مرحلة تالية لصدوره. وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية، الصادر بتاريخ 28 يونيو سنة 2020 فيما ذهبت إليه من أن تأجيل الجمعية العمومية لانتخابات نقابة أطباء الأسنان في ظل جائحة كورونا، يشكل قوة قاهرة⁽¹⁾. كما ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوي و التشريع بمجلس الدولة المصري، بتاريخ 6 يناير 2021 إلى إعفاء الشركة المتعاقدة مع جهة الإدارة من أداء الأجرة المتفق عليها عن فترة غلق الشاطئ بسبب تدابير و إجراءات مواجهة تفشى فيروس كورونا المستجد، كون هذا الإغلاق كان أمرا خارجا عن إرادة المتعاقد، مما يشكل قوة قاهرة⁽²⁾. وعكس ذلك الاتجاه ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم حديث لها إلى أنه: لا يجوز للمدين بالتزام تعاقدى بمال غير منفذ أن يعفي نفسه من هذا الالتزام بسبب القوة

, Visit 5/9/2020. "d'être rendue

(محكمة القضاء الإداري، الدائرة الثانية، الدعوي رقم 37214 لسنة 74 ق.، جلسة 2020/6/28، (حكم غير¹)

منشور)، وقالت المحكمة ما يلي: "...ومن حيث الأثر المترتب على قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 606 لسنة 2020-المشار إليه- هو تأجيل الجمعية العمومية لانتخابات نقابة أطباء الأسنان، التي كان مقررا لإنعقادها يوم 26 مارس 2020، وهذا الأثر نافذا بذاته دون حاجة إلى صدور قرار من النقابة المدعي عليها، ويبقى ذلك الأثر إلى حين إلغاء قرار رئيس مجلس الوزراء أو تعديله، أو زوال الحالة التي صدر استنادا إليها، والتي تمثل الحالة الواقعية التي كانت سببا لذلك القرار، ومن ثم فإن صدور قرار من النقيب العام-المطعون فيه- أو من مجلس النقابة بنفيويض اللجنة المشرفة على الانتخابات في تأجيل أو تحديد موعد الانتخابات، لا يتضمن إنشاء أو تعديلا أو إلغاء للمركز القانوني الناشئ عن قرار رئيس مجلس الوزراء، الأمر الذي تكون معه حالة القوة القاهرة قائمة، والتي تحول دون إجراء تلك الانتخابات....".

(² ملف رقم 2021/1/7، رقم التبليغ 19، فتوي غير منشورة.

القاهرة. ونتيجة لذلك، فإن استحالة القيام بأي نشاط نتيجة للإجراءات التي اتخذتها الحكومة لمكافحة انتشار فيروس كوفيد-19 لا يمكن أن تعفي المستأجر التجاري من دفع الإيجار⁽¹⁾.

ولعل ما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوي و التشريع بمجلس الدولة المصري، يستند إلي عدة اعتبارات موضوعية عامة، تتمثل فيما يلي:

1- إن عمليات غلق الأماكن العامة والخاصة، كان أمرا خارجيا عن إرادة المتعاقد، لذلك فقد حرم أصحاب تلك الأماكن من مكنة الانتفاع بمحل التعاقد خلال فترات الإغلاق.

2- إن القرارات التي صدرت من الدولة، تمثل قواعد آمرة تلزم المخاطبين بأحكامها، فلا يجوز لهم الاتفاق على مخالفتها أو الخروج عن دائرة سلطانها وإلا وقعوا تحت طائلة العقوبات المقررة لعصيان أحكامها.

3- أخذا بالأصل العام المقرر في العقود الملزمة للجانبين، بأن التزام كل من المتعاقدين يعد سببا للالتزام الآخر.

وما انتهت إليه الجمعية العمومية لقسمي الفتوي و التشريع بمجلس الدولة المصري، من إعفاء المتعاقد من استحقاق الأجرة خلال فترة الغلق الكامل لتلك المنشآت، هي نتيجة تجد سندا لها من الواقع و المنطق القانوني، وتتسق واعتبارات العدالة التي تفتضي رفع الظلم و الجهد.

وفي المقابل يتكشف لنا من خلال تحليل موقف محكمة النقض الفرنسية المشار إليه، أن القضاء الفرنسي يتشدد في تطبيق نظرية القوة القاهرة، و يتطلب ضرورة توافر عدة شروط لتحقيقها: من عدم قدرة على التنبؤ وعدم قدرة على المقاومة، واستحالة أداء الالتزامات العقدية عينيا أو محاولة إيجاد حولا أخرى لتنفيذ الالتزامات، فضلا عن إثبات علاقة سببية بين عدم القدرة على الدفع أو الأداء العيني وبين الحادث الفجائي الذي يشكل قوة القاهرة.

¹) Cour de cassation - Troisième chambre civile , 15 juin 2023 / n° 21-10.119

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

المطلب الثاني

تكيف جائحة كورونا ظرف طارئ

(La théorie de L'imprévision)

لما كان الأصل في القواعد المدنية التقليدية، أن العقد شريعة المتعاقدين. ولا يعفى أحد المتعاقدين من التزاماته قبل الطرف الآخر، إلا القوة القاهرة، وهي الحادث غير المتوقع، الذي لا يمكن دفعه، والذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا. بيد أن هذه القاعدة لا يمكن الأخذ بها على إطلاقها في مجال العقود الإدارية، لاسيما عقد الامتياز، لذلك ابتكر مجلس الدولة الفرنسي – بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يفى بالتزامه، وبين حالة القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام إطلاقاً – مركزاً وسطاً، يستطيع فيه الملتزم أن يفى بالتزامه، لأن الوفاء بهذا الالتزام ممكن في ذاته، ولكن يناله منه إرهاق مالي شديد⁽¹⁾.

وقد بدأ تطبيق هذه النظرية في فرنسا، في قضية غاز بوردو الشهيرة سنة 1916، عندما أدت ظروف الحرب العالمية الأولى إلى ارتفاع أسعار الفحم الذي يستخرج منه الغاز ارتفاعاً كبيراً، بحيث أصبح تنفيذ عقد الالتزام، مرهقاً للشركة لدرجة لم تكن في الحسبان. وانتهى المطاف بالطرفين إلى اللجوء لمجلس الدولة، الذي قرر مبدأ جديداً مستمداً من قاعدة دوام سير المرافق العامة، مقتضاه أنه إذا جدت ظروف لم تكن في الحسبان، وكان من شأنها أن تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً، فللملتزم الحق في أن يطلب من جهة الإدارة – وإن مؤقتاً – المساهمة إلى حد ما في الخسائر التي تلحق به⁽²⁾. ومنذ ذلك الحكم تواترت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة⁽³⁾. وذلك عكس القانون المدني الفرنسي الذي نبذ هذه الفكرة، وفقاً لما تقضى به المادة 1134 من التقنين المدني، إلى أن تم تعديله سنة 2016، وقد سارت محكمة النقض الفرنسية دوماً على عدم تطبيق فكرة الظروف الطارئة، حتى تم التعديل التشريعي⁽⁴⁾.

(113) يراجع أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة...، المرجع السابق، ص 660 وما بعدها.

(2) C. E., 30 Mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, S., 1916, III, P. 17, Concl. Chardenet et note (M.) Hauriou; GAJA, Dalloz, 16^e éd., 2007, n° 31.

(3) C. E., 10 Mars 1948, Hospice de Vienne, Leb., P. 124; C. E., 1^{er} Juill. 1949, Ministre de la guerre C/ Établissements Violla, Leb., P. 318; C. E., 5 Nov. 1982, Société propetrol, Leb., P. 381.

(116) تقضى المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي بأن العقد يحل محل القانون بالنسبة إلى عاقيه.

Cass. Civ., 6 Mars 1876; (F.) Terré et (Y.) Lequette, les grands arrêts de la Jurisprudence civile, D., 11^e éd., 2000, n° 163; (J.) Antoine: "La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties" RFDA, 2004, P. 80 et S., notam. P. 85.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

ومن التشريعات الوطنية التي أخذت بهذه النظرية، القانون المدني البولوني، الذي كان له قصبُ السبق في النص عليها صراحة، في المادة 296 من قانون الالتزامات والعقود البولوني الصادر سنة 1934م الذي جاء فيه ما يلي: " إذا وجدت حوادث استثنائية، كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكاً كلياً أو غير ذلك من النوازل الطبيعية، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطاً بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد، جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقاً لمبادئ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره، بل وأن تفضي بفسخ العقد"⁽¹⁾.

أما في مصر، فقد رفض القضاء الوطني والمختلط الأخذ بنظرية الظروف الطارئة كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي، إلى أن صدر القانون رقم 129 لسنة 1947 بشأن التزامات المرافق العامة، فنصت مادته السادسة على أنه: "إذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام أو الملتزم فيها، وأفضت إلى الإخلال بالتوازن المالي للالتزام أو إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدراً وقت منح الالتزام، جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار وإذا اقتضى الحال، أن يعدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول". وبهذا النص سلم المشرع بتطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة إلى عقد الالتزام.

(الإمام الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، مرجع سابق الإشارة، ص716¹)

ثم جاء القانون المدنى المصرى، لينقل النظرية إلى مجال عقود القانون الخاص. وفقاً لنص المادة 147 منه، التى تقرر أن: "1 – العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التى يقرها القانون. 2 – ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدى، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

وبهذا النص أصبحت نظرية الظروف الطارئة، مقررة فى مصر بنص تشريعى، لا بالنسبة إلى العقود الإدارية فحسب، بل أيضاً بالنسبة إلى العقود المدنية، وهكذا سبقت مصر فى هذا المجال، التشريع المدنى الفرنسى، الذى ما زال يطبق القواعد المدنية كما سبق ذكره⁽¹⁾.

غير أن الأساس الذى بنيت عليه نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية، الذى يقوم على قاعدة دوام سير المرافق العام بانتظام واطراد **La règle de continuité des services publics**، أى أن تؤدى المرافق العامة خدماتها للمنتفعين، وأن يجدها المنتفع ميسرة فى الميعاد والمكان المتعارف عليه لأدائها فيه. غير متصور بحال فى العقود المدنية البحتة، التى لا يقصد من ورائها إلا تحقيق مصالح خاصة. ولهذا الخلاف صداه فيما يتعلق بأحكام النظرية فى كل من المجالين كما سنرى قريباً⁽²⁾.

وأما فى فرنسا، فلم تأخذ مدونة نابليون لسنة 1804م بنظرية الظروف الطارئة، ولكن بعد التعديل الذى أدخل على هذه المدونة، بموجب الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016، حيث وضع إطار قانونى للنظرية فى المادة 1195، التى نصت على أنه: " إذا كان هناك تغيير فى الظروف بشكل غير متوقع، يجعل التنفيذ مرهق للغاية لأحد الأطراف، الذى لم يوافق على تحمل المخاطر، يجوز له أن يطلب إعادة التفاوض بشأن العقد مع متعاقده،

(118) يراجع فى تفاصيل نشأة وتطور نظرية الظروف الطارئة فى القانون المدنى المصرى كل من: الفقيه الجليل الدكتور عبد الرزاق

السنهورى: الوسيط فى شرح القانون المدنى، نظرية الالتزام ...، مرجع سابق الإشارة، بند 420، ص 532 وما بعدها؛ الدكتور العميد عبد الفتاح عبد الباقى: نظرية العقد والإرادة المنفردة، مرجع سابق الإشارة، بند 271، ص 540 وما بعدها.

(119) يراجع أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوى: الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 664.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

مع مواصلة أداء التزاماته أثناء التفاوض، وفي حالة الرفض أو عدم إعادة التفاوض، يجوز للطرفين الإتفاق على فسخ العقد في التاريخ وفقا للشروط التي يحددها، أو أن يطلب من القاضي الموافقة على إعادة تعديل العقد، وفي حالة عدم وجود اتفاق في غضون فترة زمنية معقولة، يجوز للقاضي بناء على طلب أحد الطرفين أن يعدل العقد أو يضع حداً له (أي فسخ العقد) في التاريخ وبالشروط التي يحددها⁽¹⁾.

وقد أخذ مجلس الدولة المصري، عقب إنشائه سنة 1946 بنظرية الظروف الطارئة، حيث قضت محكمة القضاء الإداري، أنه: "...إلى جانب النظرية التقليدية للقوة القاهرة، دون أن تكون صورة منها، وإن كان الظرف الطارئ غير المتوقع تنتظمه مع القوة القاهرة، فكرة المفاجأة والحتم، إلا أنه يختلف عنها في أثره في تنفيذ الإلتزام، فهو لا يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلا بل يجعله مرهقا يجاوز السعة دون أن يبلغ حد الإستحالة... ومفاد نظرية الطوارئ غير المتوقعة، أو الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه، والقضاء الإداري، أنه إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري، أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول، وإذا تحولت الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة

(¹) Art. 1195.- Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسائر ولو جزئياً⁽¹⁾.

ووفقاً لما سبق، فإن نظرية الظروف الطارئة، باختصار، هي عبارة عن: "ظروف لم تكن في الحسبان وليست من عمل أحد الطرفين، من شأنها أن تزيد أعباء المتعاقد مع الإدارة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً فيصبح له الحق فى أن يطلب من الإدارة مؤقتاً أن تتحمل جانباً من الخسائر بالقدر الذى يمكن من المضى فى تنفيذ العقد. مثال ذلك قيام حرب أو انتشار وباء أو ثورة مسلحة"⁽²⁾.

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة – وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسى والمصرى – ما يلى:

1- أن يكون الظرف الطارئ ناتجاً عن حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو إدارية :

ذهب الرأى التقليدى فى أول الأمر إلى أن الظرف الطارئ الذى حملت هذه النظرية اسمه يجب أن يكون اقتصادياً، تأسيساً على أن هذه النظرية إنما قصد بها حماية المتعاقد ضد المخاطر الاقتصادية "Aléa économiques"، وتمييزاً لنظرية الظروف الطارئة عن النظريتين الأخريين، ونعنى بهما نظرية عمل الأمير، التى تحمى المتعاقد فى مواجهة المخاطر الإدارية "Aléa administratif"، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة التى يلجأ إليها المتعاقد لمواجهة المخاطر الطبيعية "Aléa naturel"⁽³⁾.

إلا أنه منذ فترة زمنية ليست طويلة، بدأ مجلس الدولة الفرنسى والمصرى، فى توسيع نطاق الظرف الطارئ، ليشمل تقريباً كافة صور الظروف الطارئة، سواء الطبيعية التى تنتج عن الظواهر الطبيعية، كالفيضانات والزلازل والأوبئة ... الخ⁽⁴⁾، أو الظروف الاقتصادية "économiques imprévisibles"، كارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، أو الانخفاض الحاد فى الإيرادات نتيجة الكساد الاقتصادى، أو الأزمات، أو التنافس الحاد بين

(1) محكمة القضاء الإدارى المصرى، الدعوى رقم 983 لسنة 7 ق، جلسة 1957/6/30، مجموعة المبادئ التى¹

قررتها محكمة القضاء الإدارى فى 15 عاماً، الجزء الثانى، ص 1981

(122) يراجع معجم القانون، مجمع اللغة العربية بمصر، سابق الإشارة، ص 468.

(2) يراجع أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوى: الأسس العامة ... المرجع السابق، ص 673.

(4) C. E. 21 Avr. 1944, Compagnie Française des câbles télégraphiques, Leb., P. 119. "événements naturels, comme un séisme".

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

المشروعات التي تقوم بأنشطة مماثلة ... الخ⁽¹⁾. كما قد يكون الظرف الطارئ ناتجاً عن حوادث أو ظروف إدارية "événements administratifs". كتدخل السلطات الإدارية، بتنظيم النقد كتخفيض العملة "une dévaluation monétaire"⁽²⁾، أو فرض قيود على تداولها⁽³⁾، أو صدور قرارات عامة تقضى بتثبيت الأسعار "mesures générales de blocage des prix"⁽⁴⁾، كما قد تتدخل السلطات الإدارية بإجراءات خاصة "mesures particulières"، كصدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة إذا ترتب على ذلك إخلال باقتصاديات العقد ولم تطبق نظرية عمل الأمير⁽⁵⁾.

- (1) C. E., 13 Févr. 1985, Société générale d'Entreprises sainrapt et Brice, RDP, 1985, P. 1701, n° 16; T. A. Nice, 20 Oct. 2006, Soc. Eurovia Méditerranée, Soc. Appia Var Alpes C/préfet du var, AJDA, 2007, P. 424.
- (2) C. E., 15 Juill. 1949, Ville d'Elbeuf, Leb., P. 358.
- (3) C. E., 10 Fév. 1943, Aurran, Leb., P. 36; 16 Juil. 1943, Abd el Messih, Leb., P. 193.
- (4) C. E., 4 Mars 1949, Ville de Toulon, Leb., P. 197; C. E., 20 Oct. 1971, compagnie du chemin de Fer de Bayonne à Biarritz, Leb., P. 624; C. E., 5 Nov. 1982, Société propétrol, Leb., P. 381.
- (5) C. E., 8 Déc. 1944, Soc., L'Energie électrique, R.D.P., 1946, P. 315; C. E., 2 Mars 1949, Min. T.P. Contre E.D.F., D., 1953, P. 305.

وقد أجملت المحكمة الإدارية العليا في مصر هذا الشرط في حكمها الصادر في 11 مايو سنة 1968 (الطعن رقم 1749 لسنة 10 ق، الموسوعة، ج 18، ص 893)، بقولها: "تطبيق نظرية الحوادث الطارئة في الفقه والقضاء الإداري رهين بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعا..." ولا تزال تردد ذات المعانى والعبارات في أحكامها حتى الآن. يراجع على سبيل المثال: الطعن رقم 1749 لسنة 37 ق،، جلسة 1997/12/16، الموسوعة، ج 49، ص 174؛ الطعن رقم 5955 لسنة 43 ق،، جلسة 2001/5/8، الدائرة الثالثة؛ الطعن رقم 1590 لسنة 45 ق،، جلسة 2002/1/15، مشار إليهما عند المستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين: العقود الإدارية، الكتاب الثاني، سابق الإشارة، ص 455 وما بعدها.

ويرى بعض الفقهاء⁽¹⁾ أن الحالات السابقة جميعها التي تصيب العقد باختلال، أسبابه اقتصادية، ولكن السبب غير المباشر للمخاطر الاقتصادية يكون إدارياً، أو بفعل الطبيعة " D'origine naturelle ou administrative".

2 – أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه :

يعد هذا هو الشرط الجوهرى الذى سميت النظرية باسمه، ذلك أن كل عقد يحمل فى طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد. فإذا قصر فى ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره. أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده، فهو الظرف الذى يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان. ويتفرع عن كون الحادث غير متوقع، أنه لا يمكن دفعه، ذلك أن الحادث الذى يستطاع دفعه يستوى فى شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع⁽²⁾.

ويثار تساؤل هنا، هل يجب أن ينصب شرط التوقع على الظرف الطارئ ذاته، أو على آثاره؟ فى البداية ذهب مجلس الدولة الفرنسى إلى أن عدم التوقع يجب أن ينصب على الظرف الطارئ ذاته، وأهمل فكرة عدم توقع آثاره أو مدى هذه الآثار⁽³⁾.

ثم ما لبث أن عدل مجلس الدولة الفرنسى عن موقفه المتشدد السابق، وأصبح يكتفى فى كثير من الحالات بأن تكون آثار الظرف الطارئ هى التى لم يكن فى الإمكان توقعها⁽⁴⁾. وإلى هذا الاتجاه ذهبت المحكمة الإدارية العليا

⁽¹³⁰⁾ يراجع: أ.د. سعاد الشرفاوى: العقود الإدارية (2003)، المرجع السابق، ص 512 وما بعدها.

⁽¹³¹⁾ يراجع: أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوى: الأسس العامة...، المرجع السابق، ص 679 وما بعدها.

⁽³⁾ C. E., 9 Nov. 1921, Soc. Commerciale des carbures, R.D.P. 1921, P. 494; (G.) Jèze: "Les contrats administratifs de L'Etat ...", T. 2. Op. Cit., P. 505; (A.) de laubadère, (F.) Moderne, (P.) Delvolvé: "Traité des contrats administratifs", T. 2, LGDJ, 2^e éd., 1984, P. 592.

⁽⁴⁾ C. E., 4 Nov. 1932, Soc. Cau assinsissement, Leb., P. 916; C. E., 10 Mars 1948, Hospice de vienne, actual. Jur., 1948, P. 331.

وهذا العقد قد أبرم بعد صدور القوانين الاجتماعية سنة 1936، ونص فى العقد صراحة على تحمل المتعاقد لارتفاع الأسعار المترتبة على تطبيق القوانين الجديدة، وعلى الرغم من كل هذا طبق المجلس النظرية، لأن ارتفاع الأسعار قد فاق الحد المعقول لتصوره عند إبرام العقد.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

في مصر في حكمها الصادر في 9 يونيو سنة 1962⁽¹⁾ حيث قالت: "إن الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق، إن صح أنه كان متوقعاً بالنسبة إلى العقد الثاني، فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد، فقد كان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الأول جنية و 600 مليماً بالنسبة إلى الكيلو، فأصبح وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثاني 2 جنية و 880 مليماً، ثم أصبح وقت الشراء 4 جنية و 50 مليماً. ومن ثم فإن نظرية الحوادث الطارئة تنطبق على هذه الحالة".

ويرى أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي، أن هذا التفسير السابق، هو الذي يتفق وحكمة النظرية، على أساس أنها ترمى إلى مجرد تمكين المتعاقد من الاستمرار في التنفيذ حتى يزول الظرف الطارئ الذي لا يد له فيه ولا يستطيع دفعه⁽²⁾.

3 - أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقد :

وفقاً للاتجاهات القضائية الحديثة، فإنه يشترط أن يكون الظرف الطارئ مستقلاً عن المتعاقد، ويتشدد مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق هذا الشرط، فدائماً ما يرفض الحكم بالتعويض، إذا ما كان الظرف الطارئ منسوباً إلى المتعاقد المضار. أما في حالة كون الظرف الطارئ ناتج عن فعل الإدارة، فإنها تكون ملزمة بتعويض الضرر. وفيما سبق تبين لنا أن هذا التعويض يستند إما إلى الخطأ أو إلى فعل الأمير. فإذا كان الظرف الطارئ راجعاً إلى فعل الإدارة، ولم تخطئ، فهل يظل المتعاقد المضار بلا تعويض إذا تعذر عليه الإفادة من نظرية عمل الأمير؟!

(134) المجموعة، السنة السابعة، ص 1024.

(135) الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص 679.

يذهب قضاء مجلس الدولة الفرنسي إلى أنه يحق للمتعاقد المضرور أن يطالب بالتعويض استناداً إلى نظرية الظروف الطارئة في هذه الحالة، إذا ما تحققت جميع الشروط⁽¹⁾. وبذات المسلك أخذ القضاء الإداري المصري⁽²⁾.

4 - وقت وقوع الظرف الطارئ :

من المقرر أنه يجب أن يقع الظرف الطارئ، عقب إبرام العقد الإداري، وقبل تنفيذه. إلا أنه قد يحدث في الواقع العملي أن تطرأ ظروف قبل إبرام العقد، والأصل هنا أن القاضى لا يعوض عن هذه الظروف، غير أن العقود الإدارية لها خصوصية في هذا المقام، بسبب طول الفترة التي تنقضى بين تقديم العطاءات، وقبل توقيع العقد. ومن ثم فإذا وقعت الظروف الطارئة في خلال تلك الفترة، فإن مجلس الدولة الفرنسي يعوض عنها لوحدة العلة⁽³⁾. فإذا وقع الظرف الطارئ ولم تبت جهة الإدارة في العطاء خلال المدة المحددة، فإن من حق المنافسين أن يسحبوا عطاءاتهم. فإذا لم يفعل المتنافس، فإنه يُعدّ عالمياً بالظرف الطارئ وقت تعاقد، ومن ثم فلا حق له في التعويض⁽⁴⁾. وأما في حالة الفرض الذي قد يحدث في الواقع العملي أيضاً، وهي الظروف التي تطرأ عقب المدة المحددة للتنفيذ، فالأصل عدم التعويض عن هذه الظروف، لأنه لا أثر لها على التنفيذ الذي يفترض تمامه قبل حدوثها. ولكن ما الحل إذا امتد التنفيذ إلى ما وراء تلك المدة بحيث تأثر بالظروف الطارئة؟! فلا صعوبة في الأمر إذا ما كان مرجع التأخير إلى خطأ المتعاقد، فحينئذ يتعين عليه أن يتحمل وزر خطئه. كما يتعين دفع التعويض إذا ما كان مرجع التأخير إلى خطأ جهة الإدارة. بيد أن الأمر يدق في حالة موافقة جهة الإدارة على امتداد التنفيذ بناء على طلب المتعاقد. ويبدو أن مجلس الدولة الفرنسي يسمح في هذه الحالة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة⁽⁵⁾. ويميل مجلس الدولة المصري إلى هذا الاتجاه أيضاً⁽⁶⁾.

5- أثر الظرف الطارئ على العقد :

(1) (A.) de laubadère: "Traité théorique et partique ..." T. 3, Op. Cit., 102 etS.; (A.) de laubadère, (F.) Moderne, (P.) Delvolvé: "Traité des contrats administratifs", T. 2, LGDJ, 2^e éd., 1984, P. 596 etS.

(2) يراجع أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة...، المرجع السابق، ص 682.

(3) C. E., 12 Janv. 1938, Commune d'Antony, Leb., P. 20.

(4) C. E., 15 Janv. 1932, Soc. Les limousins. Leb., P. 64.

(5) C. E., 29 Avril 1949, Debosque, Leb., P. 191.

(141) حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم 2150 لسنة 6 ق، جلسة 9 يونيه سنة 1962، المجموعة، ص 7، ص 1024.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

وأخيراً يجب أن يؤدي الظرف الطارئ إلى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأنها أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب.

"Enfin, L'événement doit provoquer un véritable bouleversement de

(1).L'économie du contrat"

فلا يكفي في هذا الصدد أن يفقد المتعاقد أرباحه كلها أو بعضها، بل ولا يعد الشرط متحققاً إذا حاق بالمتعاقد ضرر فعلي إذا كان هذا الضرر معقولاً⁽²⁾.

ولكن قلب اقتصاديات العقد هي فكرة نسبية، تقدر في كل حالة وفقاً لظروف كل عقد على حدة. ويضع مجلس الدولة الفرنسي نصب عينيه اعتبارات متعددة، مثل رقم الأعمال الخاص بالشركة المتعاقدة، ومقدار احتياطاتها، ومدى سهولة حصولها على الأموال اللازمة لممارسة نشاطها ... الخ⁽³⁾.

(1) (Ch.) Guettier: "Droit des contrats administratifs", 2008, Op. Cit., P. 426.

(143) يراجع أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 684.

(3) =C. E., 8 nov. 1944, Cie des ch. De fer d'Enghiem.

= مشار إليه عند الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 685. ويراجع من الأحكام الحديثة نسبياً:

C. E. 5 Juin 1985, Ministre délégué au temps libre c / Société baffrey – Hennebique, RDP, 1985, P. 1702, n° 18.

وكل ما يمكن قوله في هذا الصدد أن الظرف الطارئ، إذا لم يكن من شأنه أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلًا، فإنه يجعله مرهقاً إلى حد كبير، والإرهاق هنا معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف⁽¹⁾.

ويبدو واضحاً أن المشرع المصري، قد جعل نظرية الظروف الطارئة تتعلق بالنظام العام، ويترتب علي ذلك أنه لا يجوز للعاقدين الاتفاق علي إبعاد أثرها⁽²⁾. فمثل هذا الاتفاق يقع باطلا لعدم مشروعية محله، وسواء في ذلك أن يجئ الاتفاق قبل وقوع الحادث الطارئ أم بعده. وفي هذا جاءت المادة 2/147، بعد أن بينت شروط أعمال النظرية، وأثرها، تقول: "...ويقع باطلا كل إتفاق علي خلاف ذلك"⁽³⁾. وذلك علي خلاف القانون البولوني و الفرنسي، لم يجعلها النظرية من النظام العام، وجاء القانون الفرنسي صريحا في ذلك بموجب المادة 1195، حيث وضع شرط عدم تحمل المخاطر، بحيث إذا وجد هذا الشرط في العقد، يتم استبعاد نظرية الظروف الطارئة من التطبيق.

ولما كان القضاء الإداري، بما عرف عنه من روح واقعية عملية، تستهدف الحكم علي كل حالة فردية، وفقاً لظروفها الخاصة، ودون الاهتمام بالإعتبارات النظرية، لذلك سوف نتناول بعض السوابق القضائية في حالة تكييف الحادث الفجائي، ظرف طارئ.

ثانياً: الظروف الطارئة و السوابق القضائية:

إن فكرة الظروف الطارئة تقع في مركز وسط بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد أن يوفى بالتزاماته التعاقدية، وبين حالة القوة القاهرة التي تؤدي إلى تحرير المتعاقد من التزاماته. وهذه الفكرة هي التي تحكم الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة كما صاغها مجلس الدولة الفرنسي، وطبقها مجلس الدولة المصري. ويمكن رد هذه الأفكار إلى الأسس الآتية: أولاً: بقاء التزامات المتعاقد كما هي، ثانياً: حق المتعاقد في

⁽¹⁴⁵⁾ يراجع حول هذا الشأن الفقيه الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، سابق الإشارة، ص 536؛ وأستاذنا الفقيه الجليل سليمان الطماوي: الأسس العامة...، المرجع السابق، ص 685.

(وفي هذا تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة، التي يؤدي إعمالها إلي إقضاء الإلتزام، إذا يسوغ²)

الإتفاق علي تحمل المدين تبعه القوة القاهرة(المادة 1/217).

(يراجع في تفاصيل ذلك: د. عبد الفتاح عبد الباقي: موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد...، مرجع سابق، ص³)

566 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الحصول على معاونة الإدارة، ثالثاً: كون هذه المعاونة مؤقتة⁽¹⁾. ووفقاً للقاعدة المسلم بها في القانون الإداري - أيضاً في القانون المدني - فإن القاضي لا يستطيع أن يعدل نصوص العقد، كما أن القاضي الإداري - بوجه خاص - لا يستطيع أن يأمر جهة الإدارة بالقيام بعمل معين. ولو أتيح له تعديل الالتزامات التعاقدية، لكن ذلك بمثابة إصدار أوامر للإدارة. لهذا فإن دور القاضي الإداري هنا ينحصر في الحكم بالتعويض⁽²⁾.

غير أن مجلس الدولة الفرنسي - عن طريق الحيلة - استطاع أن يصل إلى حل وسط، يستهدف المحافظة بقدر الإمكان على قواعد الاختصاص، مع محاولة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك عن طريق دعوة كل من الإدارة والمتعاقد إلى محاولة الاتفاق الودي. فإذا فشل الطرفان في الوصول إلى هذا الاتفاق، فليس أمام القاضي إلا سبيل واحد، هو سبيل الحكم بالتعويض. ومن ثم فإن مجلس الدولة الفرنسي، يعلق الحكم بالتعويض على شرط عدم وجود اتفاق بين الطرفين "défaut d'accord amiable"⁽³⁾.

(148) يراجع في تفاصيل هذا الموضوع عند كل من:

(A.) de laubadère, (F.) Moderne, (P.) Delvolvé: "Traité des contrats administratifs" T. 2, LGDJ, (Ch.) Guettier: "Droit des contrats administratifs" 2^e éd., PUF, 2008, P. 598 ets. 427 etS.

وأيضاً أستاذنا الفقيه الجليل سليمان الطماوي: الأسس العامة...، المرجع السابق، ص 689 وما بعدها.

(149) يراجع حول هذا الشأن: أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة...، المرجع السابق، ص 693 وما بعدها؛ د. محمد سعيد حسين أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية بمصر، 2000، ص 431 وما بعدها.

(150) وقد توصل مجلس الدولة الفرنسي إلى هذه الحيلة وطبقها في أول حكم وضع به أساس النظرية، وهو حكمه في قضية "غاز بورد" الصادر في 30 مارس سنة 1916، سابق الإشارة. ويراجع أيضاً أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس

وقد أتيح للمحكمة الإدارية العليا بمصر، تطبيق هذا المبدأ السليم لأول مرة، في حكمها الصادر في 11 مايو سنة 1968⁽¹⁾، وكان ذلك بمناسبة صدور حكم من محكمة القضاء الإداري، بتعويض المتعاقد مع جهة الإدارة عن طريق تعديل شروط العقد. وذلك حينما نافست جهة الإدارة ملتزم تسيير الأتوبيس النهري فسببت له أضرار. فبعد أن أوضحت المحكمة الإدارية العليا شروط تطبيق كل من نظريتي عمل الأمير، والظروف الطارئة، قامت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري الذي قضى بتعديل شروط العقد، وقضت بالتعويض الجزئي - إعمالاً لنظرية الظروف الطارئة - وجاء في حكمها بهذا الصدد قولها، إن تعديل الأتاوة المتفق عليها: "ينطوى على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارئ في أثناء تنفيذه، وهو أمر لا يملكه القاضى الإداري". وفي موضع آخر من ذات الحكم قالت: "... ويقتصر دور القاضى الإداري على الحكم بالتعويض المناسب دون أن يكون له تعديل الالتزامات العقدية".

والحقيقة أن الحيلولة بين القاضى الإداري، وتعديل الالتزامات التعاقدية، أمر يتفق واعتبارات النفع العام في المقام الأول، فمن الثابت أن جهة الإدارة عندما تضمن العقد الإداري شروطاً معينة، وتحمل المتعاقد بمقتضاها التزامات محددة، فإنها تستهدف تحقيق مصلحة عامة. ولو أتيح للقاضى أن يعدل شروط العقد رغم أنف الإدارة، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر. ومن ثم فإن دواعى المصلحة العامة أو النفع العام، تقتضى أن تظل شروط العقد نافذة، حتى تقبل الإدارة مختارة تعديلها، لأنها لن تفعل ذلك، إلا بعد أن تتأكد مقدماً من أن المصلحة العامة لن تضار من جراء التعديل. وهذه الاعتبارات لا محل لها في القانون الخاص، حيث يعمل كل متعاقد على تحقيق مصلحته الخاصة⁽²⁾.

ومن الناحية العملية، يجرى مجلس الدولة الفرنسى فى توزيع الخسائر المترتبة على الظرف الطارئ بين جهة الإدارة والمتعاقد معها، على جعل مشاركة المتعاقد رمزية، والنسبة المئوية الغالبة التى يلتزمها المجلس فى

العامة ...، المرجع السابق، ص 693 وهامشها.

(151) الطعن رقم 1562 لسنة 10 ق، المجموعة، س 13، ص 874، ومنشور المبدأ فى مجموعة المبادئ القانونية فى العقود الإدارية فى أربعين عاماً، سابق الإشارة، ص 400.

(152) يراجع أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوى: الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 694؛ د. محمد سعيد حسين أمين: المبادئ العامة فى تنفيذ العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 432.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

معظم أحكامه تحمل الدولة 90% من الخسائر⁽¹⁾ وفي بعض الأحيان يحمل الدولة 80% من الخسائر⁽²⁾، أو يزيد من نصيبها فيرتفع به إلى 95% منها⁽³⁾. في حين أن أحكام محكمة النقض توزع الخسائر بالتساوي بين الطرفين، أي مناصفة بينهما⁽⁴⁾.

(1) C. E., 9 Mai 1962, Ville de Bastia, Leb., P. 307.

(2) C. E., 8 Nov. 1935, Ville de Lagny, Leb., P. 1026.

(3) C. E., 11 Juin 1943, Ministre de la marine, Leb., P. 148.

ويراجع في تفاصيل هذا الموضوع عند كل من:

(A.) de laubadère: "Traité théorique et partique ...", T. 3, Op. Cit., P. 128.; (Ch.) Guettier: "Droit des contrats administratifs", 2^e éd., 2008, Op. Cit., P. 427.

ويراجع أيضاً أستاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي: الأسس العامة ...، المرجع السابق، ص 702.

⁴ (يراجع حكم محكمة النقض في الطعن رقم 580 لسنة 43 ق، جلسة 1 مارس سنة 1977، المجموعة، س 28، ص 600، وقد جاء فيه ما يلي: "... مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني أنه متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ، فإن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقاً إلى الحد المعقول. وهو حين يختار في حدود سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده، ولكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما باعتبار أن ذلك أقسط في مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين، لأن المشرع - وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون - أضفى على نظرية الحوادث الطارئة صيغة مادية، ولم يأخذ فيها بمعيار ذاتي أو شخصي، وإنما جعل معيارها موضوعياً". ويراجع أيضاً: نقض 20 ديسمبر 1973، طعن 142 و 166 لسنة 37 ق. المجموعة، س 24، ص 1320، رقم 227. وفي هذا الحكم تقرر المحكمة إنه لا يترتب على نظرية الظروف الطارئة "... أن يرفع القاضي عن المدين كل ما لحق به من إرهاب، ويلقى به على كاهل الدائن وحده، بل عليه أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين

المطلب الثالث

أوجه الشبه، والإختلاف بين نظرية القوة القاهرة، ونظرية الظروف الطارئة

ومما تجمع من مادة، يمكن حصر أوجه الشبه، والإختلاف بين نظرية القوة القاهرة، ونظرية الظروف الطارئة، فيما يلي:

أ- أوجه الشبه بين القوة القاهرة، والظروف الطارئة:

وحدة المنشأ: يجب أن يكون كل من القوة القاهرة والظرف الطارئ، لهما نفس السبب الذي تنشأ به كل منهما، فالأحداث الإستثنائية التي تشكل القوة القاهرة هي ذاتها التي تشكل الظروف الطارئة، حسب درجة التأثير على الإلتزام التعاقدى، مثال ذلك، إذا قامت الحرب ونتج عنها إضطراب للمواصلات في بعض الأماكن فإن تنفيذ الإلتزام في حالة التعهد بتوريد مادة أو بضاعة معينة قد أصبح مرهقا للمورد، بمعنى أن المورد يستطيع نقلها ولكن بكلفة أعلى مما اتفق عليها في العقد، في هذه الحالة تعتبر الحرب ظرفا طارئا، أما إذا انقطعت المواصلات كليا بسبب الحرب حيث توقف استيراد هذه المادة أو البضاعة توفقا كاملا فيكون محل الإلتزام مستحيلا في هذه الحالة تعتبر الحرب قوة القاهرة⁽¹⁾.

المتعاقدين، مراعى في ذلك كافة الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما. ومن ثم فلا يجوز إعفاء المدين من التزامه إعفاء تاماً....“.

(1) يراجع في تفاصيل ذلك، عند: ¹

د. محمد السناري: الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، 1998، ص 81؛ خميس صالح المنصوري: نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

وحدة عنصري عدم التوقع وعدم القدرة على الدفع: يشترط في كل من القوة القاهرة والظرف الطارئ، أن يكون الحادث الإستثنائي غير متوقع الحصول وعند حصوله ألا يستطاع دفعه من جانب المدين.

وحدة الزمن: بمعنى أنه يشترط في كل من القوة القاهرة والظرف الطارئ للإعتداد بهما أن يكون الحدث الإستثنائي غير متوقع في المرحلة اللاحقة على إبرام العقد وقبل الإنتهاء من تنفيذه، لذلك فلا مجال للحديث عن القوة القاهرة أو الظروف الطارئة قبل إبرام العقد أو أثناء، إبرام العقد لإنتفاء شرط عدم التوقع، وكذلك بعد تنفيذ الإلتزام التعاقدى لإنتفاء العلة⁽¹⁾.

ب- أوجه الإختلاف بين القوة القاهرة، والظرف الطارئ:

من حيث إرتباط القوة القاهرة والظرف الطارئ بالنظام العام: من حيث المبدأ ليس هناك ما يمنع من اشتراط عدم تحمل المسؤولية في حالة القوة القاهرة، بمعنى آخر يجوز الاتفاق في العقد على استبعاد القوة القاهرة، كمسبب من أسباب الإعفاء من المسؤولية. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر بتاريخ 15 ديسمبر 2014 فقالت: " ... لما كان النص في المادة 165 من القانون المدني على أنه: " إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو خطأ الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ما لم يوجد نص خاص أو اتفاق على ذلك".

المتحدة، 2017، ص4.

(يراجع حول هذا المعنى: د. محمد السناري: الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة... مرجع سابق الإشارة،¹

ص82؛ خميس صالح المنصوري: نظرية الظروف الاقتصادية... رسالة ماجستير سابقة الإشارة، ص44 وما بعدها.

يدل على أن الدفع بقيام السبب الأجنبي سواء كان حادثاً فجائياً أو قوة قاهرة أو خطأ المضرور أو الغير لا يتعلق بالنظام العام، وينبغي على من توجه إليه دعوى المسؤولية التمسك به في عبارة صريحة وأن يقيم هو الدليل على توافر شرائطه القانونية، ولا تملك المحكمة بغير طلب تقرير قيام السبب الأجنبي وتطبيق أحكامه من تلقاء نفسها⁽¹⁾ وأما بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة، ففي حين جعلها القانون المدني المصري، تتعلق بالنظام العام، ورتب على ذلك أنه لا يجوز لأي من العاقدين استبعاد أثرها وفقاً لصريح المادة 2/147، نجد أن القانون البولوني و الفرنسي، لم يجعلها النظرية من النظام العام، وجاء القانون الفرنسي صريحا في ذلك بموجب المادة 1195، حيث وضع شرط تحمل المخاطر، بحيث إذا وجد هذا الشرط في العقد، يتم استبعاد نظرية الظروف الطارئة من التطبيق.

من حيث العمومية : تختلف الظروف الطارئة عن القوة القاهرة في ضرورة توفر شرط العمومية للأخذ بها، عكس القوة القاهرة التي لا يشترط فيها أن يكون الحدث عاما بل يمكن أن يكون الحدث خاصا بالمدين وحده، لذلك فالحوادث الإستثنائية الخاصة بالمدين وحده كإفلاسه أو موته أو اضطراب أعماله أو حريق محصوله

(حكم محكمة النقض، الدائرة المدنية "دائرة الإثنتين"، الطعن رقم 14696 لسنة 83 ق.، جلسة 2014/12/15، منشور¹ علي موقع بوابة مصر للقانون و القضاء (laweg.net)، (تم الإطلاع بتاريخ 2020/9/6)، واستطردت المحكمة في حكمها هذا، وقالت ما يلي: "... وإذا خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وأقام قضاءه بنفي مسؤولية وزارة الداخلية عن تعويض الضرر الناجم عن سرقة محتويات سيارة الطاعن أثناء التحفظ عليها لدى الشرطة بقرار من النيابة العامة عن أن الاضطرابات التي صاحبت ثورة 25 يناير وانسحاب الشرطة تُعد قوة قاهرة رغم أن البين من أوراق الطعن أن المطعون ضدهم لم يتمسكوا بقيام القوة القاهرة ولم يؤسسوا دفاعهم عليها فإنه يكون قد قرر بقيام القوة القاهرة وطبق أحكامها من تلقاء نفسه وبغير طلب مما يعيبه بمخالفة القانون، وحببته هذه المخالفة عن بحث ما تمسك به الطاعن في دفاعه من أن انسحاب الشرطة وترك الموقع الذي خصصته لإيداع السيارات المتحفظ عليها من النيابة العامة دون حراسة هو السبب الذي أدى إلى سرقة محتويات سيارته وبأن الظروف الاستثنائية التي صاحبت ثورة 25 يناير كانت تفرض على الشرطة اتخاذ الاحتياطات اللازمة وتشديد الحراسة على ذلك الموقع باعتبار أنها ملتزمة التزاماً قانونياً ببذل العناية الواجبة للمحافظة على سيارته بعد أن حال التحفظ بينه وبين رعاية وحراسة سيارته بنفسه وأن انسحاب الشرطة وترك الموقع المذكور دون حراسة هو عين التقصير والإهمال من رجال الشرطة في أداء واجبات وظيفتهم وهو الخطأ الذي يوجب مسؤولية وزارة الداخلية عن الضرر الناتج عنه. وإذ لم يناقش الحكم فيه هذا الدفاع ولم يعن بالرد عليه فإنه يكون قد عاره أيضاً القصور في التسبب بما يوجب نقضه دون حاجة لبحث باقي أسباب الطعن".

أثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

لا تكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾. وقد أشار القانون المدني المصري إلي ذلك صراحة، بموجب نص المادة 147 على أنه: "...ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها..."، في حين نجد أن القانون الفرنسي، لم يشترط أن يكون ظرف الطارئ عاما في المادة 1195 من القانون المدني الفرنسي.

من حيث نطاق التطبيق: يلاحظ أن نظرية الظروف الطارئة يتم الأخذ بها وإعمالها في مجال الالتزامات التعاقدية، في حين أن نظرية القوة القاهرة يتم الأخذ بها في المجالين التفسيري والتعاقدية، مما يتضح معه أن نطاق نظرية القوة القاهرة أوسع وأشمل من نطاق نظرية الظروف الطارئة⁽²⁾.

من حيث تنفيذ الالتزامات: الأصل أن نظرية الظروف الطارئة، تختلف عن نظرية القوة القاهرة ففي حين تجعل الأولى تنفيذ الالتزام مرهقا، فإن الثانية تجعله مستحيلا، كما لا يترتب على الظروف الطارئة انقضاء الالتزام أو فسخ العقد، وإنما رده إلى الحد المعقول ولا يعفى المدين من تنفيذ التزامه بل تتوزع الأعباء الخارجة عن التعاقد بين الدائن والمدين، أما في حالة القوة القاهرة، فينقضي الالتزام ويتحمل الدائن ما يترتب على ذلك من نتائج⁽³⁾. وهذا ما تبناه القانون المدني المصري، في المادة 147، وعلي الجانب الآخر أعطي القانون المدني

(الإمام الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري: الوسيط... مرجع سابق الإشارة، ص 720 و 721¹)

(د. خالد علي سليمان بني أحمد: الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و² القانون الوضعي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد الثاني، 2006، ص 8 وما بعدها.

(د. خالد علي سليمان بني أحمد: الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة... البحث السابق، ص 6³)

الفرنسي، بموجب المادة 1195، الأطراف حق الإتفاق علي فسخ العقد، أو اللجوء إلي القضاء لفسخ العقد للطرف الطارئ، وذلك علي عكس المشرع المصري الذي لم يمنح الأطراف أو القضاء حق فسخ العقد للطرف الطارئ.

ويتضح بجلاء مما سبق، مدي التشابه والتقارب فيما بين القوة القاهرة، والطرف الطارئ، فقد بدا أن جميع الشروط الواجب توافرها للدفع بأي منهما تتوافر في فيروس كورونا-كوفيد-19، كونه حادثا استثنائيا لا يمكن توقعه، ولا يمكن دفعه، وقد يؤدي إلي جعل تنفيذ الإلتزامات العقدية مستحيلا، أو مرهقا للمدين، وهي مسألة نسبية تختلف من قضية إلي أخرى، يقدرها القضاء في كل حالة علي حدة.

المطلب الرابع

انتهاء جائحة كورونا و أحكام الاستعانة بنظرية القوة القاهرة الإدارية

يبدو جليا ما لحق العالم بأسره من أضرار في جميع القطاعات بصفة عامة، والقطاع الإقتصادي بصفة خاصة؛ فأصبح من المستحيل الوفاء بعدد لا حصر له من الإلتزامات المتفق عليها قبل جائحة كورونا؛ مما يزيد من احتمال اعتبارها حالة قوة قاهرة، مما سيسمح بعدم الامتثال لهذه الإلتزامات.

وفي العقود الإدارية، لا يختلف الوضع كثيرا عما نلاحظه في الاتفاقات الخاصة، حيث أن كل من المتعاقدين و جهة الإدارة يعانون من آثار جائحة كورونا. ومع ذلك في مجال القانون العام، لا ينبغي النظر إلي القضية بنفس الطريقة كما هو الحال في القانون الخاص. فضلا عن أن أي أحداث ناجمة عن الطبيعة أو العمل البشري، يغير الشروط التي تم بموجبها توقيع العقد، مما يجعل من الضروري إعادة التوازن المالي أو تعديل الشروط التعاقدية. وكقاعدة عامة، تحتوي كل من العقود الخاصة والإدارية على بنود، تنص على الطرف الذي سوف يتحمل المسؤولية في حالة عدم الامتثال للإلتزام بسبب القوة القاهرة.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

والواقع يؤكد على انه لن يخرج أي قطاع اقتصادي سالما من الأزمة الناتجة عن جائحة كورونا، وبالتالي سيتعين مراجعة العقود الإدارية، بحيث يمكن تحقيق التوازن الاقتصادي والمالي لتلك العقود.

والأمر هنا يقتضي أن تقوم جهة الإدارة بالتعرف على علاقة السببية و النتيجة بين الحقيقة غير المتوقعة و استحالة الوفاء بالتزام معين، ومن ثم تحديد حجم هذا التأثير في تحقيق ما تم الاتفاق عليه سابقا- وهو شيء معقد للغاية- كونه يجب الأخذ في الاعتبار: كيفية تأثر تنفيذ الالتزامات التعاقدية لكل عقد على حدة.

قد تبين لنا فيما سبق ما لحق مفهوم القوة القاهرة و آثارها في مجال القانون العام من توسع، بمقتضى حكم مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في 9 ديسمبر سنة 1932 في قضية شركة ترام شربورج⁽¹⁾، حيث خول هذا الحكم كلا من جهة الإدارة والمتعاقد معها؛ الحق في طلب فسخ العقد قضائيا إذا تبين أن العقد لن يعود إليه توازنه رغم مساعدة الإدارة، و أنه قد أصبح غير قابل للحياة بدون هذه المساعدة المستمرة، وبهذا المعنى، أصبح حكم الظروف الطارئة في هذا الخصوص هو حكم القوة القاهرة، وهو ما يطلق عليه الفقهاء "القوة القاهرة الإدارية"، ولكن الفسخ القضائي في هذه الصورة قد يكون مصحوبا بالحكم بتعويض عن المشقة غير المتوقعة للطرف المتعاقد، سواء الطرف الخاص أم جهة الإدارة ذاتها.

وتخلص وقائع تلك القضية، في انصراف سكان مدينة شربورج عن استخدام الترام، إزاء انتشار وسائل النقل السريعة، وبرغم موافقة الإدارة على زيادة تعريفه الركوب، فإن دخل المشروع فيما لو نحينا معاونة الإدارة المستمرة

¹) CE, 9 décembre 1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg , , Rec. P. 1050

لم يكن كافياً بتغطية تكاليفه، في الوقت ذاته الذي لم يكن هناك أمل في عودة المشروع إلى توازنه الاقتصادي، وقد أرسى مجلس الدولة الفرنسي بمناسبة مواجهة هذه الحالة عدة مبادئ و قواعد كالتالي:

1- على مانح الالتزام في حالة الظروف الطارئة التي من أثرها قلب اقتضيات العقد، أن يتخذ الإجراءات الضرورية حتى يستطيع الملتزم تأمين سير المرفق العام الذي يقع على عاتقه، وبخاصة أن يقدم له معونة مالية لمواجهة المصروفات غير العقدية الخاصة بفترة الطوارئ، ولكنه لا يمكن أن يتحمل هذا الالتزام إلا إذا كان إنقلاب اقتصاديات العقد ذا صفة وقتية، وأنه على العكس في حالة ما تكون الظروف الاقتصادية الجديدة أنشأت موقفاً نهائياً لا يسمح للملتزم بعد ذلك بموازنة نفقاته مع الموارد التي تحت تصرفه، فلا يلتزم مانح الالتزام بكفالة تشغيل مرفق لم يعد صالحاً للحياة إلا على نفقة دافعي الضرائب، وعلى عكس التوقعات الأصلية في العقد، وأنه في هذا الفرض يكون الموقف الجديد الناشئ على هذا الوجه حالة قوة قاهرة، تخول على هذا الأساس سواء الملتزم أو مانح الالتزام أن يطلب من القاضي إثبات هذه الحالة. فإذا أجاب القاضي الجهة الإدارية إلى طلبها أقلت من التزامها بالتعويض.

2- على طرفي التعاقد والحال هذه، محاولة التفاوض بخصوص إعادة النظر في شروط العقد على نحو يعيد للعقد حيويته، كإحلال وسائل النقل الحديثة بدلا من الوسائل القديمة، بما يعيد للمرفق توازنه الاقتصادي.

3- إذا أخفق الطرفان في عملية التفاوض عن بلوغ حل مرضي كالحل السابق، فلا بد والحال هذا من الحكم بفسخ العقد. ويحكم القاضي بالفسخ سواء بناء على طلب الجهة الإدارية أو بناء على طلب المتعاقد، إذا نم موقف الطرف الآخر عن تعنت حال دون التوصل لاتفاق جديد.

و يبدو من خلال دراسة الحكم، وجود عدة ملاحظات، لعل أهمهما ما يلي⁽¹⁾:

1- خسارة الشركة رغم تفويضها في تحديد السعر: حيث كانت الشركة صاحبة إمتياز ترام شربورج رابحة قبل سنة 1914 وأصبحت ابتداء من سنة 1916 خاسرة، وحدثت ما بين سنة 1916 وسنة 1922 ثمانى حوادث خولت

¹ (يراجع في هذا الشأن عند كل من: أحكام المبادئ في القضاء الإداري الفرنسي (مارسولون/ بروسبيرفي/ جي بريبان) ترجمة الدكتور أحمد يسري، طبعة منشأة المعارف بالإسكندرية، المبدأ رقم (50)، ص 253 وما بعدها، مع تقرير جيز، حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة ترام شربورج، مجموعة 1050؛ المستشار حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العملية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الثالث، سابق الإشارة، ص 184 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

الشركة رفع التعريف، وفي آخرها تركت المدينة للشركة تفويضا كاملا في تحديد سعر العقد. وقد رفعت الشركة إلى مستوى كان من الناحية الاقتصادية أعلى إرتفاعا ممكنا، ومع ذلك ظل الاستغلال خاسرا، فطلبت الشركة تعويض طوارئ من مجلس الإقليم فرفض طلبها.

2- التعويض سبيل منع تحول الظرف الطارئ إلى قوة القاهرة: وإذا وصلت القضية في الاستئناف أمام مجلس الدولة، فذكر مفوض الحكومة أن: وجود عجز خطير يقلب اقتصاديات العقد لا يمثل فورا عقبة للمتعاقد الآخر لا يمكن تخطيها، ولكن إذا طال الموقف فقد يجره إلى الخراب، ولا يمكنه بعد من الناحية المادية الوفاء بالتزاماته. وهكذا يمكن أن يتحول موقف الطوارئ إلى حالة قوة القاهرة، ولتجنب هذا الموقف بالذات ولمنع حدوث القوة القاهرة يمنح القضاء تعويض الطوارئ.

3- حالة القوة القاهرة التي تسمح بفسخ العقد: إذا حدثت ظروف اقتصادية جديدة تحول دون عودة العقد إلى توازنه الأصلي إطلاقا، فلا يمنع تعويض الطوارئ للملتزم من الخراب التدريجي مع ترك عبء مالي ثقيل على مانح الالتزام، ويشبه القضاء هذا الموقف بحالة القوة القاهرة التي تسمح بفسخ العقد.

4- حالة القوة القاهرة الناشئة عن موقف نهائي تخول بهذا الوصف كلا من الملتزم ومانح الالتزام طلب فسخ الالتزام من القاضي: وهذا ما قضى به مجلس الدولة اتباعا لتقرير مفوض الحكومة في قضية شركة ترام شربورج، فبعد أن ذكر الحكم أنه في حالة ما تؤدي ظروف غير متوقعة إلى قلب اقتصاديات العقد، على مانح الالتزام أن يمنح الملتزم معونة مالية، يقرر "أنه لا يتحمل بهذا الالتزام إلا إذا كان قلب العقد ذا صفة وقتية، وأنه على العكس في حالة ما تكون الظروف الاقتصادية الجديدة خلقت موقفا نهائيا لا يسمح بعد ذلك للملتزم بأن يكفل

تشغيل مرفق كف عن القدرة على الحياة على حساب دافعي الضرائب وعلى عكس شروط العقد الأصلية... ويكون هذا الموقف الجديد الناشئ على هذا الوجه حالة قوة القاهرة تخول بهذا الوصف كلا من الملتزم ومانح الالتزام عند عدم الاتفاق وديا على اتجاه جديد للاستغلال طلب فسخ الالتزام من القاضي.

5-التشدد في تخلص المتعاقد مع الإدارة من التزاماته بوجود توفر الشروط الثلاثة لتحقيق القوة القاهرة، والتخفف في تقدير تحلل الإدارة من التزاماتها: وهنا يبدو القاضي الإداري وهو شديد التصيق أو أكثر تشددا في تقدير وجود القوة القاهرة التي يتمسك بها المتعاقد مع الإدارة ليتخلص من التزاماته، وينطلب حينئذ توافر شروطها الثلاثة: وهي الأحداث الخارجية، وعدم إمكان التوقع، وعدم إمكان دفعها، و يبدو أقل تشددا في تقدير تحلل الإدارة من التزاماتها: سواء بزوال سبب العقد-والحاجة إلى الإشباع-كما بين حكم شركة ترام شربورج أو بزوال محل العقد.

ويفصح هذا الحكم و يوضح في نفس الوقت نظرية الطوارئ، ونظرية القوة القاهرة، في القانون الإداري، عن حرص مجلس الدولة على مراعاة مواعمة المرافق العامة للظروف الاقتصادية والتقدم الفني.

ويبدو جليا مدى الاختلاف فيما بين نظرية الظروف الطارئة في روابط القانون العام، عنها في روابط القانون الخاص من هذه الزاوية، بمراعاة أن القاضي لا يتسنى له في القانون الأخير الحكم بفسخ العقد على نحو ما سلف بيانه.

وجدير بالتنويه إلى أنه ولئن كانت المبادئ التي قررها مجلس الدولة الفرنسي بحكمه الصادر في قضية ترام شربورج، والتي فرغنا للتو من بيانها، تتسم بطابع العمومية والشمول بحيث تنصرف إلى العقود الإدارية كافة، إلا أنها لم تتخذ طريقها إلى التطبيق على صعيد الواقع إلا بالنسبة إلى عقود الالتزام اعتدادا بأنها الوحيدة التي يمتد تنفيذها مددا طويلة تناسب مع تطبيق تلك المبادئ. وقد تبنى المشرع الفرنسي للمبادئ التي أرسى مجلس الدولة الفرنسي لبناتها في قضية ترام شربورج، حال تضمينه إياها بعض التشريعات التي أصدرها في هذا الصدد⁽¹⁾.

¹) De Laubadere (A.): op.cit, T.III, pp133et S.

د. وهيب عياد سلامة: دروس في العقود الإدارية مع التعمق، التوازن المالي للعقد وفكرة التعويض غير القائم على الخطأ، دار النهضة العربية بمصر، 2011، ص123 وما بعدها.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على هذه المبادئ في حكم حديث نسبيا في 10 فبراير سنة 2010. حيث قضت المحكمة بإنهاء (فسخ) العقد قبل مدته، مع دفع تعويض عن المشقة في تنفيذ العقد الناتجة عن عدم القدرة على التنبؤ لصالح المتعاقد المشارك للإدارة، وذلك عندما تجعل الظروف الجديدة العقد بدون موضوع، وهذا هو الحال عندما لا يمكن تصحيح الوضع من ناحية أخرى، مما ينتج عنه حالة من القوة القاهرة، تبرر إنهاء العقد و دفع تعويض عن المشقة في تنفيذ العقد والناتجة عن عدم القدرة على التنبؤ بالظروف الجديدة⁽¹⁾.

انتهاء جائحة كورونا و أحكام الاستعانة بنظرية القوة القاهرة الإدارية

نختم دراستنا تلك، بإيضاح الأحكام المنظمة لكيفية الإفادة من هذه النظرية، من خلال عرض أوضاع التمسك بالنظرية، و مدى مشروعية الشروط التي تدرجها جهة الإدارة في عقودها بشأن الحوادث الاستثنائية، وذلك على التفصيل الآتي:

1- أوضاع التمسك بالنظرية:

لا يثور أدنى شك في أن للطرف الخاص التمسك بأحكام النظرية في مواجهة جهة الإدارة، وأما بالنسبة لتمسك الجهة الإدارية بأحكام النظرية، فلم يقدر إثارة هذه المسألة من الناحية العملية. غير أنه لا يوجد مانع قانوني يحول بين الجهة الإدارية و بين الاستعانة بهذه النظرية، توصلنا إلي تحمل المتعاقد معها جانبا من الخسائر المرهقة الناجمة عن الحادث الاستثنائي، أو طلب الحكم بفسخ العقد.

¹(AJDA 2010.) n° 30116 Société Prest'action, CE 10 février 2010

ولعل التطبيقات القضائية القليلة للنظرية لا تزال مقصورة حتى الوقت الراهن على الطلبات المقدمة من الأفراد. ولئن كان لا يوجد ثمة صعوبة صعوبة إذا ما قدم الطلب من المتعاقد الأصلي، إلا أن الأمر يتطلب المزيد من الإيضاح في حالة تغير هذا المتعاقد. هذا التغيير الذي نصادفه في الأحوال التالية:

أ- حالة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة: يترتب على هذه الموافقة نشوء علاقة قانونية جديدة بين الجهة الإدارية وبين المتنازل إليه، ومن هنا يستطيع المتنازل إليه أن يمارس حقوق المتعاقد الأصلي في مواجهة الجهة الإدارية. وفي صدارة هذه الحقوق المطالبة بالتعويض أو فسخ العقد إذا توافرت الشروط السالف بيانها.

بيد أن السؤال الذي يثور في ذهن: ما هو التاريخ الذي يستطيع المتنازل إليه التمسك بأحكام النظرية، وهل يمكنه المطالبة بالتعويض عن حادث استثنائي سابق على حصول التنازل ينبغي نشوء الحادث الاستثنائي بعد هذا التاريخ الأخير؟.

أجاب مجلس الدولة الفرنسي على التساؤلات المطروحة من خلال التطور الذي أصاب أحكامه في هذا الصدد، على النحو التالي:

نحا مجلس الدولة الفرنسي إلى الأخذ بوجهة النظر القائلة بأن مطالبة المتنازل له عن التعويض، يقتصر على الفترة اللاحقة لحصول التنازل، في حكمه الصادر في قضية **Sauvage**⁽¹⁾. غير أن مجلس الدولة الفرنسي عدل عن هذا الاتجاه، و خول المتنازل إليه الحق في المطالبة بالتعويض عن جميع الظروف الطارئة التي يكون من حق المتعاقد الأصلي المطالبة بالتعويض عنها. ولا شك أن الاتجاه الأخير هو الأكثر اتساقا مع المنطق القانوني، مادام أن المتنازل إليه يحل محل المتعاقد الأصلي بموافقة الإدارة⁽²⁾.

ب- حالة التنازل عن العقد بغير موافقة جهة الإدارة:

¹ Rec.p.290

² CE 28 janvier 1944, Commune de Wimille Rec. p 35 ; C.E. 10 Juillet 1949, ville d'Elbeuf, S.1950,3,p 3,p 61

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

لئن كان الأصل أنه لا يمكن التمسك بهذا التنازل في مواجهة الإدارة، غير أن مجلس الدولة الفرنسي قد خول المتنازل إليه التمسك بنظرية الظروف الطارئة، إذا قام بتنفيذ العقد، وتحققت شروط النظرية، ولكن مع ارجاع أساس التعويض إلى المسؤولية شبه التعاقدية (responsabilité quasi-contractuelle) ⁽¹⁾. يمكن تطبيق ذات الأحكام في حالة تطبيق نظرية القوة القاهرة الإدارية.

ج- حالة وفاة المتعاقد و حلول ورثته محله في تنفيذ العقد : يعامل مجلس الدولة الفرنسي هذه الحالة معاملة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة ⁽²⁾.

و بالنسبة للتوقيت الزمني الذي يمكن للمتعاقد أن يطالب بالتعويض عن الحادث الاستثنائي، فيحق له ذلك منذ بداية توافره طبقا للشروط السالف بيانها، سواء أثناء تنفيذ العقد أو بعد تنفيذه. وهذا ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري بمصر، بحكمها الصادر بتاريخ 14 أبريل 1960، حيث قالت ما يلي: "...فإذا ما توافر هذا الشرط يستوي أن يطالب المضرور بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدية..." ⁽³⁾. ويتعين على المتعاقد الانتظار حتى تمام التنفيذ إذا كان من غير الممكن تقدير مدى الخسائر المترتبة على الظروف الطارئة

¹) C.E. 27 juin 1930., Philippe et 16 janvier 1931, Bonniol, S. 1931, 3, 57 note Mestre ; D. 1931, 3, p 57 note M.Mestere; D>1931,3,p 5,note Blaevoet .

C.E. 21 novembre 1934, société Dupart, Rec. 1085.)²

³ (منشور بمجموعة المكتب الفني لمجلس الدولة، السنة الرابعة عشر، ص 36 .

(الحادث الاستثنائي) قبل هذا الوقت. وفي هذا الفرض يقوم المتعاقد بتقدير الخسائر النهائية التي لحقته من جراء التنفيذ مع قيام الطرف الطارئ، ويطلب بها الإدارة و يبدأ التقادم من هذا الوقت (1).

ويذهب استاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي –وبحق–، إلى أنه لا مانع من المطالبة بتعويض مؤقت عن الطرف الطارئ لمعاونة المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ عقده إذا كان من شأن هذا الطرف أن يستمر مدة طويلة، وليس في وسع المتعاقد أن ينتظر حتى زواله. ويستطرد سيادته موضحاً أن مثل هذا الحل لا يتنافى مع القواعد العامة في تقدير التعويض، فضلاً عن أنه يتفق و الحكمة التي تقوم عليها النظرية وهي معاونة المتعاقد على التغلب على الطرف الطارئ ومواصلة التنفيذ تحقيقاً للمصالح العام، وإعمالاً لمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام وإطراد (2).

و مما يتصل بالموضوع، فقد استوجب مجلس الدولة الفرنسي قيام المتعاقد مع جهة الإدارة بالمطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة أمام محكمة الدرجة الأولى المختصة، بحيث لا يجوز للمتعاقد الذي يغفل هذه المطالبة أمام المحكمة أنفة البيان المطالبة بالتعويض أمام محكمة الدرجة الثانية للمرة الأولى (3).

2-مدى مشروعية الشروط التي تدرجها الجهة الإدارية في عقودها بشأن الحوادث الاستثنائية:

قد تضمن جهة الإدارة عقودها مع المتعاقدين شروطاً متنوعة بخصوص مواجهة الحوادث الاستثنائية التي قد تطرأ في المستقبل، وتؤدي إلى إرهاب المتعاقد.

فما مدى شرعية هذه الشروط؟ تختلف الإجابة عن هذا السؤال باختلاف الفروض على النحو التالي:

أ-الشروط التي تؤدي إلى استبعاد المسؤولية:

¹) C.E. 11 juin 1943, ste des grand travaux de Marseille, Rec.p 148.

²) الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سالف الإشارة، ص 710 .

³) C.E. 10 mars 1948 Hospices de la ville de Vienne, Rec. p. 124. Le respect de l'ordre public n'est pas garanti ici par un moyen devant être relevé d'office par le juge (CE 11 juil. 2014 Burnet, Contrats et marchés publics 10/2014 n°276 comm. J.-P. Pietri)

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

يتجلى ذلك بأن تشترط جهة الإدارة على المتعاقد معها مقدما النزول عن كل حق في المطالبة بالتعويض عن الحوادث الاستثنائية التي قد تطرأ بعد التعاقد. فإذا قبل المتعاقد هذا الشرط، فإن قضاء مجلس الدولة الفرنسي يجري في الوقت الحاضر على عدم مشروعية هذا النزول⁽¹⁾. و سجلت المحكمة بذلك عدولها عن مسلكها القديم الذي كان يقضي بمشروعية هذا النزول⁽²⁾.

ومما لا شك فيه أن مجلس الدولة الفرنسي في قضائه الحديث قد عاد إلى المسلك السليم، بمراعاة أن نظرية الظروف الطارئة لا تقف عند حد تخويل المتعاقد الحصول على تعويض مالي، ولكنها تستهدف في الأساس إلى تمكينه من التغلب على الصعاب المتولدة عن الظرف الطارئ و مواصلة التنفيذ تحقيقا لخير الجماعة. وعلى هذا الأساس فإنها تتصل بالنظام العام. و مما يؤيد ذلك أن المادة 147 من القانون المدني قد نصت صراحة على بطلان مثل هذه الاتفاقات بقولها : " ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ..". فإذا كان هذا هو الشأن بالنسبة إلى عقود القانون الخاص غير ذات الصلة بالمصلحة العامة، فإن الحكم يصدق من باب أولى بالنسبة إلى العقود الإدارية ذات الصلة الوثيقة بالمرافق العامة كما رأينا⁽³⁾.

و قد اعتنقت محكمة القضاء الإداري في مصر ذات المبدأ بموجب حكمها الصادر في 14 أبريل 1960 (أنف البيان) حيث تؤكد أن جهة الإدارة "... لا تملك أن تضع شرطا يحول بين المتعاقد وبين التمسك بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ اذا وقع أيهما و تكاملت شرائطه. و مناط هذا الحكم يرد إلى طبيعة العقود الإدارية التي من

¹ (C.E., 10 mars 1948, Hospices Ville de Vienne : Rec. CE 1948, p. 124.)

² (حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 2 فبراير سنة 1923 في قضية la ville de Châteaudun)

³ (يراجع استاذنا الفقيه الجليل الدكتور سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سالف الإشارة، ص 711 .)

شأنها أن ترتب لكل من المتعاقدين التمسك بأى من هذين الحدثين، فإذا كانت الإدارة قد أخذت على المدعى التعهد بعدم الاحتجاج عليها بالقوة القاهرة أو الظرف الطارئ، فإن هذا الاشتراط غير مشروع لا يعتد به".

ب: الشروط التي تتوقع الحادث الاستثنائي و تحدد التعويض على أساس معين :

يثور التساؤل هنا حول مدى جواز لجوء المتعاقد إلي القضاء للمطالبة بالتعويض عن الحادث الاستثنائي على أساس غير المنصوص عليه في العقد ؟

أجاب مجلس الدولة الفرنسي بالإيجاب عن هذا التساؤل في حالتين كالتالي:

الحالة الأولى: إذا استحال تطبيق الشروط المنصوص عليها في العقد: وهذه الحالة طبيعية، وترجع في معظم الحالات إلي التشريعات الاجتماعية التي تجمد الأسعار و الأجور عند حد معين. وهذا هو المبدأ المستمد من حكم المجلس في قضية ville d'Elbeuf سالف الإشارة.

الحالة الثانية: إذا لم تؤد الشروط المنصوص عليها دورها الطبيعي الذي يتفق ونية الطرفين (1).

وقد نصادف تلك الحالة عندما تؤثر الظروف الجديدة في عناصر أخرى في العقد لم تكن محل اتفاق بين الطرفين.

وفي الحالتين السابقتين، لا يستطيع المتعاقد أن يجمع بين التعويض المتفق عليه في العقد، والتعويض القضائي، بل ينحصر حقه في الحصول على الأعلى من هذين التعويضين (2).

¹) C.E. 30 mars 1937, ste de distrib de l'ouest, Rec., p 266 ; C.E. 5 novembre 1937 ,Departement des cotes du Nord et Duces, D.1938,3, p 46 ; C.E. 11 juin 1947 ,Nadaud ,Rec. p 538 ; CE 2 février 1951, Société des grands travaux de Marseille, Lebon p. 67.

²) C.E. 3 fevrier 1936, commune de tursac, Pec. P 5.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

ج- إدراج شرط الفسخ بالعقد أو بكراسة الشروط : إذا تضمن العقد أو دفتر الشروط، نصا يخول للمتعاقد الحق في طلب فسخ العقد في حالة قيام الحادث الاستثنائي. وقد جرى قضاء مجلس الدولة الفرنسي منذ فترة، إلى أن مثل هذا الشرط لا يحول بين المتعاقد، وبين المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة⁽¹⁾.

د- الاتفاقات التي تبرم بين جهة الإدارة و بين المتعاقد بعد نفاذ العقد: لا تؤثر هذه الاتفاقات على حق المتعاقد في طلب التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة، إذا ما ثبت إخفاقها في تفادي الاختلال في اقتصاديات العقد. من قبيل ذلك على سبيل المثال موافقة المتعاقد على زيادة التعريفة التي يتقاضاها من منتفعي المرفق، ويتضح عقب ذلك أن هذه الزيادة لم تنجح حيال الظرف الطارئ، ومن هنا لا يوجد ما يحول بين المتعاقد و التداعي للقضاء الإداري للمطالبة بالتعويض⁽²⁾.

ه- الاتفاقات التي تبرمها جهة الإدارة مع المتعاقد بقصد تنظيم الحادث الاستثنائي :

وهذه الاتفاقات مشروعة بطبيعة الحال، و مجلس الدولة الفرنسي قد جرى باستمرار على دعوة الطرفين المتنازعين إلى حل النزاع بينهما بطريق ودي، و أنه لا يحكم بالتعويض إلا في حالة عجز الطرفين عن الوصول إلى ذلك الحل. فإذا ما نجح الطرفان في الاتفاق على كيفية تعويض آثار الظروف الطارئة بعد تحققها، فلا شك في

¹) C.E., 30 oct. 1925, Sieurs Mas-Gayet, Rec. p. 836. ; CE, 29 février 1980, Entreprise nouvelle de l'Ouest, n°10589, Lebon tables p.790

²) C.E., 2 decembre 1938, Cie generale pour l'éclairage, Rec. p.906 ; C.E., 21 novembre 1949, petot, Rec. p 647.

سلامة مثل هذا الاتفاق. ولا يقبل مجلس الدولة من أحد الطرفين المنازعة فيه. و يقتصر دوره على تطبيق شروط الاتفاق إذا حدث بشأنها نزاع⁽¹⁾.

الخاتمة

هكذا عالجتنا موضوع أثر جائحة كورونا (Covid-19) علي تنفيذ العقود الإدارية، وقد اقتضي حسن العرض، أن نبدأ بعرض المشكلة و موقف الفقه الإسلامي منها، والحلول التي تم التوصل إليها في هذا الشأن، ثم بحثنا الطبيعة القانونية لجائحة كورونا-كوفيد-19، وأخيرا دور القضاء في معالجة آثار جائحة كورونا-كوفيد-19 علي تنفيذ العقود الإدارية، وقد تبين لنا مدي التشابه و التقارب بين نظرية القوة القاهرة و نظرية الظروف الطارئة، و السوابق القضائية في هذا الشأن ،علي التفصيل الوارد بالبحث، وذلك منعا للتكرار.

وقد اسفرت الدراسة عن عدة نتائج و توصيات، أهمها ما يلي:

أولاً: النتائج :

1- أثارت جائحة كورونا-كوفيد 19-المستجد، جدلا قانونيا واقتصاديا حول الالتزامات التعاقدية التي أصبحت في مهب الريح، حيث سعت كبريات الشركات التجارية العالمية و المحلية للتحلل من التزاماتها التعاقدية بعد أن تكبدت خسائر كبيرة بسبب اختلاف طبيعة و ظروف انشاء تلك العقود والعقود والتعهدات، و ما يتبعها من التزامات كالتأمين و النقل و الضرائب والتي تغيرت بالكلية، وهذا يعني في مجمله عدم القدرة على الوفاء بالالتزامات الخارجة

¹) C.E., 17 janvier 1951, Hospices de Montpellier, Rec. p 777.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

عن إرادة المتعاقدين، وهو ما سيؤثر على الاستقرار الاقتصادي والتبادل التجاري العالمي، نتيجة ما إتخذته كافة دول العالم من إجراءات احترازية لمواجهة الجائحة، حفاظا على صحة المواطنين، وصلت في بعض البلاد إلي تعطيل كافة الأنشطة، و تعليق كافة الفعاليات التي تتطلب تواجد أية تجمعات كبيرة للمواطنين، ومنع التنقلات بين البلدان وبعضها الآخر، مما أثر على سلاسل الإمدادات بين كافة دول العالم.

2- تزايد عدد الدعاوى القضائية التي أقيمت على أساس عدم القدرة على الوفاء بالعقود بسبب الظروف التي نجمت عن الجائحة، وهو ما أدركه النظام التجاري العالمي الذي يتسم بسرعة معالجة الظروف المستجدة، حيث ظهرت فكرة إصدار شهادة دولية تسمى (شهادة القوة القاهرة) للدفع بها أمام المنعطفات القضائية أمام المحاكم على مستوى العالم بصفة عامة وأمام القضاء الإداري بصفة خاصة.

3- إن القاعدة القانونية التعاقدية التي تنص على أن (العقد شريعة المتعاقدين)، والتي بنيت على أساس قوامه مبدأ سلطان الإرادة، و الالتزام بوجود احترام العقود و الموثيق، ومبدأه الاقتصادي بوجود استقرار المعاملات، ستكون غير قابلة للتطبيق في هذه الظروف، بسبب استحالة تنفيذ أصل الالتزام أو بعضه و تأخيره أو تأجيله، كون الالتزام التعاقدية أصبح مستحيل التنفيذ أو صعب التنفيذ، و كلتا النظريتين (القوة القاهرة) و (الظروف الطارئة) تسعى إلي عدم التكليف بما يتجاوز الطاقة العادية في الظروف الطبيعية.

4- ذهبت بعض أحكام القضاء الإداري في فرنسا و مصر و المملكة العربية السعودية، إلي تكيف جائحة كورونا قوة القاهرة.

5- أصدرت بعض الدول تشريعات بشأن التجاوز عن مقابل التأخير، والضرائب الإضافية والفوائد، وما يماثلها من جزاءات مالية، مما يعمل به في الحالات العادية عند التأخير في تنفيذ الالتزامات العقدية.

6- من الناحية القانونية-نرى- أن تكييف جائحة كورونا فيما يتعلق بالآثار والالتزامات المترتبة على العقد؛ تدخل في السلطة التقديرية للقضاء، ويمكن تطبيق إحدى نظريتي الحوادث الاستثنائية (الظروف الطارئة و القوة القاهرة) متى تحققت شروط أي منهما في كل حالة على حدة.

7- التعويضات التي قد يحكم بها القضاء؛ تدور وجودا و عدما مع تحقق الخسارة غير العادية، متى توافرت شروط إحدى النظريتين على الواقعة محل النزاع.

ثانيا: التوصيات:

1 - أن تقوم الجهات الإدارية، الطرف في عقود إدارية، بدعوة المتعاقدين إلى إعادة مراجعة بنود العقد، في ضوء المستجدات التي طرأت على الساحة، بأثر جائحة كورونا-كوفيد-19.

2- تمديد مواعيد تنفيذ العقود الإدارية المحددة بالجدول الزمنية المتفق عليها دون أي مسئولية تطبيقا مباشرا لنصوص القوانين ذات الصلة بالموضوع، منها على سبيل المثال: المادة 48 من القانون رقم 182 لسنة 2018 بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، و المادة 74 من نظام المنافسات و المشتريات الحكومية السعودي .

3- يجب على جهة الإدارة ،فضلا عن القضاء الإداري، أن تتعرفا على علاقة السببية والنتيجة بين الحقيقة غير المتوقعة واستحالة الوفاء بالتزام معين، ومن ثم تحديد حجم هذا التأثير في تحقيق ما تم الاتفاق عليه سابقا-وهو شيء معقد للغاية-كونه يجب الأخذ في الاعتبار، كإفنية تأثر تنفيذ الالتزامات التعاقدية لكل عقد على حدة.

4- إذا أخفق الطرفان في عملية التفاوض عن بلوغ حل مرضي، فلا بد من فسخ العقد إما اتفاقا، أو اللجوء للقضاء للحكم بالفسخ سواء بناء على طلب المتعاقد أو جهة الإدارة على حد سواء، إذا نم موقف الطرف الآخر عن تعنت حال دون التوصل لاتفاق جديد.

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

5- يجوز للمتعاقد طلب تعويض الطوارئ، ويحكم به القاضي لكي لا يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة، خاصة في العقود الإدارية مستمرة التنفيذ. وفي حال فشل عودة العقد إلى توازنه الأصلي إطلاقاً بالرغم من مساعدة جهة الإدارة و حصوله على تعويض الطوارئ، فيحكم القاضي بفسخ العقد، وهو تطبيق لنظرية القوة القاهرة الإدارية.

6- أن يراعى في تقدير التعويض عن الخسائر، مدى جسامته غير المعتادة، وأن يكون النظر محصوراً في العقد محل النزاع، وألا يتجاوز تقدير الضرر المدة التي ظهر فيها أثر الجائحة على العقد، فضلاً أن يكون تقدير الخسائر و التعويض من خبير مختص أو أكثر.

7- في حالة إذا كان العقد الإداري، يتضمن شرط إعفاء من المسؤولية لأحد طرفي العقد، عند تحقق الحادث الاستثنائي (الظرف الطارئ - القوة القاهرة)؛ فلا أثر لمثل هذا الشرط ويحكم ببطلانه.

8- في العقود المستقبلية، لا بد من وضع بند في عقود الإدارة - بصفة عامة - تنظم حالات الحوادث الاستثنائية، بحيث يمكن في حالة حدوث تغيير غير متوقع في الظروف - مثل الحالة الحالية - أن يتم مراجعة، أو إنهاء العقد، مثل بنود إعادة التفاوض، أو بنود المشقة، وما إلى ذلك. ولا يخفى أن ذلك سوف يوفر الوقت والجهد في العقود التالية، لأنه في مثل حالتنا الراهنة، سيكون اللجوء إلى القضاء صعباً للغاية، أثناء حالة الطوارئ الصحية، أو الكوارث الطبيعية، لذلك يمكن استخدام إعادة التفاوض بحسن نية، لتعديل العقد أو تكييفه من قبل الأطراف - سواء بشكل دائم أم مؤقت - وبدون وجود مثل هذه الشروط، يصبح من الصعب بمكان طلب إعادة التفاوض ودياً خارج الإطار القانوني للظروف الاستثنائية غير المتوقعة.

والله ولي التوفيق

المصادر والمراجع

أولاً: المصادر والمراجع العربية :

– الكتب والبحوث والمقالات:

أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بإبن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، دار الحديث بالقاهرة، 1425هـ-2004م

ثروت بدوي: النظرية العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر، 1994

أثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

حمدي محمد العجمي: المرجع في العقود الإدارية في المملكة العربية السعودية، دراسة تحليلية مقارنة، مركز البحوث والدراسات، معهد الإدارة العامة 1439هـ - 2018

حمدي ياسين عكاشة: موسوعة المشكلات العلمية في منازعات العقود الإدارية، الكتاب الثالث، 2016

خالد علي سليمان بني أحمد: الفرق بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد الثاني، 2006

خميس صالح المنصوري: نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن الاقتصادي للعقد، دراسة تحليلية في ضوء قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، 2017

سعاد الشرقاوي: العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر، 2003

سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة الخامسة، مطبعة جامعة عين شمس، 1991

شريف محمد غنام: أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية بمصر، 2000

عادل طالب الطببائي: مدى إنقضاء العقود الإدارية بالقوة القاهرة الناتجة عن الاحتلال العراقي للكويت، مجلة الحقوق - جامعة الكويت، السنة 16 - العدد 3، سنة 1992

عبدالرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، مكتبة المحامي، 2006

عبدالعزیز خلیفة: تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته، منشأة المعارف، 2014

عبدالفتاح عبدالباقي: موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة، دراسة معمقة

عبدالمجید فیاض: نظرية الجزاءات في العقد الإداري - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي بمصر، 1975

علي سليمان الطماوي: التحكيم في العقود الإدارية بين انظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، دار النهضة

العربية بمصر، 2017

فتحي عطية السيد مصطفى: الحلول العملية لمشكلات المناقصات و المزادات الناشئة عن تطبيق

القانون 89 لسنة 1998 وتعديلاته، بدون دار نشر، الطبعة التاسعة 2014

فتحي فكري: محاضرات في العقود الإدارية، دار النهضة العربية بمصر

محمد السناري: الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود، دار النهضة العربية، 1998

محمد سعيد حسين أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، 2000

محمد ماجد خلوصي، و عذاب العزيز الهاشمي: التحكيم في عقود الغاز والبتترول في ضوء قانون التحكيم الإماراتي

مقارنة بقانون التحكيم المصري، دار النشر للجامعات بمصر، الطبعة الأولى 2020

محمد محمد بدران: عقد الإنشاءات في القانون المصري (دراسة في المشكلات العملية لعقود الاتحاد الدولي

للمهندسين الاستشاريين)، دار النهضة العربية بمصر، 2001

محمد مصطفى الزحيلي: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، دار الفكر بدمشق، الطبعة الأولى، 1427

هـ - 2007 م.

محمود عبید الیوبی، د. عدنان حمزة محمد زاهد، د. محمود نديم نحاس، د. أحمد أبویریع حجازي، " تأثير جائحة

كوفيد-19 في قطاعات التعليم و الصحة والإقتصاد " جامعة الملك عبدالعزیز بالسعودية، مركز النشر

العلمي، 1443 هـ - 2022

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

مروان بوسيف: مآل تنفيذ الإلتزامات التعاقدية في ظل فيروس كورونا-كوفيد19، منشور في سلسلة إحياء علوم القانون، مجلة علمية محكمة، بالمغرب، مؤلف جماعي تحت عنوان: الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، عدد مايو 2020

هارون عبدالعزيز الجمل: النظام القانوني للجزءات في عقد الأشغال العامة، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، 1975

-المصادر و التشريعات و مجموعات الأحكام القضائية:-

قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري قم 182 لسنة 2018
قرارات مجلس المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي، مجلة البحوث الإسلامية، العدد 1411، 32-
1412هـ، تصدر عن الرئاسة العامة لإدارات البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد-الرياض، المملكة العربية السعودية

مجلة الأحكام الشرعية

مجلة الأحكام العدلية

مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا و الجمعية العمومية لقسمي الفتوي والتشريع في أربعين عاما (مصر).

مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في 15 عاما (مصر)

1. معجم القانون: مجمع اللغة العربية بمصر ،الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة ، 1420هـ ،
1999م

2. نظام المنافسات والمشتريات الحكومية السعودي 2019-1440

ثانياً: المصادر والمراجع الأجنبية:

Brenet (F.): La théorie du contrat administratif :Evolutions récentes,AJDA,2003؛

Bonnard (R.): "Précis élémentaire de droit administratif" 3e éd., 1943

Boulouis (N.):” Confiance et loyauté dans le contentieux des contrats publics,in
Confiance et droit public,dir.C.Teitgen-Colly et O.Renaude, L'Harmattan,2019

De laubadère (A.), (F.) Moderne, (P.) Delvolvé: "Traité des contrats
administratifs", T. 2, LGDJ, 2e éd., 1984

De Laubadère (A.):” Traité des contrats administratifs” Tom 1,2 em
Edition,1983,L.G.D.J

De Laubadère (A.):” Traité théorique et pratique des contrats
administratifs”,LGDJ,1er ed.1956

Guettier (Ch.):Droit des contrats administratifs,PUF,2e éd., 2008

HAURIOU (Maurice): Principes de droit public, Larose, 1910

Jean–Paul VALETTE : « Droit des services publics », 2ème édition Ellipses, Edition
.Marketing S.A : 2013

Jèze (G.):” Les contrats administratifs, de l'État, des départements, des communes
et des établissements publics” Paris, Gaird,T.1 1937

Luc Grynbaum: Force majeure et épidémie de COVID -19 : une première décision
vient d’être rendue,publie sure le sit suivante:www.leclubjuristes.com,visistes
23/08/2020

آثار جائحة كورونا (Covid-19)

على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

د. علي سليمان الطماوي

مجلة الدراسات القانونية والاقتصادية

Sarait Badaui: "Le fait du prince dans les contrats administratifs" Paris, 1955

Sébastien Hourson et Philippe Yolka, Droit des contrats administratifs, LGDJ, 2e éd.2020

Shalakany (A.):The Application of the FIDIC Civil Engineering Conditions of Contract in A Civil Code System The International Construction Law Review,1989

Yves Gaudemet: Pour une nouvelle théorie general du droit des contrats administratifs:mesurer les difficultés d'une entreprise necessaire,Reuve du droit public,Mars-Avril 2010

ثالثا:المواقع الإلكترونية:

http://aliftaa.jo/research.aspx?researchId=72#.vzh2_kirkuk

<https://www.economie.gouv.fr>

<https://www.leclubdesjuristes.com> ,Visit 5/9/2020

<https://www.who.int/ar/news-room/detail/11-12-1441-covid-19-emergency-committee>