الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

جامعة التحدي
كلية القانون

الدراسات العليا
قسم القانون العام

الظروف الطارئة
وتأثيرها على تنفيذ العقود الإدارية

(دراسة مقارنة)

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على الإجازة العالية (الماجستير)

إعداد الطالبة

فوزية فرج حمّاد

إشراف

أ . د . عبد القادر عبد الله أقدوره
أستاذ القانون العام بكلية القانون جامعة قار يونس

د . خليفة صالح أحواس
أستاذ مشارك في القانون العام كلية القانون جامعة التحدي

العام الجامعي
2008 - 2009 ف

الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى

جامعة التحدي **كلية القانون**

قسم القانون العام

(الظروف الطارئة وتأثيرها على تنفيذ العقود الإدارية)

"دراسة مقارنة "

قدمت هذه الدراسة استكمالاً لنيل درجة التخصص العالي " الماجستير "

إعداد الطالبة / فوزية فرج حماد سليمان

لجنة المناقشة /		التوقيع
الأخ / أ .د. عبد القادر عبد الله أقدورة	مشـــرفا رئيســـــاً	.....
الأخ / د . خليفة صالـــــح أحواس	مشرفاً مساعد عضـــــوا	.....
الأخ / د. خليفة علـــــي الجبراني	ممتحناً خارجيا عضـــوا	.....

تاريخ المناقشة 5 / 07 / 2009 ف.

معتمد

د . خليفة صالح أحواس

أمين اللجنة الشعبية لكلية القانون

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ صِبْغَةَ اللهِ وَمَنْ أَحْسَنُ مِنَ اللهِ صِبْغَةً وَنَحْنُ لَهُ عَابِدُونَ ﴾

صدق الله العظيم

سورة البقرة: الآية (138)

الإهداء

إلي ... والدي برا بهما

إلى ... أسرتي الكريمة زوجي وابني اللذين عاشا معي لحظات بحثي القاسية فكانا لي خير معين ورفيق في كتابتي وطباعتي الشخصية للبحث وسفري لنيل ما ارجوه من بحثي .

إلى ... إخوتي الأعزاء

إليهم أهدى ثمرة عملي ، أمد الله في عمرهم جميعا ...

الباحثة

شكر وتقدير

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله

وبعد ...

يسعدني في هذا المقام أن أتقدم بخالص شكري وتقديري وامتناني إلى كل من :

- الدكتور عبد القادر أقدوره / أستاذ القانون العام بكلية القانون جامعة قار يونس وذلك لتفضله بالإشراف على إعداد هذه الرسالة فكان لي خير منير وموجه وخير مشجع على إتمام هذا العمل وإخراجه إلى أرض النور.

- الدكتور خليفة صالح أحواس / أمين اللجنة الشعبية لكلية القانون بجامعة التحدي لتفضله بالمساعدة في الإشراف على هذه الرسالة ، وعلى ما بذله لأجلنا من دعم ودفع فكان نعم الدكتور الجاد والمثابر .. فأمدنا بروح التحدي والعزيمة والإصرار لمواجهة جميع الظروف العلمية والاجتماعية .

- أساتذتي الأفاضل بكلية القانون جامعة التحدي الذين كان لتشجيعهم ودعمهم ومؤازرتهم العلمية والمعنوية أثر طيب في هذه الرسالة فلهم مني جزيل الشكر والتقدير والعرفان .

- كما لا يفوتني أن أشكر جميع من أمدني بيد العون من العاملين في جميع المكاتب العلمية والمعارض والجامعات داخل وخارج الجماهيرية .

مقـــدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين إلى يوم الدين .

وبعد ...

إن كان من المسلّم به في مجال القانون الخاص ، ارتباط العقد المدني كوسيلة للتعامل بين الأفراد بمبدأ سلطان الإرادة ، وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ويترتب عليه نتائج أهمها ، عدم جواز إدخـــال أي تعديل على بنود العقد إلا باتفاق المتعاقدين ، أو وفقا لنص قانوني مقرر في ذلـــك . إلا أن الأمـــر يختلف في مجال القانون العام ، حيث تهدف جهة الإدارة من وراء إبرامها للعقود الإدارية إلى تحقيـــق المصلحة العامة ، بخلاف العقود المدنية التي تهدف تحقيق مصالح خاصة .

من المستقر عليه في الفقه والقضاء ، عند ممارسة الإدارة لنشاطها ، تستطيع أن تخضع عقودها لأحكام القانون الخاص ، فتتنازل عن سلطتها العامة وتنزل منزلة الأفراد ، أو تتبع أسلوب القانون العام لتصبح عقودها عقودا إدارية ، تتميز فيها بسلطتها العامة ، فتنقسم العقود بذلك إلى عقود الإدارة الخاصة وعقود الإدارة العامة ، حيث تتضمن الأخيرة شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، تتعلق بتسيير المرافق العامة ، ومن هنا يبدو طبيعيا عدم تساوي المراكز القانونية للمتعاقدين فيها .

اتبعت معظم القوانين المقارنة ومنها مصر وليبيا ، معظم المبادئ والنظريات والقواعد القانونية التي طُبقت على منازعات العقود الإدارية في القانون الفرنسي . إلا أنها أضافت عليهـــا العديـــد مـــن المبادئ والقواعد التي تتوافق مع أنظمتها المختلفة . ففي مجال العقود الإدارية أصدر المشرع المصري عدة قوانين ووسائل وإجراءات لإبرام تلك العقود وتنفيذها وإنهائها ، واصطلح عليهـــا تـــسمية قـــانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، وكان آخرها القانون رقم (89) لسنة 1998 ف ، وتعديلاتـــه لسنة 2005 ف .

تم تنظيم العقود الإدارية في ليبيا بعدة لوائح ، كان آخرها لائحة العقود الإدارية الحاليـــة رقـــم (563) لسنة 2007 ف ، التي سنعتمد عليها في بحثنا بتحليلها ومقارنتها بالقانون الفرنسي والمـــصري قدر الإمكان . فعندما تمارس الإدارة نشاطاتها المختلفة تبرم أنواعا مختلفة من العقود الإدارية ، منها ما نظمها القانون بأحكام خاصة ، ومنها ما ورد النص عليها في اللوائح الإدارية ، ومنها ما ترك تحديـــده للقضاء الإداري وفقا لطبيعتها ، ومن هنا اختلف القانون المقارن في تحديد تلك العقود ، ومدى انطبـــاق القانون الإداري أو القانون المدني عليها ، حين حدوث المنازعات بشأنها .

إن العمل الإداري الذي تقوم به جهة الإدارة بإرادتها المنفردة ، في مجال عقودها الإدارية تتمتع فيه بعدة سلطات وصلاحيات تجاه المتعاقد معها ، وتلك الامتيازات والسلطات تمكنها من حماية المصلحة العامة ، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، واستمرارها في تقديم خدماتها للأفراد فتكمن أهم تلك السلطات في مباشرتها لحقها في الإشراف والرقابة على تنفيذ العقد الإداري ، وأن تقوم بتعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة ، وتوقيع الجزاءات على المتعاقد ، وأخيراً حقها في إنهاء العقد الإداري للمصلحة العامة ، وتتمتع الإدارة بممارسة هذه السلطات ، ولو لم ينص عليها العقد ، وكما توجد عدة التزامات عامة على الإدارة تنتج عن العقد الإداري ، تلتزم بها تجاه المتعاقدين معها .

يأتي بعد ذلك مرحلة التزام المتعاقد بتنفيذ شروط العقد الإداري ، كعقود الأشغال العامة والالتزام والتوريد ، فيقع على عاتقه الاستمرار بالتنفيذ مهما حدثت من ظروف ترهق كاهله ، سواء كانت تتعلق بالعقد المتفق عليه ، أو كانت خارجة عن إرادة المتعاقدين ، وما يترتب عليها من آثار تكمن في مواجهة المتعاقد لسلطات الإدارة في حالة الظروف المتوقعة لتنفيذ العقد الإداري ، نتيجة تدخل الإدارة أو خطأها ، وما يترتب عليها من تعويض إلزامي للمتعاقد من قبلها ، وهذا أمر بديهي . أما في حالة الظروف الغير متوقعة والخارجة عن إرادتهما ، فبخلاف عن تلك الظروف المتوقعة ، لتأتي هنا معاونة الإدارة للمتعاقد معها ، حتى يكون هناك توازن وبقدر الإمكان بين الالتزامات والأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة ، وبين الحقوق التي تقابل تلك الالتزامات والأعباء . ومن هذا فإن مرونة التزامات المتعاقد يقتضي أن تقابلها مرونة في حقوقه .

يتولد عن العقد الإداري حقوق والتزامات متقابلة بين طرفين ، ولعل من أبرز حقوق المتعاقد مع جهة الإدارة ، حقه في الحصول على المقابل المالي للعقد الإداري ، وهو من الشروط التعاقدية ، وحقه في الحصول على التعويضات ، نتيجة ممارسة جهة الإدارة لسلطتها ، كحقها في التعديل والإنهاء وفي المقابل حقه في التعويض عندما يختل التوازن المالي للعقد ، سواء كان ذلك بسبب الإدارة أو كان خارجا عن إرادتها مع المتعاقد . ولذلك عادة ما تسبق العقود الإدارية وتليها مناقشات بين الإدارة ومقدم العطاء ، وهذا ما يبين لنا مظهر الاتفاق الودي بين الإدارة والمتعاقد معها . وبالتالي يجب أن تقف حقوق والتزامات المتعاقد في العقود الإدارية على مبدأ التوازن الشريف قدر الإمكان ، بل وتقف على عدة أسس تعد من المبادئ الأساسية التي تسود كافة العقود الإدارية ، ومفادها أن يلتزم أطراف العقد بالاستمرار معا في تنفيذ العقود المتفق عليها مهما كانت الظروف ، دون أن يتحلل أحد الطرفين من التزاماته ، إلا إذا أصبح الاستمرار في تنفيذ العقد مستحيلا .

أهمية الدراسة :ـ

من هنا وقع اختيارنا على موضوع الظروف الطارئة ، لِمَا لها من أهمية في التأثير على استمرار تنفيذ العقد الإداري ، ليكون مجالا لدراستنا ، تحت عنوان " الظروف الطارئة وتأثيرها على تنفيذ العقود الإدارية " وارتباط ذلك بالأزمة العالمية لانهيار السوق المالي ، فلابد أن يحتاج موضوع الظروف الطارئة إلى المتابعة والملاحقة المستمرة من خلال الدراسة والبحث ، بهدف استجلاء غوامضه وكشف عناصره وإبراز فكرته حتى تتضح ملامحه وقسماته الرئيسية .

سنسعى في هذه الدراسة لتوضيح أحكام المطالبة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة وتوافر شروطها من حيث طبيعة الظرف الطارئ ، ومدى توقعه وإمكانية دفعه ووقت وقوعه ودور المتعاقدين في إيجاده من عدمه ، وأثره في استمرار العقد الإداري وتنفيذه ، وتحديد أساس التعويض فيها ومجال تطبيقها أياً كان نوعها ، كوقوع حرب أو وقوع أزمة اقتصادية أو صدور تشريع وما يتبع ذلك من ارتفاع عام في الأسعار أو تحديدها أو فرض رسوم جمركية أو ضرائب جديدة ، وأيضا حدوث زلزال أو فيضان غير مألوف أو انتشار وباء ... ومدى إلزامية المطالبة بالتعويض لتطبيق النظرية ، إذا ما تغير المتعاقد الأصلي مع الإدارة ، سواء بتنازله عن العقد بموافقة الإدارة أو من عدمه ، أو في حال موت ذلك المتعاقد الأصلي ، وما يحدث بين المتعاقد وجهة الإدارة من اتفاقات وشروط متنوعة سابقة ولاحقة لتنظيم مواجهة الظروف الطارئة .

رغم أن مجال تطبيق النظرية في كل من فرنسا ومصر وليبيا ، يُوحي بتطبيق النظرية على جميع أنواع العقود الإدارية ، إلا أن اختلاف الفقه والقضاء بشأن تطبيقها ، هو ما يميزها عن غيرها من النظريات والنظم القانونية المشابه لها ، كنظرية الصعوبات المادية ونظرية القوة القاهرة ونظرية فعل الأمير ، وغيرها من النظم كالغبن اللاحق والإذعان والاستغلال ، رغم أن الظرف أو الحادث الناشئ عن نظرية الظروف الطارئة ، يكون أكثر اتساعا فيها عن النظريات الأخرى ، وهو ما يتمخض في النشأة القضائية لهذه النظرية .

أسباب اختيار الدراسة :ـ

1 – إن موضوع الظروف الطارئة في القانون الإداري الليبي لم ينل الاهتمام الوافي من جانب فقه القانون العام ، ربما لاعتمادهم على النشأة القضائية لهذه النظرية ، لذلك ارتأينا الاهتمام بها ورعايتها أكثر من أي وقت مضى ، فسنحاول دراسة أحكامها ومبادئها ، وتجميع شتاتها وذلك قدر استطاعتنا لسد جوانب النقص فيها والإلمام بها ، من خلال دراستنا للعقود الإدارية .

2 – ما لاحظناه في الفترة الأخيرة من زيادة اتساع نشاط الدولة في مختلف المجالات ، وخاصة في الجماهيرية الليبية ، نتيجة تطورها الكبير في مجالات البناء والإعمار والاستيراد ، وخطط التحول وزيادة الإنتاج ، الأمر الذي يدفع بجهة الإدارة إلى إبرام العديد من العقود الإدارية ، وخاصة عقود الأشغال العامة والالتزام والتوريد ، وما يصاحبها من ازدياد حدوث الظروف الطارئة .

3 – دراسة الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة ، وإطلاق عنان سلطات الإدارة فيها كحرصها على تضمين عقودها بعض النصوص ، التي تُلزم المتعاقد معها بعدم المطالبة بزيادة الأسعار أو حتى تخفيضها ، وذلك مهما أدى الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، مما يؤدى إلى تعطل المشاريع وتوقف تنفيذها ، وعدم استمرار تحقيق المصلحة العامة . فيؤدى ذلك ضمنا إلى استبعاد تطبيق النظرية ، وهو ما لا يمكن الأخذ به لاعتبار النظرية من النظام العام .

4 – دراسة تداخل اختصاصات القانون الإداري والقانون المدني ، في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، وأيضا إلقاء الضوء على اختصاصات جهاز التفتيش والرقابة الشعبية في ليبيا تجاه العقود الإدارية ، من حيث الأطراف المتعاقدة ، بناء على لائحة العقود الإدارية المعمول بها حاليا .

منهج الدراسة :-

سوف نعتمد في دراستنا على المنهج التحليلي المقارن قدر الإمكان ، وذلك بمقارنة وتحليل معظم الأحكام والنصوص القانونية وآراء الفقه ولوائح العقود الإدارية ، وسنتبع في بعض الأحيان المنهج النقدي لدراسة أحكام القضاء وآراء الفقه ولوائح العقود الإدارية .

الدراسات السابقة لهذا الموضوع :-

بقدر ما أعلم : قد حاولت بعض الدراسات السابقة دراسة موضوع الظروف الطارئة في القانون الخاص وارتباطها بالعقود المدنية ، وكما حاولت بعض الدراسات دراسة موضوع العقود الإدارية والتوازن المالي من ناحية نظرياته القضائية الثلاثة ، المتمثلة في نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية ونظرية الظروف الطارئة ، مما أدى إلى عدم تكامل دراسة النظرية في نطاق العقد الإداري في تشريعنا الليبي وبعض التشريعات المقارنة .

خطـــــة البحـــــث

فصل تمهيدي : ماهية العقود الإدارية وآثارها بالنسبة للمتعاقدين .

المبحث الأول : تعـــريف العقـــود الإدارية ونشـــأتها وأنواعها .

المبحث الثاني : آثار العـــقود الإدارية بالنســـبة للمتعـــاقدين .

الفصل الأول : نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري .

المبحث الأول : ماهية نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

الفصل الثاني : آثار نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية .

المبحث الأول : آثار التزامات المتعاقد مع الإدارة .

المبحث الثاني : آثار التزامات الإدارة تجاه المتعاقد .

الـــخـــاتمـــة :

الـــفـــهرس :

فصـــــل تمهـيدي

ماهية العقــود الإداريـــة وآثارها بالنسبة للمتعاقدين

فصل تمهيدي

ماهية العقود الإدارية وآثارها بالنسبة للمتعاقدين

تمهيـــد : -

تبرم الإدارة العديد من العقود ، ولكنها ليست من طبيعة واحدة ، وبالتالي لا تخضع لنظام قانوني واحد ، ويميز الفقه والقضاء الإداري بين نوعين من العقود التي تعقدها الإدارة ، المتمثلة في عقود الإدارة الخاصة ، وهي التي تخضع لأحكام القانون الخاص وتختص المحاكم العادية بالفصل في المنازعات التي تنشأ عنها ، شأنها في ذلك شأن العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم ، وعقود الإدارة العامة التي تسمى بالعقود الإدارية ، تخضع لأحكام القانون العام ، ويختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات التي تنشأ عنها [1] .

لما كانت العقود الإدارية تخضع لنظام قانوني ، بخلاف النظام الذي تخضع له عقود الإدارة الخاصة ، وهو ما دفعنا لدراسة ماهية تلك العقود ، من خلال تحديد مدلولها ونشأتها وأنواعها ومعايير تمييزها عن العقود المدنية في القانون الخاص ، وأيضا سنوضح آثار العقود الإدارية بالنسبة للمتعاقدين فيها ، فارتأينا أن نقسم الفصل التمهيدي إلى مبحثين أساسين كالآتي :

المبحث الأول : تعريف العقود الإدارية ونشأتها وأنواعها .

المبحث الثاني : آثار تنفيذ العقود الإدارية بالنسبة للمتعاقدين .

---

[1] د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر ، ص 11 . د . سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1972 ف ، ص 5 .

المبحث الأول

تعريف العقود الإدارية ونشأتها وأنواعها

تتنوع تعريفات العقود الإدارية ، بحيث اختلف الفقه والقضاء في وضع تعريف محدد لتلك العقود ومن خلال دراستنا لمفهوم العقود الإدارية ، خلص الفقه والقضاء إلى عدة معايير تميزت بها عن العقود المدنية . فتُعد نشأة العقود الإدارية مرتبطة بتحديد نشاط السلطة العامة والمرفق العام . وحتى يتضح لنا ذلك ، علينا أن ندرس المطلبين التاليين :

المطلب الأول : تعريف العقود الإدارية ومعايير تمييزها .

المطلب الثاني : نشأة العقود الإدارية وأنواعها .

المطلب الأول

تعريف العقود الإدارية ومعايير تمييزها

ابتدع الفقه والقضاء القانوني تعريفات كثيرة للعقد الإداري ، إلا أنها انصبت جميعا في قالب قانوني واحد ، وحتى نوضح معنى ذلك ارتأينا أن نبين معنى مصطلح العقد كما عرفه فقهاء اللغة العربية . وسندرس ذلك فيما يلي :

أولا : - تعريف العقد في اللغة والاصطلاح :

يعنى العقد في اللغة الربط والتوثيق مادياً كان أم معنوياً ، فيقال عقد الحبل أي ربط بين طرفيه ويقال عقد العزم أي ألزم نفسه بأمر مستقبل . واستعمل هذا المعنى في أنواع العقود ، ومن البيوع وغيرها ، فقيل عقدت البيع والنكاح ونحوهما ، فيكون بمعنى الربط بين طرفيهما بالجمع بين الإيجاب والقبول وإحكام الاتصال بينهما . وهو هنا ربط معنوي ، وكما يعنى العهد والضمان . فيقال تعاقد القوم إذا تعاهدوا ، ويقال عاقده أي عاهده [1] . وقيل في العقد ، ما عقد من البناء - والعهد - واتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه ، كعقد البيع والزواج [2] . والعقد في الاصطلاح هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني [3] .

---

[1] جمال الدين بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، بيروت ، المجلد الثالث ، ص 296 - 297 .

[2] الإمام أبو الفضل جمال الدين بن مكرم بن منظور ، المعجم الوسيط ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، 1985 ف ، ص 637 .

[3] د . ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية ، دار الجامعة الجديدة ، 2017 ف ، ص 7 .

ثانيا : - تعريف العقد الإداري في القانون العام .

اختلف الفقه والقضاء في وضع تعريف محدد للعقود الإدارية ، وحاول القضاء الإداري في فرنسا ومصر وليبيا ، حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ أو المعايير الرئيسية للعقود الإدارية [1] . فاتفق أغلبية الفقه في فرنسا بأن تعريف العقد الإداري واحد في مختلف فروع القانون ، ولكن النظام القانوني يختلف من عقد إلى آخر ، فيعرف العقد بأنه " اتفاق إرادات تنشأ عنه التزامات " . كما تذهب أحكام القضاء الفرنسي إلى تعريفه بأنه " العقد الذي تبرمه الإدارة بقصد إنشاء أو تنظيم أو تسيير مرفق عام وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام [2] .

أما الفقه المصري فلم يبتعد عما جاء به القانون الفرنسي ، فأجمع على أنه " العقد 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 شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام " [3] .

وتعريف العقد الإداري في القانون الليبي لم يختلف عما جاء به القانون المصري فأكدت المحكمة العليا الليبية ودوائر القضاء الإداري في العديد من قراراته ، اتجاه الفقه والقضاء المصري باعتبار أن العقد إداريا ، إذا كان أحد طرفيه شخصاً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمنا شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص ، وتقول دائرة القضاء الإداري بمحكمة استئناف بنغازي في حكمها الصادر سنة 1974 ف ، في الدعوى رقم (19) لسنة (2) قضائية بجلسة - 18 - 3 - 74 ف - " أن العقد الإداري حسبما استقر عليه القضاء الإداري هو توافق إرادتين احدهما إرادة الدولة أو إحدى الأشخاص الاعتبارية العامة ويتعلق بمرفق عام ويعتمد في إبرامه على أساليب القانون العام ويحتوي شروطاً استثنائية عامة " [4] .

عرّفت لائحة العقود الإدارية الحالية رقم (563) لسنة (2007 ف) عقودها بأنها " كل عقد تبرمه جهة من الجهات والوحدات الإدارية ، بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية أو الميزانية أو الإشراف على تنفيذه أو تقديم المشورة الفنية أو تطويره أو في تسيير مرفق من

---

[1] د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2005 ف ، ص 425 .

[2] د . ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، بدون دار نشر ، ص 345 - 346 .

[3] د . محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، 1977 ف ، ص 4 .

د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1957 ف ، ص 35 .

[4] مشار إليه لدى : د . محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري ، الجزء الثاني ، وسائل مباشرة الإدارة الشعبية لوظائفها ، منشورات جامعة الفاتح ، طرابلس ، 1995 ف ، ص 212 .

المرافق العامة بانتظام واطراد ، متى كان العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية وتستهدف تحقيق المصلحة العامة " [1] .

تختلف آلية إبرام العقود الإدارية عن عقود القانون الخاص ، الذي يتم التعاقد في ظله بين طرفين متساويين يهدف كل منهما إلى تحقيق مصلحة يحكمها القانون الخاص ، وتسري عليها قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، في حين أنه في مجال القانون الإداري يتم التعاقد بين شخصين غير متساويين أي غير متكافئين في المراكز القانونية ، فيتمثل أحد هذه المراكز في الإدارة بوصفها سلطة عامة تهدف لتحقيق مصلحه عامة ، فيتعاقد معها الأفراد بهدف تحقيق مصلحتهم الخاصة [2] .

ثالثا : – معايير تمييز العقد الإداري :

تتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص ، أساسه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة فيه على مصلحة المتعاقد ، فالأصل فيها ألا تتكافأ مصالح الطرفين المتعاقدين حيث تعلو المصلحة العامة وتمثلها الإدارة ، التي تتبع أسلوب القانون العام في تسيير عقودها [3] . وسندرس هذه المعايير في الآتي [4] :

المعيار الأول : – أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً إداريا عاما :

من المسلم به أن العقد الذي لا تكون الإدارة طرفاً فيه لا يعد عقداً إدارياً ، وهذا المعيار تستلزمه المبادئ العامة للقانون الإداري ، الذي وجد ليحكم نشاط السلطة الإدارية [5] . أما العقود التي تبرم بين الأفراد أو أشخاص القانون العام تتمثل في الدولة والوزارات والمؤسسات الإدارية التابعة لها ، وجميع الأشخاص العامة المحلية التي يضفي عليها القانون الشخصية المعنوية . إلا أن القضاء الإداري لم يعد يتشدد في معيار إبرام الشخص العام للعقود بذاته ، وأخذ يقر بإمكانية إبرامه من قبل شخص آخر بالوكالة ، وفي السنوات الأخيرة ذهب القضاء الإداري في فرنسا خطوة أبعد من ذلك ، بإقراره إمكانية

---

[1] لائحة العقود الإدارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة ، رقم (563) بتاريخ 26 – 10 – 1375 و . ر ، الموافق 2007 ف ، منشورة بمدونة الإجراءات ، العدد (9) ، السنة (6) ، ص 433 .

[2] د . إبراهيم عبد العزيز شيحا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري اللبناني ، دارسة مقارنة ، الدار الجامعية ، بدون سنة نشر ، ص 465 . وأيضا ، د . محمد بكر حسين ، الوسيط في القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2007 ف ، ص 252 – 253 .

[3] طعن إداري رقم (13) ، لسنة (23) قضائية ، بتاريخ 16 – 2 – 1978 ف ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (14) ، العدد (3) ، ص 59 .

[4] نصت محكمة القضاء الإداري المصرية على " إن تنفيذ الالتزامات التعاقدية في عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة لا يجرى على هدى من نفس القواعد التي يتم على أساسها تنفيذ العقود الإدارية ، ففي عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة تطبق عند تنفيذ الالتزامات المتبادلة بين الطرفين أحكام القانون الخاص المجردة المدني والتجاري ، والحال على خلاف ذلك في ميدان العقود الإدارية إذ يصبح المتعاقد إلى حد كبير بمثابة المنضافر مع جهة الإدارة في الأخذ بعناصر المرفق العام والحرص على استمرار حركته وإدارة نشاطه ، ولهذا الوضع أثره في تنفيذ الالتزام " حكم محكمة القضاء الإداري ، الدعوى رقم (1600) لسنة (8) قضائية ، بتاريخ 1 – 4 – 1956 ف ، مشار إليه لدى ، د . عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء القضاء والفقه والتشريع ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2003 ف ، ص 82 .

[5] د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص431 . وأيضا ، د . محسن خليل ، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1968 ف ، ص 232 .

إبرام العقد من أشخاص القانون الخاص ، بالإنابة الضمنية عن شخص معنوي عام إذا كان شخص القانون الخاص قد تعاقد لحساب الشخص العام كما لو كان مخولاً بذلك [1] .

لا يكفي لقيام العقد الإداري ، أن يكون أحد أطرافه حال إبرامه ، شخصاً معنوياً عاماً ، بل يجب أن يظل هذا الشخص محتفظاً بصفته العمومية طيلة مدة تنفيذ العقد ، فإذا فقدها أثناء تنفيذ العقد بتحوله إلى شخص من أشخاص القانون الخاص غدا العقد عقدا مدنيا يخضع لأحكام القانون المدني ، ويختص القضاء العادي بالفصل فيما ينشأ بصدده من منازعات [2] . وقد استقر القضاء الإداري في ليبيا ، على عدم اعتبار العقود التي تبرمها الشركات والمنشآت العامة مع الأفراد عقودا إدارية .

أكدت المحكمة العليا في ليبيا ذلك بتاريخ 28 – 11 – 2004 ف ، أن من شروط العقد الإداري أيا كان نوعه ، أن يكون لحساب شخص من أشخاص القانون العام ، بقولها " ولما كان العقد محل المنازعة غير متحقق فيه هذا الشرط لأنه كان لحساب شركة الخطوط الجوية العربية الليبية وهذه الشركة ليست من أشخاص القانون العام طبقا لقانون إنشائها رقم (5) لسنة 1975 ف ، فإنه لا يكون عقدا إداريا وتنحصر تبعا لذلك ولاية القضاء الإداري واختصاصه بنظر المنازعة لخروجها من نطاق العقود الإدارية " [3] .

يتمثل أشخاص القانون العام في ليبيا تمثلاً في اللجنة الشعبية العامة ، والأمانات واللجان الشعبية للشعبيات والهيئات والمؤسسات العامة ، وهذا الشرط يعكس المفهوم العضوي للمرفق العام ، حيث استقر القضاء الليبي على إنكار صفة الشخصية الاعتبارية العامة على الشركات والمنشآت العامة واعتبرها مجرد أشخاص اعتبارية خاصة تابعة للقانون الخاص ، رغم وجودها إلى جانب الأشخاص الاعتبارية العامة ، وهذا ما تؤكده نصوص لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 ف ، التي نصت على سريان أحكامها على عقود الأشغال العامة والتوريد وعقود التوريد والتركيب وغيرها من العقود الإدارية ، التي تبرمها اللجنة الشعبية العامة واللجان الشعبية العامة النوعية وغيرها من الوحدات الإدارية القائمة بذاتها ، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص في اللوائح المعتمدة لتلك الجهات من قبل اللجنة الشعبية العامة [4] .

---

[1] د . ماهر صالح علاوي الجبوري ، مرجع سابق ، ص 348 . أ . خالد محمد احمد الزنتاني ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، رسالة ماجستير ، دراسة مقارنة ، غير منشورة ، أكاديمية الدراسات العليا ، بنغازي ، 2003 ف ، ص 43 .
د . فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، 1963 ف ، ص (49) .

[2] د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2004 ف ، ص 16 – 17 .
د . مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 431 . د . ثروت بدوي ، مجلة القانون والاقتصاد ، العددان (1 – 2) ، السنة (27) ، مطبعة جامعة القاهرة ، 1958 ف ، ص 6 وما بعدها .

[3] طعن إداري رقم (19) ، لسنة (48) قضائية ، غير منشور .

[4] د . محمد عبد الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 83 – 188 وما بعدها .
د . مفتاح خليفة عبد الحميد ، المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع الليبي ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 ف ، ص 55 .

هذا على عكس ما جاء به مجلس الدولة الفرنسي ، الذي توسع في صفة الشخص العام المتعاقد كطرف في العقد الإداري ، فاعتبر العقد إداريا إذا تم بين أشخاص القانون الخاص ، وكان أحد طرفيه يعمل باسم الإدارة أو لمصلحتها ، كما أنه لو قامت إحدى الشركات الخاصة المتعاقدة مع الإدارة بمقتضى عقد أشغال عامة ، بالاتفاق مع مقاولين على المساهمة في انجاز عقود الأشغال العامة ، فالعقد المذكور هنا رغم أنه عُقد بين شخصين من أشخاص القانون الخاص إلا أنه أعتبر عقداً إداريا [1] .

المعيار الثاني : أن يتعلق العقد الإداري بتسيير مرفق عام .

يكون ذلك من حيث تنظيم المرفق أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه بتوريد مواد أو تقديم خدمات إليه أو عن طريق استخدام المرفق ذاته ، أو الانتفاع به . وسوف نعرض لمفهوم المرفق العام قبل أن نعرض لجدل الفقه والقضاء حول اتصال العقد بالمرفق العام .

ـ مفهوم المرفق العام :

ظهرت فكرة المرفق العام وتبلورت ابتداء من الربع الأخير من القرن التاسع عشر ، فأصبحت هي الفكرة الأساسية ، التي اعتمدتها أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، ومحكمة التنازع في تقرير معيار لاختصاص القضاء الإداري ، فيرجع الفضل في وضع نظرية المرفق العام إلى القضاء الفرنسي ومجلس الدولة ومحكمة التنازع . ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية روتشيلد (Rotschild) سنة 1855 ، أما محكمة التنازع فقد طبقت معيار المرفق العام لأول مرة سنة 1873 في قضية بلا نكو (Blanco) ، ثم طبقته في مجال العقود الإدارية في حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية ثرييه (Tierrier) ، والتي عدل القضاء الفرنسي فيها عن التفرقة بين أعمال السلطة العامة وأعمال الإدارة العادية [2] .

وللمرفق العام معنيان معنى عضوي (شكلي) ، ويفيد المنظمة التي تعمل على أداء الخدمات وإشباع الحاجات العامة ويتعلق هذا التعريف بالإدارة أو الجهاز الإداري . أما المعنى الموضوعي (المادي) المتمثل بالنشاط الصادر عن الإدارة بهدف إشباع حاجات عامة ، الذي يخضع لتنظيم وإشراف ورقابة الدولة [3] .

---

[1] د . محمد مختار عثمان ، المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجماهيرية ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، 1989 ف ، ص 597 .

[2] قضية بلا نكو : حيث صدر هذا الحكم بمناسبة نزاع حول مسؤولية الدولة عن إصابة طفلة بواسطة عربة نقل مملوكة لمصنع دخان تابع للدولة . وقد كان في شأن تطبيق معيار السلطة الآمرة الذي جعل الاختصاص بنظر المنازعة للمحاكم العادية ، غير أن محكمة التنازع أقرت اختصاص مجلس الدولة بنظر المنازعة ، استناداً إلى فكرة المرفق العام حيث أن النشاط الصادر كان ناجما عن نشاط مرفق صناعة الدخان ، مشار إليه لدى ، أ . محمد عبد القادر أبو ليفه ، النظام القانوني للمرافق العامة في ليبيا ، دراسة تحليلية مقارنة ، رسالة ماجستير ، منشورات مجلس تنمية الإبداع الثقافي ، الجماهيرية ، الطبعة الأولى ، 2004 ف ، ص 27 .

[3] د . عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 12 . د . شاب توما منصور ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ، منشورات جامعة بغداد ، 1971 ف ، ص 241 .

اختلف الفقه المقارن في وضع تعريف محدد للمرفق العام ، فمنهم من أخذ بالجانب العضوي ومنهم من أخذ بالجانب الموضوعي . فعرفه الفقه الفرنسي ومن بينهم الفقيه دوجي (Duguit) بأن المرفق العام هو " كل نشاط يجب أن يكفله وينظمه ويتولاه الحكام " وأيضا عرفه الفقيه دى لوبادير (De Laubade re) بأنه " نشاط تباشره سلطة عامة ، بقصد الوفاء بحاجات ذات نفع عام " [1] . وعرف الفقه المصري المرفق العام بأنه " مشروع يعمل بانتظام واطراد تحت إشراف رجال الحكومة بقصد أداء خدمة عامة للجمهور مع خضوعه لنظام قانوني معين " [2] .

عرفت المحكمة العليا الليبية في حكمها الصادر بتاريخ 16 – 5 – 1993 ف ، المرفق العام بأنه " كل مشروع يعمل بانتظام واطراد ، تحت إشراف الدولة لسد حاجة عامة ، مع خضوعه لنظام قانوني معين [3] . ومن هنا لا يكفي الأخذ بالمعيار الموضوعي ، ولا المعيار الشكلي لوحده ، في تعريف المرفق العام ، وإنما يجب اجتماع المعيارين ليكتمل التعريف .

مما سبق نلاحظ أنه لا يكفي لتعريف المرفق العام أن نعتمد على المفهوم العضوي وحده ، ونرى أن لا يطول هذا الانفصام بين المفهوم العضوي والمفهوم المادي للمرفق العام ، نظراً للتحول الكبير الذي تشهده الوظيفة الإدارية ومواكبة تطور المجالات الاقتصادية وإشباع الحاجات التي تقتضيها المصلحة العامة والنفع العام .

ثار الخلاف في الفقه المقارن والفقه الليبي ، حول المعيار الذي يقوّم عليه القانون الإداري هل هو المرفق العام أم السلطة العامة ؟ وحيث أن فكرة المرفق العام تعد الأساس الذي بنيت عليه العديد من نظريات القانون الإداري ، وذلك أن القضاء الفرنسي اعتمد معيارا ثنائياً في تمييز العقد الإداري وارتبط ذلك في فكرة المرفق العام ، ووجود الإدارة كطرف في العقد ، ولكن دون حاجة لوجود شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص [4] . ومن ذلك قضية الزوجين برتان (Epoux Bertin) والتي تتلخص وقائعها في عقد ابرم بين الإدارة والزوجين المذكورين بتاريخ 24 – 11 – 1944ف تعهدا فيه بتقديم الوجبات الغذائية ، مقابل (30 فرنكا) عن كل شخص للرعايا السوفييت الموجودين بأحد المراكز على الأراضي الفرنسية بهدف ترحيلهم إلى وطنهم ، وهذا يعني أن موضوع العقد هو إشراك المتعاقدين في إدارة مرفق عام ، وحيث يعني تكليفهم بضمان إعادة اللاجئين الأجانب

---

(1) 1 . محمد عبد القادر ابو فيفه ، مرجع سابق ، ص 35 .

(2) د . سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، مطبعة عين شمس ، 1989 ف ، ص 354 .

(3) طعن إداري رقم (14) ، لسنة (38) قضائية ، مجلة المحكمة العليا ، العددان (3 – 4) ، السنة (28) ، ص 45 وما بعدها .

(4) د . عبد العظيم عبد العزيز مشرف ، الوجيز في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، 2002 ف ، ص ، 261 وما بعدها ، د . شلب توما منصور ، مرجع سابق ، ص 242 وما بعدها ، د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 15 – 16 .

الموجودين على الأراضي الفرنسية لبلادهم ، وهو ما يكفي لاعتبار هذه الظروف كافية لإصباغ الصفة الإدارية على هذا العقد دون حاجة إلى شروط استثنائية [1] .

ملخص القول ، أن القضاءين الليبي والمصري ، اجمعا على ضرورة توفر المعايير الثلاثة لإضفاء الصفة الإدارية للعقد الإداري ، أو ما يفيد أن نية الإدارة اتجهت عند إبرامها للعقد ، إتباع أسلوب القانون العام [2] . وهذا ما أكدته أيضا لائحة العقود الإدارية الحالية في ليبيا بشأن تعريف العقد الإداري .

المعيار الثالث : إتباع الإدارة أسلوب القانون العام في العقد الإداري .

لم يعد كافياً لكي يكتسب العقد الصفة الإدارية اتصاله بالمرفق العام ، وإنما يلزم أن تكشف الإدارة عن نيتها في اختيار أسلوب القانون العام ، ووسيلتها في ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص [3] . ويقصد باحتواء العقد على شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص هو أن تشترط الإدارة لنفسها التمتع ببعض الامتيازات التي تمس مبدأ المساواة بين المتعاقدين ، وفي استخدام وسائل القانون العام ، كحق إعطاء الأوامر والتعليمات وتوقيع الجزاءات على المتعاقد معها وكحق فسخ العقد دون الالتجاء إلى القضاء أو غيره ، وغير ذلك من الشروط غير المألوفة في عقود القانون الخاص [4] .

ميزة العقد الإداري أن طرفيه ليسا متساويين في مركزيهما ، على خلاف عقد القانون الخاص القائم على حرية التعاقد وتساوى الإرادات ، فإذا ما تضمن العقد الذي تبرمه الإدارة شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص ، فستكون تلك الشروط غير مشروعة لمخالفتها النظام العام ، فإن ذلك يظهر نيتها في إبرام عقد إداري من عدمه [5] . وليس نوع الشروط غير المألوفة وعددها في عقد ما مهماً إلى جانب الشروط المألوفة فيكفي أن يتضمن العقد شرطاً واحداً غير مألوف لكي يضفي على العقد صفته الإدارية . وقد تكون الشروط الاستثنائية مقررة في العقد المبرم بين المتعاقدين نفسيهما ، وقد

---

(1) د . نورية لعيوني ، معيار العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس 1987 ف ، ص 108 . د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 439 . د . جمال عباس عثمان ، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، 2007 ف ، ص 30 .

(2) نصت المحكمة العليا الليبية على " إن اختصاص القضاء الإداري ولائيا بالفصل في المنازعات المتعلقة بعقد التوريد مناطه أن يكون هذا العقد وفقا لمقصود المشرع منه في نص المادة (4) من القانون رقم (88) لسنة 1971 ف بشأن القضاء الإداري إداريا بمعنى أن يكون أحد طرفيه شخصا معنويا ومتعلق بمرفق عام ومحتويا على شروط استثنائية وغير مألوفة في العقود الخاصة أو متضمنا لما يفيد أن نية الإدارة قد اتجهت في إبرامه إلى الأخذ بأسلوب القانون العام فإن فقد إحدى هذه الخصائص الثلاثة التي تتميز بها العقود الإدارية فأنه لا يكون عقد توريد ويخرج النزاع بشأنه عن نطاق اختصاص القضاء الإداري " . طعن إداري رقم (16) ، لسنة (27) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة ، السنة (21) ، العدد (1) ، بتاريخ 13- 11 - 1983 ف ، ص 25 .

(3) د . عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 19 . د . فؤاد العطار ، مرجع سابق ، ص 653 .

(4) د . إعاد حمود القيسي ، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، 1998 ف ، ص 322 .

(5) د . ماهر صالح علاوي الجبوري ، مرجع سابق ، ص 349 . د . محسن خليل ، مرجع سابق ، ص 334 .

تكون مقررة بالقوانين واللوائح ، كلائحة العقود الإدارية أو دفاتر الشروط [1] . وبالتالي سندرس مفهوم الشروط الاستثنائية فيما يلي :

مفهوم الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية : –

لقد اختلفت الاتجاهات الفقهية في تحديد ماهية الشروط الاستثنائية [2] ، فذهب البعض إلى تعريف الشرط الاستثنائي ، ومنهم الفقيه الفرنسي (Waline) " بأنه الشرط الذي يعد باطلا في عقود القانون الخاص لمخالفته للنظام العام " . ويمكن الرد على هذا الاتجاه بالقول أن مخالفة النظام العام تقوم على الأسس المعروفة في أحكام القانون الخاص والقانون العام معاً ، فكلا النظامين يعتمدان على مضمون واحد ، ولا يمكن تصور وجود شروط تعد مخالفة للنظام العام ، إذا تم تضمينها في عقود القانون الخاص ، ولا تعد كذلك إذا تضمنها عقد من عقود القانون العام أو العكس ، وكما عرفها فريق آخر ومنهم الفقيهان روفيير وبوردو (Rouviere و Burdeau) " بأنها تلك التي لا يمكن إدراجها في عقود الأفراد ، ليس بسبب استحالتها أو اصطدامها بالنظام العام ، وإنما لاتسامها بطابع السلطة العامة ، أو لمخالفتها لما اعتاده الأفراد من شروط " وممن أيّد هذا الفريق الفقيه هوريو (Hauriou) فاعتبر الشرط الاستثنائي ذلك الذي يفرض لصالح الإدارة امتيازات من امتيازات السلطة العامة ، وأيضا يرى الفقيه (De laubadere) أنه الشرط الذي ينتمي إلى الامتيازات الاستثنائية المقررة للإدارة ، إلا أنه لا يرى ضرورة أن يكون الشرط الاستثنائي غير مألوفاً في عقود الأفراد [3] .

ثار التساؤل في القضاء عن ماهية الشروط الاستثنائية ، فجرت أحكام القضاء في فرنسا على تعريفها بأنها " تلك التي تمنح أحد المتعاقدين حقوقاً ، أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القوانين المدنية والتجارية " . وعرفتها محكمة النقض الفرنسية بأنها " شروط تتضمن التزامات بطبيعتها لا يمكن أن تظهر في عقد مشابه يخضع للقانون الخاص " [4] .

---

[1] د . محمد مختار عثمان ، مرجع سابق ، ص 600 .

[2] وردت كلمة الشرط في اللغة بعدة معان ، فهي تعني " التزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه " ، ومنه أطلق الشرط لمة على ما يشترطه الإنسان في عقوده والتزاماته على نفسه أو غيره ، لأنه علامة تميز العقد من أمثاله بأحكام إضافية تخصه اتفق عليها الطرفان .
مشار إليه لدى : د . مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ف ، ص 54 .

[3] المرجع السابق ، ص 59 . د . عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 20 . د . حامد زكي ، عقد التوريد وتغير الظروف اقتصادي ، مجلة القانون والاقتصاد ، السنة (2) ، العدد (1) ، 1932 ف ، ص 144 – 145 . د . ثروت بدوي ، المعيار المميز للعقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 143 وما بعدها . د . حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، 2002 ف ، ص 15 . د . أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، بدون تاريخ ، ص 68 وما بعدها . د . عبد السلام علي المزوغي ، النظرية العامة لعلم القانون ، الكتاب الثالث ، النظرية العامة في العقود ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى ، دار الكتب الوطنية ، بنغازي ، 1993 ف ، ص 160 وما بعدها .

[4] د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها ، مرجع سابق ، ص 26 .

وعرفيا مجلس الدولة الفرنسي أيضا " بأنها الشروط التي تخول السلطة العامة حقوقا غير مألوفة في القانون الخاص " [1] .

أما محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها سنة 1957 ف ، بينت " أن الشروط الاستثنائية لا يجب حتماً أن تكون شروطاً رضائية يتفق عليها الطرفان المتعاقدان وقت إبرام العقد بل يفرضها عليهما القانون سلفاً ويستلزم وجودها النظام الموضوع لإدارة المرفق العام وكيفية المساهمة فيه أو الاشتراك في إدارته وتسييره " [2] . وكما أكدت المحكمة الإدارية في مصر ضرورة التمسك بتوافر الشروط الاستثنائية في جميع أحكامها ، لتحديد طبيعة العقود الإدارية .

تبنى القضاء الليبي نفس الاتجاه الذي تبناه مجلس الدولة المصري ، لكون اعتبار أن الشروط مألوفة أو غير مألوفة أمر منوط بقاضي الموضوع ، فهو ينظر في العقد ويساعده في هذا المجال ما اعتادت عليه بعض الإدارات بوضعها كراسا من الشروط التي تلزم بها المتعاقد معها [3] . فالشروط الاستثنائية كما عرفها الفقه في ليبيا " هي امتيازات تمنح للإدارة تجعلها في مركز قانوني غير متكافئ مع المتعاقد معها ، وخلافاً للقواعد العامة المعمول بها في العقود المدنية التي تستند على مبدأ المساواة بين الأطراف المتعاقدة " [4] . وهي أيضا " المعيار الحقيقي لتمييز عقود الإدارة عن عقودها المدنية وترتكز فكرة الشروط الاستثنائية على فكرة السلطة العامة " [5] . إذ أوجب المشرع ومن بعده القضاء لإضفاء الصفة الإدارية للعقد ، أن تلجأ الجهة الإدارية التي أبرمت العقد إلى تضمينه شروط استثنائية غير معروفة في العقود المدنية [6] .

أكدت لائحة العقود الإدارية صراحة في المادة (3) بنصها : "... متى كان ذلك العقد يشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة في العقود المدنية ، وتستهدف تحقيق المصلحة العامة " [7] . وكما أكدت المحكمة العليا الليبية على ضرورة توافر الشروط غير المألوفة أو الاستثنائية في العقد الإداري وذلك في عدة أحكام لها ، وفي هذا ورد في قرار للمحكمة العليا حول عقدين أبرمتهما وزارة العمل والشؤون الاجتماعية مع إحدى الشركات الأجنبية ، لنقل الحجاج الليبيين إلى بيت الله الحرام فاعتبرته المحكمة عقداً إداريا ، لتضمنه شروطاً استثنائية فرضتها الإدارة للتحقق من سلامة وأمن

---

[1] د . أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص 70 . د . مفتاح خليفة عبد الحميد ، المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع الليبي ، مرجع سابق ، ص 112 .

[2] د . محمد مختار عثمان ، مرجع سابق ، ص 600 .

[3] د . مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 74 .

[4] د . صبيح بشير مسكوني ، مبادئ القانون الإداري الليبي ، الطبعة الثانية ، الشركة العامة للطبع والتوزيع والإعلان ، بنغازي ، بدون سنة نشر ، ص 488 .

[5] د . أحمد عثمان عياد ، المرجع السابق ، ص 93 .

[6] د . محمد عبد الله الحراري ، مرجع سابق ، ص 214 .

[7] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 433 .

الحجاج [1] . ومن هنا لم تتردد المحكمة العليا في إضفاء الصفة الإدارية على العقد الإداري ومن ضرورة توافر معايير وجوده .

بعدما أوضحنا الاختلاف في تحديد مضمون الشروط الاستثنائية على صعيدي الفقه والقضاء الإداريين فإن رأي الباحثة يشيد بأنه مهما اختلف رأي الفقه ورأي القضاء في تحديد طبيعة الشروط الاستثنائية ، إلا أن طابع السلطة العامة هو شرط طبيعي في العقد الإداري ، باعتبار أن العقد لا يعتبر عقدا إداريا إلا إذا وجدت السلطة العامة كطرف في العقد ، وبالتالي ترتبط السلطة العامة بممارسة جهة الإدارة امتيازاتها الواسعة في العقد الإداري كسلطة تعديل أو إنهاء العقد بإرادتها المنفردة وسلطة توقيع الجزاءات الإدارية ، ومن هنا يجب أن تتجه نية الإدارة إلى إتباع أساليب القانون العام ، حتى تعد الشروط الموجودة في العقد شروطا غير مألوفة ، ليصبح العقد المتفق عليه بين المتعاقدين عقدا ذا طبيعة إدارية ، تنطبق عليه أحكام القانون العام ، فيهدف لتحقيق الصالح العام والمنفعة العامة ، بعكس عقود الأفراد التي تطبّق وفقا لأحكام القانون الخاص .

---

[1] جاء في الحكم " ومن حيث أنه يتبين من الاطلاع على العقدين موضوع التداعي أنهما يتصلان بمرفق عام ، هو مرفق الحج ، ويهدفان إلى تحقيق مصلحة عامة هي تمكين الحجاج اللبنيين في أداء فريضة الحج على أكمل وجه ، وأنهما قد تضمنا شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة... ومنها حق وزارة العمل والشؤون الاجتماعية في التفتيش على أجهزة الباخرتين ومعداتهما للتأكد ... من توفير وسائل الراحة والعناية بهم .ومنها وجوب استخدام المدعي " المتعاقد مع الإدارة " لعدد لا يقل عن مائتي لبناني على ظهر كل باخرة في كل موسم وتدريبهم على الملاحة وغيرها .. ومنها حق وزارة العمل والشؤون الاجتماعية في تحديد موعد سفر كل فوج ذهابا وإيابا .. ومنها أنه في حالة إخلال الطرف الثاني " المتعاقد مع الإدارة " بأي شرط من شروط العقد أو عدم قيامه بأي التزام من التزاماته يكون للحكومة حق فسخ العقد ومصادرة التأمين دون حاجة إلى إنذار أو أي إجراء آخر .. ومن حيث أنه على مقتضى ما تقدم يكون المذكوران قد اتسما بالطابع المميز للعقود الإدارية ومن حيث اتصالهما بمرفق عام ، واتخذهما بأسلوب القانون العام فيما تضمناه من شروط استثنائية ومن ثم يكونان عقدين إداريين " طعن إداري رقم (4) بتاريخ 20 – 6 – 1970 ف ، لسنة (17) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (8) ، العدد (1) ، ص 52 .

المطلب الثاني

نشأة العقود الإدارية وأنواعها

إن نظرية العقد الإداري نظرية حديثة النشأة ، حيث لا تتجاوز مطلع القرن العشرين ، فيرجع الفضل في نشأتها للقضاء الإداري الفرنسي ، وارتبطت نشأتها بتطور دور الدولة الذي يرتبط بنشاط السلطة العامة ونشاط الأفراد ، ومن هنا اختلفت وجهة نظر الفقهاء في تحديد العلاقة التي تربط السلطة العامة بنشاط الأفراد ، والأساليب التي تتبعها في تسيير مهامها ، منها إتباعها لوسيلة العقد الإداري .

ترتبط نشأة العقود الإدارية بتعدد صورها وتعدد موضوعاتها ، فمنها العقود المسماة وهي تلك التي لها نظام قانوني خاص معروف مقدماً ، وهناك العقود غير المسماة التي تبرمها الإدارة على خلاف المألوف في القانون الخاص ، فتتضمن شروطاً استثنائية ، وتبرم الإدارة هذه العقود كلما تطلبت ذلك مقتضيات سير المرافق العامة سيراً منتظماً مضطرداً [1] . ومنعاً لعدم التكرار في رسالتنا ارتأينا أن ننظم دراسة نشأة العقود الإدارية وأنواعها في فرعين متتاليين ، وذلك في القانونين الفرنسي والمصري ثم تعقيبهما بالقانون الليبي فيما يلي .

الفرع الأول : نشأة العقود الإدارية .

الفرع الثاني : أنواع العقود الإدارية .

الفرع الأول

نشأة العقود الإدارية

أولا : – نشأة العقود الإدارية في فرنسا .

لم تظهر فكرة العقود الإدارية في القانون الفرنسي ، إلا في تاريخ متأخر لا يتجاوز مطلع القرن العشرين ، وقد مرّ تحديد مفهوم نظرية العقود الإدارية ، وأسسها العامة بتطور استغرق حقبة من الزمن [2] .

كان المعيار المتبع في توزيع الاختصاص بين المحاكم القضائية من ناحية ، والقضاء الإداري من الناحية الأخرى ، يرتكز على فكرة السيادة أو السلطة ، فالمنازعات التي تتعلق بأعمال السلطة ، هي وحدها التي يختص بها القضاء الإداري ، أما التصرفات العادية التي تنزل فيها الإدارة إلى مرتبة الأفراد العاديين ، فتبيع أو تشترى أو تستأجر ... فإنها تترك لاختصاص المحاكم العادية ، لأن

---

[1] د . حمدي السيد إسماعيل ، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض ، بدون دار نشر ، الطبعة الأولى ، 1994 م ، ص 27 .

[2] د . مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، مرجع سابق ، ص 22 .

التصرفات الأولى التي تنطوي على عنصر السلطان وخصائصه ، لا نظير لها في القانون الخاص ومن ثمّ تندرج في اختصاص المحاكم الإدارية دون حاجة إلى نص خاص ، ومثال ذلك أن تفرض الإدارة بإرادتها المنفردة ، التزامات على الأفراد بعمل أو امتناع ، أو أن تصدر قرارا بالاستيلاء [1] .

تدخل المشرع الفرنسي بأن جعل عقودا معينة من اختصاص القضاء الإداري كعقد الأشغال العامة ، ومن هذا القبيل نص المادة (4) من القانون الصادر في 28 بلي فوز (pluviose) في العام الثامن للثورة الفرنسية وهي أقدم العقود الإدارية عهدا والتي تعتبر الأساس البعيد لعقود التزام المرافق العامة وعقود التوريد التي تبرمها السلطة المركزية في الدولة ، وكذلك القانون (17) يوليو سنة 1790ف والقانون الصادر بتاريخ 26 – 9 – 1793 ف ، الخاص بعقد القرض العام المبرم بواسطة الدولة والمرسوم بقانون الصادر بتاريخ 17 يونيو سنة 1938 ف ، الخاص بالعقود التي تتضمن شغلاً للدومين العام وعقود بيع أملاك الدولة الصادر بقانون في 26 – 9 – 1938 ف [2] . إلا أن مجلس الدولة الفرنسي ، حاول عن طريق القياس توسيع اختصاصه ، بمده إلى عقود أخرى لم يرد بشأنها نص ومن أمثلة ذلك مد الاختصاص عن طريق القياس ، إلى عقود المعاونة والعقود الخاصة بالإضاءة وتوزيع المياه والعقود التي تتعلق بكنس الشوارع ، استنادا إلى أن تلك العقود تحتوي على عنصر الأشغال العامة [3] .

عندما تم التخلي عن نظرية السلطة العامة التي استندت على المعيار العام ، في توزيع الاختصاص لمجلس الدولة الفرنسي ، بين المحاكم القضائية والقضاء الإداري ، وخاصة في القرار الشهير بلا نكو [4] ، وحكم تريبيه [5] ، الصادر من مجلس الدولة سنة 1903 ف ، فأعتبر هذين

---

[1] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 15 . د . أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص 6 وما بعدها .

[2] د . محمد عبد المنعم البنداري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 33 . د . خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى ، دار المسيرة ، عمان ، 1997 ف ، ص 226 .

[3] د . مفتاح خليفة عبد الحميد ، المعيار المميز للعقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 20 . د . سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 16 .

[4] أشرنا إليه سابقا ، في موضع رسالتنا ، ص 16 . وللاستزادة انظر لمؤلف د . أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص 15 .

[5] تتلخص وقائع هذه القضية في " أن مجلساً بلدياً أعلن عن مكافأة تمنح لكل شخص يشترك في الحملة التي قامت بها المدينة ، من أجل القضاء على الأفاعي الخطرة التي تهدد السكان وصحتهم . ولتحقيق هذه الغاية قام المجلس البلدي برصد مبلغ مالي معين للإنفاق منه على الشكلات المطلوبة . وعندما تقدم السيد تريبه بطلبه المكافآت المقررة له ، فوجئ بنفاد الاعتماد المخصص . فتقدم بدعوى أمام القضاء الإداري ، وانتهى مجلس الدولة إلى تقرير اختصاصه بنظر النزاع ، على أساس أن الوعد بالجائزة قد تضمن إيجاباً من المجلس البلدي، وان قيام السيد المذكور باصطياد الأفاعي التي كانت تشكل خطرا على الصحة العامة في المدينة يعد قبولاً. ومن ثم يكون بينهما عقد يستهدف التخلص من الأفاعي ، التي كانت تشكل خطرا على الصحة العامة في المدينة وهذا العقد يتعلق بمرفق عام ، ولذا يكون الاختصاص بنظر المنازعات التي يثيرها هذا العقد من اختصاص القضاء الإداري " مشار إليه لدى ، د . محمود خلف الجبوري ، العقود الإدارية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 1998 ف ، ص 13 . د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، 2005 ف ، مرجع سابق ، ص39 .

الحكمين حجر الزاوية في بناء معيار المرفق العام والأساس الذي شُيدت علية فكـرة العقـود الإداريـة بطبيعتها .

ثانياً : - نشأة العقود الإدارية في مصر .

لم تأخذ مصر بنظام القضاء الإداري ، إلا ابتداء من سنة 1946 ف ، بإنشاء مجلـس الدولـة المصري ، ويمكن القول أن نظرية العقود الإدارية ، لم تعرف بمصر إلا بعد هذا التاريخ [1] . لذا مرت مرحلة إنشاء العقود الإدارية بمصر بمرحلتين ، الأولى قبل إنشاء مجلس الدولة ، والثانية بعـد إنـشاء المجلس . فلم يعرف القضاء المصري (المحاكم القضائية أهلية ومختلطة) . قبل إنشاء مجلس الدولـة سنة 1946 ف ، القواعد الإدارية التي تطبق على العقود الإدارية في القضاء الإداري الفرنـسي ، بـل كان يطبق على عقود الإدارة القواعد الواردة في التشريعات الخاصة بكل عقد منها ، فإن لم يكن ثمـة تشريعات خاصة طبقت القواعد الواردة في القانون المدني [2] . فعلى خـلاف القاضـي الإداري فـإن القاضي المدني يقنع دائماً بدوره في تطبيق القانون دون المساهمة في خلقه وابتداعه عند غياب الـنص التشريعي [3] .

أما بعد إنشاء مجلس الدولة المصري الذي صدر بالقانون رقم (112) لسنة 1946 ف ، لـم يجعل أيضا من اختصاصه النظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية ، وبصدور القانون رقم (9) لسنة 1949ف . فإن المادة (5) منه نصت على اختصاص المجلس بنظر منازعـات عقـود الالتـزام والأشغال العامة والتوريد الإدارية ، وقد ورد النص علي هذه العقود على سبيل الحصر ، كما اقتـصر اختصاص مجلس الدولة على المنازعات الناشئة بين الإدارة والمتعاقد معها ، أما المنازعات التي تنشب بين الأفراد والمتعهد في تنفيذ هذه العقود فإنها تكون من اختصاص المحاكم العادية [4] .

وكذلك لم يجعل المشرع النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود السابقة من الاختصاص المطلق لمجلس الدولة ، بل جعل الاختصاص مشتركاً بينه وبين المحاكم العادية ، حيث يحق للمتعاقدين في حالة النزاع ، الاختيار بين الجهتين ، تبعاً لما إذا كانت مرفوعة أمام جهة القضاء العادي ، أو جهة القـضاء الإداري ، نظراً لاختلاف القواعد التي تطبقها الجهتان ، فالمحاكم القضائية كانت تطبق قواعد القـانون المدني ، أما مجلس الدولة فكان يطبق القواعد الإدارية [5] . إلا أن الحالة السابقة كانت منتقـدة وغيـر

---

(1) د . خالد خليل الظاهر ، مرجع سابق ، ص 227 . د . عبد المنعم عبد الحميد مشرف ، مرجع سابق ، ص 250 .

(2) د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 19 . خالد محمد احمد الزنتاني ، مرجع سابق ، ص 45 .

(3) د . جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2004 ف ، ص19 .

(4) د . مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، مرجع سابق ، ص 11 . د . جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 22 .

(5) د . مفتاح خليفة عبد الحميد ، المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع الليبي ، مرجع سابق ، ص 33 .

موفقة ، لم يتخلص القضاء الإداري منها إلا بصدور القانون رقم (165) لسنة 1955ف ، حين نصت المادة (10) منه على أن " يفصل مجلس الدولة بهيأة قضاء إداري دون غيره في المنازعات الخاصة بعقد الالتزام والأشغال العامة والتوريد ، أو بأي عقد إداري آخر " [1] .

أصبح مجلس الدولة صاحب الاختصاص الوحيد ، بنظر المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية وهو الأمر الذي أطلق يد هذا القضاء في ابتداع وتطبيق قواعد القانون الإداري على منازعات العقود الإدارية ، وهي قواعد تختلف عن قواعد القانون المدني ، التي تطبق على العقود المدنية ، وكان يستهدي في قضائه ، باتجاهات مجلس الدولة الفرنسي واعتبارات العدالة [2] .

ثالثا : – نشأة العقود الإدارية في ليبيا .

نحن نعرف أن المشرع الليبي أخذ بنظام قضائي من نوع خاص ، يجمع بين عناصر نظام وحدة القضاء والقانون ، حيث أنشأ جهة قضائية واحدة ، خص فيها دوائر للقضاء الإداري وعهد إليها وحدها حق النظر في بعض المنازعات التي تكون الإدارة طرفا فيها . ومن هنا ارتأينا أن ندرس نشأة العقود الإدارية في ليبيا قبل وبعد صدور القانون رقم (88) لسنة 1971 ف ، بشأن تنظيم القضاء الإداري وسنتعرض لذلك فيما يلي :

1 – نشأة العقود الإدارية قبل صدور القانون رقم (88) لسنة 1971 ف :

تعتبر نظرية العقود الإدارية حديثة النشأة في ليبيا ، مرت بعدة مراحل من التحول التشريعي والقضائي ، قبل أن تتشكل بوضعها الحالي كذكرها في القوانين واللوائح الإدارية ، حيث كانت بدايتها على يد المشرع الليبي ، عندما أصدر قانون إنشاء المحكمة العليا الليبية سنة 1953ف ، إذ نصت في المادة (24) منه على" أن تفصل محكمة القضاء الإداري ، في المنازعات الخاصة بعقود الامتياز وعقود التوريد التي تنشأ بين الحكومة والطرف الأخر من العقد ، إلا إذا نص العقد أو القانون ، على خلاف ذلك " [3] .

يستفاد من هذا النص أن المشرع جعل الاختصاص مشتركاً في نظر المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بين القضاء الإداري (المحكمة العليا) والقضاء العادي ، إذ أجاز النص للمتعاقدين أن يتفقا على جعل الاختصاص بنظر النزاع الناشئ عن العقد للقضاء العادي [4] .

---

[1] د . محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 ف ، ص 3 .
د . فؤاد العطار ، مرجع سابق ، ص 655 وما بعدها .

[2] د . عمرو فؤاد أحمد بركات ، مبادئ القانون الإداري ، بدون دار نشر ، 1985 ف ، ص 521 .

[3] عدل قانون إنشاء المحكمة العليا بالقانون رقم (53) لسنة 1973 ف ، ثم عدل بالقانون رقم (6) لسنة 1982 ف .

[4] د . مازن ليلو راضي ، مرجع سابق ، ص 420 .

من جانب آخر حدد المشرع على سبيل الحصر ، ما يعد من عقود الإدارة وهي عقـود الامتيـاز والأشغال العامة والتوريد والتزام المرافق العامة ، وعلى هذا الأساس كانـت دائـرة القـضاء الإداري بالمحكمة العليا هي قاضي أول وآخر درجه في تلك العقود الإدارية [1] .

2 – نشأة العقود الإدارية بعد صدور القانون رقم(88) لسنة 1971 ف :

ذكر المشرع الليبي بعض العقود الإدارية في المادة (4) من القانون أعلاه بقوله " على أن تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة ، بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد " [2] . ومـن هنا قد تلافى المشرع الليبي ، مشكلة الاختصاص المشترك ، في نظر منازعات العقود الإداريـة التـي جاء بها قانون المحكمة العليا لسنة 1953 ف ، إلا أن المحكمة العليا بددت هذا التقـاول إذ أصـدرت بتاريخ 17 – 1 – 1979ف ، قرارها الذي ورد فيه " أن القانون رقم (88) لسنة 1971ف ، في شـأن القضاء الإداري إذ نص في المادة (2) " على أن تختص دائرة القضاء الإداري دون غيرها بالفصل في المسائل الواردة فيها " ، إنما يدل على أن المشرع أراد التفرقة بين المسائل المبينة في المادة (2) وبين العقود المشار إليها في المادة (4) ، فجعل الاختصاص في تلك المسائل مقصوراً على القـضاء الإداري ولم يجعل الاختصاص في العقود المبينة في المادة (4) مقصوراً على هذا القضاء دون غيـره ، وإنمـا جعله مشتركاً بين القضاء الإداري والقضاء المدني " [3] .

أجاز كذلك المشرع الليبي اللجوء إلى التحكيم ، كبديل لنظام التقاضي أمام دوائر القضاء الإداري فيما يتعلق بالعقوبة الإدارية ، بعد أن منع اللجوء إليه في العقود الإدارية بالقانون رقم (67) لسنة 1970 إلا أنه عدل عن هذا المنع بموجب القانون رقم (1) لسنة 1971 ف [4] .

ومما تقدم نرى ، أنه رغم المسلك الذي انتهجه المشرع الليبي فـي جعـل الاختـصاص للعقـود الإدارية المشار إليها في المادة (4) المبينة أعلاه ، مشتركا بين القضاء الإداري والقضاء العـادي ، إلا أننا ننتقد هذا الاتجاه رغم وجاهته ، ونرى بأن يفصل القضاء الإداري وحده دون غيره فـي المـسائل المتعلقة بالعقود الإدارية ، نظرا لطبيعة العقود الإدارية المتميزة عن عقود الأفراد العادية ، التي يحكمها القانون الخاص ، ومن هنا يجب أن تحكم العقود الإدارية أحكام القانون العام ، التي تختلف طبيعته عن القانون الخاص .

---

(1) د . صبيح بشير مسكوني ، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية ، دراسة مقارنة ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، 1974 ف ، ص 221 – 222 .

(2) القانون رقم (88) ، بشأن تنظيم القضاء الإداري ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد (59) ، السنة 1971 ف .

(3) د . محمد عبد الله الحراري ، الرقابة على أعمال الإدارة ، مرجع سابق ، ص 63 .

د . حمد محمد حمد الشلماني ، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري في التشريع الليبي ، رسالة دكتوراه ، منشورة ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 ف ، ص 29 .

(4) المرجع السابق ، ص 30 .

الفرع الثاني
أنواع العقود الإدارية

أولا : – أنواع العقود الإدارية في القانون الفرنسي :

إن أنواع العقود الإدارية في القانون الفرنسي ترتكز في تقسيم ثنائي للعقود الإدارية بتحديد القانون وذكرنا بعض أنواعها سابقا حينما تحدثنا عن نشأة العقود الإدارية في فرنسا ، والتي يقرر اختصاصها للقضاء الإداري ، فخص مجلس الدولة فيما تثيره من منازعات ، سعيا لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن بعض العقود معقودا لمجلس الدولة والذي يتمثل في المحاكم الإدارية . إلا أن المشرع الفرنسي لم يكتف بذلك التقسيم ، وإنما أوجب ضرورة فحص منازعات العقود الإدارية ، من حيث الطبيعة الذاتية للعقد ، والتي تتمثل في العقود الإدارية بطبيعتها . ولم يجعل المشرع الفرنسي اختصاص منازعاتها للمحاكم الإدارية ، مما يعني أن المشرع لم يأخذ بالعقود الإدارية على سبيل الحصر فقط [1] . وبالتالي طبق قواعد القانون الإداري على العقود الإدارية بطبيعتها وأخضع منازعاتها لاختصاص المحاكم الإدارية .

ثانيا : – أنواع العقود الإدارية في القانون المصري :

من خلال نشأة العقود الإدارية في مصر ، لم يأخذ القانون المصري بالتقسيم الثنائي الفرنسي للعقود الإدارية ، وهذا ما تبين لنا من خلال عرضنا للقوانين المتعاقبة للقانون المصري ، فالمشرع المصري لم يحدد أنواعا معينة من العقود على سبيل الحصر في قوانين مجلس الدولة المتعاقبة . فنص القانون رقم (47) لسنة 1972ف بشأن مجلس الدولة المصري في المادة رقم (10) بأن " تختص محاكم مجلس الدولة بمنازعات عقود الالتزام والتوريد والأشغال العامة أو أي عقد إداري آخر " [2] .

أوضحت لنا الدراسة أن النص السابق يتسع لأي عقد إداري تتوافر فيه الشروط الاستثنائية مثل عقود النقل وعقود الإيجار الإدارية . وبشأن تنظيم العقود الإدارية في مصر صدر قانون رقم (89) لسنة 1998 ف بشأن المزايدات والمناقصات المعمول به حاليا في جمهورية مصر ، المعدل بالقانون رقم (5) لسنة 2005 ف [3] .

---

[1] د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 452 وما بعدها .
د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 19 وما بعدها . د . عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 8 .

[2] د . خميس السيد إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 27 .

[3] القانون رقم (89) بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات ، منشور في الجريدة الرسمية ، العدد (19 مكرر) ، صدر في 8 – 5 – 1998 ف ، والقانون رقم (5) المعدل للقانون المعمول به ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد (9) مكرر ، 2005 ف .

ثالثا : – أنواع العقود الإدارية في ليبيا :

درسنا أنواع العقود الإدارية في القانون الليبي ، كالقانون رقم (88) لسنة 1971 ف ، وذلك حينما درسنا نشأتها في القانون الليبي ، وفي هذا المقام علينا أن ندرس أنواعها في اللوائح الإدارية .

تواترت اللوائح الإدارية [1] ، على تنظيم العقود الإدارية في ليبيا ، فقامت على توسيع طائفة العقود المحددة على سبيل الحصر ، وكيفية تنظيمها من حيث الإبرام والتنفيذ والتزامات وحقوق المتعاقدين والإدارة . حيث كانت أول لائحة للعقود الإدارية بتاريخ 4 – 4 – 1964 ف . وكان يطلق عليها تسمية لائحة المناقصات والمزايدات التي كانت تنظم عقود الأشغال العامة والتوريد والنقل وبيع الأصناف التي تقرر الاستغناء عنها وكانت تلك اللائحة تتضمن عشرين مادة فقط ، ثم ألغيت بقرار لائحة مناقصات ومزايدات وزير الخزانة رقم (79) لسنة 1973 ف ، والتي بدورها تناولت تفصيلات كثيرة تتعلق بكيفية التعاقد والاعتماد والصرف وغيرها بدون أن تتعرض لتعريف العقد الإداري أو تحدده تحديدا دقيقا [2] .

تغيرت تسمية لائحة المناقصات والمزايدات التي وضعها مجلس الوزراء سابقا ، بصدور لائحة العقود الإدارية بتاريخ 6 – 5 – 1980 ف ، التي كانت تحمل أسم العقود الإدارية و قامت بإصدارها اللجنة الشعبية العامة ، فعرفت العقد الإداري وذكرت أنواعه ، متمثلة في عقود مقاولات الأشغال العامة وعقود تركيب المصانع وعقود الصيانة والتشغيل لمشروعات المرافق العامة ، وعقود الإدارة بمختلف أنواعها للمنشآت الصناعية والسياحية ، وعقود النقل وعقود الأشياء التي تقرر الاستغناء عنها واستمر التشريع الليبي في تعداده للعقود الإدارية سابقة الذكر بصدور لائحة العقود الإدارية وفق القرار (813) لسنة 1994 ف ، ثم ألغيت بالقرار رقم (263) بتاريخ 17 – 5 – 2000 ف ، وأيضا صدر القرار رقم (8) لسنة 2004 ف ، واستمر المشرع الليبي في إصدار لوائحه الإدارية ، بصدور القرار

---

(1) أجمع الفقه الفرنسي على تعريف اللوائح الإدارية بأنها " قرارات إدارية عامة مجردة وغير شخصية " . وكما عرفها الفقه المصري بأنها " قرارات إدارية تحتوي على قواعد قانونية عامة ومجردة ملزمة تنطبق على عدد غير محدود من الحالات أو الأفراد " وبالتالي تظهر عناصر اللائحة في كون العمل صادرا من سلطة عامة ، وأن يتضمن العمل قواعد عامة ومجردة وغير شخصية وأن يكون هذا العمل ملزما . مشار إليه لدى ، د . سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1982 ، ص 16 . وكما عرفها الفقه في ليبيا " بأنها هي التي تصدرها الإدارة بمرض وضع القانون موضع التنفيذ وهي تخضع تماما للقانون وتتقيد به وتشبهه ، فلا تملك أن تعدل فيه أو تضيف إليه أو تعطل تنفيذه " د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 385 . وكما يعرف الفقه الليبي اللوائح التنفيذية بأنها " القرارات الصادرة التي تصدرها الهيئات الإدارية العليا في المجتمع – اللجان الشعبية العامة – والتي ترسي قواعد قانونية عامة مجردة وملزمة " . د . محمد عبد الله الحراري ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ، منشورات جامعة الفاتح ، طرابلس ، 1999 ف ، ص 21 .

(2) د . مفتاح خليفة عبد الحميد ، إنهاء العقد الإداري في التشريع الليبي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، منشورة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ف ، ص 29 .

رقم (132) لسنة 2005 ف ، وأخيرا صدر القرار رقم (563) لسنة 2007 ف ، بإصدار لائحة العقود الإدارية المعمول بها حاليا [1] .

من هنا أجمعت جميع اللوائح السابقة على تعريف العقود الإدارية ، وأجمعت أيضا في تعديد أنواعها المحددة . إلا ما أضافته اللائحة رقم (132) لسنة 2005 ف ، للعقود غير الممولة من الميزانية العامة ، وقد تكرر ذكرها في اللائحة المعمول بها حاليا . ولاحظنا من خلال تعدد لوائح العقود الإدارية السابقة ، أنها لم تمس الطبيعة الذاتية للعقود المحددة في لوائحها . فنرى في هذا المجال بأن تغير تلك اللوائح راجع إلى تغيير في آلية إبرام وتنفيذ العقود والتزامات المتعاقدين مع الإدارة . فبينت لائحة العقود الإدارية في المادة (3) ، أنواع العقود التي تعتبر إدارية وفقا لأحكام اللائحة ، بعد أن وضحت تعريفها الذي حددناه سابقا ، نبين أنواعها فيما يلي [2] :

أ – عقود مقاولات الأشغال العامة .

ب – عقود التوريد وعقود التوريد والتركيب .

ج – عقود الصيانة والتشغيل للمشروعات والمرافق العامة .

د – عقود الإدارة بمختلف أنواعها للمرافق العامة والمنشآت الصناعية أو السياحية وغيرها .

ه – عقود بيع الأشياء التي تقرر الاستغناء عنها .

و – عقود استخدام المكاتب الاستشارية .

ز – عقود تنفيذ المشروعات غير الممولة من الميزانية العامة .

الحقيقة أن جهة الإدارة لم تُترك لإطلاق سلطتها ، فلا يجوز لها إبرام أي عقد إداري إلا على أساس شروط روجعت مسبقا مراجعة مالية وقانونية وفنية ، من قبل الإدارة الفنية المختصة لجهاز التفتيش والرقابة الشعبية ، وأيضا لا يجوز لها إدخال أي تعديل جوهري على شروط العقد بعد إبرامه إلا بعد أخذ رأي هذه الإدارة (جهاز التفتيش والرقابة) [3] .

تعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية لكثير من الانتقادات ، لأسباب ترجع إلى طبيعة بعض العقود ، التي قد لا تتلاءم مع التكييف الذي يضفيه عليها المشرع ، وفي الحالات التي ينسجم فيها التكييف مع طبيعة العقد ومضمونه ، فإن تحديد المشرع لها يكون كاشفا فقط ، فيرى الدكتور

---

[1] د . حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص 35 – 36 .

أ . مفتاح علي الشيباني عمر ، مبدأ اللجوء للتحكيم في الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري ، رسالة ماجستير ، غير منشورة معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2006 ف ، ص 23 .

[2] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 433 .

[3] المادة (36) من اللائحة التنفيذية رقم (131) لسنة 2008 ف ، الصادرة بقرار أمانة مؤتمر الشعب العام ، غير منشورة ، ص 11 .
صدرت هذه اللائحة التنفيذية تنفيذا للقانون رقم (2) لسنة 2007 ف ، بتنظيم التفتيش والرقابة الشعبية ، منشور بمدونة التشريعات ، العدد (1) ، السنة (7) ، ص 11 .

مازن ليلو راضي أن ترك تحديد العقود الإدارية للقضاء ، لاشك أقدر على كشف الطبيعة القانونية لهـا خاصة إذا كان هذا القضاء إداريا متخصصا [1] .

ونحن نرى ، أن هذا الرأي قد جانبه الجواب ، ولكن لو تكفل القضاء مع لائحة العقود الإدارية بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفقا للمعايير العامة التي حددها الفقه والقضاء الإداريان في تمييز تلك العقود ، سيترك ذلك مجالا لتناغم أنواع العقود الإدارية بأكملها ، ولا ننسى أن نشير بأن تجدد الهيكلية الإدارية في ليبيا وتعدد اللوائح الإدارية ، قد يتبعه بدوره اختلاف أنواع وخصائص العقـود الإداريـة وأحكام إبرامها وتنفيذها ، ورغم مواكبة لائحة العقود الإدارية فـي ليبيـا لتغييـرات النظـام الإداري والقضائي والرقابي – في نطاق صلاحيات الجهات والوحدات الإدارية بالعقود ، كاختـصاص اللجنـة الشعبية العامة واللجان الشعبية العامة للقطاعات بالشعبيات ، وأيضا اختـصاص الوحـدات الإداريـة والشركات العامة – [2] . في تقديرنا يجب أن لا يمس هذا التغيير طبيعة العقود الإدارية ، وألاّ يـشمل التعرض لحقوق المتعاقدين مع الإدارة سواء في ظروف العقد العادية أو غير العادية . ومن هنا يجـب علينا أن ندرس آثار تنفيذ العقد الإداري بالنسبة لكل من جهة الإدارة والمتعاقد معها ، وذلك في المبحث الثاني .

---

[1] القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 429 .

[2] القانون رقم (1) لسنة 1375 و . ر الموافق 2007 ف ، بشأن عمل المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية ، منشور بمدونة التشريعات ، العدد (1) ، السنة (7) ، بتاريخ 4 – 3 – 1375 و . ر الموافق 2007 ف . وفي ذلك أيضا ، لائحة العقود الإدارية الحالية ، ص 434 – 435 .

المبحث الثاني

آثار تنفيذ العقود الإدارية بالنسبة للمتعاقدين

إن الآثار التي تترتب على العقد الإداري ، لا تقتصر على الحقوق والسلطات التي تنشأ عن العقد أثناء تنفيذه بالنسبة لجهة الإدارة باعتبارها سلطة عامة ، بل أنه يتوجب عليها السعي للتوفيق بين صفتها كمتعاقدة تلتزم بعقودها ومسؤوليتها ، في تنظيم وإدارة المرافق العامة ، بما يكفل استمرار سيرها بانتظام واطراد وقابليتها للتعديل والتغيير ، وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ، وكما يترتب على العقد الإداري عدة التزامات على الإدارة تجاه المتعاقد معها ، فتعد هذه الالتزامات بمثابة حقوق وضمانات للمتعاقد مع الإدارة ، وهذا ما ستكون عليه دراستنا في المطلبين التاليين :

المطلب الأول : سلطات الإدارة في مواجهة العقود الإدارية

المطلب الثاني : حقوق والتزامات المتعاقد تجاه الإدارة .

المطلب الأول

سلطات الإدارة في مواجهة العقود الإدارية

أجمع القضاء والفقه الإداري على تمتع الإدارة بعدة حقوق وسلطات استثنائية تجاه المتعاقد معها ، وأهم تلك السلطات هي حقها في الإشراف والرقابة والتوجيه على تنفيذ العقد الإداري ، وحقها في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة ، وحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد المقصر ، وتملك أيضا حق إنهاء العقد للمصلحة العامة . وكما يكون على الإدارة مقابل تلك السلطات ، التزامات تقع على عاتقها تكون في نفس الوقت كحقوق يتمتع بها المتعاقد مع الإدارة ، وهو ما سندرسه في المطلب الثاني ، وسنترك المجال هنا لنبين أهم سلطات الإدارة في الآتي :

أولا : – سلطة الإدارة في الإشراف والرقابة والتوجيه :

منح المشرع في فرنسا ومصر وليبيا الإدارة الحق في الإشراف والرقابة والتوجيه للمتعاقدين معها في عقودها الإدارية ، وبالتالي اعترف الفقه والقضاء للإدارة بسلطة الرقابة حتى في خارج نصوص العقد ، وعادة ما تتم الرقابة في هذا النطاق في صورة أعمال مادية ، كدخول أماكن استغلال المرفق والمخازن والورش والمصانع أو استلام وفحص بعض الوثائق من المتعاقد أو تلقي شكاوى المنتفعين والبت فيها ، وتتم هذه الرقابة في صورة أوامر أو تعليمات تنفيذية أو إنذارات للمتعاقد ، وذلك لاستمرار تنفيذ العقد الإداري ، حتى لو لم ينص العقد على ذلك ، وتعمل بذلك سلطة الإدارة بالتحقق من أن العقد ينفذ من قبل المتعاقد معها طبقا للشروط المقررة في العقد ووفقا لتوجيهاتها فتستمد الإدارة هذه

السلطة من فكرة المرفق العام باعتبارها لا تستطيع أن تتنازل عن مسؤوليتها عن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيق الصالح العام [1] .

ورغم ما للإدارة من سلطة كما أوضحنا ، إلا أنه لا يجوز لها أن تتدخل في الإدارة الداخلية للمرفق العام ، وإلا انقلب أسلوب الإدارة للمرفق إلى استغلال مباشر ، ومن هنا يجوز للمتعاقد إذا تبين له أن أوامر وتعليمات الإدارة تضمنت أمورا تخالف أو تجاوز أصول التنفيذ وما اتفق عليه في العقد كان من حقه أن يعترض عليها [2] . وبذلك نلاحظ أن سلطة الإدارة في الرقابة والإشراف مقيدة بحدود وإلا أصبحت مظهرا لسلطة أخرى كالتعديل أو الإلغاء . فيختلف مدى سلطة الإدارة من عقد لآخر إذ تصل إلى قمة اتساعها في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد وعقود امتياز المرافق العامة وعقود التوريد ، وتضيق في بعض العقود الأخرى .

ثانيا : – سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة :

تملك الإدارة سلطة تعديل العقد سواء بالزيادة أو النقصان إذا رأت أن دواعي المصلحة العامة تقتضي ذلك ، دون أن يحتج عليها المتعاقد بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " وهذه السلطة الخطيرة يرد النص عليها صراحة في العقود الإدارية وفي دفاتر الشروط ، وتعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة وهذا ما يميز العقود الإدارية عن غيرها من عقود القانون الخاص [3] .

اختلف الفقه الإداري بين مؤيد ومعارض على وجود هذه السلطة ، فذهب الرأي المعارض ومن بينهم الفقيه الفرنسي جان لوليبه بقوله أنها فكرة ابتدعها الفقه وعارضها القضاء ، أي لم تؤيد بأحكام مجلس الدولة الفرنسي ، وذهب الرأي الراجح من الفقه الفرنسي إلى القول بوجود سلطة التعديل وتشمل هذه السلطة جميع العقود الإدارية ، دونما حاجة إلى نص القانون أو شروط العقد ، إلا أنهم اختلفوا في تحديد أساس سلطة التعديل ، هل هو السلطة العامة أو احتياجات المرفق العام ومقتضيات المصلحة العامة ، وكما يرى هذا الرأي ، بأن الحلول القضائية التي تأخذ بسلطة التعديل ليست سوى تطبيقا لحكم المادة (1135) من التقنين المدني الفرنسي ، التي تقضي بأن الاتفاقات لا تقتصر على إلزام المتعاقدين بما ورد فيها بل تشمل مستلزمات العرف والعدالة والقانون [4] .

ومن الفقهاء المؤيدين لسلطة التعديل ، الفقيه هوريو (Hauriou) والفقيه بكينيو (Pequignot) وعلى رأس هؤلاء أيضا الفقيه (De Laubde re) حيث يرى هؤلاء الفقهاء بأحقية الإدارة في تعديل

---

[1] د . السيد محمد مدني ، القانون الإداري الليبي ، دار النهضة العربية ، 1964 – 1965 ف ، ص 447 .
د . أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص 287 .
د . محمود حلمي ، القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، 1974 ف ، ص 285 .

[2] د . محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 232 .

[3] د . إبراهيم محمد علي ، آثار العقود الإدارية وفقا لقانون رقم (89) لسنة 1998 ف بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 2003 ف ، ص 31 .

[4] د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 208 وما بعدها .

التزامات المتعاقد معها لتنظيم المرفق العام حتى لو لم ينص العقد صراحة على التعديل ، وبأن سلطة التعديل المنفردة المقررة للإدارة تعد عنصرا من عناصر النظرية العامة للعقود الإدارية تشمل جميع العقود الإدارية [1] .

كما أيّد الفقه والقضاء المصري [2] ، الاتجاه المؤيد للفقه الفرنسي . فيرى الدكتور سليمان الطماوي أن حق الإدارة في تعديل العقد يرجع إلى احتياجات المرفق العام باعتبارها نتيجة ملازمة لوجوده [3] . فقد نص القانون المصري في المادة (76مكرر) من لائحة المناقصات والمزايدات على حق الجهات الإدارية التي تسري عليها أحكام هذه اللائحة تعديل شروط العقد ، وبالتالي يلتزم المتعاقد بتوريد تلك الكميات كما هي معدلة وأساس ذلك تغليب المصلحة العامة (مصلحة المرفق العام) على مصلحة الأفراد الخاصة ، وما لسلطة الإدارة من إشراف وتوجيه على تنفيذ العقود ، فيحق لها دائما تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة تتفق مع المصلحة العامة ، ولا يجوز للطرف المتعاقد الاحتجاج على الإدارة بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين [4] .

إن الفقه في ليبيا سار بنفس الاتجاه السابق ، فيرى الدكتور صبيح مسكوني والدكتور محمد مختار عثمان ، بأن تعديل العقود الإدارية هو ضرورة لمواجهة متطلبات سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، والذي يترتب عليه تغيير شروط العقد أثناء تنفيذه ، تبعا لمستلزمات المصلحة العامة ، ومن ثم تعلو المصلحة العامة على المصلحة الخاصة ، غير أن هذا التعديل يجب أن لا يشمل جميع شروط العقد فيشمل ما يتعلق بتسيير المرفق العام وبالخدمات التي يقدمها للجمهور ، ولا يجب أن تمس المقابل المالي المتفق عليه في العقد إلا باتفاق الطرفين [5] .

---

[1] د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 516 . د . أحمد عثمان عياد ، مرجع سابق ، ص 194 – 195 . د . عبد السلام على المزوغي ، مرجع سابق ، ص 245 وما بعدها .

[2] نصت المحكمة الإدارية العليا في مصر بقولها " أن لا ترد سلطة الإدارة في التعديل على حق المتعاقد في المقابل المالي في العقد الإداري ذلك إن سلطة الإدارة في التعديل لا تنصب إلا على الشروط المتعلقة بسير المرفق العام " طعن إداري ، رقم (2519) السنة (34) قضائية ، جلسة بتاريخ 31 – 8 – 1993 ف . مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، الكتاب الثاني ، تنفيذ العقد الإداري طبقا لقانون المزايدات والمناقصات رقم (89) لسنة 1998 ف ، المعدل بالقانون رقم (5) لسنة 2005 . الطبعة الثانية ، دار أبو المجد ، 2003 ف ، ص 126 .

[3] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 443 .

[4] " وذلك في حدود (15%) من عقود التوريد بصفة عامة و (30%) في عقود الأغذية و (25%) في عقود الأعمال ذات الشروط والأسعار دون أن يكون للمتعاقد مع الجهات الإدارية الحق المطالبة بأي تعويض عن ذلك ... وبناء على ذلك نص الحكم على أن قيام الجهة الإدارية بإخطار الطاعن بتوريد الكميات الإضافية (حسب التعديل) من الشهر عالوة على ما سبق التعاقد بشأنه وتوازى (30%) من الكميات المتعاقد عليها بتاريخ 17– 6 – 1986 مشترطة أن يتم التوريد للكميات الإضافية خلال مدة ذات توريد الكميات الأصلية حتى 30 – 6 – 1986 ف فعلى الطاعن توريد تلك الكميات " . الطعن رقم (156) لسنة (35) قضائية ، جلسة بتاريخ 28 – 4 – 1992 ف ، مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، ملحق الكتاب ، الفتاوى والأحكام الصادرة في خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات والأحكام غير المنشورة من سنة 1980 ف ، حتى 2004 ف ، ص 416 .

[5] د . صبيح بشير مسكوني ، مبادئ القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 447 . د . محمد مختار عثمان ، مرجع سابق ، ص 629 .

وأيضا من أنصار هذه النظرية الدكتور عبد السلام علي المزوغي ، باستناده على أحكام القضاء في هذا الشأن ، كحكم المحكمة العليا في جلسة بتاريخ 6 – 2 – 1978 ف ، الذي تقول فيه " أن العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص أساسه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره وتغليب المصلحة العامة على مصلحة المتعاقد ، وأن الأصل فيها أن لا تتكافأ مصالح الطرفين حيث تعلو المصلحة العامة – تمثلها الإدارة – على مصلحة المتعاقد ، وأن للإدارة سلطة تعديل العقد تعديلاً مناطه احتياجات المرافق العامة " [1] . ويرى الفقه الليبي أنه من أحد المبادئ الأساسية التي تحكم سير المرافق العامة هو مبدأ تكييفها مع المتغيرات والتطورات الاقتصادية والاجتماعية التي تحدث في المجتمع ، وأن هذا المبدأ رتب حق الإدارة في التدخل متى شاءت لاتخاذ كل ما من شأنه تطبيق هذا المبدأ . وبالتالي يحق لجهة الإدارة تعديل العقود الإدارية بإرادتها المنفردة إذا رأت أن دواعي المصلحة العامة تقتضي ذلك ، دون أن يحتج عليها المتعاقد معها بقاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " [2]

وقد أكدت ذلك المحكمة العليا الليبية بدائرتها الإدارية في حكم لها بتاريخ 17– 12 – 1994ف على حق جهة الإدارة المتعاقدة في تعديل العقد الإداري بالزيادة أو النقصان على أن لا تتجاوز هذه التعديلات الحدود المتفق عليها في العقد [3] .

نصت أيضا لائحة العقود الإدارية الحالية على حق الإدارة في تعديل موضوع العقد بالزيادة أو النقصان [4] . وبالتالي يتضح لنا أن لائحة العقود قد وضعت الحد الأقصى لمجموع التعديلات التي لا تجاوز نسبة (15%) وهو ما يحدث في عقود الأشغال العامة [5] .

يجب أن لا يؤدي التعديل بنسبة كبيرة إلى قلب اقتصاديات العقد فتزيد أعباء المتعاقد بما يجاوز الحدود الطبيعية المعقولة ، فيصبح وكأنه أمام عقد جديد ، عندها يحق له طلب تعديل أسعار العقد أو التعويض أو حتى المطالبة بفسخ العقد من القضاء . فإذا لم تتغير الظروف فلا يكون ثمة مبرر لتعديل العقد ويكون على الإدارة الالتزام باحترام شروط العقد كما تقررت عند ابرامه ، والقول بغير ذلك يؤدي

---

[1] طعن إداري رقم (13) ، السنة (23) قضائية ، مجلة المحكمة العليا ، السنة (14) ، العدد (3) ، 1978 ف ، ص 59 .
انظر أيضا ، د . عبد السلام علي المزوغي ، مرجع سابق ، ص 251 – 252 .

[2] د . محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري ، الجزء الثاني ، مرجع سابق ، 235 وما بعدها .
د . خالد عبد العزيز عريم ، القانون الإداري الليبي ، الجزء الثاني ، دار صادر ، بيروت ، 1971 ف ، ص 333 .

[3] طعن إداري رقم (44) ، لسنة (49) قضائية ، مجلة المحكمة العليا ، السنة (30) ، العدد (1) ، ص 39 .

[4] نصت المادة (99) في الفقرة (1) على أنه " لجهة الإدارة الحق في إجراء تعديلات في موضوع العقد بالزيادة أو النقص في حدود نسبة يتفق عليها في العقد على ألا يتجاوز مجموع هذه التعديلات ما نسبته (15%) من قيمة العقد الأصلية دون أن يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بأي تعديل في الأسعار..... وفي الفقرة الثانية " فإذا تجاوزت الإدارة نسبة التعديل كان للمتعاقد الحق في المطالبة بتعديل الأسعار بشأن الأعمال أو الكميات الزائدة عن الحدود السالف ذكرها بعد موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار التراضي والإذن بالتعاقد... وفي الفقرة الثالثة نصت على أحقية المتعاقد في أن يطلب من الجهة المتعاقدة تمديد مدة العقد للفترة المناسبة للتعديل العقد بالزيادة ... ولا يجوز للمتعاقد في هذه الحالة أن يطالب الجهة المتعاقدة بأية تعويضات نتيجة لهذا التمديد " ، لائحة العقود الإدارية المعمول بها حاليا ، مرجع سابق ، ص 474 .

[5] أ . نصر الدين مصطفى محمد الكاسح ، سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، جامعة التحدي ، سرت ، 2007 – 2008 ف ، ص 204 .

إلى إطلاق الحرية للإدارة في التحلل من التزاماتها التي تنشأ عن عقودها التي تبرمها تحت ستار حقها في التعديل وهو ما يتعارض مع المبادئ المسلم بها [1] .

أوضحت لنا دراسة سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ، بأنها ليست سلطة مطلقة بمعنى الكلمة ، وإنما أورد عليها القانون الإداري سواء في الفقه أو القضاء ، كأحكام المحاكم ونصوص اللوائح الإدارية ، قيودا لابد من مراعاتها عند استخدام الإدارة لسلطتها في التعديل ، إذ لابد أن يقتصر التعديل على نصوص العقد ، المتصلة بسير المرفق العام والخدمات التي يقدمها ، فعليها أن تراعي طبيعة المرفق العام ، وفقا لمساهمة المتعاقد معها في تسيير المرفق العام ، وإلا أدى تعديلها المبالغ فيه غير المتوقع في حدود التعديل من قبل المتعاقد ، إلى قلب اقتصاديات العقد فيكون المتعاقد حينها أمام نظرية فعل الأمير .

ثالثا : – سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها :

إن العقود سواء أكانت مدنية أم إدارية تقوم على مبدأ حسن النية في التنفيذ ، فإن إخلال المتعاقد بالتزاماته العقدية ينطوي عليه المساس بالمرفق العام موضوع العقد ، وطبيعيا أن تصبح الجزاءات التي يسمح بها القانون الإداري غير مألوفة في القانون الخاص ، حفاظا على تأمين سير المرافق العامة فتقوم سلطة الإدارة بتوقيع الجزاءات المالية ووسائل الضغط والإكراه والفسخ وتنفذ هذه الجزاءات عن طريق التنفيذ المباشر ، دون حاجة التجاء للقضاء أو النص عليها في العقد [2] .

جاءت أحكام قضاء مجلس الدولة الفرنسي والمصري لتبين المبادئ والقواعد القانونية التي تحكم سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ، وكما أن للقضاء أن يراقب الإدارة في استعمالها لهذا الحق ، ولا تقف رقابة القضاء في هذا الشأن عند حدود المشروعية وحدها ، بل تمتد إلى ملاءمة الجزاء للتقصير المنسوب للمتعاقد [3] .

نص مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه ، على سلطة الإدارة في توقيع الجزاء ، حين عدل عن نظرية كفاية العقد في ذاته ، وما تضمنه من نصوص جزائية ، بل أنه بعد ذلك اعترف للإدارة بحقها في توقيع الجزاء ، خارج نصوص العقد مع خضوع قرارها في توقيع الجزاء ، للرقابة اللاحقة للقاضي [4] ، ففي حكمه الشهير في قضية بلا نكو (Blanco) ، قرر " أن عدم النص في العقد الإداري

---

[1] د . محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 236 – 237 . د . فؤاد محمد مهنا ، مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مؤسسة شباب الجامعات ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص 120 . أ . حمد مفتاح صالح النويلي ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، أكاديمية الدراسات العليا ، بنغازي ، 2006 ف ، ص 142 .

[2] د . السيد محمد مدني ، مرجع سابق ، ص 448 . د . مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 90 .

[3] د . طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مكتبة القاهرة الحديثة ، 1970 ف ، ص 447 .

[4] حكم مجلس الدولة الفرنسي ، بجلسة 11 – 10 – 1929 ف ، المجموعة ، ص 892 . مشار إليه لدى ، د . حمدي ياسين عكاشة ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1998 ف ، ص 239 .

على جزاء معين لمخالفة بذاتها من المتعاقد مع الإدارة لا يعني بقاء تلك المخالفة دون جـزاء ، وإنمـا يمكن لقاضي العقد توقيع الجزاء المطابق للقواعد العامة " [1] .

قررت محكمة القضاء الإداري في مصر في حكم لها بتـاريخ 17 – 3 – 1957 ف ، نـصت فيه على خضوع الجزاءات لنظام قانوني غير معروف في القانون الخاص ، فاعتبرت الغرض من ذلك هو تأمين سير المرافق العامة وليس تقويم الاعوجاج في تنفيذ الالتزامات التعاقدية . وكما نص القـانون المصري في حكم له " في حالة فسخ العقد الإداري نتيجة إخلال المتعاقد بأي شرط من شروط العقـد فإنه يحق للجهة الإدارية المتعاقدة مصادرة التأمين المدفوع باعتبار أنه أحد الجزاءات المالية التي جرى العرف الإداري على اشتراطها في العقد الإداري والتي مردها إلى ما يتميز به العقد الإداري عن العقد المدني من طابع خاص " [2] ، وكما نص على الجزاءات في قانون رقم (89) لـسنة 1998ف بـشأن المناقصات والمزايدات المصري .

لم يختلف القانون الإداري الليبي عن القانون المقارن في النص على سلطة الإدارة في توقيـع الجزاءات فنص في الكثير من أحكامه على الجزاءات المختلفة للعقود الإدارية ، فنـصت أحـد أحكـام المحكمة العليا الليبية في جلسة بتاريخ 17– 12 – 1980 ف ، بأن " لجهة الإدارة أن تسحب المشروع من المقاول للصالح العام ، وللمحكمة سلطة الرقابة لتقدير مدى ملاءمة قرار السحب لما تنـسبه الإدارة للطرف الآخر من مخالفات ..." [3] . وفقا لما نصت عليه اللوائح الإدارية . فقضت في ثناياها علـى إنهاء العقد قبل انتهاء مدته إذا انتفى عنصر الخطأ من جانب الإدارة ، وهذا ما يجعل المطالبة بالتعويض من قبل المتعاقد معها لا يقوم على أساس من القانون [4] .

نصت اللجنة الشعبية العامة في لوائحها الإدارية [5] ، على أن إخـلال المتعاقـد مـع الإدارة بالتزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد ، يُعرضه لتوقيع الجزاءات من الإدارة دون الالتجاء إلى القـضاء وتكمن هذه الجزاءات في نص المادة (100) في غرامة التأخير ومصادرة التـأمين وسـحب العمـل والتنفيذ على حساب المتعاقد وأخيرا إلغاء العقد الإداري ، بإرادتها المنفردة نتيجة عدم التزام المتعاقـد

---

(1) حكم مجلس الدولة الفرنسي ، في جلسة 31 – 5 – 1907 ف ، ص 515 ، مشار إليه لدى ، د . حمدي ياسين عكاشة ، المرجع السابق ، ص 238 .

(2) طعن رقم (6969) لسنة (42) قضائية ، جلسة بتاريخ 27 – 2 – 2001 ف ، مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، ملحق الكتاب ، مرجع سابق ، ص 528 . د . محمود حلمي ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 291 .

(3) طعن إداري رقم (21) ، السنة (24) قضائية ، حكم المحكمة العليا ، منشور ، السنة (17) ، العدد (3) ، ص 47 ، مشار إليه لدى ، د . محمد صالح الصغير ، موسوعة المبادئ القانونية ، المجموعة الثانية ، من سنة 1979 ف حتى 1984 ف ، الجزءان الأول والثاني ، الطبعة الأولى ، دار الكتب القانونية ، بنغازي ، 2006 ف ، ص 185 .

(4) حكم للمحكمة العليا في إنهاء عقد الاستخدام ، طعن رقم (23) ، مجلة المحكمة العليا ، السنة (20) ، العدد (4) ، ص 41 بجلسة 12 – 9 – 1983 ف ، مشار إليه أيضا لدى ، د . محمد صالح الصغير ، المرجع السابق ، ص 189 .

(5) نصت لائحة المناقصات والمزايدات في ليبيا ، سنة 1972 ف ، (الملغاة) ، في المادة (17) ، على غرامة التأخير ، وكما نصت المادة (110) من لائحة العقود الإدارية لسنة 1980 ف ، على نفس الجزاءات التي نصت عليها لائحة العقود الحالية لسنة 2007 ف .

بالشروط المحددة في العقد المتفق عليه مع الإدارة [1] . ونلاحظ مما سبق أن حرية سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات مرتبطة بإنذار المتعاقد قبل توقيع الجزاء عليه ، فيما عدا غرامة التأخير التي هي جزاء بديهي ، يأتي لعدم تنفيذ العقد في المدة المقررة في العقد ، بل وأن سلطات الإدارة أجازت للجهة المتعاقدة توقيع الجزاء دون حاجة إلى إنذار المتعاقد وذلك وفقا لمقتضيات العقد [2] .

والحقيقة يتعين علينا ملاحظة ، تأثر المركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة عند توقيع الجزاءات حينما يحدث خلل في التوازن المالي للعقد الإداري ، في إحدى نظرياته كحدوث ظروف طارئة على العقد دون علم الإدارة ، باعتبار أن المتعاقد هو الأقرب للمشروع موضوع العقد ، كعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد ، فعندما توقع جهة الإدارة الجزاءات على المتعاقد ودون سبق إنذار [3] ، وبدون خطأ من المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري على أكمل وجه ، فإن ذلك المتعاقد يأتي في مركز المغبون وإساءة استخدام السلطة من قبل الإدارة ، وهذا ما قد يحرم المتعاقد من معاونة الإدارة لضمان استمرار العقد أو مطالبته بحقوقه وحرمانه منها في بعض الظروف .

رابعا : – سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة :

إن المصالح غير المتكافئة في العقد الإداري تكمن في تباين المصلحة العامة عن مصلحة الأفراد الخاصة ، حيث يجوز منها لجهة الإدارة تطبيق سلطتها في الإنهاء أو فسخ العقد الإداري أيا كان نوعه ودون خطأ من المتعاقد ، أو كجزاء بناء على خطأ المتعاقد متى اقتضت ذلك مصلحة المرفق العام ودون حاجة إلى اللجوء للقضاء ودون حاجة للنص على ذلك في العقد . وبذلك تنهي الإدارة العقد قبل

---

[1] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 475 . وكما نصت أيضا المادة (135) من نفس اللائحة على جزاء التأخر في توريد الكميات المتعاقد عليها بقولها " إذا تأخر المتعاقد التوريد المتعاقد عليه كليا أو جزئيا جاز للجهة المتعاقدة إعطاءه مهلة للتوريد على أن توقع غرامة التأخير وفق المادة (102) بحيث لا تجاوز نسبة (10%) من قيمة الكميات لم يتم أو تأخر توريدها ما لم ينص العقد على غير ذلك وإذا أدت الكميات المتأخرة إلى منع الاستفادة أو الانتفاع بما تم توريده فتوقع غرامة لا تجاوز نسبة (5%) ، من قيمة العقد الإجمالية... وتقوم الإدارة بشراء الأصناف التي لم يقم المتعاقد توريدها من غيره وعلى حسابه وتخصم من التأمين المودع من المتعاقد أو من مستحقاته قيمة الزيادة في الثمن مضافا إليها مصروفات إدارية بواقع (5%) .... وإذا قل سعر الشراء عن السعر الوارد بالعقد فلا يحق له المطالبة بالفرق وكما نصت على إنهاء التعاقد فيما يتعلق بالأصناف المشار إليها ومصادرة التأمين النهائي واقتضاء التعويض إن كان له مقتضى " . مشار إليها في اللائحة السابقة نفسها ، ص 490 .

[2] المادة (101) من لائحة العقود الإدارية الحالية ، المرجع السابق ، ص 475 .

[3] نصت المحكمة العليا الليبية بقولها " يتعين على الإدارة قبل توقيع جزاءات على المتعاقد معها في حالة تقصيره أو إخلاله بتنفيذ التزاماته اعذاره قبل توقيع الجزاء ، وذلك لكي يكون المتعاقد المقصر على جلية من أن جهة الإدارة متجهة إلى توقيع هذا الجزاء عليه فيعمل على تنفيذ ما هو مطلوب منه ، أو يدفع التقصير المنسوب إليه ويثبت للإدارة أنه لم يقصر حتى يتفادى توقيع الجزاء ، والاعذار قبل توقيع الجزاء هو القاعدة ، ولا تعفى الإدارة من هذا الالتزام إلا بنص صريح في العقد أو حالة الاستعجال والضرورة ، وتخضع جهة الإدارة لرقابة القضاء فيما توقعه من جزاءات على المتعاقد " طعن إداري رقم (8) ، لسنة (21) قضائية ، منشور ، السنة (11) ، العدد (3) ، بتاريخ 6 – 3 – 1975 ف ، ص 42 .

انتهاء مدته ولا يكون للمتعاقد إلا حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى ويجوز لـــه رد التأمينـــات التي قدمها [1] .

نظمت اللجنة الشعبية العامة في ليبيا سلطة إنهاء العقد الإداري تنظيما مشابها فـــي القـــضاء الإداري كفرنسا ومصر ، في لائحة العقود الإدارية الحالية في المادة (107) فنصت على " يجوز للجهة المتعاقدة أن تنهي العقد في أي وقت تشاء دون وقوع خطأ من جانب المتعاقد إذا اقتضى ذلك الـــصالح العام ، بشرط موافقة الجهة المختصة باعتماد إجراءات التعاقد . وتصرف بذلك مستحقات المتعاقد عمـــا تم تنفيذه من أعمال وترد إليه التأمينات التي قدمها مع تعويضه عن ذلك عند الاقتضاء " [2] . وأصدرت المحكمة العليا العديد من الأحكام بخصوص إنهاء العقد الإداري كحكمها الذي نـــصت فيـــه " ... بـــل للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد الإداري ، إذا قدرت أن ذلك يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويضات " [3] .

من مجمل ما تقدم ، نخلص بالقول أن سلطات الإدارة التي تخولها الحق في التصرف لتـــسيير المرفق العام بانتظام واطراد لتعلقه بالنظام العام ، ليست مطلقة تماما ، وإنما مقيدة بضوابط استقر عليها الفقه والقضاء ، فسلطتها التقديرية كسلطة الإنهاء مثلا مقيدة بهدف تحقيق المـــصلحة العامـــة ورقابـــة القضاء الإداري ، فيصبح القرار الصادر بالإنهاء غير مشروع إذا بُني على سبب غير سليم أو انحرفت عن تحقيق المصلحة العامة . وبالرغم من أن سلطة القاضي لا تدخل في إصدار الأوامر للإدارة وتقف على رقابة المشروعية دون الملاءمة [4] ، فإن على القاضي قدر الإمكان التحقق من جدية السبب الـــذي بنت عليه الإدارة الإنهاء [5] .

---

[1] د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 250 . وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا بمصر سلطة الإنهاء في أحكام عديدة منها " للجهة الإدارية إنهاء العقد الإداري قبل الأوان حتى ولو لم يرتكب المتعاقد معها أي خطأ إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام وليس للطرف الآخر الحق في المطالبة بالتعويضات إن كان له وجه . هذا على خلاف الأصل في العقود المدنية " طعن رقم (3567) ، السنة (44) قضائية ، جلسة بتاريخ 15 – 5 – 2001 ف . مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، الكتاب الثالث ، عوارض تنفيذ وإنهاء العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 259 – 260 .

[2] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 478 .

[3] طعن إداري رقم (63) ، السنة (23) قضائية ، منشور بتاريخ 30 – 11 – 1978 ف ، مجلة المحكمة العليا ، السنة (15) ، العدد (3) ، ص 69 .

[4] ومن هنا يختلف الفسخ الجزائي الذي توقعه الإدارة على المتعاقد نتيجة مخالفته لالتزاماته عن الفسخ الذي تقرره الإدارة بإرادتها المنفردة مراعاة لمقتضيات المرفق العام ، فحيث استقر القضاء الإداري الفرنسي على أن رقابة القضاء الفسخ الجزائي تشمل المشروعية والملاءمة وتقتصر في الفرض الثاني على رقابة المشروعية ، وهذا اختلف القضاء الإداري الليبي والذي لم يفرق بين نوعي الفسخ فقف المحكمة العليا الليبية على رقابة المشروعية دون الملاءمة ، د . عبد السلام علي العز وغي ، النظرية العامة لعلم القانون ، الكتاب الثالث ، مرجع سابق ، ص 294 . وحكم المحكمة العليا الليبية ، بجلسة 2 – 1 – 1980 ف ، طعن إداري رقم (21) ، لسنة (24) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (16) ، العدد (3) ، لسنة 1981 ف ، ص 9 – 10 .

[5] نصت المادة (83) من لائحة العقود الإدارية الحالية ، على اختصاص القضاء الليبي بالنظر في منازعات العقود المنصوص عليها في اللائحة ويجوز النص في العقد على الالتجاء للتحكيم بمشارطه تحكيم خاصة ، لائحة العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 467 .

نلاحظ أن سلطات الإدارة بالنسبة للعقود الإدارية المذكورة باللائحة المعمـــول بهـــا حاليـــا ، تخضع لتنظيم جهاز التفتيش والرقابة الشعبية [1] ، بأقسامه المالية والإدارية والفنيـــة ، فيتـــولى رقابـــة ومتابعة وفحص ودراسة القوانين واللوائح والقرارات النافذة ، وأيضا تخضع لرقابة الجهـــاز القانونيـــة والمالية عن التعاقد والصرف ، عقود التوريد والمقاولات والالتزام ، التـــي تكـــون أي مـــن الجهـــات الخاضعة للرقابة طرفا فيها ، ويكون من شأنها أن ترتب حقوقا والتزامات مالية ، تزيد عن قيمة كـــل منها (500 ألف دينار) [2] .

---

[1] حيث شمل الباب الأول من القانون رقم (2) لسنة 1375 و ر ، بتنظيم التفتيش والرقابة الشعبية ، التعريف بالجهاز وبيان أهدافه والجهات الخاضعة لرقابته فنصت المادة (2) بأن الجهاز " يعتبر الأداة الفنية للمؤتمرات الشعبية الأساسية في بسط رقابتها الشعبية على أموالها التنفيذية ، وهو هيئة مستقلة بتبع مؤتمر الشعب العام ، ويمارس التفتيش والرقابة وفقاً لأحكام هذا القانون ... " وأيضا نصت المادة (3) من نفس القانون على أن الجهاز " يهدف إلى تحقيق رقابة فعالة على أداء الجهات الخاضعة لرقابته ، ومتابعة أعمالها للتأكد من مدى تحقيقها لأهدافها ومن أن القائمين عليها والعاملين بها يؤدون مسؤولياتهم وواجباتهم المنوطة بهم طبقا للقوانين واللوائح والقرارات النافذة وأنهم يستهدفون في ذلك المصلحة العامة والحرص على سير المرافق العامة بانتظام واطراد وفق السياسات المرسومة لها من قبل المؤتمرات الشعبية الأساسية ... " للاستزادة أكثر في ذلك ، انظر إلى القانون رقم (2) لسنة 2007 ، بتنظيم التفتيش والرقابة ، منشور بمدونة التشريعات ،العدد (1) ، السنة (7) ، بتاريخ 4 – 3 – 2007 ف ، ص 12 وما بعدها .

[2] المادة (34) ، المشار إليها في المرجع السابق نفسه ، ص 21 .

المطلب الثاني

التزامات وحقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

بعد أن بينا ما للإدارة من سلطات تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها ، يترتب على تلك السلطات ، أن يتمتع المتعاقد مع الإدارة ببعض الحقوق وفقا للقوانين واللوائح والإجراءات المعمول بها ولكي يتحصل على حقوقه ، على الإدارة أن تلتزم باحترام شروط العقد ، كأن تؤدي للمتعاقد المقابل المالي المتفق عليه في العقد ، وأن تلتزم بأن تؤدي للمتعاقد الدفعة المقدمة المتفق عليها وتسليم موقع الأعمال خال من العوائق ، وعلى الإدارة أن تحترم مقتضيات مبدأ حسن النية في تنفيذ العقد ، وهذا الالتزام يجب أن لا يترتب عليه إهدار الإدارة لحقوق المتعاقد معها ، باعتبار أن حسن النية في تنفيذ العقود هو أصل مطبق سواء في العقود المدنية أو الإدارية [1] .

يتولد عن العقد الإداري التزامات مباشرة ، تنبع من ثناياه تتفق مع القوانين واللوائح ودفاتر الشروط ، وكما ينتج عنه التزامات غير مباشرة تتمثل في المسؤولية العقدية التي ترتب التزاما بالتعويض عن الخطأ العقدي سواء كان ذلك من جانب الإدارة أو المتعاقد معها بنصوص العقد . فأما المسؤولية دون خطأ فإن أساس التعويض ، يكمن في التوازن المالي للعقد وذلك عند استخدام الإدارة لسلطتها المشروعة ودون خطأ منها [2] . فيتعرض المتعاقد لتدخل الإدارة بتعديل شروط العقد بالزيادة أو النقصان ، مما يؤدي إلى مرونة التزاماته معها ، ليتبعها مرونة في حقوقه لمواجهة الإدارة . وسنتعرض لهذه الحقوق بعد أن نوضح التزامات المتعاقد تجاه العقد الإداري وذلك في الآتي :

الفرع الأول : التزامات المتعاقد مع الإدارة تجاه العقد الإداري .

الفرع الثاني : حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة .

---

[1] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 587 .

[2] د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 440 – 441 .

الفـــرع الأول

التزامات المتعاقد مع الإدارة تجاه العقد الإداري

يتعين الاعتداد بالعرف والعادات المرعية في العقود ذات الصلة بالأوضاع التجارية كمـا هـو الحال في عقود التوريد مثلاً ، إذ يرجع إلى العادات التجارية المرعية في هذه العقود لتكملة ما يكون بها من نقص في الشروط [1] . وقد أرست المحكمة الإدارية العليا بمصر أن حقوق المتعاقد والتزاماته على وجه العموم تحددها نصوص العقد ، ومن تلك الأحكام نصها على " أن حقوق المتعاقد مع جهـة الإدارة والتزاماته إنما تحدد طبقا لنصوص العقد الذي يربطه بجهة الإدارة وليس علـى أسـاس مكاتبـات أو منشورات أو كتب دورية تصدرها الوزارة إلى أجهزتها الإدارية المختلفة " [2] .

حتى يتحصل المتعاقد مع الإدارة على حقوقه في العقد الإداري ، عليه تنفيذ التزاماتـه المتفـق عليها في العقد [3] . ويشترك بالتالي العقد الإداري مع العقد المدني في الالتزامات العامة التي يجب أن يلتزم بها المتعاقد مع الإدارة ، ويتفق معظم الفقهاء في القانون الفرنسي والمصري والليبي على إيـراد التزامات المتعاقد في العقود الإدارية بوجه عام ، ومن هؤلاء الفقهـاء ، الـدكتور سـليمان الطمـاوي والدكتور عبد السلام علي المزوغي [4] ، وتكمن أهم تلك الالتزامات في أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقـد على مسؤوليته الخاصة ، وأن ينفذ التزاماته وفقا للشروط المحددة في عقده وما يصاحبها مـن وثـائق وعليه مراعاة حسن النية في تنفيذه للعقد وأن ينفذ التزاماته بنفسه ويحترم المدد المحـددة للوفـاء بهـا وأخيرا يشترط أن لا يمتنع المتعاقد مع الإدارة عن الوفاء بالتزاماته بحجة تقصير الإدارة [5] .

إلا أن العقد الإداري ينفرد ببعض الالتزامات المرتبطة بطبيعته ، والتي تكمن في اضـطلاع المتعاقد شخصيا بتنفيذ التزاماته ، فيلتزم بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ويحترم تحديد المدة المقرره في العقد [6] .

نصت لائحة العقود الإدارية الحالية في ليبيا ، في المادة (93) على التزام المتعاقد بالتشريعات النافذة ، في فقراتها الثلاثة " بأن يتبع في تنفيذه العقد الإداري أحكام التـشريعات المعمـول بهـا فـي

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 8 يوليو سنة 1927 ف في قضية " Les tiers " ، المجموعة ، ص 165 ، وقد طبق المجلس فيها إحدى العادات المتعلقة بتجارة الصوف ، مشار إليه لدى ، د . سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 417 .

[2] طعن إداري رقم (354) ، السنة (10) قضائية ، بتاريخ 1 – 2 – 1969 ف .

[3] سوف ندرس التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري وأثره وحالة استحالة تنفيذ العقد وذلك إذا طرأت ظروف طارئة أثناء تنفيذ العقد ، لذلك نحيل ذلك بالدراسة في الفصل الثاني من رسالتنا هذه ، ص 111 وما بعدها .

[4] د . سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 417 . د . عبد السلام علي المزوغي ، مرجع سابق ، ص 371 وما بعدها .

[5] د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 436 .

[6] د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 398 .

الجماهيرية ، وخاصة ما يتعلق بالعمل ومستحقات العاملين ، والضمان الاجتماعي والتأمين على الأعمال ويكون المتعاقد مسؤولا عن حفظ النظام بمكان تنفيذ العقد الإداري " [1] .

تبقى التزامات المتعاقد تجاه العقد الإداري ، في حالة حدوث ظروف طارئة ، التي تظل كما هي عليه ، فيستمر المتعاقد في تنفيذ التزاماته ، إلا إذا استحال تنفيذه للعقد ، فحينها يصبح أمام نظرية القوة القاهرة ، حيث يعفى المتعاقد من جميع التزاماته لينتهي بذلك العقد الإداري ، وسنتحدث عن نظرية الظروف الطارئة أكثر توسيعا في الفصل الأول والثاني من بحثنا هذا .

لاحظت دراستنا ، أن على المتعاقد الالتزام بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ولا يسمح له بإيقاف تنفيذ العقد ، أيا كان العذر وأيا كانت الظروف ، إلا في حالة وجود قوة قاهرة وإذا أخطأ المتعاقد في قيامه بتنفيذ التزاماته اعتبر ذلك خطأ جسيما ، يسقط التزامه فيجوز للإدارة إنهاء العقد الإداري ولا يجوز له مطالبتها بالتعويض . وأيضا يتعرض المتعاقد من قبل الإدارة لتوقيع الجزاءات عليه كتوقيع الغرامة عند تأخيره في تنفيذ العقد المتفق عليه ، وسحب العمل أو إلغاء العقد ، وهذا ما نصت عليه لائحة العقود الإدارية في ليبيا [2] .

وترى الباحثة ، أن التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيا ، ينتج عنه عدم جواز التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة ، وإذا ما حصل ذلك يظل المتعاقد الأصلي وحده مسؤولا عن تنفيذ العقد ، ومع ذلك فإنه قد تتفق الإدارة مع المتعاقد في حالات معينة كالتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن أو في حالة موت المتعاقد أو إفلاسه ، وذلك بترخيص سابق منها . وهذا ما سنرجئ الدراسة فيه عند الحديث عن أوضاع المطالبة بالتعويض استنادا لنظرية الظروف الطارئة [3] .

---

[1] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 472 .

[2] نصت المواد (100 - 102 - 103) على حق الإدارة في استحقاق غرامة التأخير وإلغاء العقد فنصت المادة (103) على " يجوز للجهة المتعاقدة إلغاء العقد الإداري أو سحب العمل من المتعاقد إذا تأخر عن البدء في التنفيذ أو تباطأ فيه على نحو ترى فيه الجهة المتعاقد أنه لن يتمكن من إتمامه في المدة المحددة بالعقد وذلك رغم تنبيهه كتابة بذلك ... إذا توقف عن العمل توقفا تاما ... وإذا انسحب من العمل أو تركه ..... " ، مشارا إليها في لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 475 وما بعدها .

[3] مشار إلى ذلك ، في موضع رسالتنا ، ص 139 وما بعدها .

الفـــرع الثاني

حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة

بعد أن عرضنا بالدراسة ، للالتزامات الإدارة التعاقدية بصفة عامة تجاه المتعاقد معها نجد أنها تعد ضمانات لحقوق المتعاقد ، وإلا تعرضت جهة الإدارة لجزاءات عند إخلالها بتلك الالتزامات تكمن في مسئوليتها العقدية لتعويض المتعاقد بحكم القاضي ، الذي يجبر الضرر لحق بالمتعاقد وتتعرض الإدارة لجزاء فسخ العقد ، الذي يقابل حقها في جزاء الفسخ في حالة إخلال المتعاقد ، ويصدر حكم فسخ العقد من قبل القاضي بناء على طلب المتعاقد . فيلزم أن يكون إخلال الإدارة جسيما حتى يحكم القاضي بجزاء الفسخ [1] . وتكمن بالتالي حقوق المتعاقد مع الإدارة في حصوله على المقابل المالي للعقد وحقه في إعادة التوازن المالي ، وسنوضح ذلك في الآتي :

أولا : – حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي .

إن الهدف الأساسي للمتعاقد من وراء تعاقده هو الحصول على الربح المتمثل في المقابل المالي المتفق عليه في العقد ، نتيجة لحق مكتسب إذا ما نفذ نصوص العقد الإداري على أكمل وجه ، وقد يحصل المتعاقد على المقابل المالي مباشرة من الإدارة ، كما في عقد الأشغال العامة وعقد التوريد أو قد يحصل على المقابل المالي من المنتفعين في عقد الالتزام بتسيير مرفق عام [2] .

يختلف المقابل المالي باختلاف العقود الإدارية ، والخدمات التي يقدمها المتعاقد . فهو يعد كثمن مثلا في عقود الأشغال العامة ، والتوريد والنقل [3] . ومرتب في عقود التوظيف ، وفائدة في عقد القرض ، وأما إذا كان المتعاقد يؤدي الخدمة للجمهور ، فهو عبارة عن رسوم يتقاضاها من جمهور المنتفعين للملتزم مقابل حصولهم على خدمة عقود الالتزام . وبالتالي يمتنع على الإدارة أن تعدّل من شروط التعاقد المتعلقة بالمقابل المالي ، بدون موافقة الطرف المتعاقد معها . والذي يحدث باتفاق الطرفين في نهاية عملية التعاقد ، سواء بطريق الممارسة أو المناقصة أو المزايدة ، وفق الإجراءات المقررة لذلك [4] . وقد نصت المادة (52) من اللائحة التنفيذية لجهاز التفتيش والرقابة الشعبية في فقرتها الثالثة على أن مهمة الجهاز " التأكد من ملاءمة الأسعار التي يتم التعاقد بموجبها في ضوء الدراسات التي تجريها الجهات المختصة لمعدلات الأسعار العالمية " [5] .

---

[1] د . سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 494 وما بعدها .

[2] أ . نصر الدين مصطفى الكاسح ، مرجع سابق ، ص 49 .

[3] نصت المادة (128) على " أن التسوية النهائية لمستحقات المقاول بعد انقضاء مدة الضمان وتسليم الأعمال تسليما نهائيا يسوى الحساب تسوية نهائية وتدفع للمتعاقد مستحقاته البنكية ويرد إليه التأمين النهائي إن كان بقيها أو المبالغ المحتجزة منه بما في ذلك المبالغ المحتفظ بها كضمان لحسن تنفيذ الأعمال ..." مشار إليها في لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 467 .

[4] د . عبد السلام على للعز وغى ، مرجع سابق ، ص 303 .

[5] اللائحة التنفيذية رقم (131) بتنظيم جهاز التفتيش والرقابة الشعبية ، لسنة 2008 ف ، مرجع سابق ، ص 16 .

الواقع أن اتفاقات المتعاقد مع الإدارة تعد اتفاقات ودية لا يظهر عليها مظاهر الإذعان ، لذلك عليهما أن يحترما الشروط المتعلقة بالمقابل المالي ، التي ينبغي فيها لجهة الإدارة أن تتصرف فيها للمتعاقد أتعابه كاملة دون مماطلة منها في ذلك وفقا للقوانين واللوائح .

أجازت المادة (85) من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في القانون المصري ، للجهة الإدارية المتعاقدة وعلى مسؤوليتها ، أن يصرف للمقاول في عقود المقاولات دفعات على الحساب ، وفقا لتقدم العمل المتفق عليه فتدفع الإدارة كحد أقصى (95%) من قيمة الأعمال التي تمت وفقا لمواصفات وشروط العقد ثم تدفع الإدارة (5%) المتبقية كتاب ضمان معتمد من أحد البنوك المحلية ... وكما يجوز للإدارة أن تمتنع عن دفع المقابل ، إذا رأت أن تقدم العمل أو سلوك المقاول غير مرضٍ "[1] . وكما عرفنا أنه لا يجوز دفع أية مبالغ نقدية مقدمة للمتعاقد مع الإدارة إلا بموافقة السلطات المختصة .

أشارت على ذلك المادة (53) من لائحة جهاز التفتيش والرقابة " بأن الجهاز يقوم قبل الموافقة على صرف أي مبلغ مالي ناتج عن أي عقد خاضع لرقابته بفحص ومراجعة المستندات والوثائق المتعلقة بالصرف والتأكد من مطابقة كل دفعة للشروط والأحكام الواردة بالعقد وتوفر الاعتماد المالي والكافي للصرف ، ... ويتعين على الجهات الخاضعة عقودها للرقابة المسبقة ، أن توافي الجهاز بكافة المستندات وكما يتأكد بأن القيمة المصروفة تتناسب مع الأعمال المنجزة وقت الصرف ، وأن العقود التي تزيد قيمتها عن مائة ألف دينار ولا تتجاوز خمسمائة ألف دينار ، على الجهاز أن يتحقق من سلامة إجراءاتها وصحة وثائقها "[2] .

لاحظت دراستنا ، أن المشرع في كل من فرنسا ومصر وليبيا ، قد خفف من قاعدة أن استحقاق المتعاقد للمقابل المالي ، لا يكون إلا بعد أدائه لجميع الأعمال المناط به تنفيذها ، على أساس أن المتعاقد قد يحتاج إلى مبالغ كبيرة ، في سبيل إعداد المشروع أو البدء في تنفيذه ، أو الاستمرار فيه فتكون هذه الاستثناءات الواردة في سبيل معاونة المتعاقد معها في دفع جزء من المقابل المالي ، مقابل ما تم تنفيذه من أعمال أو خدمات .

ثانيا : - حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري .

إن مدلول فكرة التوازن المالي تندرج في نظريات ثلاثة تكمن في نظرية فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية ونظرية الظروف الطارئة ، فتعد الأخيرة موضوع دراستنا في هذه الرسالة وسوف نرجئ الحديث بشكل موسّع عن التوازن المالي للعقد الإداري في الظروف الطارئة في الفصل الأول

---

[1] د . إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص 195 . د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 557 .

[2] اللائحة التنفيذية لجهاز التفتيش والرقابة الشعبية ، مرجع سابق ، ص 16 - 17 .

والثاني من رسالتنا [1] ، وسنخصص هنا دراسة فكرة التوازن المالي كحق من حقوق المتعاقد مع الإدارة ، فإذا كان اتصال العقد الإداري بنشاط مرفق عام ، هو الذي يبرر للإدارة أن تغيّر في التزامات المتعاقد معها ، فإن ذلك أيضا هو الذي يبرر ضرورة وجود التوازن المالي بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يستطيع أن يستمر في تنفيذ العقد [2] .

ظهرت فكرة التوازن المالي للعقد ، لأول مرة بمناسبة تدخل الإدارة في العقود الإدارية وخاصة عقد التزام المرفق العام ، وعقد الامتياز في القانون الفرنسي ، فترجع نشأة هذه الفكرة إلى ما ورد في تقرير مفوض الدولة الفرنسي (Leon blum) ، في نزاع شهير عرض على مجلس الدولة يعرف بقضية الشركة الفرنسية للترام وصدر بهذه المناسبة حكم المجلس بتاريخ 11 – 3 – 1910 ف جاء فيه " إذا انهار اقتصاد العقد من الناحية المالية ، وإذا كان استعمال السلطة المانحة للالتزام لسلطتها في التدخل قد أخل بهذا التوازن بين المزايا والأعباء أو بين الالتزامات والحقوق ، فلا شئ يحول بين الملتزم والالتجاء إلى قاضي العقد ، ليثبت أن التدخل رغم كونه مشروعا في حد ذاته وملزما له ، إلا أنه قد أصابه بضرر يستوجب التعويض " . ومنذ ذلك الوقت انتشرت فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية وأصبح مسلما بها في القوانين العربية كليبيا ومصر ، وأيدها الفقه الإداري رغم أن مجلس الدولة الفرنسي لم يحدد مدلول فكرة التوازن ، إلا أن القانون والفقه العربي أضفى عليها مجموعة من المبادئ والأحكام وطّدت تلك الفكرة [3] . فقد أخذت ليبيا بمصطلح التوازن المالي ، ونصت عليه في لوائحها الإدارية حيث نصت المادة (105) الخاصة بالظروف الطارئة بقولها " .. كان للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد إلى الحد المعقول .. " [4] .

وفي نهاية دراستنا التمهيدية لهذا الفصل ، الذي أنهيناه بدراسة حقوق المتعاقد مع الإدارة من خلال حصوله على المقابل المالي للعقد الإداري ، وعلى ضمان التوازن المالي ، سوف نعرض إلى دراسة نظرية الظروف الطارئة في الفصل الأول ، التي تعتمد على معاونة الإدارة للمتعاقد معها في استمرار تنفيذ العقد الإداري والتعويض الوارد عليها ، بهدف الإبقاء على طبيعة العقود الإدارية عند التعاقد ، رغم الظروف غير التعاقدية التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري .

---

(1) أنظر في موضع رسالتنا ، ص 53 وما بعدها ، أنظر أيضا ، ص 120 .

(2) د . جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 309 . د . محمود حلمي ، القضاء الإداري ، مرجع سابق ، ص 296 .

(3) د . عبد السلام على المزوغي ، مرجع سابق ، ص 309 – 310 . د . أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقود البوت ، دار النهضة العربية ، 2003 ف ، ص 218 . د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 584 .

(4) لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 478 .

الفصـــــل الأول

نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري

الفصـــل الأول

نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري

تمهيد : -

إن نظرية الظروف الطارئة تفترض وقوع ظروف لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين نتيجة التغير المستمر في الظروف الاجتماعية والاقتصادية ، وما يستتبع ذلك من ارتفاع لأسعار السلع والخدمات وما يسوده من أزمات ، أو ما يحدث من نوازل طبيعية كالفيضانات والزلازل وما يترتب عليها من إهلاك للحرث والنسل ، لكل ذلك ، فإن المتعاقد مع الإدارة يجد نفسه أمام صعوبة في تنفيذ التزامه قد تصل إلى حالة الاستحالة ، إن لم تصبه على الأقل بإرهاق مادي ويصبح العقد وسيلة لجلب الخسارة والشقاء بدلا من أن يؤدي من المفترض إلى السعادة . وسندرس في هذا الفصل ماهية نظرية الظروف الطارئة وتمييزها عن غيرها من النظريات المشابهة ، وأيضا نشأتها ومجال تطبيقها وشروطها وذلك فيما يلي :

المبحث الأول : ماهية نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

المبحث الأول

ماهية نظرية الظروف الطارئة

قد يواجه المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري ، ظروف استثنائية لم يكن يتوقعها أثناء إبرام العقد ، ويترتب على حدوثها زيادة الأعباء المالية ، وبالتالي يختل معها التوازن المالي للعقد ، مما يترتب على استمراره لتنفيذ العقد إرهاقٌ كبيرٌ ، ويؤدي ذلك إلى خسارة تؤدي بشأنها إلى قلب اقتصاديات العقد . وسنوضح هذا المبحث في المطالب التالية :

المطلب الأول : تعريف نظرية الظروف الطارئة وتمييزها عن غيرها .

المطلب الثاني : نشأة نظرية الظروف الطارئة .

المطلب الثالث : مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

المطلب الأول

تعريف نظرية الظروف الطارئة وتمييزها عن غيرها

تقول المحكمة الإدارية العليا المصرية في تعريفها لهذه النظرية وبيان أساسها ونطاق أثرها في ضمان التوازن المالي للعقد : (إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فهدف الجهة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة انجازها) [1] .

وسندرس هذا المطلب في فرعين كالتالي :

الفرع الأول : تعريف نظرية الظروف الطارئة .

الفرع الثاني : تمييز نظرية الظروف الطارئة عن غيرها من النظريات المشابه .

---

[1] د . محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 422 .

الفـــرع الأول
تعريف نظرية الظروف الطارئة

عرّف الفقيه الفرنسي بيكينو (Pequi gnot) هذه النظرية في كتابه " النظرية العامة للعقـود الإدارية " بأنها (إذا طرأت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ، وكان من شأنها قلب اقتـصاديات العقد ، بطريقة تجعل تنفيذه أمرا مرهقا وإن لم يكن مستحيلا ، ولم يكن في إمكان الطرفين المتعاقـدين توقع ذلك الإرهاق ، فإن للمتعاقد أن يطلب من الإدارة ، أن تساعده في تنفيذ العقد عن طريق مقاسـمته أعباء الظرف الطارئ ، في صورة تعويض يحسب على أساس العجز الذي يتحمله المتعاقد ، وبمراعاة كافة ظروف العقد) [1] .

عرّف الفقه المصري نظرية الظروف الطارئة بأنها " تتحقق عندما تختل اقتـصاديات العقـد اختلالا جسيما نتيجة ظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد ، ويؤدي هذا الاخـتلال إلى جعل تنفيذ العقد أكثر إرهاقا ، بما يترتب عليه من خسائر تجاوز في حدها الخسارة العادية المألوفة في التعامل ، فإن للمتعاقد الحق في طلب مساعدة جهة الإدارة ، للتغلب على هذه الظروف ومـشاركته في تحمل جزء من الخسارة التي حاقت به " [2] .

كما يقصد بنظرية الظروف الطارئة انه إذا استجدت أثناء تنفيذ العقد ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ولم تكن متوقعة عند التعاقد ، فترتب عليها أن أصبح تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد مـع الإدارة ، فإن الإدارة تلتزم إما بتعويضه جزئيا وبصفة مؤقتة ، وإما بتعديل شروط العقد للتلطيف مـن أثر هذه الظروف ، بما يسمح للمتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد دون إرهاق [3] .

إن مناط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن تطرأ خلال تنفيذ العقـد الإداري ، حـوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية ، أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقـدة ، أو مـن عمـل إنسان آخر ، لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ، ولا يملك لها دفعا وأن يكون مـن شـأنها أن تنزل به خسائر فادحة ، تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيما ، وبذلك تلتـزم الجهـة الإداريـة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها ، في احتمال نصيب من الخسارة التي لحقت به طوال فتـرة حـدوث الظرف الطارئ [4] .

---

[1] مشار إليه لدى ، د . عبد الحميد بدوي ، مراجعة الأثمان عند تغير الظروف الاقتصادية العامة ، مجلة العلوم الإدارية ، إصدارات الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية ، القاهرة ، بدون بيانات نشر ، ص 264 .

[2] د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 459 .

[3] د . ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص 188 .

[4] د . خميس السيد إسماعيل ، مرجع سابق ، ص 258 .

وقد أخذ التقنين المدني الحالي في مصر بنظرية الظروف الطارئة [1] ، فنص في المادة (147) فقـرة (2) على أن :

1 - العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون .

2 - ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ، لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول .

تقابل المادة (147) من التقنين المدني المصري المادة ذاتها من القانون الليبي ، والتي تحمل رقم (147) مدني في فقرة (1) ، حيث نصت على " مبدأ العقد شريعة المتعاقدين " . والمادة (105) مـن لائحة العقود الإدارية الحالية والتي عرفت الظروف الطارئة بأنها " إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها ، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا يهـدد المتعاقـد بخسارة فادحة دون أن يصبح مستحيلا ، كان للمتعاقد الحق في تعويض ، يرد التوازن المالي للعقد إلى الحد المعقول ، فإذا استمر قيام الظروف ولم يعد يرجى زوالها ، جاز إنهاء العقد بناء على طلبه [2] .

الحقيقة أن المادة (105) ، عند عرضها لتعريف الظروف الطارئة ، قد بينت تعريفها بالإشارة لحالة القوة القاهرة في قولها " فإذا استمر قيام الظروف ولم يعد يرجى زوالها جاز إنهاء العقد بناء على طلبه " نرى بأن لائحة العقود الإدارية قد أصابت عندما أوضحت بأنه حينما يستمر الظرف الطـارئ سيؤدى إلى استحالة معالجته ، فيتحول إلى قوة قاهرة يستحيل دفعها ؛ بسبب استمرارها على اعتبار أن الظرف الطارئ مؤقت يرهق المتعاقد فقط . إلا أنه يستمر في تنفيذ العقد وحينها سيـستحق المطالبـة بالتعويض .

نلاحظ من تواتر لوائح العقود الإدارية في ليبيا ، وعدم ثباتها من حيث الزمن أن لائحة العقود الإدارية رقم (263) لسنة 2000 ف ، لم يتم النص فيها على نظرية الظروف الطارئة فربما يعود ذلك إلى اكتفاء التشريع الليبي ، بما هو مستقر في أحكام القضاء الإداري أو القانون المدني رغـم أن أول لائحة للعقود الإدارية الصادرة بتاريخ 1980 ف ، قد نصت على النظرية في المادة (114) . ولم يتم ذكر الظروف الطارئة في اللائحة رقم (8) لسنة 2004 ف . ثم عادت اللائحة رقم (132) لـسنة 2005 ف لذكر الظروف الطارئة ، في المادة (112) وكما ألحقت ذلك بالمادة (113) الخاصة بنظرية

---

[1] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، دار إحياء التراث العربي ، لبنان ، 1952 ف ، ص 629 وما بعدها .

د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004 ف ، الكتاب الثاني ، تنفيذ العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 427 .

[2] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص478 .

القوة القاهرة ، ثم جاء ذكرها أخيرا في لائحة العقود الإدارية الحالية رقم (563) بتاريخ 1375 و. ر الموافق 2007 ف .

الحقيقة أن إغفال التشريع الليبي في بعض لوائح العقود الإدارية سابقة الذكر ، لنظرية الظروف الطارئة لا يمكن التسليم به على الإطلاق ، لأننا نرى أن ذلك سوف يؤدي إلى فقد ثقة المتعاقد مع الإدارة ، عند حدوث ظروف طارئة أثناء إبرامه لأنواع العقود الإدارية المختلفة ، لعدم وجود مادة تنظمها . فلائحة العقود الإدارية يجب أن تكون أكثر شمولية في عرضها لجميع ما يتعلق بالعقود سواء من ناحية إبرام العقد الإداري وتنفيذه والملابسات والمشاكل والعوائق التي تعيق استمرار تنفيذ العقد ، أو من ناحية أنواع العقود التي تعرضها اللوائح ، ورغم أن نظرية الظروف الطارئة تطبق وإن لم يتم النص عليها في العقد باعتبارها من النظام العام ، إلا أن ذلك لا يمنع من ذكرها ، حتى يتقدم المتعاقد للتعاقد مع الإدارة ، وهو يعرف مسبقاً أن حقوقه تنظمها لائحة أو نص .

وفي تقديرنا لذلك ضرورة هامة في العقود الإدارية والمدنية على السواء ، لِمَ للظروف الطارئة من أهمية كبيرة في مسار هذه العقود ، خاصة العقود طويلة الأجل التي تقوم على المشاريع الكبيرة وذلك كعقود مقاولات الأشغال العامة وعقود التوريد ، ومن أجل تدعيم نظرية الظروف الطارئة فإن القضاء الإداري والقانون المدني قد نص على هذه النظرية في أحكامه المتواترة كما وضحنا سابقا .

ثبت في أحكام المحكمة العليا الليبية بجلسة 9 -1- 980إف ، تحديد المقصود بالظروف الطارئة في مقام تطبيق هذه النظرية ما يلي (إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً . بل أثقل عبئا وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تتجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد ، إلى خسارة استثنائية وغير عاديه جاز للقاضي تبعاً للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف ذلك ، باعتبار أن نظرية الظروف الطارئة من الأمور المتعلقة بالنظام العام . لا فرق في ذلك بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص . يتعين على المحكمة التزام حكمها من تلقاء نفسها ، ودون حاجة إلى التمسك بها من جانب المدين (المتعاقد) . وقيام الحرب يعتبر من قبيل الظروف الطارئة التي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً كان للإدارة الحق في أن تساهم مع المتعاقد في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف) [1] .

نلاحظ أن المشرع الليبي يدخل في اختصاص المحاكم المدنية المنازعات الناشئة عن عقود الأشغال العامة والتوريد والتزام المرافق العامة ، فيكون الاختصاص بشأنها مشتركا بينها وبين دوائر

---

[1] طعن إداري رقم (31) ، لسنة (24) قضائية ، مجلة المحكمة العليا ، السنة (16) ، العدد (1) ، ص 16 .

نلاحظ أن المشرع الليبي يدخل في اختصاص المحاكم المدنية المنازعات الناشئة عن عقود الأشغال العامة والتوريد والتزام المرافق العامة ، فيكون الاختصاص بشأنها مشتركا بينها وبين دوائر القضاء الإداري ، وكما نص قانون (88) لسنة 1971 ف ، على اختصاصات دوائر القضاء الإداري على سبيل الحصر في نفس العقود التي يختص بها فنص في المادة (4) على " أن تفصل دوائر القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد " [1] . وهنا نلاحظ أن القانون المدني والقضاء الإداري نصا على اختصاصهما بالنظر في العقود الثلاثة سابقة الذكر فقط وبالتالي ترجع أهمية لائحة العقود الإدارية في تحديد أنواعها كما أوضحتها اللائحة الجديدة .

لاشك أن تداخل اختصاص القانون الخاص مع القانون العام يتعارض مع الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية ، وما يترتب عليها من تداخل سلطات القاضي واختلاف أساس واختلاف الأحكام في المجالين رغم وجود نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ، إلا أن ذلك يشمل عقود الأفراد العادية والتي تقوم على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، فهذا ما لا يوجد في نطاق القانون الإداري .

يرى الدكتور محمد عبد الله الحراري أن أساس التعويض الذي يستحقه المتعاقد عند حدوث الظروف الطارئة ، والمتمثل في قيام جهة الإدارة المتعاقد بالمساهمة معه في إعادة التوازن المالي للعقد لا يكمن في خطأ ارتكبته هذه الأخيرة ، وإنما في ضرورة التوفيق بين مبدأ استمرارية سير المرافق العامة بانتظام واطراد ومبدأ العدالة ، الذي يقتضي عدم تحمل المتعاقد وحده للنتائج المترتبة على الظروف الطارئة والتي لا دخل له فيها [2] .

من كل ما تقدم ، يمكن أن نحدد شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، دونما تفصيل في ذلك فسنترك الشرح والتفصيل في المطلب الخاص بشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، إلا أننا نرى أن نصنف الشرط الرابع أدناه الذي يرتبط باستمرار المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري ، من نتائج الظروف الطارئة وسندرس ذلك في الفصل الثاني من دراستنا لآثار النظرية :

1 - أن يحدث ظرف طارئ استثنائي عام وبدون تدخل المتعاقدين .
2 - أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه .
3 - إرهاق المتعاقد في تنفيذ العقد وليس استحالة التنفيذ .
4 - استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري .

---

[1] د . محمد عبد الله الحراري ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ، مرجع سابق ، ص 52 - 63 .

[2] أصول القانون الإداري الليبي ، الجزء الثاني ، وسائل مباشرة الإدارة الشعبية لوظائفها ، مرجع سابق ، ص 240 - 241 .

الفرع الثاني

تمييز نظرية الظروف الطارئة عن غيرها من النظريات المشابهة

إن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن عقدا أبرم في ظل ظروف عادية ، ثم وقعت أثناء تنفيذه حوادث استثنائية ، لم يكن في الوسع توقعها أو دفعها ، ويترتب على وقوعها أن تنفيذ الالتزام العقدي وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقا للمتعاقد بصورة تهدده بخسارة فادحة . إلا أن الأمر لا يكون دائما بهذا الوضوح فتختلط نظرية الظروف الطارئة بنظريات ونظم قانونية أخرى ، قد تصعب فيها التفرقة بينها وبين تلك النظم ، وتظهر تلك التفرقة في التطبيق العملي لكل منها . نذكر منها نظرية التوازن المالي للعقد ونظرية الصعوبات المادية ونظرية فعل الأمير ، والغبن اللاحق والإذعان ونظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص ، وأيضا تتميز أحكام نظرية الظروف الطارئة بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي . لنبين وجه التقارب والتباعد بينهما ، وسوف ندرس كل ذلك كما يلي :

أولا : – تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية التوازن المالي للعقد الإداري .

1 – إن نظرية التوازن المالي للعقد [1] ، تقوم على مقابلة الحق المعترف به لجهة الإدارة في تعديل العقد الإداري للمصلحة العامة ، بإصلاح ما يحدث للعقد الذي هي طرف فيه أما التعويض وفقا للظروف الطارئة يتم على الرغم من أن الضرر الذي وقع يرجع إلى سبب غريب عن جهة الإدارة وغالباً ما يكون حادثاً أو ظرفاً اقتصادياً [2] .

---

[1] إن محكمة القضاء الإداري المصرية قد أتيح لها أن تبسط فكرة التوازن المالي للعقود الإدارية وان تضعها في مكانها الصحيح ، في حكمها المطول في 30 يونيه سنة 1957 ، حيث يقول الحكم في إحدى فقراته " أنه من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق قدر الإمكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها ، اعتبارا بأن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلاً من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين وترتب على تعديل التزامات المتعاقد مع الإدارة زيادة أعبائه المالية ، فانه ليس من العدل ولا من المصلحة العامة نفسها أن يتحمل المتعاقد وحده تلك الأعباء ، بل يكون له في مقابل ذلك أن يحتفظ بالتوازن المالي للعقد تأسيساً على أن هذا العقد ينظر إليه كوحدة من حيث تحديد الحقوق المالية للمتعاقد ، فإذا ما انتهى تدخل الإدارة في العقد بالتعديل إلى الإخلال بهذه الحقوق حددت عند إبرام العقد ، فيجب إعادة التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه وبما أنه من حق الإدارة تعديل العقد حتى لو لم ينص عليه في العقد فإن ذلك يجب أن يقابله حق المتعاقد في تعويضه عما يلحقه من ضرر نتيجة لممارستها سلطة التعديل . ويقوم هذا التعويض على أنه لا يتصور أن المتعاقد مع الإدارة يقبل معاونتها في تسيير المرفق بالمجان وبغير مقابل ، بل الطبيعي أنه قرر ضمنا لتقديراته أنه سيظفر مقابل التزاماته العقدية بفائدة معينة وربح معلوم فإذا سلم للإدارة بحق التعديل تحقيقاً للمصلحة العامة ، فإن العدالة تأبى حرمان المتعاقد من حقه المشروع في الفائدة أو الربح الذي قدره عند إبرام العقد ... هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ، إذا قام في الاعتبار أنه من الأمور المسلمة كذلك أن تحقق الإدارة للمصلحة العامة ، فإنه لا يكون للمتعاقد وجه للشكوى مع حالة التعديل إذا عوضته إلا دارة بما يتناسب مع ما كان يقدره لنفسه من ربح أو فائدة عند إبرام العقود الإدارية قائمة على وجود تناسب بين الالتزامات التي تفرضها والفوائد التي يحتويها المتعاقد " أنظر في ذلك د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 418 وما بعدها . أنظر أيضا ، د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 507 وما بعدها .

[2] د . جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 329 .

نخلص مما سبق ، أن تعديل الإدارة لشروط العقد الإداري يجب أن يقوم وفق حذر شديد وهذا ما جاء به مجلس الدولة الفرنسي . وهو عكس ما جاءت به محكمة القضاء الإداري بمصر ، التي تعطي لسلطة التعديل خاصية تقديرية ومرنة تطبقها الإدارة ، مادام استعمال الإدارة لسلطتها في التعديل ، لا يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ، أو يخل بتوازنه المالي أو تغيير الملامح الأساسية لموضوعه .

ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع ، إلى عدة مبادئ بشأن التعديل منها قولها " أن جهة الإدارة لها سلطة تعديل العقد ، كلما اقتضت حاجة المرفق هذا التعديل ، وإذا كان التعديل يرتب أعباء على عاتق المقاول إلا أنه يتعين أن تكون هذه الأعباء في الحدود الطبيعية والمعقولة من حيث نوعها وأهميتها في نطاق موضوع العقد بحيث لا تتجاوز إمكانيات المتعاقد الفنية والمالية أو أن يكون من شأنها أن تقلب العقد رأسا على عقب بحيث يصبح المتعاقد وكأنه أمام عرض جديد ، ويقابل حق الإدارة في تعديل العقد الإداري أثناء التنفيذ حق المتعاقد معها في المحافظة على التوازن المالي للعقد وتعويضه عن الآثار المترتبة على هذا التعديل [1] .

أما عن نظرية الظروف الطارئة ، فإن الضرر الذي يحدث فيها ، لا دخل لجهة الإدارة بوجوده وغالبا ما يكون الحادث اقتصاديا ، يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب . إلا أن العقد يظل كما هو قائما وموجودا دون تعديل [2] .

2- إن التعويض على أساس نظرية التوازن المالي للعقد ، يكون كاملا عن جميع الأضرار التي تصيب المتعاقد ، ويؤكد هذا التعويض من خلال إرجاع فكرة التوازن المالي للعقد من حيث نشأتها ، وهو ما درسناه سابقا [3] .

أما التعويض في حالة الظروف الطارئة يكون مقصورا على معاونة ومساهمة الإدارة في مقدار الضرر ، أي أن التعويض يكون جزئيا لا يغطي كل الخسارة التي يتحملها المتعاقد ، وإنما يكون بالقدر الذي يمكّن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية ، فليس له حق المطالبة بالتعويض عن نقص أرباحه أو عن فوات كسب ضاع عليه [4] . وهذا عكس التعويض على أساس نظرية التوازن المالي للعقد الذي يقوم على أساس ما فات المتعاقد من كسب وما لحقه من خسارة .

خلاصة البيان ، أن فكرة التوازن المالي للعقد انقسمت إلى اتجاهين كما رأى الفقهاء فالجانب الأول ومنهم الفقيه الفرنسي بيكينو (Pequignot) الذي يرى بأن التوازن المقصود هو وضع نسبة حسابية دقيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه وهو أمر منتقد من الفقه ، أما الجانب الأخر وهو الراجح

---

(1) د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 130 .

(2) د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 512 .

(3) د . عبد السلام على المزوغي ، مرجع سابق ، ص 308 .

د. محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 433 .

(4) د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية وفقا لقانون المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، دار محمود للنشر والتوزيع ، 2007 ف ، ص 149 .

فقها وقضاء وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (De Laubadere) ، حيث يرى بأن التوازن المالي للعقد لا يخرج عن كونه توازنا شريفا بين الالتزامات والحقوق ولا يعني ذلك الجمود الحسابي المطلق ، وإنما يقصد أن مرونة التزامات المتعاقد مع الإدارة تقتضي مرونة حقوقه في مواجهة الإدارة [1] .

كما استند بعض الفقه المصري ومنهم الدكتور ثروت بدوي إلى ذلك الجمود الحسابي المطلق وأدى به القول بأن فكرة التوازن المالي ما هي إلا فكرة خطرة وغير صحيحة ، وبالتالي هي لا تبرر حق المتعاقد في التعويض . إلا أن هذا الاتجاه تعرّض للانتقاد من جانب الفقه المؤيد للنظرية ، فحيث يرى الفقه المصري أن فكرة التوازن المالي مجرد توجيه عام ، وتستهدف الإبقاء على طبيعة العقد كما روعي عند التعاقد ... ومن تم فمن المغالاة القول بأن هذه الفكرة خطيرة وغير صحيحة [2] .

لاشك أن هذا الاتجاه يتماشى مع رأينا بشأن الظروف الطارئة ، ولا نتفق مع الاتجاه الذي يصف نظرية التوازن المالي ، بأنها نظرية حسابية دقيقة تقوم على تعويض الإدارة للمتعاقد على أساس ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة ، حتى ولو كانت الظروف التي طرأت لا دخل للإدارة فيها وتكون هذه الظروف قد أخلت باقتصاديات العقد ، فالتوازن المالي للعقد يأتي وكأنه إعادة كفتي الربح والخسارة لوضعها الطبيعي ، وكأنه لم تحدث ظروف قلبت اقتصاديات العقد ، وعلى هذه الأساس تأتي فكرة التوازن المالي للعقد ملازمة لفكرة التعديل في العقود الإدارية بفعل الإدارة ، لأن التوازن المالي هو حق للمتعاقد والتزام على الإدارة .

وفي تقديرنا يجب أن لا يمس التعديل التوازن المالي للعقد سواء بالزيادة أو النقصان وإلا أصبح للمتعاقد الحق في طلب التعويض من جهة الإدارة . وإن لم تأخذ طلب المتعاقد بمحور الجد ، فإن للمتعاقد رفع دعوى التعويض إلى القضاء .

وضعت المحكمة العليا الليبية تعريفا للتوازن المالي في حكم لها ، أكدت فيه بأن ليس المقصود من ذلك التوازن الحسابي المطلق بقولها (متى كان العقد قد نص على إعادة التوازن المالي للعقد في حالة تحقيق شروط معينة فإنه لا مجال لإعمال نظرية الظروف الطارئة أو نظرية فعل الأمير وإنما يجب إعمال نصوص العقد على ضوء وقائع الدعوى والنية المشتركة للمتعاقدين ، إن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري لا تعني التوازن الحسابي المطلق ، وإنما تعني تصحيح الخلل الواقع في اقتصاديات العقد والذي ينشأ عنه زيادة في الأعباء المالية للمتعاقد ، تؤدي إلى خسارة محققة وكان عقد المقاولة المبرم بين الشركة الطاعنة والجهة الإدارية المطعون ضدها قد نص في المادة (7) من الشروط العامة على (أنه إذا وقع أي تغيير في القوانين واللوائح والقرارات ، والتي من شأنها وقوع أعباء تخل

---

[1] د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 528 .

[2] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 585 وما بعدها .

د . محمد سعيد حسين أمين ، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 1983 ف ، ص 580 .

بالميزان المالي للعقد ، يحق للمقاول اللجوء للمحاكم الليبية لتصحيح الوضع) وكان لا يدخل في مفهوم التوازن المالي للعقد ، طبقا لهذا النص مجرد وقوع فروق مالية نتيجة تغيير التشريعات الضريبية ... وإنما يجب أن تؤدي هذه الفروق ، إلى هذا الإخلال باقتصاديات العقد على النحو سالف الذكر .. وقضت المحكمة في حكمها ، بأن المبلغ الذي تطالب به الشركة الطاعنة ، كفروق ناتجة عن تعديل قانون الضرائب يمثل (2%) من قيمة الصفقة المتعاقد عليها ومن ثم لا يتحقق به الإخلال بالميزان المالي للعقد وإن كان يقلل من نسبة ربح الشركة بمقداره .. ومن هنا لا تكون ملزمة بتعيين خبير حسابي ...) [1] .

تتفق الباحثة بالرأي مع الاتجاه الذي ذهبت إليه المحكمة العليا في تعريفها السابق للتوازن المالي للعقد ، لأنها أعطته تعريفا تاما ، يؤدي إلى المعنى الحقيقي للتوازن المالي .

ثانيا : - تمييز نظرية الظروف الطارئة عن فعل الأمير ونظرية الصعوبات المادية .

1 - أوجه الشبه بين نظرية الظروف الطارئة والنظريتين الأخريين :

- نشأت النظريات الثلاثة نشأة قضائية : إن أحكام النظريات في تطور مستمر ، لارتباطها بالقانون الإداري الذي يتميز بالمرونة وعدم التقنين . فمثلا نظرية الظروف الطارئة في مصر ، قد نظمت تشريعاً في القانون الخاص ، يتعلق بكيفية العمل بها ، إلا أن مجلس الدولة المصري ليس ملزماً دائماً بأن يتقيد بنص المادة (147) مدني ، بل وبالقدر الذي يراه متفقاً مع مقتضيات القانون الإداري [2] .

- تشترك النظريات في (شرط عدم التوقع) على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ ، أما إذا كان الضرر متوقعاً ونص عليه في العقد ، فإن مسؤولية الإدارة في هذه الحالة تثار على أساس الخطأ أو التقصير في تنفيذ الالتزامات العقدية ، ولا يمكن أن تقام مسؤوليتها على أساس أحدى النظريات الثلاثة وإنما تسأل في نطاق المسؤولية التعاقدية العادية [3] . ونصت على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ المحكمة العليا الليبية في 21 - 11- 1974 ف ، بقولها " لا شك أنه طبقاً للمسلم به في أن النظريات الثلاث تقوم على أساس مسؤولية الإدارة بلا خطأ " [4] .

- تستهدف النظريات الثلاث إعادة الموازنة الاقتصادية للعقود الإدارية ، فتقوم على حكمة تكمن في مراعاة مدى صلة المتعاقد بالمرفق العام ومدى معاونته لجهة الإدارة في أداء وظيفتها [5] .

---

(1) طعن إداري رقم (5) ، لسنة (29) ، مجلة المحكمة العليا ، بجلسة 3 - 6 - 1984 ف ، السنة (2) ، العدد (4) ، ص 28 - 29 .

(2) د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 703 .

(3) د . عبد العظيم عبد المجيد مشرف ، الوجيز في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ص 352 .
أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، مرجع سابق ، ص 147 وما بعدها .

(4) مجلة المحامي الليبية ، تصدرها نقابة المحامين بالجماهيرية الليبية ، السنة (7) ، العددان (25- 26) ، يناير ، يونيه 1989 ف ، ص 28 .

(5) د . سليمان محمد الطماوي ، المرجع السابق ، ص 704 .

من خلال عرضنا لأوجه الشبه بين النظريات الثلاثة ، نرى أن المشرع في مجال القانون الإداري حينما أوجد تلك النظريات في تصورنا ، أراد وضع حد لِمَ تتمتع به الإدارة من سلطات خطيرة في مواجهة المتعاقد معها ، وبالتالي وضع حقوقا مقابلة للمتعاقد ، يتوازن بها مع سلطات الإدارة ، إنما شجّع الأفراد على التعاقد مع الإدارة ، مع تمتع الإدارة في نفس الوقت بحرية تمكنها من تحقيق الصالح العام .

2 – أوجه الاختلاف بين الظروف الطارئة والنظريتين الأخريين :

أ – من حيث تعريف النظريات الثلاثة : يعرف الفقه والقضاء في فرنسا ومصر عمل الأمير تعريفات متشابهه فيعرف " بأنه عمل يصدر من السلطة العامة دون خطأ من جانبها ، ينجم عنه سوء مركز المتعاقد في العقد الإداري ويؤدى إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن كافة الأضرار التي تلحقه من جراء ذلك ، بما يعيد التوازن المالي للعقد . وكما يعرف فعل الأمير الفقيه الفرنسي – دى لوبادير – بقوله " يسمى فعل الأمير كل إجراء تصدره السلطة العامة ويترتب عليه أن يكون من الصعب بل من المكلف أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد . ومن هذه الإجراءات التدخل في التنفيذ والذي يسمى بالمخاطر الإدارية التي تقابل فكرة المخاطر الاقتصادية التي تعالجها نظرية الظروف الطارئة [1] .

أما في ليبيا فقد عرفها الدكتور محمد عبد الله الحراري ، التي أسماها عمل الحاكم " هو إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة ، ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها ، بما يخل التوازن المالي للعقد ، ومن أمثلته قيام جهة الإدارة المتعاقدة تعديل شروط العقد بما يجاوز الحدود المعقولة المقررة أي بما يجاوز (15 %) من قيمة العقد أو قيامها بإصدار أمر بإيقاف العمل في المشروع موضوع التعاقد للصالح العام [2] .

كما عرفها الدكتور السيد محمد مدني بأنها " كل إجراء تتخذه السلطات العامة ويكون من شأنه أن يزيد في الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة أوفي الالتزامات التي ينص عليها العقد " [3] . ورغم أن لائحة العقود الإدارية لم تشر إلى نظرية فعل الأمير صراحة ، إلا أن المحكمة العليا اهتدت بالقضاء الإداري الفرنسي والمصري ، فقد تبنتها في العديد من قراراتها فحددت شروطها وآثارها ، ففي حكم للمحكمة العليا الليبية الصادر بتاريخ 21 – 2 – 74 ف ، بقولها " إذا كان الأمر الإداري بإيقاف العمل تتوفر به جميع الشروط اللازمة لتطبيق نظرية عمل الحاكم (فعل الأمير) ، وذلك بأن يصدر الأمر من

---

[1] د . عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد ، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري ، دار الولاء للطبع والتوزيع ، 1989 ف ، ص 20 .

د . عبد السلام علي العز وغي ، مرجع سابق ، ص 311 .

د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 441 .

[2] د . محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 242 .

[3] القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 457 .

الجهة الإدارية المتعاقدة ، ونشأ عنه ضرر للمتعاقد وحده ، ولم يشاركه فيه أحد أيا كانت درجة هذا الضرر وأن هذا الإجراء لم يكن متوقعاً ، فإن النظرية المطبقة في هذه الحالة نظرية فعل الأمير " [1] .

أما نظرية الصعوبات المادية ، فهي كل ما يصادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته من صعوبات ماديه ذات طبيعة استثنائية خالصة ، ولا يمكن توقعها بأي حال من الأحوال عند إبرام العقد ، وتؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً ، حتى تعطي الحق للمتعاقد في أن يطالب بكامل التعويض عما سببته له هذه الأضرار من صعوبات [2] . أما الظروف الطارئة منعا للتكرار فقد تعرضنا لتعريفها في بداية هذا المطلب .

ب – من حيث الفعل والنوع والمجال الذي تتحقق به المسؤولية في النظريات الثلاثة :

يرجع مصدر مخاطر نظرية عمل الأمير إلى المخاطر الإدارية ، ونظرية الظروف الطارئة إلى فكرة المخاطر الاقتصادية التي ليست من عمل الإدارة ، ونظرية الصعوبات المادية إلى الظواهر الطبيعية [3] . وكما يتميز الحادث أو العمل الضار في عمل الأمير ، كونه منسوباً إلى جهة الإدارة المتعاقدة ، أما الصعوبات المادية فإن العمل الضار يكون خارجاً عن إرادة الإدارة والمتعاقد معها [4] . إن نظرية عمل الأمير والصعوبات المادية لا تنطبق إلا في العقود الإدارية ، باعتبار أنهما نظريتان ابتدعهما القضاء الإداري الفرنسي لتطبق على كافة العقود متى توافرت شروط تطبيقها [5] . أما نظرية الظروف الطارئة يمكن تطبيقها على العقود الإدارية والعقود المدنية على حد السواء [6] .

إن الحادث في نظرية الظروف الطارئة يرجع إلى المخاطر الاقتصادية كارتفاع الأسعار ، أو مخاطر إدارية تكمن في الإجراء القانوني كإصدار الإدارة لتشريع أو قرار اداري عام ، يؤدى إلى قلب اقتصاديات العقد مما يترتب عليه إرهاق المتعاقد [7] . أما نظرية الصعوبات المادية فإنه لا يمكن أن يكون الحادث إجراءً تشريعياً لصدور قانون أو قرار إداري عام أو لائحة ، وإنما يرجع للظواهر الطبيعية . وبالتالي فإن الحادث في نظرية الظروف الطارئة أوسع منه في النظريتين الأخريين .

---

[1] د . محمد عبد الله الحراري ، المرجع السابق ، ص 243 .

[2] أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، مرجع سابق ، ص 148 .

[3] د . عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مرجع سابق ، ص 353 .

[4] المرجع السابق ، ص 147 – 149 .

[5] نلاحظ بأن نظرية الصعوبات المادية لا تجد مجال تطبيقها إلا على عقود الأشغال العامة ، باعتبارها نشأت في أحضانها ، إلا أن الفقه الفرنسي والمصري يرى أن تطبق على كافة العقود الإدارية بصفة عامة وعقود الأشغال العامة بصفة خاصة ، أنظر في ذلك ، د . إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص 308 – 309 .

[6] أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ص 147 – 149 .

[7] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 705 .

ج – من حيث شروط التطبيق :

إنه لا يشترط لتطبيق نظريتي فعل الأمير[1] ، والصعوبات المادية أن يبلغ الضرر حداً من الجسامة ، بل أنه يكفي أن يكون الضرر الذي أحاط بالمتعاقد ضرراً بسيطا . أما نظرية الظروف الطارئة فيشترط لتطبيقها ، أن يكون الضرر قد بلغ حداً من الجسامة ، جعلت من تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد ، أدت إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب [2] . إلا أن مجلس الدولة الفرنسي اشترط في حالة طلب الاستفادة من نظرية الصعوبات المادية ، في مجال العقود الإدارية الجزافية ، أن يكون الضرر مرهقاً للمتعاقد ويقلب اقتصاديات العقد كما في نظرية الظروف الطارئة [3] .

د – من حيث آثار النظريات :

إن التعويض في نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية يكون تعويضاً كاملاً ، يغطي كل الأضرار التي لحقت بالمتعاقد ففي فعل الأمير يشمل التعويض ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة أما الصعوبات المادية تكون عما أحدثته هذه الصعوبات من زيادة في التكاليف والأسعار ، إلا أن التعويض في العقود الإدارية عند حدوث الظروف الطارئة ، وتوافر شروط تطبيقها يجعل من التعويض جزئياً في جانب الخسارة الكبيرة التي لحقت بالمتعاقد [4] .

ثالثاً : – تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة :

تعني القوة القاهرة الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة ، وغير المتوقع والذي يستحيل دفعه ، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ التزامات المتعاقدين [5] . وفي تقديرنا أن نظرية القوة القاهرة ، تعني استحالة إمكانية الاستمرار في تنفيذ العقد ؛ بسبب حدوث ظروف قاهرة غير متوقعة وخارجة عن إرادة المتعاقدين ، تؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة ، فيجوز بالتالي للمتعاقد طلب فسخ العقد .

---

(1) " إن تدخل القضاء الإداري لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري ، تطبيقا لنظرية فعل الأمير مناط تطبيقه توافر شروط هذه النظرية ، ومن بينها شرط أن يكون الفعل الضار صادرا من جهة الإدارة المتعاقدة ، فإذا ما صدر هذا الفعل عن شخص معنوي عام غير الذي أبرم العقد ، تخلف أحد شروط نظرية فعل الأمير وامتنع بذلك تطبيق أحكامها ، ولكن ذلك الامتناع لا يحول دون تطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا ما توافرت شروطها " حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر ، طعنان رقما (1562) ، لسنة (10) قضائية ، ورقم (67) لسنة (11) قضائية بتاريخ 11 – 5 – 1968 ف ، مشار إليه لدى ، د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 323 .

(2) د . عبد العظيم عبد السميع مشرف ، مرجع سابق ، ص 354 .

(3) د . سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 707 .

(4) د . مفتاح خليفة عبد الحميد ، المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع الليبي ، مرجع سابق ، ص 238 – 354 .

(5) د . على محمد على عبد المولى ، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، 1991 ف ، ص 429 .

ويتضح مما سبق ، اختلاف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوه القاهرة ، وأيضا هنـاك أوجه تشابه بينهما ، وعلينا أن نبين ذلك في الآتي :

1 – أوجه الاختلاف بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة :

أ – من حيث شرط العمومية : إن الظرف الذي يتسبب في نشوء نظرية الظروف الطارئـة يجـب أن يكون عاما ، يشمل عدداً كبيراً من الأفراد ، أو يغطي مساحة إقليمية أو دولية واسعة ، أما نظرية القوة القاهرة فلا يتعدى أثرها شخص المدين أو المتعاقد [1] .

ب – من حيث مجال التطبيق : تطبق أحكام نظرية القوة القـاهرة فـي مجـال المـسؤولية العقديـة والمسؤولية التقصيرية ، أما في نظرية الظروف الطارئة فإن مجال تطبيقها يشمل المـسؤولية العقديـة دون غيرها [2] . وكما أوضحنا سابقا أن القضاء الفرنسي ، يطبق نظرية القـوة القـاهرة والظـروف الطارئة في مجال العقود الإدارية في أحكام القضاء المدني والإداري على حد السواء ، إلا أنه لا يطبق نظرية الظروف الطارئة في أحكام القانون المدني . وأكد المشرع الفرنسي ذلك بالعديد من الأحكام التي تطبق نظرية القوة القاهرة ، والأحكام التي ترفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المـدني وتمسكه بالقوة الملزمة للعقد ، وأن العقد لا ينفسخ إلا بحدوث القوة القاهرة التـي تجعـل تنفيـذ العقـد مستحيلا .

طبقت مصر أحكام النظريتين في العقود المدنية والإدارية بنص المواد (159 – 373 – 215) فنصت المادة (373) مدني على " أن الالتزام ينقضي إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه " [3] . والمادة (147) اداري سابقة الذكر .

ساير المشرع الليبي في لائحته العقود الإدارية الاتجاه المصري ، وطبق النظريتين في مجـال العقود الإدارية والمدنية ، ونص على الظروف الطارئة في المادة (147) مدني ، والمادة (105) مـن لائحة العقود الإدارية ، وكما نص على القوة القاهرة في المادة (106) من اللائحة الحالية ، وفي القانون المدني ، فقد نصت بعض المواد التي تدل على حدوث القوة القاهرة ، فنصت المادة (161) مدني علـى أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معـه الالتزامـات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه " [4] .

ج– من حيث الأثر : إن أثر نظرية القوة القاهرة يكمن في استحالة تنفيذ العقد استحالة مطلقة ، تـؤدي إلى حق المطالبة بفسخ العقد قضائيا . أما الظروف الطارئة فإنها تؤدي إلى إرهـاق المتعاقـد فتهـدده بخسارة فادحة ، ولكن لا يترتب عليها انفساخ العقد ، وإنما استمرار تنفيذه ، بمساعدة الإدارة للمتعاقـد

---

[1] أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، مرجع سابق ، ص 146 .

[2] د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 440 .

[3] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 723 .

[4] د . محمد علي البدوي ، مرجع سابق ، ص 226 .

معها ، وإعادة التوازن المالي للعقد ، ومن هنا تتصف القوة القاهرة بالديمومة ، وتتصف الظروف الطارئة بالتوقيت وعدم الاستمرار [1] .

2- أوجه الشبه بين الظروف الطارئة والقوة القاهرة :

أ- ترتبط النظريتان في الحادث الذي يتسبب في حدوث الظروف الطارئة ، فقد يكون هو نفسه الحادث الذي يتسبب بخلق نظرية القوة القاهرة ، كحدوث الحروب أو الزلازل أو حدوث إضراب ، وقد ينشأ عن هذا الحادث استحالة تنفيذ العقد ، أو يجعله مرهقا فقط دون أن يؤدي إلى استحالة تنفيذه ، هذا عدا أن الحادث في كلا النظريتين ، يكون غير متوقعا ولا يمكن توقعه أو مقاومته أو تحمل نتائجه [2] . لذلك يجد بعض الفقهاء والقانونيين صعوبة في الفصل بين النظريتين .

ب – تتحقق النظريتان إذا كان الظرف الطارئ غير متوقع وقت إبرام العقد ، وبالتالي يعتبر أثر كل منهما معيقا لاستمرار تنفيذ الالتزام ، إلا أنهما يفترقان في اعتبار أن إعاقة القوة القاهرة للعقد أكبر منه في الظروف الطارئة ، مما تؤديه إلى إنهاء الرابطة العقدية ، بخلاف الظروف الطارئة التي تؤدي إلى رد التزامات العقد إلى الحد المعقول لتخفيف الإرهاق على عاتق المتعاقد ، ومن تم لن تجد نظرية الظروف الطارئة مجال تطبيقيا ، حينما يتبين أن العقد الإداري لن يعود له توازنه الأول [3] .

رابعا : – نظرية الظروف الطارئة والغبن اللاحق والاستغلال وعقود الإذعان :

يترتب على الغبن [4] ، أو الاستغلال انعدام التعادل بين التزامات كل من المتعاقدين ، فيعد الاستغلال الجانب النفسي الذي يؤدي إلى غبن أحد المتعاقدين . لذلك فإن الغبن هو المظهر المادي الذي يستدل به على الاستغلال ، عندما ينعدم التعادل بين التزامات المتعاقد المغبون والتزامات المتعاقد الآخر ، وتتوافر الشروط اللازمة للاستغلال ، وبهذا يعد الأخير عيبا من عيوب الرضا ، فيسري حكمه على جميع التصرفات التي تتوافر فيها شروطه [5] .

لاحظ واضعو التقنين المدني المصري ، العلاقة الخاصة بين الظروف الطارئة والاستغلال فجاء في مجموعة أعماله التحضيرية " أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة ليست على وجه الإجمال إلا

---

[1] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 741 .

[2] أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، مرجع سابق ، ص 145 .

[3] د . محمد محيي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2007 ف ، ص 531 ، د . عمر السبوي ، العقد الإداري والقوة القاهرة ، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية ، المجلد (13) ، السنة (14) ، 1994 ف ، ص 145 .

[4] يعرّف فقهاء الشريعة الإسلامية الغبن ، بأنه تملك مال بما يزيد على قيمته هذا من جانب الغابن ، أما من جهة المغبون فهو تملك مال بأكثر من قيمته ، فقد نصت المادة (129) مدني مصري بقولها " إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد بموجب العقد أو مع التزامات الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد ، إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا ، جاز للقاضي بناء على طلب المغبون ، أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد ... " مشار إليه لدى ، د. حسن علي الذنون ، د . محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الأولى ، 2002 ف ، ص 104 .

[5] المستشار أنور طلبة ، انحلال العقود ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004 ف ، ص 367 .
د . محمد علي البنوي ، مرجع سابق ، ص 128 .

بسطة في نطاق نظرية الاستغلال ، فالغبن إذا عاصر انعقاد العقد – وهو الاستغلال – أو كان لاحقا له (وهي حالة الحادث غير المتوقع) ، لا يعدم أثره فيما يكون للتعاقد من قوة الإلزام ، فقد يكون سببا في بطلانه أو في انقاصه على الأقل " [1] .

تتفق نظرية الغبن اللاحق [2] ، ونظرية الظروف الطارئة ، في أن الحادث أو الظرف الطارئ الذي يؤدي إلى الإرهاق واحد في النظريتين ، وكما تتفق كلاهما في الخلل الاقتصادي لتوازن العقد إلا أن الاختلاف يظهر بينهما ، في وقت حدوث الغبن أو الظرف الطارئ ، فالحادث الطارئ يحدث في حالة الغبن ، في الفترة ما بين الاتفاق على جميع شروط العقد ، وبين صيرورته اتفاقا نهائيا ، أي فترة التعليق . أما الحادث الطارئ أو الاستثنائي في نظرية الظروف الطارئة يحدث بعد الاتفاق النهائي وأثناء تنفيذ العقد ، أي بعد الانعقاد النهائي والبدء في التنفيذ . إذاً العبرة في الاستغلال بتحقيق الفداحة التي تكون بوقت إبرام التصرف ، ويقع عبء إثباتها على من يدعيها ، أما الفداحة التي تتحقق بعد ذلك يكون على هدي نظرية الظروف الطارئة ، لذلك يطلق على الغبن اللاحق الظروف الطارئة السابقة على التنفيذ [3] .

أما بالنسبة لنظرية الإذعان فقد نصت المادة (149) مدني ليبي ومصري على أنه " إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " [4] . ومن هنا فإن الإذعان شأن الاستغلال يصاحبه لحظة ميلاد العقد .

تتفق نظرية الإذعان مع الظروف الطارئة في أن كل منهما تتعلق بالنظام العام ، وأن القاضي يستطيع أن يتدخل لإزالة كل ما يتعلق بهما من ظلم وإجحاف ، وتختلف النظريتان في أن الاختلال المادي في نظرية الظروف الطارئة ، ليس كذلك في جميع صور الإذعان ، فالشروط التعسفية في عقود الإذعان قد تكون في صورة فرض حالة من عدم المساواة الشخصية ، مثل إعفاء المتعاقد القوي من المسؤولية أو إمكان إنهاء العقد بإرادته المنفردة ، أو حرمان الطرف الآخر من طلب التعويض عما

---

(1) د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 355 وما بعدها .

(2) ظهرت فكرة الغبن اللاحق كأثر لتقلبات الأسعار الحادة ، بسبب الأزمات الاقتصادية والحروب وبالنسبة لبيع العقارات فقط ، ورفض القضاء الفرنسي الأخذ بنظرية الظروف الطارئة . مشار إليه لدى ، د . محمد عبد الجواد محمد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين الفرنسي والمصري ، مجلة القانون والاقتصاد بمصر ، العدد (2) ، السنة (33) ، 1963 ف ، ص 148 .

(3) المرجع السابق ، ص 176 وما بعدها . المستشار أنور طلبة ، مرجع سابق ، ص 368 .
د . أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 ف ، ص 116 وما بعدها .

(4) د . عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ف ، ص 475 .

يلحقه من أضرار بسبب اختلال توازن العقد ، وأيضا يختلف الإذعان عن الظروف الطارئة في أنه يوجد لحظة إبرام العقد . أما الظروف الطارئة فإنها تنشأ بعد إبرام العقد وخلال تنفيذه [1] .

خامسا : - نظرية الظروف الطارئة في عقود القانون الخاص :

إن تغليب الصالح العام في العقود الإدارية ، لا يعفي الإدارة من احترام مبدأ حسن النية في التنفيذ ، فهو أصل يطبق في العقود الإدارية كما يطبق في العقود المدنية ، ولا يتفق وحسن النية أن تزيد الإدارة بعملها أعباء المتعاقد ، وأن تضع العقبات في طريقه بدلا من أن تعاونه في التنفيذ [2] .

إن مجال دراستنا للظروف الطارئة في العقود الإدارية ، التي يحكمها القانون الإداري العام سيوضح لنا الفارق بينها وبين نظرية الظروف الطارئة في عقود القانون الخاص . غير أننا سنبينها في هذا المجال بشكل عام . حيث أن الأصل في القواعد المدنية ، أن العقد شريعة المتعاقدين ولا يعفى أحد المتعاقدين من التزاماته قبل الطرف الأخر إلا القوه القاهرة ، التي يأخذ بها القانون الخاص والقانون العام على حد السواء . وحيث إن الإدارة قد تنزل منزلة الأفراد ، وتعقد عقودا مدنية ينطبق عليها القانون الخاص ، ومن البديهي إن حدثت هنا ظروف طارئة ، فإن أحكام القانون الخاص هي التي تنطبق عليها .

أكدت المحكمة العليا الليبية بقولها (أنه يبين من نصوص العقد أنه لا يعدو أن يكون عقدا مدنيا خاصا نزلت فيه جهة الإدارة منزلة الأفراد ، ولم تجره بما لها من سلطة عامة ، حيث لم يتضمن العقد أي شرط يميزه عن العقود المدنية الخاصة ، فضلا على أن العقود الإدارية التي يختص القضاء الإداري بنظرها ، حددها القانون رقم (88) لسنة 1971 ف ، بشأن القضاء الإداري في المادة (4) منه والتي جرى نصها على أن " تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد " ومفاد ذلك أن المنازعات الخاصة الإدارية التي يختص القضاء الإداري بالفصل فيها قد وردت على سبيل الحصر) [3] .

تأسيسا على ذلك ، نرى أنه تنطبق شروط نظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص على القانون الإداري ، بحيث تكون استثنائية وعامة وغير متوقعة ، وألا يكون في الوسع توقعها أو دفعها وتجعل من التنفيذ مرهقا للمتعاقد ، تهدده بخسارة فادحة وليس مستحيلا . وتختلف بذلك نظرية الظروف الطارئة في القانونين المدني والإداري من حيث النتيجة ، فقد وضحت ذلك الفارق ، ما جاءت به المادة (147) مدني ليبي ، في نصها " وهذه الشروط يجب توفرها سواء في نطاق القانون المدني أو

---

(1) أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، مرجع سابق ، ص 153 . د . محمد سراج ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ، مطابع سعد سمك للنسخ والطباعة ، 1994 ف ، ص 71 . د . عبد الحميد الشواربي ، مرجع سابق ، ص 133 . د . محمد على البنوي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، بدون بيانات نشر ، ص 68 .

(2) طعن إداري رقم (19) ، لسنة (23) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (15) ، العدد (3) ، 1979 ف ، ص 22 .

(3) طعن إداري رقم (34) ، لسنة (42) قضائية ، جلسة بتاريخ 8 - 3 - 1998 ف ، سنة وعدد المجلة غير منشورة .

الإداري ولا يختلفان إلا في النتيجة المترتبة على توفرها حيث يجوز للقاضي المدني أن يعدل الالتـزام بإنقاص التزام أو زيادة المقابل أن كان له محل " .

أما في القانون الإداري فلا يكون للقاضي ، إلا أن يحكم بالتعويض دون أن يتعرض لشروط العقد بالتغيير ، غير أنه يستطيع أن يفسخ العقد ، إذا ما استمرت الظروف الطارئة بحيث يصبح تنفيذ العقـد مستحيلا ، وهذا ما لا يستطيع القاضي المدني تطبيقه .

سادسا : – نظرية الظروف الطارئة بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي :

عُرفت نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية ، منذ بداية العصر الإسلامي وحتى وقتنا الحاضر ، وما يميز الدين الإسلامي من ثبات في الأحكام ومواكبة للتطور وكثرة القواعد الكلية والمبادئ العامة ، فقرر الدين الإسلامي مبدأ الطوارئ ، الذي ينبع من أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة والقواعد الفقهية المستنبطة منها [1] .

اختلفت نظرة فقهاء الشريعة الإسلامية في قياس نظرية الظروف الطارئة وانقسموا إلى مذاهب متعددة منها المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي . ففي نظرية تغير القيمة عند الفقه الحنفـي ، يجـوز تعديل العقد عند تقلب قيمة النقود ؛ بسبب كسادها أو رواجها أو تغير سـعرها أو ارتفـاع قيمتهـا أو انخفاضها أو اختفائها عن الأسواق ، أو قد يكون بصدور أوامر من السلطان أو الحاكم ؛ فيـنجم عنهـا اضطراب في سعر العملة الجارية في التداول [2] .

رغم اختلاف الفقه الإسلامي في نظرتهم للظروف الطارئة ، إلا أن آراءهم وقفت عند نفس الغاية التي نادى بها فقهاء الشريعة ، وهي معالجة أثر الظرف الطارئ ، ووضع الحلول المستنبطة من تعاليم الشريعة الغراء ، وبالتالي استقى الفقه القانوني أحكامه للنظرية من الفكر الإسـلامي ، إلا أنـه جعلهـا نظرية شاملة وعامة .

---

[1] لم يترك لنا الله شيئا إلا وخففه عليها ، فالدين الإسلامي لا يقر العنت ولا يرضى بالعسر والمشقة ، وبالتالي استنبط الفقهاء المسلمين أحكام نظرتهم للظروف الطارئة ، من خلال النصوص القرآنية كقوله تعالى " يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر " . سورة البقرة ، آية (185) وقوله تعالى " لا يكلف الله نفسا إلا وسعها " . سورة البقرة ، آية (286) ومن أقوال الرسول عليه الصلاة والسلام في رفع الضرر عن الناس " لا ضرر ولا ضرار " ، وقوله " الضرورات تبيح المحظورات " .

[2] أ . الهادي السعيد عرفة حسب النبي ، أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، جامعة الأزهر ، 1979 ف ، ص 206 .

وهذا ما جعلنا نبحث في أوجه التقارب والتباعد بين النظرتين لنفندها فيما يلي :

1 – أوجه التقارب بين نظرة الفقه الإسلامي والفقه القانوني للظروف الطارئة :

يتفق الفقه الإسلامي مع القانون ، أن العذر[1] ، (الظرف) الطارئ لا يشترط فيه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلا ، وإنما يكفي أن يكون مرهقا .

2 – أوجه التباعد بين نظرة الفقه الإسلامي والفقه القانوني للظروف الطارئة :

في الوقت الذي اشترط فيه الفقه القانوني ، أن يكون الحادث استثنائيا ، عاما كالحرب والزلازل فإن الفقه الإسلامي ، تطبيقا لِمَ أشارت إليه تعاليم الدين الإسلامي المنبثقة من القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة ، يكفي لتحقق العذر الطارئ كونه ضارا بمصلحة أحد المتعاقدين . فالظرف الطارئ في الفقه الإسلامي يمكن أن يكون عاما أو خاصا بالمدين ، لأن الأحاديث النبوية التي وردت في هذا الشأن لا تقتضي هذا الشرط ، لأن أمر النبي – صلى الله عليه وسلم – بوضع الجوائح عاما ، لم يتقيد بوصف خاص سواء كانت الجائحة عامة أهلكت كثيرا من الزروع ، أم كانت خاصة كقول رسولنا الكريم " إن بعت من أخيك تمرا فأصابته جائحة [2] ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئا بما تأخذ من أخيك بغير حق " [3] .

خلصت لنا الدراسة من خلال المقارنة ، بأن شريعتنا الإسلامية عرفت نظرية الظروف الطارئة قبل أن يعرفها القانون الوضعي بمئات السنين ، فكان لها الفضل في إرساء دعائم النظرية في القوانين العربية ، انطلاقا من أن الدين الإسلامي يرفع الحرج على العباد ويجعل لنا اليسر مفتاحاً للعمل ويرفع

---

[1] أخذ الفقه الحنفي بنظرية الظروف الطارئة متجسدة في العذر ، وهو الظرف الذي قد يحدث على العقد بعد أن يتم إبرامه . فالعذر هو عجز المتعاقد عن المضي في موجب العقد ، إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد . فالعذر عند الحنفيين يجيز فسخ العقد كعقد الإجارة سواء حدثت تلك الظروف للمستأجر أو للمؤجر ، ومن هذه الأعذار ، موت المستأجر أو المؤجر أو المرض الذي يصيب المستأجر ، ومنها أيضا انقطاع الماء عن الأراضي الزراعية أو كان يلحق المؤجر دين فادح لا يستطيع إيفائه إلا في بيع الشيء المؤجر ، عقارا كان أم منقولا ، وبعد عدول المستأجر عن العقد عذرا ، إذا قام على سبب يقدره تقديرا شخصيا ، بحيث لو أجبر على تنفيذه ، لكان في ذلك إرشامه على إتلاف شيء في بدنه أو ماله . مشار إليه لدى ، د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 633 . للاستزادة أيضا في هذا الموضوع أنظر مؤلف ، د . حسب الرسول الشيخ الفزاري ، مرجع سابق ، ص 50 .

[2] الجائحة جمع جوائح ، وهي في اللغة تعني المصيبة والشدة . مشار إليه لدى ، الإمام محمد بن عبد القادر ، مختار الصحاح ، دار القلم ، بدون بيانات نشر ، ص 116 .

وهي في الفقه " ما أصاب الثمرة من السماء مثل البرد والقحط والعفن والعطش وفعل الآدمي إذا كان غالباً كالجيش الجرار " . ويقع محل الجائحة على الثمار والبقول غالباً ، فقد أجمع فقهاء المالكية على أن الجائحة تكون في الثمار كثمار الذكية مثل الرمان والتفاح وغيره . ولكنهم اختلفوا في البقول لاختلافهم في تشبيهها بالأصل وهي الثمار . مشار إليه لدى ، د . محمد محيي الدين إبراهيم ، نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق ، ص 65 . مجلة القانون والاقتصاد ، مرجع سابق ، ص 25 . د . محمد سراج ، نظرية العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة فقهية مقارنة ، مطابع سعد سمك للنسخ والطباعة ، القاهرة ، 1994 ف ، ص 169 .

د . سالم إرجيعة الزوبي ، نظرية الجوائح بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مجلة الدراسات القانونية ، المجلد (14) ، السنة (15) ، منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، 1996 ف ، ص 166 وما بعدها .

[3] د . حسني محمد جاد الرب ، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة الأزهر ، القاهرة ، منشورات دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2006 ف ، ص 220 . أ . الهادي السيد عرفة ، المرجع السابق ، ص 166 .

عنا العُسر بأبسط الأمور . وتطبيقا لمبادئ العدالة والمصلحة العامة وحسن النية في المعاملات والعقود طبقت الشريعة الإسلامية قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، وهذا ما استقاه الفقه والقضاء العربي لقوله تعالى " يأيها الذين أمنوا أوفوا بالعقود " [1] .

المطلب الثاني
نشأة نظرية الظروف الطارئة

إن فكرة الظروف الطارئة فكرة قديمة قدم التاريخ ، ولكنها لم تستقر على منوال واحد خلال العصور المتلاحقة في القوانين والتشريعات المختلفة ، وارتبط ذلك مع وجود العقد الذي يعد وسيلة للتعامل بين البشر في جميع معاملاتهم ، مما أدى إلى تدبير حاجاتهم وإشباع رغباتهم وتوفير متطلباتهم وما قد يصاحبه من كوارث طبيعية أو ظروف لم تكن متوقعة ؛ نتيجة تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية ، وما يلحق ذلك من زيادة في ارتفاع الأسعار ، وهنا سيجد المتعاقد صعوبة في تنفيذ التزاماته التي تؤدي به إلى استحالة تنفيذ العقد إن لم تصبه بإرهاق ، فظهرت بذلك نظرية القوة القاهرة المصاحبة لاستحالة تنفيذ الالتزام ، فالأصل أنه لا تكليف بمستحيل [2] .

إن الظرف الطارئ لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد ، فيكون تنفيذه ممكنا ، ولكنه يسبب المشقة والإرهاق للمتعاقد . ومن هنا ظهرت نظرية الظروف الطارئة ، التي نؤصّل تاريخها في بحثنا باختيار بعض التشريعات والقوانين ، نشأت في ثناياها النظرية كإثبات لوجودها التاريخي . فنلقي إطلالة عليها في القانون القديم كالقانون الروماني والقانون الكنسي ، وسنقتصر دراستنا على القانون الفرنسي والمصري وقانونا الليبي ، وسنحاول في هذا المطلب أن نتتبع نشأة هذه النظرية وتطورها التاريخي بادئين بالقانون القديم . وتقسيمنا لنشأة الظروف الطارئة في تصورنا كالآتي :

الفرع الأول : نشأة الظروف الطارئة في القانون القديم .
الفرع الثاني : نشأة الظروف الطارئة في القانون الفرنسي .
الفرع الثالث : نشأة الظروف الطارئة في القانون المصري .
الفرع الرابع : نشأة الظروف الطارئة في القانون الليبي .

---

[1] سورة المائدة ، آية (1) .

[2] د . سعيد السيد علي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية ، دار أبو المجد ، 2005 ف ، ص 16 - 17 .

الفــرع الأول
نشأة الظروف الطارئة في القانون القديم

ليس لنظرية الظروف الطارئة تاريخ مستقل في القانون القديم ، وإنما يتصل تاريخها بتاريخ الالتزام وتطور مفهومه وتأثير مبدأ العدالة فيه ، فتقرر قيام سبب مشروع للعقد ، ومبدأ حسن النية في تنفيذه . وسندرس ذلك في القانون الروماني والقانون الكنسي :

أولا : – نشأة نظرية الظروف الطارئة في القانون الروماني :

يرى بعض الفقهاء بأن نظرية الظروف الطارئة لم تكن معروفة في القانون الروماني بينما يرى البعض الأخر أن القانون الروماني عرف هذه الفكرة ، ويستشهدون بذلك بما ورد عنهم في مجموعة جوستنيان (Digest) ومن أشهر أولئك الفقهاء الفقيه بول (Paul) الذي جاءت عنه العبارة المشهورة " ينقضي الالتزام إذا جد ظرف ما ، كان يمكن أن ينشأ فيه الالتزام مع ذلك فليس هذا صحيحاً في كل الحالات " [1] .

تستطيع القول بأن الرومان لم يأخذوا بنظرية الظروف الطارئة ، لشدة تمسكهم بالمذهب الفردي ومبدأ سلطان الإرادة . فما ينسب إلى الفلاسفة الرومان ، لا يحتمل الشك أو الغموض ، كما كانت أراء الفقهاء الرومان ، فما أتى به الفيلسوف شيشيرون (Cicero) بقوله " عندما يتغير الزمن يتغير الواجب " . وكما ورد عن سيشرون في كتابه الثاني عن الواجبات عبارة " المغالاة في الحق منتهى الظلم " وقد جاءت عبارة هذا الفيلسوف ليدم القاعدة القديمة ، التي تقرر التطبيق الحرفي لنصوص القانون ، حتى ولو أدى ذلك إلى الظلم والإجحاف ، ورغم ذلك لا يجب التنحي عن تطبيق نصوص القانون مهما تغيرت الظروف [2] .

جاء الفيلسوف سينيكو (Seneque) بقوله " أنا لا أعتبر حانثا لعهدي ولا يمكن اتهامي بعدم الوفاء ، إلا إذا بقيت الأمور على ما هي عليه ، وقت التزامي ثم لم أنفذه ... والتغير الذي يطرأ على أمر واحد ، يجعلني حراً في أن أناقش التزامي من جديد ، ويخلصني من كلامي الذي أعطيته ، ويجب أن يبقى كل شيء على حالته التي كان عليها ، في الوقت الذي تعهدت فيه لكي أستطيع المحافظة على كلامي [3] . وبذلك اتخذ الفلاسفة الرومان من المبادئ الأخلاقية أصلا للرجوع لنظرية الظروف الطارئة حيث لا تسمح لهم أخلاقهم كما يقولون بمطالبة المدين بالاستمرار في تنفيذ التزامه ، إذا تغيرت

---

[1] مجلة القانون والاقتصاد ، جمهورية مصر العربية ، السنة (33) ، العدد (2) ، 1963 ف ، ص 11 وما بعدها .
د . غازي عبد الرحمن ناجي ، التوازن الاقتصادي في العقد أثناء تنفيذه ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1986 ف ، ص 22 .
د . محمد عبد الجواد ، مرجع سابق ، ص 158 .

[2] د . حسن الرسول الشيخ الزاري ، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي ، رسالة دكتوراه ، مطبعه الجيزة ، 1979 ف ، ص 4 .

[3] أ . محمد عبد القادر أبو لبنه ، مرجع سابق ، ص 209 – 210 .

الظروف التي نشأ فيها العقد أو الالتزام ، وبذلك ظهر الشرط المشهور الذي يسمى بشرط بقاء الأمور على ما هي عليه ، أو الشرط الضمني [1] .

ثانيا : - نشأة نظرية الظروف الطارئة في القانون الكنسي :

أخذ الكنسيون بنظرية الظروف الطارئة ، حيث كانت عقودهم ترتبط بالعدل والإنصاف ، وكانوا يحرّمون الغبن في عقودهم ، فأخذ الكنسيون بنظرية الثمن والأجر العادل ، وقرروا الأخذ بمبدأ العدالة عند إبرامهم للعقود وتنفيذها ، فإذا حدثت ظروف أخلت بتوازن العقود الكنسية ، كان على المتعاقد أن يطلب من القاضي رد التزامه إلى الحد المعقول ، وأرجعوا ذلك إلى الشرط الضمني الذي نص على بقاء الأمور على ما هي عليه [2] . ومن هنا اتخذت قواعد الكنيسة فكرة القانون والعدالة ، وارتقى القانون الكنسي لأكثر من ذلك ، بحيث أصبحت تصرفات الإنسان خاضعة لرقابة الله ، والتزموا بأن تكون النية الحسنة مصدرا للإرادة الصحيحة ، ويكون الرضا أساس إبرام العقود الكنسية ، الذي يبنى على التساوي بين المتعاقدين ، فإذا ما تقاضى البائع من المشترى سعر غير عادل ، كان هذا البائع رابٍ ومرابٍ ، وبذلك اعتبروا الغبن والربا خطيئة تفسد خلالها علاقة الإنسان بربه [3] .

اعتمد فقهاء القانون الكنسي قاعدة تغير الظروف في القرن الثاني عشر ، ومنهم أصحاب مدرسة (بار تول) وبذلك قال بعض الفقهاء بأن نظرية الظروف الطارئة " قد تكونت في الضمير الخلقي أكثر مما تكونت في الضمير القانوني " [4] . وعلى اعتبار أن نعتبر قانون الكنيسة قد اعتمد على الفلسفة والأخلاق والمساواة بين المتعاقدين ، فإن القانون الكنسي يعتمد على ثلاث مبادئ رئيسية في المعاملات التي اعترف القانون الكنسي من خلالها بنظرية الظروف الطارئة ، وهي مبدأ الثمن العادل ومبدأ تحريم القرض بفائدة ، ومنه تحريم الربا ووجود شرط ضمني ببقاء الأمور على ما هي عليه وقت إبرام العقد فإذا ما تغيرت تلك الظروف فإنه يجب رفع الإرهاق على الطرف الضعيف [5] .

وننتهي بأن القانون الكنسي قد عرف نظرية الظروف الطارئة ، وأول من وضع الإطار العام لها الفيلسوفان سيشرون وسينيكو ، على اعتبار أن الدين المسيحي بُني أساسه على العدل والمساواة والأخلاق ، وما اسماه الكنسيون بعدالة التسامح . إلا أنه سرعان ما إنتحضت نظرية الظروف الطارئة في أوروبا ، بسبب ضعف نفوذ الكنيسة ، وانتشار المذهب الفردي الذي أدى إلى تطبيق مبدأ سلطان

---

[1] د . محمد محيي الدين إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 28 .

[2] د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 460 .
د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 366 .

[3] د . عبد السلام الترمانيني ، نظرية الظروف الطارئة ، دار الفكر ، سنة 1971 ف ، ص 10 .

[4] المرجع السابق ، ص 11 . د . محمد محيي الدين إبراهيم سليم ، المرجع السابق ، ص 30 .

[5] د . غازي عبد الرحمن ناجي ، مرجع سابق ، ص 28 – 29 .

الإرادة [1] . وقد طبقت نظرية الظروف الطارئة في العديد من الدول الأوروبية كألمانيا القديمة وانجلترا وسويسرا والنمسا [2] .

الفرع الثاني
نشأة الظروف الطارئة في القانون الفرنسي

لم تخرج القوانين في هذه المرحلة عما جاء به الفلاسفة الكنسيون والبارتوليون ، في معالجة أثر تغير الظروف ، فأستمر مشرعو أوروبا يقننون الأثر [3] . وسنتتبع حظ الظروف الطارئة في القانون الفرنسي .

أولا : – نشأة الظروف الطارئة في القانون المدني القديم [4] :

اعتنق فقهاء القانون الفرنسي مبادئ القانون الكنسي ، ثم انتقلت إلى القانون الفرنسي القديم ، ومن تلك المبادئ شرط بقاء الأمور على ما هي عليه ، فأخذ به بعض الفقهاء ، بعد أن طبق القانون قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فأصبحت القوة الملزمة للعقد من المبادئ المعترف بها في القانون الفرنسي القديم ، الذي أنكر بالتالي وجود نظرية الظروف الطارئة ، بقولهم حتى لا تؤدي إلى زعزعة قوة وثبات العقد ، وإنما يريدون المحافظة على العقد وفرض قوته الملزمة مهما بلغت شدة الظروف الطارئة ولكن إذا بلغت تلك الظروف بلوغ القوة القاهرة ، فهنا يفسخ العقد ويتحلل المدين من تبعة التزاماته التعاقدية ، فأكد تقنين نابليون (القانون المدني القديم) أن الاتفاقات بين الأفراد ، تقوم مقام القانون

---

(1) د . سعيد السيد علي . نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية ، سنة 2005 ف ، ص 20 .

(2) لاقت نظرية الظروف الطارئة قبولا عند فقهاء الألمان القدامى ومنهم الفقيهان هنري (Henri) ، وليز (Leyser) ، متأثرين بالطابع الكنسي ، ومن جانب القضاء صدرت ثلاث تشريعات طبقت الظروف الطارئة متمثلة في قانون ماكسيميليان (Maximilianeus) ، فقد نص " بأن كل الالتزامات تشتمل ضمنياً على شرط بقاء الأمور على ما هي عليه ، وتقضي هذه الالتزامات بتغير الظروف في حالة توافر شروط ثلاثة تكمن في الآتي :

1 – أن لا يرجع تغير الظروف إلى خطأ المدين أو تقصيره ولا بفعله .

2 – أن لا يكون من السهل توقع تلك الظروف للتغيير .

3 – أن تؤثر هذه الظروف أو التغيير في تنفيذ الالتزام بدرجة أنه لو كان المدين يعلم مسبقاً حدوثها لما أقدم على التعاقد عليها وذلك طبقاً لمنطق العادل الأمين ، وبذلك يكون جزاء العقد هو انقضاء الالتزام أو التعديل . مشار إليه لدى ، د . محمد عبد الجواد ، مرجع سابق ، ص 165 وما بعدها .

مشار إليه أيضا لدى ، د . محمد محيي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 39 . د . عبد السلام الترمانيني ، مرجع سابق ، ص 29 وما بعدها .

(3) أخذ الفقه الايطالي بنظرية الظروف الطارئة ومنهم الفقيه – دي لوكا – (De luca) ، وحدد الفقه شروط تطبيقها ومجالها ، فمن شروط تطبيقها ، أن ينشأ عند تنفيذ العقد ضرر عام أو ظلم بالغ . ويكمن مجال تطبيقها في العقود المستمرة والعقود متراخية التنفيذ ، ويكون جزاء العقد حين حدوث تلك الظروف تعديل العقد أو فسخه . ومنذ ذلك الحين أخذت المحاكم المدنية بتطبيق النظرية بعد أن رفضها المشرع الايطالي وظل القضاء الايطالي متمسكا بها حتى القرن التاسع عشر . لمزيد من التفصيل أنظر في ذلك إلى ،

د . محمد محيي الدين إبراهيم سليم ، المرجع السابق ، ص 36 . د . محمد عبد الجواد ، مرجع سابق ، ص 164 .

(4) يمثل هذا القانون عصر النهضة في القرنين الخامس عشر والسادس عشر وجزء من القرن السابع عشر .

فنص في المادة (1134) من القانون المدني الفرنسي القديم ، على أن العقد شـريعة المتعاقـدين ولا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لقوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً [1] .

تمسّك الفقهاء الفرنسيين الذين رفضوا وجود نظرية الظروف الطارئة ، بمبدأ سـلطان الإرادة ومن أمثالهم الفقيه دوما (Domat) ، والفقيه بوتييه (Pothier) ، ولكن هناك من الفقهـاء مـن تـأثر بمبادئ القانون الكنسي ، وأخذوا بشرط بقاء الأمور على ما هي عليه ، ومنهم الفقيه أندريه اسياتوس (Andre Alciat) ، والفقيه تيراقو (Tiraqueau) ، فانقسم الفقه الفرنسي إلى فريق المذهب الحـر الذي يعارض ويرفض النظرية وفريق المذهب الاجتماعي الذي يؤيدها ويدعوا إلى الأخذ بها ، ويرون بأن الإنسان له حقوق في المجتمع ويكون ذلك نتيجة حتمية للحياة المشتركة ، فيجـب أن تـتلاءم إرادة الإنسان مع الضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، لأن الإرادة في نظر مؤيدي النظرية لا تنشئ القاعدة القانونية بين الدائن والمدين ، وإنما هي شرط لتطبيقها ومن هنا تدخلت الدولة في وضـع العقـود إمـا بإضافة شروط تفرضها على المتعاقدين أو منع إدخال بعض الشروط على العقود ، فغلت بـذلك مـن سلطان الإرادة ، فتدّخل الحق العام من قبل السلطة العامة في الدولة [2] .

من مبررات مؤيدي النظرية استنادهم إلى مبدأ العدالة والتعسف في استعمال الحق ، وأنها تقوم على مبدأ أخلاقي فصاغ رأي فقهي نظرية الظروف الطارئة بالقاعدة القانونية التي تقول بأن " للقاضي أن يأمر بفسخ العقد أو تعديله ، إذا طرأت ظروف لا يمكن توقعها ، ويكون من شأنها أن تلحق بالمدين ضرراً فاحشاً ، وأن تصيب الدائن ربحا غير عادل ، من عقد لا يقوم على فكرة المخاطرة " [3] .

أخذ القضاء الفرنسي القديم بالنظرية ، ففي حكم لبرلمان جرينوبل (Parlement de Grenoble) بتاريخ 2 – 3 – 1634 طبق أحكام النظرية تطبيقا مباشرا ، ويكمن ملخص الحكم في (أن قيمة عقد إيجار أحد المخابز العمومية ، قد صارت تافهة بمرور الزمن ، بالقياس لارتفاع الأسعار وتكلفة الخدمات فقامت المحكمة بزيادة القيمة الإيجارية ، فكان أساس الحكم هو اعتبارات العدالة) [4] .

والجدير بالذكر ، أن الفقه والقضاء الفرنسي رغم ما تعرّضا له ، من أراء تارة مؤيـدة وتـارة رافضة للنظرية ، إلا أن غلبة الرأي المعارض استمرت في رفضها لنظرية الظروف الطارئة ، رغـم محاولات القضاء التعرض للنظرية بطريق غير مباشر . إلا أننا نرى بأن نظرية الظروف الطارئة لم تلقى التأييد والقبول الكبير لدى الفقه والقضاء الفرنسي القديم .

---

[1] د . سعيد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 21 . د . محمد محيي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 33 .

[2] د . حسب الرسول الفزاوي ، مرجع سابق ، ص 76 . د . محمد عبد الجواد ، مرجع سابق ، ص 161 .

[3] د . عبد السلام الترمانيني ، مرجع سابق ، ص 22 وما بعدها .

[4] مجلة القانون والاقتصاد ، مرجع سابق ، ص 16 . د . محمد محيي الدين محيي ، مرجع سابق ، ص 35 .

ثانيا :- نظرية الظروف الطارئة في القانون الفرنسي الحديث [*] :

درسنا بأن القانون المدني ظل معادياً لنظرية الظروف الطارئة ، ورفض تطبيقها في العديد من أحكامه ، حرصاً منه على استقرار المعاملات وتمسكه بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ومبدأ القوة الملزمة للعقد [1] . طبقت فرنسا نظام ازدواج القضاء ، الذي انقسم إلى محاكم مدنية ومحاكم إدارية ولكي نعرف ذلك ، علينا أن نعرض رأي كل منهما فيما يلي :

1 – موقف القضاء العدني الفرنسي : درسنا سابقا بأن المحاكم الفرنسية القديمة طبقت نظرية الظروف الطارئة في حكم برلمان جرينوبل ، إلا أن النظرية انتكست بعد فترة من الزمن من جديد رغم ميل قرارات المحاكم المدنية ، كمحكمة النقض على إقرار الظروف الطارئة والتلميح لها ، ولكن محاولاتها باءت بالفشل ، ولم تستطع أن ترسي مبادئ ونصوص تؤكد ذلك ، فعادت من جديد ورفضت تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، ولا يستطيع المدين التحلل من التزاماته ، إلا إذا بلغت الظروف مبلغ القوة القاهرة ، فحينها يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً [2] .

رغم محاولات محاكم الموضوع في فرنسا بالضغط على محكمة النقض ، ومحاولة إيجاد أساس لنظرية الظروف الطارئة كالقوة القاهرة ، إلا أنها محاولات غير موفقة ، لأن الظروف الطارئة لا تؤدي إلى استحالة التنفيذ على الإطلاق ، فحاولت المحاكم الأدنى من محكمة النقض ، إصدار أحكام تطبق النظرية ، ومن تلك المحاكم محكمتي روان (Rouen) ، وبوردو (Bordeaux) [3] .

ثم أعقبت هذه الأحكام الرفض من محكمة النقض الفرنسية ، وأظهرت ذلك في قراراتها التي واكبت مبدأ القوة الملزمة للعقد ، ونقضها المستمر لأحكام محكمة أول درجة ومحكمة الاستئناف وقولها بأن أحكامها تتعارض مع ما جاء به القانون المدني ، من أن العقد شريعة المتعاقدين ، وليس من حق تلك المحاكم الأدنى درجة منها تعديل الاتفاقات المبرمة بين الأشخاص ، حتى ولو كان متماشياً مع روح العدالة . وبعد اندلاع الحرب العالمية الأولى سنة 1914 ف ، وتغير الظروف الاقتصادية وازدياد أسعار السلع وانخفاض قيمة النقود أصدرت بعض المحاكم الفرنسية أحكام تطبق نظرية الظروف الطارئة . إلا أن محكمة النقض ظلت مستمرة في رفضها الدائم من تطبيق هذه النظرية .

2 – موقف القضاء الإداري الفرنسي : أخذ القضاء الإداري الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة وطبقها خلال الحرب العالمية الأولى وهذا خلافاً للقضاء المدني ، الذي رفض تطبيقها خلال أحكامه في القانون الخاص ، حيث طبق القضاء الإداري النظرية في مجال العقود الإدارية ، والتي خضعت لأحكام

---

[*] تمثل هذه المرحلة نهاية القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين وحتى القرن الحالي .

[1] د . عبد المنعم فرج الصده ، مرجع سابق ، ص 480 . د . سعيد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 21 – 22 .

[2] د . عبد السلام الترمانيني ، مرجع سابق ، ص 16 وما بعدها .

[3] حكم محكمة روان ، سنة 1944 ف ، قضى بتعديل شروط عقد كان يلتزم بموجبه متعاهد بتقديم خدمات للنقل البري بين مدينتي باريس وروان ، وقد بني الحكم على أساس أن إدخال خطوط السكك الحديدية في ذلك التاريخ جعل تنفيذ العقد مرهقاً بالنسبة طرفي التعاقد . وأصدرت محكمة بوردو نفس معنى الحكم في سنة 1852 ، انظر في ذلك ، د . حسب الرسول الزراوي ، مرجع سابق ، ص 109 .

القانون العام ، ثم انتقلت من القانون الدولي العام ، الذي ضمنّها لشروطه الضمنية في المعاهدات الدولية إلى القانون الإداري .

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي طبق أحكام النظرية ، قبل وقوع الحرب العالمية الأولى في حكم له بتاريخ 2 – 2 – 1846 ، بزيادة الأسعار لعقد أبرمته الإدارة مع أحد الأفراد ، واشترط مجلس الدولة ألا يكون توقع مثل تلك الظروف ممكناً عند إبرام العقد . وأيضا في حكم آخر أصدره مجلس الدولة سمح فيه بإجراء تعديل عقد اختل توازنه المالي بسبب الظروف التي نتجت عن قيام الحرب الفرنسية الألمانية . وحكم آخر للمجلس في سنة 1911 ف . ورغم كل تلك الأحكام التي تأخذ بنظرية الظروف الطارئة إلا أنه كان أشهر الأحكام وأطولها الحكم في قضية بوردو . والذي يعتبر بمثابة دستور لنظرية الظروف الطارئة ، لأنه احتوى معظم المبادئ والقواعد الرئيسية في تطبيق النظرية [1] .

ارتبطت النشأة القضائية لنظرية الظروف الطارئة ، بالحكم الشهير لمجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 30 – 3 – 1916 ف ، في قضية غاز بوردو ، فخرج المجلس عن القواعد القانونية التقليدية ، اعتباراً للمصلحة العامة ، حيث أن القضاء الإداري قضاء مرن ، لا يتقيد بنصوص قانونية كما يفعل القضاء المدني [2] . وتتلخص وقائع القضية أنه في سنة 1904 ف ، أبرمت الشركة العامة للإضاءة ، بمدينة بوردو عقد امتياز مرفق عام ، بتوريد الغاز والكهرباء لمدينة بوردو لمدة ثلاثين عاماً وذلك مقابل سعر محدد في عقد الامتياز ، تلتزم به الشركة عند تعاملها مع الجمهور ، ولكن عقب نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم ، الذي يعتبر المادة الرئيسية التي يستخرج منها الغاز إلى أكثر من ثلاث أمثالها [3] .

نتيجة لذلك الاضطراب الاقتصادي بسبب الحرب ، ارتفعت تكلفة الأيدي العاملة ، وكذلك نتيجة احتلال العدو الجزء الأكبر من مناطق إنتاج الفحم في أوروبا ، والاستيلاء على عدد من البواخر كانت كل تلك الظروف ، سبباً في اختلال اقتصاديات العقد اختلالا جسيماً . فصدر في سنة 1904 ف سعر توزيع الغاز في عقد الامتياز بمبلغ (18 سنتيمترا للمتر المكعب) ، على أساس أن سعر الفحم يساوي (23 فرنكا) ، فارتفع سعر الفحم سنة 1916 ف ، إلى أكثر من (73 فرنكاً) مما أدى إلى إرهاق الشركة وإلى صعوبة تنفيذ التزامها [4] .

---

[1] المرجع السابق ، ص 123 .

[2] أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، مرجع سابق ، ص 10 .

[3] د . حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص 308 .

د . محمد عبد الكثير بوثيفة ، مرجع سابق ، ص 214 .

[4] لقد توقع الطرفان المتعاقدان (بلدية بوردو والشركة الملتزمة) تغير سعر الغاز والكهرباء تبعاً لتغيير أسعار الفحم ، وكان أقصى تقدير توقعه أطراف العقد هو ارتفاع ثمن طن الفحم من (23) فرنكا إلى (28) فرنكا حيث كان أقصى سعر وصل إليه الفحم قبل ذلك هو 28,4 فرنكا وكان ذلك أثناء الحرب بين فرنسا وروما سنة 1874 مشار إليه لدى . د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها ، مرجع سابق ، ص 464 . د . علي محمد علي عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 26 .

لما نشبت الحرب العالمية الأولى سنة 1914 ف ، وحتى 1918 ف ، ارتفعت أسعار الفحم إلى (73 فرنكا) ، ازداد ازدياداً فاحشاً إلى (117 فرنكا) كسعر الطن من الفحم فتوجهت الشركة الملتزمة بالتوريد ، إلى بلدية بوردو باعتبارها السلطة مانحة الالتزام ، وطلبت منها مراجعة عقد الالتزام والسماح لها برفع الأسعار ، لأن البلدية رفضت طلب الشركة الملتزمة ، وتمسكت البلدية بتنفيذ عقد الالتزام ، بناء على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، لأن تنفيذ الشركة لالتزامها ، ليس مستحيلاً باعتبار أن الفحم موجود في السوق حتى ولو ارتفعت أسعاره [1] .

لم ترضَ الشركة بقرار بلدية بوردو ، فرفعت الأمر إلى مجلس الدولة الفرنسي ، طلبت تعويضها نتيجة الخسارة التي لحقت بها من ارتفاع أسعار الفحم ، فقرر مجلس الدولة مبدأ جديداً مستمداً من قاعدة دوام سير المرافق العامة ، خالف بها المجلس القاعدة المدنية القائلة " بأن العقد شريعة المتعاقدين " وبأن المدين لا يعفى من التزاماته إلا بحدوث قوة قاهرة [2] .

قرر مجلس الدولة الفرنسي ، تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وأقرّ مبدأ مقتضاه أنه إذا طرأت ظروف جديدة لم يكن في الإمكان توقعها ، وكان من شأنها أن تؤدي إلى اختلال اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً ، فإن هناك ما يبرر أن تساهم جهة الإدارة ولو مؤقتاً في تحمل جزء من الخسارة التي تلحق بالمتعاقد من جراء هذه الظروف [3] . ونتيجة لحكم المجلس أحيل طرفا النزاع إلى مجلس المحافظة للاتفاق على مقدار التعويض ، وفعلا تم الاتفاق بين الشركة وعمدة مدينة بوردو ، وبناء على طلب مجلس الدولة ، تم رفع سعر المتر المكعب من الغاز ، بنسبة تتراوح بين (0.18) إلى (0.20) سنتيمترا ، وبالتالي وضع الاتفاق نصف الزيادة تقريباً على عاتق الشركة [4] .

بعد صدور ذلك الحكم الشهير لقضية بوردو سنة 1916 ف ، بتطبيق نظرية الظروف الطارئة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، تعددت بعدها الأحكام التي طبقت النظرية ، فصدر بتاريخ 21 -1- 1918 ف ، قانون (Failliot) الذي أجاز للقاضي أن يحكم بفسخ عقود التوريد وجميع العقود التجارية الأخرى ، المعقودة قبل 1 - 8 - 1914 ف ، إذا أدى تنفيذها إلى إرهاق أحد المتعاقدين ، أو إلى تحميله خسارة فادحة تتجاوز ما كان متوقعا توقعاً معقولاً حين إبرام العقد ، وأعقبت هذه القوانين ، قانون الإيجار بتاريخ 9 - 3- 1918 ف الذي نص على تمديد مدة العقد . كما أصدر بتاريخ 16 - 6 - 1935 ف ، قوانين نص فيها على تنزيل تلقائي بمقدار (10%) عن بعض الديون واستمرت القوانين في الصدور ، التي راعت مبدأ العدالة التي رفضت محكمة النقض الأخذ به [5] .

---

(1) د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 634 .

(2) د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 535 .

(3) د . علي محمد علي عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 26 - 27 .

(4) د . محمد عبد العال السناري ، مرجع سابق ، ص 466 .

(5) د . عبد السلام الترمانيني ، مرجع سابق ، ص 28- 29 . أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، مرجع سابق ، ص 22 .
أنظر أيضا ، مجلة القانون والاقتصاد ، مرجع سابق ، ص 27 .

الفـــرع الثالث

نشأة نظرية الظروف الطارئة في القانون المصري

جاء القانون المدني المصري القديم على غرار القانون الفرنسي القديم ، فلم يتضمن نصا يقضي بإعمال نظرية الظروف الطارئة . غير أن القانون المصري لم يستمر في رفضه للنظرية على الإطلاق فسوف نبين ذلك في مرحلتين كالآتي :

أولا :- وضع النظرية قبل إنشاء القضاء الإداري سنة 1946 ف :

لم يأخذ القانون المصري القديم بنظرية الظروف الطارئة ، وحذا بذلك حذو القانون الفرنسي القديم فاستبعدت المحاكـــم المصرية (القضاء الوطني والمختلط) فسخ عقد المتعاقد مع الإدارة أو تعديله ، أو حتى منح المتعاقد تعويضاً ، في حالة وقوع ظروف طارئة ، تؤثر على استمرار التزام المتعاقد في تنفيذ العقد ، وعلى المحاكم أن تحترم القوة الملزمة للعقد ، وألا تتعرض له إلا إذا صـــار تنفيـــذ الالتـــزام مستحيلاً [1] .

رغم محاولة محكمة الاستئناف بتاريخ 9 – 4 – 1931 ف ، الأخذ بالنظرية كما جاءت فـــي القضاء الفرنسي ، إلا أن محكمة النقض نقضت حكمها بتاريخ 14 -1 – 1932 ف [2] . ومن وقـــائع محكمة الاستئناف " أن عقد إداري يتعلق بين متعهد (أحد الأفراد) بتوريد الذرة لمصلحة الحدود بسعر قدره (255) قرشاً للإردب وكان المطلوب توريد كمية قدرها (2128) إردبا ، وحينما حصلت ظروف طارئة ، تمثلت في ارتفاع أسعار الذرة إلى حوالي الضعف ؛ بسبب إلغاء التسعيرة الجبرية التي كانـــت موجودة عند إبرام العقد ، امتنع خلالها المتعهد بتوريد باقي الكمية المطلوبة بعـــدما ورّد منهـــا (136) إردبا فقط ؛ بحجة أن الاستمرار يسبب له إرهاقاً ، وأيضاً بسبب ندرة نوع الذرة المراد توريدها [3] .

رغم ما قدمه المتعهد من أعذار ، إلا أن مصلحة الحدود رفضت جميع ما قدمه المتعهـــد مـــن ظروف مرهقة حدثت له . واشترت مصلحة الحدود الذرة من السوق بـــسعر (500 قـــرش) ســـعراً للإردب الواحد . وقامت بوضع تلك الأسعار على نفقة المتعهد ، بحجة أن الالتزام لا ينقضي ولو صار تنفيذ شروط العقد مرهقاً ، وإعمالاً بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وأن على المتعهد تنفيذ شروط العقـــد إلا أنه لم يرضَ بهذا الإجحاف ، وقام برفع الدعوة إلى القضاء ، فقضيت محكمة أول درجـــة بـــرفض طلبه ، ثم قام بطلب استئناف الحكم وقضت محكمة الاستئناف لمصلحته .

---

[1] د . خميس السيد إسماعيل ، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات ، مرجع سابق ، ص 237 .

د . محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 20 .

[2] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 637 .

د . عبد السلام الترمانيني ، مرجع سابق ، ص 97 .

[3] د . محمد محيي الدين إبراهيم سليم ، مرجع سابق ، ص 61 .

انتهت محكمة الاستئناف إلى عدة مبادئ أقرتها ، يكمن بعضها في أن الدفع مقدم على جلب المصالح ، وأبدت أن الظرف الطارئ يختلف عن الحادث الجبري ، الذي تتحقق فيه استحالة التنفيذ الكلي ، أما الظرف الطارئ الذي تكمن فيه الاستحالة النسبية ، تتضح في حدوث الخسارة والإرهاق للمدين ، وأيضاً أن التنفيذ على حساب المدين يحقق نظرية الإثراء بلا سبب على حساب الغير والإفراط في استعمال الحق بغير سبب مشروع ، كل هذا يؤدي إلى ضرورة وجود نظرية ظروف طارئة [1] .

وجدير بالملاحظة ، أن ما جاءت به محكمة الاستئناف ، في المبادئ التي أقرتها يحمل في طياتها روح العدالة والإنصاف ، فكانت محكمة الاستئناف تحبوا بخطواتها نحو طريق العدل والعفو والإحسان . إلا أن إصرار رفض محكمة النقض لنظرية الظروف الطارئة ، وإقرارها بأن الشارع لم يبتدع هذه النظرية ، وبالتالي لم يقتصر رفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الأفراد فقط بل أيضاً اشتمل ذلك الرفض ، على رفض المحاكم المدنية تطبيقها على العقود الإدارية ، حيث كان القانون المصري القديم يدخل العقود الإدارية في ولاية القضاء المدني [2] .

استمر رفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مصر ، كما كان الرفض في القانون الفرنسي حتى الآن ، وفي مدى تقديسه لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، وظل القانون المصري يرفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، حتى اقتدى بالمشرع البولوني [3] ، وذلك بصدور القانون رقم (129) لسنة 1947 ف ، فأقر تطبيق نظرية الظروف الطارئة بالنسبة لعقد الالتزام ، ونص عليها في المادة (6) منه التي جاء فيها " 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 حسبما 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 خفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول " [4] .

كانت مصر أول دولة عربية تأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، وخاصة أن القضاء الإداري في مصر يختص بنظر المنازعات الإدارية ، في مجلس الدولة المصري الصادر بالقانون رقم (112) لسنة 1946 ف ، الذي من اختصاصاته مباشرة سلطات القضاء الإداري ، مستقلاً عن القضاء العادي

---

[1] المرجع السابق ، ص 62 . د . عبد السلام الترمانيني ، مرجع سابق ، ص 94 – 95 .

[2] د . محمد البنا ري ، المرجع السابق ، ص 20 .

[3] صدر القانون البولوني سنة 1932 ف ، وطبق نظرية الظروف الطارئة في المادة (269) ، فنصت بقولها " إذا جدت حوادث استثنائية كحرب أو وباء أو هلاك المحصول هلاكا كليا أو غيرها من النوازل الطبيعية ، فأصبح تنفيذ الالتزام محوطا بصعوبات شديدة أو صار يهدد أحد المتعاقدين بخسارة فادحة لم يكن المتعاقدان يستطيعان توقعها وقت إبرام العقد ، جاز للمحكمة إذا رأت ضرورة لذلك تطبيقا لمبادئ حسن النية وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره ، بل وان تقضي بفسخ العقد " ، مشار إليه لدى ، د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 641 .

[4] د . خميس السيد إسماعيل ، موسوعة العقود الإدارية والتعويضات طبقاً لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم (89) لسنة 1998 ، دار محمود للنشر والتوزيع ، 2004 ف ، ص 238 – 239 .

فضلاً عن اضطلاعه بمهام الإفتاء والتشريع . بدأ العمل بالقانون المدني الجديد ، رقم (131) بتاريخ 15 – 10 – 1949 ف الصادر سنة 1948 ف ، والذي قام بدوره بإلغاء القوانين المدنية القديمة القائمة على القضاء الأهلي والقضاء المختلط [1] .

سبق القضاء الإداري القضاء المدني ، في الأخذ بنظرية الظروف الطارئة ، وذلك في القانون رقم (128) لسنة 1947 ف ، الخاص بعقود الالتزام والذي نص في المادة (5) منه على تلك النظرية ، وقد سبق ذكر فحوى المادة (6) أما المادة (5) والتي نص فحواها على أنه " لمانح الالتزام دائماً متى اقتضت ذلك المنفعة العامة ، أن يعدل من تلقاء نفسه أركان تنظيم المرفق العام موضوع الالتزام وقواعد استغلاله ، وبوجه خاص قوائم الأسعار الخاصة به " . وذلك مع مراعاة حق الملتزم في التعويض إن كان له محل [2] . وبذلك جاء القانون المدني الجديد سنة 1949 ف لينقل تطبيق نظرية الظروف الطارئة إلى عقود القانون الخاص ، ونص على ذلك مباشرة في المادة (147) ، في الفقرتين الأولى والثانية استثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، ولعدم التكرار أشرنا إليها سابقا [3] .

ثانيا :- وضع نظرية الظروف الطارئة بعد إنشاء القضاء الإداري :

بعد أن تقررت نظرية الظروف الطارئة بنص تشريعي [4] ، وطُبقت على جميع العقود سواء المدنية أو الإدارية ، وبعد أن منح مجلس الدولة المصري الاختصاص العام ، بنظر كافة المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية ، قام بتطبيقها على جميع العقود الإدارية ، وذلك بصدور قانون إعادة تنظيم مجلس الدولة المصري رقم (9) لسنة 1949 ف ، الذي وسّع من اختصاصات محكمة القضاء الإداري في المادة (5) ، وجعل من اختصاصات المجلس النظر في جميع العقود الإدارية ، دون حاجة إلى نص تشريعي ، وذلك كعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد الإدارية ، التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر من العقد [5] .

نستخلص مما سبق ، أن نظرية الظروف الطارئة قد اندثرت في القانون الخاص وازدهرت في القانون العام ، وأنها بدأت في القانون العام كشرط ضمني في المعاهدات الدولية ، ثم انتقلت من القانون الدولي العام إلى القانون الإداري ، وأخيرا طُبقت هذه النظرية في القانون الخاص وتم تطبيقها بموجب المادة (147) من القانون المدني [6] .

---

[1] د . سعيد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 34 .

[2] أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، مرجع سابق ، ص 15 . د . عبد السلام الترمانيني ، مرجع سابق ، ص 100 .

[3] مشار إلى نص المادة (147) ، في موضع رسالتنا ، ص 50 .

[4] تعد مصر ثالث دولة تقر نظرية الظروف الطارئة تشريعيا بعد بولندا وإيطاليا ومن الدول التي أقرت النظرية تشريعيا اليونان والنمسا وتشيكوسلوفاكيا والمجر . مشار إليه لدى ، د . سعيد السيد علي ، المرجع السابق ، ص 36 .

[5] المرجع السابق ، ص 36 – 37 . د . على محمد على عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 40 .

[6] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 630 .

أما رأي الفقه المصري من هذه النظرية ، حدث بشأنه جدل كبير بين الفقهاء ، وكان أول من أثار ذلك الجدل الدكتور حامد زكي ، حيث انتقد اجتهاد محكمة الاستئناف انتقادا عنيفا ، وقال : " أن مبدأ احترام إرادة المتعاقدين مقرر في هذين التشريعين على نمط واحد " ، وكما يقول : " لو قرر القضاء المصري الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في العقود الخاصة سوف يؤدي إلى ارتباكات عنيدة تزعزع الثقة في العقود ، وكما انتقد الجزاء الذي رتبته المحكمة عند تطبيقها ، حين قضت بفسخ العقد من حيث كان ينبغي أن تقضي بتعديله ، فسوّت بذلك بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة في الحكم [1] .

إلا أن موقف غالبية الفقهاء كان في جانب تطبيق النظرية ومنهم الدكتور السنهوري [2] ، وكان الفقهاء قبل صدور القانون المدني الجديد في جانب نظرية الظروف الطارئة ، فانتقدوا القضاء المدني لرفضه تطبيق النظرية على العقود الإدارية قبل إنشاء مجلس الدولة في سنة 1946ف [3] . دعا فقهاء القضاء المدني للاقتضاء بأثر مجلس الدولة الفرنسي ، وذلك بأن يطبق نفس المبادئ التي يطبقها مجلس الدولة الفرنسي على العقود الإدارية ، بحجة أنه لم يكن لمصر مجلس دولة في ذلك الوقت ، فكان القضاء المدني هو الذي يفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ العقود الإدارية وانتهى الجدل في مصر إلى إقرار النظرية في القانون المدني الجديد ، وفي فرنسا مازال الجدل مستمرا فيها حتى الآن [4] .

لاشك كان للفقه والقضاء الإداري دور كبير في نشأة نظرية الظروف الطارئة ونظرية التوازن المالي للعقد . إذ أن هذا التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد إداري ، ومن حق المتعاقد أن يُعوّض بمقتضاه دون أي نص على ذلك في العقد [5] .

ثالثا : – تطبيق القانون المصري لنظرية الظروف الطارئة :

من أحكام محكمة القضاء الإداري حكمها الصادر بتاريخ 30 يونيه لسنة 1957 ف ، حيث تولى هذا الحكم تفصيل وتوضيح أحكام نظرية الظروف الطارئة فنص " على أن القضاء الإداري قد خرج من نطاق تطبيق قاعدة القانون الخاص ، أن العقد شريعة المتعاقدين ، وأنه شريعة اتفاقية وأن العقد يلزم عاقديه بما يرد الاتفاق عليه متى وقع صحيحا . خرج القضاء الإداري من نطاق تطبيق هذه القاعدة إلى مبدأ الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة استجابة لحاجة ملحة تقتضيها العدالة ، وبما أدخله من مرونة على مبدأ قوة العقد الملزمة في نطاق القانون الخاص ، وهو مبدأ لا يطبق في العقود الإدارية

---

[1] د . عبد السلام الترمانيني ، مرجع سابق ، ص 98 .

[2] نعى الدكتور السنهوري على محكمة النقض رفضها الأخذ بالنظرية لتخلفها عن القضاء الإداري الفرنسي في قبولها وقد عقّب على حكم النقض بقوله " قد نظرت إلى المسألة من ناحية القضاء الالتزام بالحادث الطارئ فلم تسلم بذلك ، وقد رأينا أن نظرية الظروف الطارئة تؤدي إلى إنقاص الالتزام لا إلى انقضائه ، فهي بهذا الجزاء المناسب نظرية عادلة وقد سبق القضاء الإداري القضاء المدني إلى الأخذ بها كما فعل في نظرية سوء استعمال الحق " ، المرجع السابق ، ص 99 – 100 .

د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 635 وما بعدها

[3] مجلة القانون والاقتصاد بمصر ، مرجع سابق ، ص 28 .

[4] د . سعيد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 36 .

[5] د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدة والمناقصات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 419 – 420 .

بنفس الجمود والإطلاق اللذين يطبق بهما في العقود المدنية ، بل يطبق تطبيقاً مرناً في شأن كل من جهتي الإدارة والمتعاقد معها ، تأسيساً على أنه إذا كانت هذه المرونة تطبق لصالح جهة الإدارة في بعض الظروف لتحقيق المصلحة العامة ، فإنه من الطبيعي أن تطبق تطبيقاً مقابلاً لصالح المتعاقد معها في ظروف أخرى ...) [1] .

يعتبر الحكم سابق الذكر ، من أهم الأحكام التي أرست نظرية الظروف الطارئة ، وأثبت لنا بأن الظروف الطارئة من ابتكار القضاء الإداري ، وأكد لنا هذا الحكم بأن الظرف الطارئ والمفاجئ لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً بل يجعله مرهقاً ، وقام ذلك الحكم على أساس العدالة والإنصاف . وبما أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على قواعد العدل والأنصاف ، فإن أساسها هو تضحية الطرفين المتعاقدين وليس إخلاء أيهما من التزامه ، بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة ، لا أن يتحملها أحد الطرفين فقط [2] .

لتقدير مدى الاختلال الواقع على العقد ، بسبب الظروف الطارئة يتعين الأخذ في الاعتبار جميع عناصره المؤثرة في اقتصادياته ، ومنها كامل العقد ومدته ، فيفحص في مجموعه كوحدة واحدة دون الوقوف على أحد عناصره وأساس ذلك أنه قد يكون في العناصر الأخرى ، ما يجزي ويعوض المتعاقد عن العنصر أو العناصر الخاسرة ، ومؤدى ذلك أن التعويض الذي تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع ، أياً كان مقداره والخسارة العادية المألوفة في التعامل ، وإنما أساسه تحمّل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققه وفادحة ، تتدرج في معنى الخسارة الجسيمة بغرض إعادة التوازن العقدي للعقد بين طرفيه في سبيل المصلحة العامة [3] .

أما بخصوص المقابل المالي المتفق عليه في العقد الإداري ، فإن قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 ف ، وقبل تعديله الجديد سنة 2005 ف ، لم يكن يسمح للمتعاقد مع الإدارة في المادة (55) بالنظر في المقابل المالي المتفق عليه ، حيث نصت بأنه " يلزم أن يراعي مقدم العطاء عند وضع أسعاره ثبات الأسعار طول مدة تنفيذ العقد ، ودون النظر إلى تقلبات الأسعار والعملة والتعريفة الجمركية وغيرها من الضرائب والرسوم " [4] .

---

(1) مشار إليه لدى ، د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 638 .

(2) المرجع السابق ، ص 639 . د . عادل عبد الرحمن خليل ، العقود الإدارية آثارها وتنفيذها وفقا لقانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 ف ، دار الثقافة الجامعية ، 1999 ف ، مرجع سابق ، ص 214 .

(3) الطعن رقم (3562) لسنة 1929 ف ، جلسه 16 - 5 - 1987 ف ، السنة (32) قضائية ، المجموعة ، ص 1235 ، مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، الكتاب الثاني ، تنفيذ العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 452 .

(4) قانون رقم (89) لسنة 1998 ف ، وتعديلاته ، مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، قانون المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية ، ملحق الكتاب ، مرجع سابق ، ص 52 .

إلا أن القانون المصري عدل عن رأيه السابق ، في حكمه الجديد الصادر بالقانون رقم (5) لسنة 2005 ف ، وذلك بإضافة المادة (22) مكرر من القانون والمادة (55) مكرر إلى اللائحة التنفيذية والذي سمح فيهما بالنظر في المقابل المالي المتفق عليه بقولها " في عقود المقاولات والأعمال التي تكون مدة تنفيذها سنة فأكثر ، تلتزم الجهة المتعاقدة في نهاية كل سنة تعاقدية بتعديل قيمة العقد وفقا للزيادة أو النقص في تكاليف بنود العقد ، التي طرأت بعد التاريخ المحدد لفتح المظاريف الفنية أو بعد تاريخ التعاقد على أمر الاستناد المباشر . وذلك وفقا لمعاملات يحددها المقاول في عطائه ويتم التعاقد على أساسها ويكون التعديل ملزما للطرفين " [1] .

ترى الباحثة ، أن المواد سالفة الذكر ، تؤكد على تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، في العقود الإدارية . وبالذات عقود المقاولات طويلة الأجل ، لأن من التزامات المتعاقد عدم جواز الدفع بعدم التنفيذ ، ثم أورد نفس القانون حالتين لا تسري عليهما المواد سابقة الذكر ، وهما العقود التي تكون مدة تنفيذها أقل من سنة ، ويتأخر تنفيذها إلى سبب يرجع إلى المقاول أو أن الكميات التي يتأخر المقاول في تنفيذها إلى ما بعد السنة الأولى من تاريخ فتح المظاريف الفنية أو الاستناد بحسب الأحوال لسبب مرجعه إليه وذلك في العقود الخاضعة للتعديل طبقا لأحكام القانون [2] . وأيضا نص القانون المصري في المادة (78) من قانون المناقصات والمزايدات الحالي على أنه " يجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة المقررة وهي (25%) مع موافقة الجهة المختصة " [3] .

---

[1] المرجع السابق ، ص 4 .

[2] د . أنس جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2002 ف ، ص 242 .

[3] د . محمد ماهر أبو العينين ، المرجع السابق ، ص 61 .

الفـــرع الرابع
نشأة نظرية الظروف الطارئة في القانون الليبي

أخذ المشرع الليبي بنظرية الظروف الطارئة ، وذلك سواء في مجال عقود القانون الخاص أو في مجال العقود الإدارية ، وستوضح دراستنا نشأة النظرية وفقا للقانون واللوائح فيما يلي :

أولا : – نشأة الظروف الطارئة بين القانون المدني والقانون الإداري :

أخذ القانون المدني الليبي بنظرية الظروف الطارئة ، مع كافة تطبيقاتها من القـــانون المـــصري فمرّت نظرية العقود الإدارية بمراحل من التحول التشريعي والقضائي ، وحيـــث أن القـــانون الإداري قانوناً غير مقنن ، فإن أغلب القواعد التي تحكم هذه العقود ، صاغها القضاء الإداري ، ولعل هـــذا مـــا أكدته المحكمة العليا الليبية بجلسة 26 – 2 – 1978 ف ، بقولها (القضاء الإداري ليس مجرد قـــضاء تطبيقي كالقضاء المدني ، بل هو في الأغلب قضاء إنشائي يبتدع الحلول المناسبة التي تتفـــق وطبيعـــة روابط القانون العام ، دون أن يتقيد بأحكام القانون الخاص التي لم توضع أصلاً لهذا الغرض) [1] . فقد نصت المادة (24) من قانون إنشاء المحكمة العليا سنة 1953 ف ، على " أن تفصل محكمة القـــضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الامتياز وعقود الأشغال العامة وعقود التوريد التي تنـــشأ بـــين الحكومة والطرف الآخر من العقد إلا إذا نص العقد أو القانون على خلاف ذلك " [2] .

اصدر المشرع الليبي سنة 1953 ف مرسوماً بإصدار قانون مدني جديد ، وإلغاء القانون المدني السابق ، وتم اقتباس هذا القانون من القانون المدني المصري مع اختلاف بسيط ، وفيه أخـــذ المـــشرع الليبي بأحكام نظرية الظروف الطارئة ، ونص عليها في المادة (147) من القانون المدني ، التي نصت في فقرتها الثانية " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة ولم يكن في الوسع توقعها وترتب علـــى حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهـــدده بخـــسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهـــق إلـــى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل أتفاق على خلاف ذلك " [3] . وهي تتفق في نصها وفحواها مع الـــنص الوارد في القانون المدني المصري والسوري [4] . ومن ثم قرر المشرع الليبي سريانها علـــى العقـــود المدنية .

---

[1] طعن إداري رقم (12) ، لسنة (22) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (2) ، العدد (4) ، ص 50 .

[2] تم تعديل قانون إنشاء المحكمة العليا الصادر سنة 1953 ف ، بالقانون 53 لسنة 1973 ف ، ثم عدّل بالقانون رقم (6) لسنة 1982 ف .

[3] د . محمد علي البدوي ، مرجع سابق ، ص 212 . وقد صدر القانون المدني في الجريدة الرسمية الصادرة في 20 – 2 – 1954 ف .

[4] د . عبد السلام الترمانيني ، مرجع سابق ، ص112 .

أصبح تطبيق نظرية الظروف الطارئة شاملاً عقود القانون الخاص والعقود الإدارية [1] ، دون حاجة للنص عليه في لائحة العقود الإدارية ، وقد طبقت المحكمة العليا نظرية الظروف الطارئة في العديد من أحكامها ، ففي حكمها الصادر بتاريخ 9 – 1 – 1980 ف ، تقول فيه (إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث ، أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً ، بل أثقل عبئاً وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك ، تتجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة استثنائية وغير عادية ، جاز للقاضي تبعاً للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ولا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف ذلك باعتبار أن نظرية الظروف الطارئة من الأمور المتعلقة بالنظام العام ، لا فرق في ذلك بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص . ويتعين على المحكمة التزام حكمها من تلقاء نفسها ، ودون حاجة إلى التمسك بها من جانب المدين المتعاقد . وقيام الحرب يعتبر من قبيل الظروف الطارئة التي يترتب عليها أنه إذا أصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً ، كان على الإدارة أن تساهم مع المتعاقد في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف) [2] .

يلاحظ في ثنايا حكم المحكمة العليا سابق الذكر ، بخصوص الظروف الطارئة ، تأكيدها للاختصاص المشترك بين دوائر القضاء الإداري والقانون المدني ، وهذا يعني تطبيق المشرع الليبي لأحكام النظرية في القانون الخاص . وينبني على ذلك أنه يحق للقانون المدني النظر في منازعات العقود الإدارية .

لاشك أن اتجاه المحكمة العليا لا يتماشى وفق تقديرنا مع طبيعة القانون العام ، ويظهر لنا ذلك في عدم تطور القانون الليبي في مجال العقود الإدارية ، لأن قواعد القانون الخاص تختلف عن قواعد القانون العام في مجالات كثيرة جدا ، منها العقود الإدارية وما فيها من مساس للمصلحة العامة وتحقيق المنفعة العامة وتسيير المرافق العامة ، رغم ارتباط القانونين بالنظام العام . وكما أن اختلاف ماهية العقود الإدارية عن العقود المدنية ، والتي تحمل في طياتها احتواءها على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، تهدف إلى تحقيق النفع العام ، بخلاف ما يهدف إليه القانون الخاص .

ثانيا : – نشأة نظرية الظروف الطارئة في لوائح العقود الإدارية : –

نصّت لائحة للعقود الإدارية ، الصادرة بتاريخ 6 – 5 – 1980 ف ، على نظرية الظروف الطارئة ، في المادة (114) ، بقولها (أنه إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها ، وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً ، يهدد المتعاقد بخسارة فادحة ودون

---

[1] د . مفتاح خليفة عبد الحميد ، المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع الليبي ، مرجع سابق ، ص 231 .

[2] طعن إداري ، رقم (31) ، لسنة (24) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (16) ، العدد (3) ، 1980 ف ، ص 16 .

أن يصبح مستحيلاً ، كان للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد إلى الحد المعقول ، فإذا أستمر قيام هذه الظروف ، ولم يعد يرجي زوالها جاز إنهاء العقد) [1] . ثم ألغيت لائحة العقود الإدارية سابقة الذكر ، بمقتضي قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (813) لسنة 1994 ف ، والتي ألغيت بدورها بمقتضي قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (263) لسنة 2000 ف ، فلم يرد في هذه اللائحة النص على نظرية الظروف الطارئة ، واكتفت اللائحة بالنص عليها في القانون المدني الليبي في المادة (147) [2] .

ثم صدرت لائحة العقود الإدارية بموجب القرار رقم (8) لسنة 2004 ف ، ولم يذكر في ثناياها نظرية الظروف الطارئة ، وفي تقديرنا لسنا مع عدم ذكر نظرية الظروف الطارئة في تلك اللائحة واللوائح التي سبقتها ، ولا يعني أن ذكرها في القانون المدني يكفي لتطبيقها ، ذلك لأن القانون المدني قد يتأثر بتطبيق قواعده ، التي تعتمد على إلزام المتعاقد بتنفيذ التزامه ، تطبيقا للقاعدة المدنية " العقد شريعة المتعاقدين " . وذلك وفقا لمبادئ القانون الخاص .

ثم عادت لوائح العقود الإدارية من جديد للنص على نظرية الظروف الطارئة بنفس المعنى السابق في المادة (112) ، ونصت على القوة القاهرة في المادة (113) [3] . واستمرت المادة (105) من لائحة العقود الإدارية الحالية على ذكر النظرية ، ونصت في المادة (106) على نظرية القوة القاهرة بقولها " يُعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذها مستحيلاً " [4] .

تقدير نظرية الظروف الطارئة في القانون الليبي :

نعيب على القانون الليبي عدم تطوره بتنظيم لائحة العقود الإدارية وهذا الخلط البيّن بين أحكام القانون العام والقانون الخاص في ثنايا أحكام هذه اللائحة ، وما يبين ذلك استمرار تأكيد المشرع في لائحته الإدارية ، على إشراك القانون الخاص بالنظر في منازعات العقود الإدارية مع القانون الإداري وكأن العقود الإدارية هي عقودا مدنية يحكمها القانون المدني ، وهذا ما اتضح لنا أيضا من فحوى نص المادة (83) من لائحة العقود الإدارية الحالية لسنة 2007 ف ، التي ذكرت أن القضاء الليبي يختص بالنظر في منازعات العقود الإدارية ، فتبين لنا أن إيراد اللائحة للفظي (القضاء الليبي) ، يحمل ضمنا معنى القانون الخاص والقانون الإداري ، وهذا يعني إجازة لائحة العقود الإدارية أيضا بنظر العقود الواردة فيها ، لأي من القانونين ، ويترتب على ذلك أن المحاكم المدنية قد تتأثر في الغالب بتطبيق قواعد القانون الخاص ، على كافة العقود بما فيها العقود الإدارية .

---

[1] لائحة العقود الإدارية بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة رقم (132) لسنة 2005 ف ، (ملغاة) ، ص 55 .

[2] أ . مفتاح علي الشيباني عمر ، مبدأ اللجوء للتحكيم في الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 23 .
أ . محمد عبد القادر بوليفة ، مرجع سابق ، ص 224 .

[3] لائحة العقود الإدارية (الملغاة) سابقة الذكر ، الموضع نفسه .

[4] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص478 .

ونرى أن المشرع الليبي من خلال ذكره لشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ، فإنها تسري على نطاق القانون الإداري باعتبار أن المادة (147) مدني قد تضمنت شروط تطبيق النظرية ، فعبرت بقولها أن يحدث الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه ، وأن يكون استثنائيا وعاما وأن لا يكون في الوسع توقعه ولا دفعه وأن يجعل التنفيذ مرهقا ، بحيث يهدد بخسارة فادحة ، ويشمل ذلك المدين في القانون الخاص والمتعاقد في القانون الإداري ، بحيث لا يكون تنفيذ العقود سواء كانت مدنية أم إدارية مستحيلا . وبالتالي طبق القانون الليبي نظرية الظروف الطارئة في القانون الخاص على العقود الإدارية في القانون العام ، وإنما اختلف تطبيق كليهما في النتيجة أو الأثر المترتب على تلك الظروف ، وذلك لاختلاف المراكز القانونية في القانون الخاص والقانون الإداري لوجود الإدارة المتمتعة بالشخصية الاعتبارية العامة كطرف في التعاقد . ومن هنا يجوز للقاضي المدني أن يُعدّل التزام المدين ، أو يزيد من المقابل المالي للعقد ، وفقا لكل دعوى على حدا ، لاختلاف المصالح الفردية ، بل وتصل سلطة القاضي إلى وقف تنفيذ العقد ، حتى يزول الحادث الطارئ .

إن القضاء سواء كان إداريًا أم مدنيًا ، عندما يعرض عليه نزاع بخصوص العقود الإدارية فإن المحكمة تستند في حكمها بالتذليل على الظروف الطارئة ، وفقا لذكر نص المادة (147) من القانون المدني حرفيا .

والواقع أنه ، في نطاق القانون الإداري ليس للقاضي تلك السلطات الواسعة ، كما في نطاق القانون الخاص ، وذلك وفقا لما أشارت له دراستنا في الفصل الأول ، في مجال سلطات الإدارة تجاه المتعاقد معها ، فأوضحت لنا الدراسة ، ما للإدارة من سلطات واسعة في عقودها الإدارية ، وتسير في ذلك وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ومتطلبات المرفق العام ، وأن الإدارة لا تستند في إبرامها لعقودها إلى المصالح الفردية للمتعاقدين معها . وبالتالي لا يملك القاضي سواء المدني أو الإداري في مجال العقود الإدارية إلا الحكم بالتعويض ، وفقا لما يقدمه المتعاقد أو الإدارة من ظروف تحدد ماهية الظرف الطارئ ، واجتمعت بوجوده شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة .

نصت المحكمة العليا في حكم لها بتاريخ 17 – 12 – 1994 ف ، بقولها " أن للجهة المتعاقدة الحق في تعديل موضوع العقد بالزيادة أو النقص ، في حدود النسبة المتفق عليها في العقد ، دون أن يكون للمتعاقد معها الحق بتعديل الأسعار متى كان ذلك ، وكان الواقع في الدعوى أن الأعمال الإضافية المنفذة من المطعون ضده بتكليف من الجهة الإدارية الطاعنة ، لم تتجاوز النسبة المحددة في العقد وهي (25%) مما يجعل المطالبة بزيادة الأسعار ، عما ورد في العقد لا تقوم على أساس . متى كان الحكم المطعون فيه قد خلط بين الإذن في زيادة الأسعار وحق الجهة المتعاقدة في تعديل موضوع العقد بالزيادة أو النقصان عن الحدود المتفق عليها والمقررة قانونا ، ثم عاد وأسس قضاءه على اعتبار أن تنفيذ العقد ، صاحبته ظروف طارئة تستلزم زيادة في الأسعار ، دون أن يدلل على ماهية تلك الظروف

مما يجعل الحكم متهاترا متناقضا في أسبابه ، الأمر الذي يصعب معه على محكمة النقض مراقبة تطبيقه للقوانين واللوائح على الوجه السليم ، يكون معه الحكم قاصرا في التسبيب [1] " .

يلاحظ من ثنايا الحكم السابق ، أن القانون الليبي طبق نظرية الظروف الطارئة وفقا لشروط تطبيقها ، فترى دراستنا أن ارتفاع الأسعار أو نقصانها في العقود الإدارية ، إذا كانت في الحدود المقررة في القوانين واللوائح المعمول بها ، فلا يجوز للمتعاقد المطالبة بالتعويض وفقا للظروف الطارئة سواء كان بسبب تعديل جهة الإدارة لشروط العقد ، أو كان خارجا عن إرادتها .

ولنا في ذلك ملاحظة ، وفق نص المادة (99) بفقراتها الثلاثة من اللائحة الحالية بقولها " .. ألا يتجاوز مجموع التعديلات ما نسبته (15%) من قيمة العقد الأصلية ، دون أن يكون للمتعاقد الحق في المطالبة بأي تعديل في الأسعار ... فإذا جاوزت نسبة التعديل الحد المذكور سابقا ، كان للمتعاقد الحق في المطالبة بتعديل الأسعار بعد موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية والأذن بالتعاقد ... ويجوز للمتعاقد أن يطلب من الجهة المتعاقدة تمديد مدة العقد للفترة المناسبة تعديل العقد بالزيادة أو ويقدم طلب المد مرفقا بالمبررات والأسباب المؤيدة لذلك والمدة الإضافية المطلوبة .. " [2] . وهذا الإجراء رغم أنه من سلطات الإدارة في ممارسة حقها في التعديل ، وأنها إذا ما طبقته لا يجوز للمتعاقد المطالبة بتطبيق الظروف الطارئة بل المطالبة بتطبيق فعل الأمير ، وذلك لأن تعديل الإدارة للأسعار أمرا متوقعا ، وأن من شروط الظروف الطارئة ؛ أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقدين فبالتالي ، وفي هذا المقام تقوم الإدارة بتعويض المتعاقد عن استخدامها لسلطة التعديل تعويضا كاملا إذا لم يصدر أي تقصير من المتعاقد معها .

والواقع ، لنا في هذا القول ملاحظتان يمكن إيجازهما فيما يلي :

1 – طبق القانون الليبي نظرية الظروف الطارئة ، إلا أن الصعوبة تظهر في كيفية تطبيقه لأحكام هذه النظرية لأن لائحة العقود الإدارية ، لم تضع أية مواد صريحة تتعلق بتنظيم آثار الظروف الطارئة أو كيفية تطبيقها ، إلا بخصوص المواد التي تُعرف تلك الظروف كالمادة (105) ، والمادة (106) من لائحة العقود الإدارية الحالية ، لذلك إن الدارس لأحكام لائحة العقود الإدارية ، سيتبين له تطبيق أحكام اللائحة للنظرية ، وفقا لثنايا موادها وفقراتها .

2 – وفق رأينا ، تبين لنا وفق دراستنا لأحكام لائحة العقود الإدارية الحالية ، أن النسبة التي وضعتها اللائحة في أحقية الإدارة بتعديل موضوع العقد بالزيادة أو النقصان ، التي تكمن في نسبة (15%) نرى أنها تنطبق أيضا ، على حدوث نظرية الظروف الطارئة ، وذلك إذا ما كانت الزيادة أو النقصان في موضوع العقد بسبب الظروف الطارئة ، تزيد أو تنقص عن النسبة السابقة التي حددتها اللائحة وتكون

---

[1] طعن إداري رقم (44) ، لسنة (40) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (30) ، العدد (1) ، ص 39 – 40 .

[2] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 474 – 475 .

خارجة عن إرادة جهة الإدارة ، كأن يصدر قانون أو تشريع جديد ينص على زيادة الأسعار أو زيادة الضرائب ، الأمر الذي لم تكن معه متوقعة أن ترتفع ارتفاعا فاحشا .

وترى الباحثة أن العقد الإداري المتفق على تنفيذه وفقا لما سبق ، يكون قد تعرض لظرف طارئ ويعبر عن ذلك تبعا لاتفاقات ودية بين المتعاقد والإدارة على كيفية تحديد الظرف وحساب الخسائر لتعويض المتعاقد . ولا ننسى هنا أن الإدارة ملزمه بمعاونة المتعاقد معها ، لضمان تسيير المرفق العام وحماية المصلحة العامة . ويجوز للمتعاقد المطالبة بالتعويض من جهة القضاء ، إذا تعنتت الإدارة بقولها أن الخسائر لم تتجاوز نسبة (15%) ، ولا يكون على المتعاقد في هذه الحالة ، إلا أن يقدم المكاتبات والرسائل والخطابات التي تبين حجم الخسارة التي تعرض لها ، وفقا لقوائم الأسعار المتفق عليها .

المطلب الثالث

مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة

درسنا أن القضاء المدني الفرنسي قد استبعد تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود الأفراد الخاضعة لأحكام القضاء المدني ، بل وشمل ذلك الاستبعاد نطاق العقود المدنية التي تعقدها الإدارة مع الأفراد ؛ لأن هذه العقود تنطبق عليها أيضا قاعدة العقد شريعة المتعاقدين [1] . أما مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري ، بعدما طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الطارئة في حكمه الشهير في قضية غاز بوردو على عقد التزام المرافق العامة ، امتد تطبيق النظرية على جميع العقود الإدارية دون المدنية متى توافرت شروط تطبيقها ، وذلك لمواجهة الظروف الاقتصادية أو الطبيعية أو السياسية التي تطرأ أثناء تنفيذ العقود الإدارية ، ويؤدي حدوث تلك الظروف المفاجئة إلى الإخلال الجسيم بالتوازن المالي للعقد [2] .

سار القانون المصري بداية الأمر تجاه الموقف الفرنسي ، ولم يطبق النظرية على عقود الأفراد والقانون الخاص ، إلا أنه قد عدل بعد ذلك وطبق نظرية الظروف الطارئة ، منذ صدور قانون التزامات المرافق العامة رقم (129) لسنة 1947 ف ، ثم جاء القانون المدني ونقلها إلى القانون الخاص وضمنها في المادة (147) ، بعد أن نص في الفقرة (2) من المادة (147) على أنه " لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه من أحكام " . فأصبحت النظرية تطبق في مصر في القانون الخاص والقانون العام على حد السواء ، وما ساعد من انتشار النظرية أن القضاء الإداري أصبح يختص بنظر المنازعات التي تترتب على جميع العقود الإدارية بطبيعتها [3] .

نص المشرع الليبي على نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني في المادة (147) ولائحة العقود الإدارية الحالية في المادة (105) ، ونص فيها على العقود على سبيل الحصر في المادة (3) التي تعرضنا لذكرها فيما سبق ، وبالتالي طبقها المشرع الليبي في القانون المدني والقانون الإداري .

---

[1] د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 482 .

[2] د . مطيع علي حمود جبير ، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2006 ف ، ص 573 .
د . محمد عبد العال السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 35 – 36 .

[3] د . سعيد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 79 .

تُعتبر عقود امتياز المرفق العام المجال الأصيل لتطبيق نظرية الظـروف الطارئـة ، والـذي اتضح في قضية غاز بوردو ، وأيضا عقود التوريد وعقود الأشغال العامة وعقود النقل [1] . رغـم أن مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، في كل من فرنسا ومصر وليبيا ، يوحي بانطباق النظرية على العقود الإدارية بصفة عامة . إلا أن الفقه اختلف في مجالات تطبيقها على بعض العقود الإدارية ، وقـد تمثل ذلك الخلاف في العقود الإدارية الفورية ، والعقود الغير متعلقة بنشاط اقتصادي أو تجاري . وفي هذا المجال سنتعرض لهذه العقود ، وأيضا سنذكر خلاف الفقه القانوني المصري فـي اعتبـار قـانون الإصلاح الزراعي ظرفا طارئا من عدمه وكل ذلك سيكون فيما يلي :

أولا : – نظرية الظروف الطارئة والعقود الفورية :

يرى بعض الفقهاء ومنهم الفقيه الفرنسي (Walinc) أن هذه النظرية لا تطبق علـى العقـود الفورية ، وذلك لأنها لا تهدف إلى تسيير مرافق عامة ، وإنما تطبق على العقود التي يستغرق تنفيـذها وقتا طويلا نسبيا ، وهذا ما يؤدي إلى ظهور بعض الظروف الغير متوقعة كالظروف الطارئة ، التـي يترتب عليها اختلال اقتصاديات العقد ، وهي ما يطلق عليها العقود المستمرة أو عقـود المـدة كعقـود الالتزام وعقود التوريد وعقود الأشغال العامة [2] .

إن رأينا يتعارض مع الاتجاه أعلاه ، فلا شك أنه لا يوجد ما يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الفورية ، حينما تتحقق شروط تطبيقها في أي وقت منذ إبرام العقد ، والحكمة في ذلك تحقيق العدالة لمختلف العقود الإدارية ، ووضعها في منظور واحد ، مهما كان الهدف الذي تـصبو إليه طالما اتسمت بخصائص العقد الإداري .

ثانيا : – نظرية الظروف الطارئة والعقود غير المتصلة بنشاط صناعي أو تجاري :

يستبعد الفقيه الفرنسي دي لوباديير هذه العقود من مجال تطبيق الظروف الطارئة ، لقوله أن نظرية الظروف الطارئة ، تفترض لتطبيقها إلحاق خسائر وانتقاص في التزامات المتعاقد ، تؤدي إلـى قلـب اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، وهذا الإرهاق يقدر بالموازنة بين الإيرادات والنفقات التي تكبـدها المتعاقد أثناء تنفيذ العقد ، وبالتالي لا محل للجوء إلى نظرية الظروف الطارئة ، إلا إذا كان موضـوع

---

[1] عرف القضاء الإداري الليبي عقد الأشغال العامة " بأنه عقد مقاولة يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام وفرع أو شركة يتعهد المقاول بمقتضاه بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام وتحقيقا للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد ، ومن المتفق عليه أيضا أن عقود الأشغال العامة كعقود الالتزام هي عقود إدارية دائما وفق لخصائصها الذاتية ولصلتها الوثيقة بمبادئ القانون العام " وكما عرف عقد التوريد " بأنه اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين " وبالتالي فإن العقود الإدارية يجب أن تتوافر فيها معايير العقد الإداري . طعن إداري رقم (24) ، لسنة (26) قضائية جلسة 26 – يناير – 1982 ف . مشار إليه لدى ، د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 458 .

[2] د . محمود عبد المجيد المغربي ، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1998 ف ، ص 137 . د . محمد عبد العال السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 31 .

العقد يشكل على نحو ما ، نشاطا ذا قيمة صناعية أو تجارية ، ويضع الفقيه دي لوبادير أمثلة لبعض تلك العقود كعقود الاستخدام وعقود الاشتراك التليفوني . فلا يتصور في عقود الاستخدام ، أن يلجأ المتعاقد مع الحكومة إلى طلب التعويض وفقا للظروف الطارئة ، استنادا إلى عدم كفاية الأجر الذي يحصل عليه فمن غير الممكن في هذه الحالة ، إجراء موازنة بين الإيرادات والنفقات ، تقرر ما أصاب المتعاقد مع الإدارة من إرهاق [1] .

إلا أن بعض الفقهاء ومنهم الدكتور عبد الحميد حشيش ، يرى أنه ليس من اللازم أن يتعلق موضوع العقد بطبيعة صناعية أو تجارية ، لأن النشاط الإنساني من الممكن تقديره بالمال ، وبالتالي يمكن الموازنة بين القيمة السارية والقيمة المشترطة في العقد ، ورغم الخلاف الفقهي ، إلا أن الواقع العملي منذ أن طبق المجلس الفرنسي قضية – غاز بوردو – سنة 1916 ف ، نستطيع القول فيه أنه لا توجد أحكام كان موضوع العقد فيها إداريا إلا ويتعلق بنشاط صناعي أو تجاري [2] .

ثالثا : – نظرية الظروف الطارئة وقانون الإصلاح الزراعي :

كما ثار خلاف بين الفقه المصري ، في اعتبار قانون الإصلاح الزراعي ظرفا طارئا من عدمه إلا أن الرأي الراجح ، يؤكد بأن جميع الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ متوافرة في هذا القانون ، فهو أولا حادث عام بحكم كونه قانونا وهو يعد حادث استثنائي ، لم يكن متوقعا ولا ممكنا دفعه ولا يغير في ذلك – كونه تشريعا – إذ أنه لا يوجد ما يحول دون اعتبار التشريع حادثا استثنائيا ، وما يؤكد ذلك أن قيام تسعيرة رسميه يعتبر ظرفا طارئا ، مع أن ذلك لا يكون إلا تشريع [3] .

نخلص بالقول – وبكل اطمئنان – أن نظرية الظروف الطارئة تسري على جميع العقود الإدارية ، مثلما تسري على العقود الإدارية التي يكون محلها تسيير مرافق عامة ، كما نصت لائحة العقود الحالية في ليبيا بقولها " أن العقد الإداري هو كل عقد تبرمه جهة من الجهات .. بقصد تنفيذ مشروع من المشروعات المعتمدة في خطة التنمية أو الميزانية أو الإشراف على تنفيذه .. أو في تسيير مرفق من المرافق العامة بانتظام واطراد .. " ، وقد ذكرت لائحة العقود الإدارية عقود استخدام المكاتب الاستشارية واعتبرها من العقود الإدارية ، وبالتالي تسري عليها نظرية الظروف الطارئة ويقاس على ذلك صدور القانون بمنع الاستيراد أو التصدير أو منع الاتجار في سلعة معينة أو بامتداد الإيجار أو نحو ذلك ، فلا يشترط إذن في الظرف الطارئ أن يكون واقعة مادية [4] .

---

(1) أ . سالم محمد بركة ، التوازن المالي للعقد الإداري وأثره على تنفيذ العقد واستمراره ، دراسة مقارنة . رسالة ماجستير ، غير منشورة ، أكاديمية الدراسات العليا ، بنغازي ، 2007 ف ، ص 187 . د . سعيد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 85 .

(2) د . علي محمد علي عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 155 .

(3) ومن المؤيدين لقانون الإصلاح الزراعي د . حشمت أبو ستيت ، د . سليمان مرقص ، د . أنور سلطان ، د . عبد المنعم فرج الصده ، للاستزادة أكثر في هذا الموضوع ، مشار إليه لدى ، د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعي ، منشور في مجلة المحاماة المصرية ، السنة (41) ، العدد (1) ، 1959 ف ، ص 110 .

(4) لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 433 .

المبحث الثاني

شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

جدير بالبيان ، بادئ ذي بدء أن المشرع قيد تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، بعدة شروط موضوعية حتى يحفظ لها الاستقرار والثبات ، وعليها لا يجوز حرمان المتعاقد من طلب تطبيق النظرية عندما تتوافر شروطها ، التي سوف تكون مجال دراستنا ، في هذا المجال من خلال عرضها على التوالي .

نص القانون المدني المصري والليبي على هذه الشروط في المادة (147) فقرة (2) ، وأيضاً سبق وأن وضحنا بأن المادة (6) من القانون المصري رقم (129) لسنة 1947 ف بالتزامات المرافق العامة ، نظم شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة فنصت 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 " [1] .

حددت المحكمة الإدارية العليا المصرية ، في أكثر من حكم لها ، كنصها (بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية ، وروابط القانون العام أمر رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية ، ولو كانت من عمل جهة إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة أو من عمل شخص آخر ، ولم تكن في حساب المتعاقد مع الإدارة ولا يملك لها دفعاً أو علاجاً ، ولم يكن في وسعه توقعها والتحوط لها ، وأن تكون هذه الحوادث استثنائية وعامة ومن شأنها أن تجعل تنفيذ التزام المتعاقد مع الإدارة مرهقاً ، ويهدده بخسائر فادحة دون أن يكون هذا التنفيذ مستحيلاً ، بحيث تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً . فإن توافرت في الظروف المحيطة بتنفيذ العقد الإداري شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، التزمت الجهة الإدارية المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في نصيب من الخسائر التي نزلت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ) [2] .

---

[1] د . حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي ، أثار عقد التزام المرافق العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، غير منشورة 2001 ف ، ص 175 .

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (843) ، بتاريخ 20 – 11 – 1982 ، لسنة (26) قضائية ، وأيضاً في نفس المعنى نصت في الطعن رقم (877) ، لسنة (37) قضائية ، جلسة 2 – 1 – 1984 ف ، السنة (29) ، ص 505 . مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات ، الكتاب الثاني ، تنفيذ العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 450 – 451 .

نصت المادة (78) بشأن إجراءات تنفيذ العقود من قانون المناقصات والمزايدات بأنه " يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو النقصان في حدود (25%) بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار ، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات ، الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك ، إلا أنه يجوز في حالات الضرورة الطارئة وبموافقة المتعاقد تجاوز النسبة الواردة أعلاه " [1] .

ومن هنا سوف نحلل أحكام القضاء في المواد سابقة الذكر ، من خلال المطالب التالية :

المطلب الأول : أن يحدث ظرف طارئ استثنائي عام وبدون تدخل المتعاقدين .

المطلب الثاني : أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه .

المطلب الثالث : إرهاق المتعاقد في تنفيذ العقد وليس استحالة التنفيذ .

المطلب الأول

أن يحدث ظرف طارئ استثنائي عام وبدون تدخل المتعاقدين

اتفق الفقه وكذلك القضاء على ضرورة و جود شرط الظرف الطارئ ، إلا أنهم اختلفوا حول طبيعة هذا الظرف ، لأن أنواع الظروف الطارئة لا يمكن حصرها ، غير أنه يمكن وصفها أو تقسيمها ويمكن أن نصف الظرف الطارئ الذي يطرأ على العقد ، بأنه حادث استثنائي يتصف بأنه حادث عام ، إلا أن وجهات النظر اختلفت حول طبيعة هذا الظرف الطارئ ، فهل يشترط أن يكون اقتصادياً ؟ أم يجوز أن يكون إدارياً أو طبيعياً ؟ [2] . وللإجابة على هذه التساؤلات علينا دراسة طبيعة الظرف الطارئ وعلاقته بإرادة المتعاقدين ، ثم ندرسه من حيث كونه ظرفا استثنائيا عاما وننهي ذلك بتطبيقات شرط عدم التوقع . كل ذلك فيما يلي :

أولا : - طبيعة الظرف الطارئ :

انقسم رأي الفقه بداية الأمر إلى اعتبار الظرف الطارئ الذي تطبق بحصوله نظرية الظروف الطارئة ، يجب أن يكون اقتصادياً ، لحماية المتعاقد من المخاطر الاقتصادية ، وهذا في نظرهم ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية فعل الأمير ، التي تحمي المتعاقد في مواجهة المخاطر الإدارية ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ، التي تحمي المتعاقد في مواجهة المخاطر الطبيعية ، وربما يرجع هذا التداخل بين النظريات الثلاثة ، إلى تدخل الدولة في ظروف الإنتاج ، نتيجة تشعب وكثرة وظائفها ، وأيضا التطورات الاقتصادية في العديد من المجالات [3] . وقد أخذ بفكرة الطبيعة الاقتصادية

---

[1] أ . أسامة أحمد شتات ، قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998 ف واللائحة التنفيذية حسب أحدث التعديلات ، دار الكتب القانونية ، 2006 ف ، ص 81 .

[2] د . محمد عبد العال السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ، مرجع سابق ، ص 44 .

[3] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 646 .

في بداية الاتجاه القضائي للظرف الطارئ مجلس الدولة الفرنسي ، إلا أنه بعد التطور الكبير في مجال الاقتصاد في العديد من الدول ، سرعان ما ترك مجلس الدولة الفرنسي فكرته التقليدية عن الطبيعة الاقتصادية للظرف الطارئ في نظرية الظروف [1] .

ثانيا : - علاقة الظرف الطارئ بإرادة المتعاقدين :

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدين وينطبق هذا القول على المتعاقد مع الإدارة دون الإدارة ذاتها ، لأن جهة الإدارة يمكن أن تكون السبب في حدوث الظرف الطارئ كإصدار إجراءات إدارية خاصة ، وقد يكون الظرف الطارئ كما أسلفنا سابقاً نتيجة لإجراءات عامة صادرة من جهات إدارية أخرى غير الجهة المتعاقدة ، فهنا تطبق نظرية الظروف الطارئة [2] .

أما إذا كان للمتعاقد علاقة وعلى أي وجه ، بوقوع الظرف الطارئ سواء كان لخطأ جزئي منه أو ساعد بخطئه في زيادة أعبائه ، فإن القاضي - في هذه الحالة - يراعي ذلك في تقدير التعويض [3] . وفي ذلك قضت محكمة استئناف طرابلس - دائرة القضاء الإداري - بتاريخ 20 - 2 - 1977 ف بأنه (فإذا كانت حرب 1967 ف ، لا علاقة لها بهذا الشأن - ومرد ذلك - كما جاء في التقرير الاستشاري ، لشركة هوارد - حيث ورد به بأن هذا الطلب في مجموعه ، يشكل مجموعة العناصر المركبة من الآثار السيئة التي جاءت نتيجة الاعتماد على العناصر الليبية ، ليست ذات كفاءة لهذا النوع من العمل وحاجة العمل لعمال فنيين وجلبهم من الخارج ، للتغلب على هذا النقص الموجود في العناصر الوطنية ، فإن مؤدى ذلك أن استجلاب العمال الأجانب ، ليس بسبب انصراف العمال الليبيين عن موقع العمل بسبب الحرب - كما قررت الجهة المدعية - وإنما سببه حسب التقرير الاستشاري ، هو الاعتماد الكلي منذ البداية على العناصر الوطنية غير المتدربة على نوع العمل المسند إليهم ، وهذا خطأ في حد ذاته ، يجب أن تتحمله الجهة المدعية ، لأنه قائم على سوء تقدير من جانبها ، ولا يجوز إلقاء تبعته على عاتق جهة الإدارة . ومن عرض التقرير السابق ، لا ترى المحكمة الأخذ بما انتهى إليه الخبير المنتدب في الدعوى بهذا الخصوص ، من اعتبار تأخر إجراءات جلب العمال الأجانب ، ومنحهم تأشيرات الدخول - ظرفا طارئا - لم يتوقعه المقاول وتعويضه عنه ، طالما إن الحرب لا علاقة لها بذلك كما أشارت المحكمة - وبقولها - أنه حتى لو صح أن لجهة الإدارة علاقة بالأمر ، إلا أنه كان في مكنة المقاول منذ البداية ، تقدير نوعية العمالة التي يتطلبها المشروع ، تقديرا سليما باستجلاب العمال المدربين قبل الشروع في التنفيذ . ومتى كان ذلك وكانت الأمور عادية وتدخل في نطاق تقدير المقاول

---

[1] د . محمد السناري ، المرجع السابق ، ص 47 . د . جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 332 .

[2] د . محمود حلمي ، العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 127 . د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 517 - 518 .

د . عائل عزية ، نظرية الحوادث الطارئة ، مجلة المحاماة المصرية ، السنة (40) ، العدد (1) ، 1959 ف ، ص 234 .

د . محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 428 - 429 .

[3] د . سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 654 .

الحريص الذي يقرر عمله حق قدره ، فإنها لذلك لا تعتبر من قبيل الظروف الطارئة ، ويكون طلب الجهة المدعية في هذا الخصوص لا أساس له من الواقع والقانون متأهلا الالتفات عنه ورفضه) [1] .

وتأسيسا على ما كان آنفا ، إذا ما تسببت الإدارة بخطأها أو بفعلها في إحداث الظرف الطارئ سيكون من شأنها تعويض المتعاقد على أساس فعل الأمير ، وليست نظرية الظروف الطارئة . أما إذا لم يرجع الظرف الطارئ إلى فعل الإدارة أو خطأها ، فإن التعويض هنا يكون على النظرية موضوع بحثنا وفي هذه الحالة يكون قد تحقق شرط تطبيق النظرية ، الذي يرتبط بعدم علاقة أطراف العقد الإداري بإيجاده .

ثالثا : - كون الظرف الطارئ استثنائياً عاماً :

نصت المحكمة العليا في حكم لها بجلسة 1 - 3 - 1992 ف ، على شروط تطبيق هذه النظرية بقولها " يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الحادث استثنائياً ، لا يقع إلا نادراً ، وأن يكون عاماً يشمل طائفة من الناس ، وليس أمراً خاصاً بالمدين ، وأنه ليس في الوسع توقع هذا الحادث ولا يستطاع دفعه ، وأن يجعل الحادث الطارئ تنفيذ الالتزام مرهقاً . وإذا توافرت هذه الشروط في الظرف الطارئ جاز للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ومقتضى رد الالتزام إلى الحد المعقول يستلزم حتماً أن يكون الالتزام قائماً ولم يتم تنفيذه " [2] .

إن الظروف الطارئة هي التي يندر وقوعها ، ولا تدخل في حسبان المتعاقدين مثل زلزال أو حرب أو إضراب مفاجئ أو إصدار تسعيرة رسمية أو وباء ينتشر ...الخ ، ولم يأت المشرع المصري بأمثلة لما يكون ظرفاً استثنائياً ، تاركا هذه المهمة للفقه والقضاء [3] . فيجب لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون الظرف الطارئ الاستثنائي عام ، يشمل طائفة من الناس ، وليس خاصاً ومقصوراً على المتعاقد [4] . وهذا يعني أن لا يكون الظرف الطارئ خاصاً بالمتعاقد مع الإدارة ، فلا مجال هنا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، ومن أمثلة ذلك فيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو انتشار وباء [5] .

ومجمل القول ، أصبح نطاق الظروف الطارئة ، يتسع ليحمل صورا متعددة من المخاطر الاقتصادية ، أو الطبيعية أو حتى من فعل الإدارة ، وبناء عليه تطور مجلس الدولة الفرنسي والمصري في نظرية الظروف الطارئة ، ليشمل المخاطر الإدارية الناجمة عن الإجراءات الصادرة من السلطة

---

[1] دعوى إدارية رقم (5) لسنة 1974 ف . المقامة بين شركة - شيكو - وشركة (س . س) ضد وزارة الإسكان والمرافق ، غير منشورة .

[2] طعن مدني رقم (69) ، لسنة (36) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، العددان (3 - 4) ، السنة (28) ، 1992 ف ، ص 113 .

[3] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 643 . د . عادل طلبة ، مرجع سابق ، ص 234 .

[4] د . محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 241 .

[5] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق ، ص 644 .

العامة [1] . فأصبح من الثابت فقها وقضاء ، أن تطبق النظرية أيا كان مصدر الظرف الطارئ اقتصادياً أو طبيعياً أو إدارياً [2] . وينتج عن ذلك تعدد صور المخاطر التي يتعرض لها المتعاقد ، وأهم تلك الصور سندرسها في قسمين كالآتي :

القسم الأول : بالنسبة للإجراءات العامة .

القسم الثاني : بالنسبة للإجراءات الخاصة .

يأتي القسم الأول ليشمل القوانين واللوائح التي تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ومن ذلك صدور قوانين اجتماعية يترتب عليها ارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً فاحشاً وفرض ضرائب جديدة أو زيادة الضرائب زيادة كبيرة وصدور تشريعات تتعلق بالنقد ، كتخفيض العملة أو فرض قيود على تداولها ، أو تتصل بتنفيذ سياسة الاقتصاد الموجه [3] .

يشمل القسم الثاني تلك الإجراءات الإدارية التي تؤثر على العقد الإداري وتجعل من استمرار تنفيذه مرهقاً ، فتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ، وهي الأعمال المادية والظواهر الطبيعية ، ومن أمثلة ذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا المصرية ، من أن منافسة الملتزم بتسيير أتوبيس نهري عن طريق تسيير أتوبيسات نهرية وبرية لخدمة ذات الخط يعد من قبيل الظروف الطارئة ، ومن أمثلة ذلك أيضاً صدور أوامر بنقل أعمدة الكهرباء لاعتبارات السلامة العامة [4] .

أثارت المخاطر الناجمة عن السلطات العامة جدلاً قضائياً ، عما إذا كان يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تكون المخاطر الإدارية صادرة عن جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة ، أم أنها تشمل الإجراءات الصادرة عن الجهة الإدارية المتعاقدة نفسها . عليه اتجه القضاء الفرنسي في بداية الأمر إلى أن الظرف الطارئ الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ، يجب أن يكون من عمل جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة ، وهذا يعني أن يكون الظرف الطارئ مستقلا عن إرادة أطراف العقد ثم تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي ، إلى إمكان تطبيق النظرية سواء كان الفعل الذي سبب الضرر راجع لجهة الإدارة المتعاقدة أو غيرها [5] .

يمكن أن يستفيد المتعاقد مع الإدارة ، من نظرية الظروف الطارئة ، إذا صدر الإجراء الضار من سلطة إدارية غير متعاقدة ، أو صدر من سلطة إدارية متعاقدة . وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا بمصر بالاتجاه الفرنسي ، الذي يقضي بأنه سواء كان الظرف الطارئ من عمل جهة إدارية غير الجهة

---

[1] د . مصطفى على حمود حبيب ، مرجع سابق ، ص 576 . د . حمد محمد الشلماني ، مرجع سابق ، من 310 – 311 .

[2] د . محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مرجع سابق ، ص 48 .

[3] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، من 646 – 647 .

د . صبيح بشير مسكوني ، مبادئ القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 500 . د . عاطر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 333 .

[4] د . عادل عبد الرحمن خليل ، مرجع سابق ، ص 228 .

[5] د . إبراهيم محمد على ، مرجع سابق ، ص 264 . د . عبد الحميد بدوى ، مرجع سابق ، ص 264 .

المتعاقدة أو غيرها ، ومنها تطبق نظرية الظروف الطارئة . إلا أن المحكمة الإدارية العليا ، قد عدلت عن هذا الاتجاه واشترطت في أحكامها ، أن يكون الحادث من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة [1] .

نلاحظ أن الاتجاه الفرنسي الذي يعتبر الإجراء الضار من السلطة الإدارية المتعاقدة ، يؤدي إلى تطبيق الظروف الطارئة ، يتعارض مع واقع النظرية الذي يشترط أن يكون الظرف الطارئ خارجا عن إرادة المتعاقدين ، سواء كانت الإدارة أو المتعاقد معها ، فيبدو أنه قد خلط بين شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة وفعل الأمير ، وفي هذا يقول الفقيه دي لوباديير أنه لكي تؤدي فعل الأمير عملها صحيحا ، لا يكفي أن يكون الفعل الضار صادراً عن السلطة العامة ، بل يجب أن يصدر عن السلطة العامة ذاتها التي أبرمت العقد ، وهذا التحديد يساعد في رؤية الخط الفاصل بين فعل الأمير والظروف الطارئة [2] . وهو ما يؤكد أنه لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يشترط أن يكون الظرف خارجا عن إرادة المتعاقدين في العقد الإداري . لذلك هناك بعض التطبيقات لشرط عدم التوقع وشرط والإرهاق سنعرضها تباعا فيما يلي :

1 – تطبيقات الحرب كظرف طارئ :

إن قضية غاز بوردو سنة 1916 ف ، هي أكبر دليل على تطبيق المشرع الفرنسي لنظرية الظروف الطارئة خلال الحرب في عقد الالتزام ، واعتبرها ظرفا طارئا استثنائيا وأعطى للمتعاقد الحق في التعويض . وكذلك اعتبرها المشرع المصري في محكمة القضاء الإداري بنصها " .. ولا شُبهة في أن قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة ... " [3] .

نص في ذلك أيضا المشرع الليبي حيث نصت المحكمة العليا على أن " .. قيام الحرب يعتبر من قبيل الظروف الطارئة .." . وكما نصت المحكمة على أنه " لا خلاف في أن حرب السادس من أكتوبر عام 1973 ف ، بين العرب وإسرائيل قد أدت إلى زيادة الأسعار بصورة كبيرة ، فكان للظرف الطارئ المتمثل في حرب أكتوبر كل الأثر ، في ارتفاع التكاليف إلى هذا الحد الكبير الذي جعل تكاليف حفر بئر واحدة تزيد عن حفر بئرين ..." [4] .

تتوافق دراستنا ، مع ما ساهمت به محكمتنا الموقّرة من صواب باعتبار قيام الحرب من قبيل الظروف الطارئة ، وأيضا مع ما جاءت به لائحة العقود الإدارية ، حينما قضت بأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون ظرفا استثنائيا عاما .

---

[1] د . عادل عبد الرحمن خليل ، مرجع سابق ، ص 270 .

[2] د . مشار إليه لدى . د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 446 .

[3] حكمها بجلسة 30 – 6 – 1957 ف ، مجموعة المبادئ ، السنة (11) ، ص 607 . مشار إليه لدى . د . جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 333 . د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 649 .

[4] طعن إداري رقم (31) لسنة 1980 ف ، سبقت الإشارة إليه ، ص 16 .

2- تطبيقات تقلبات الأسعار في العقود الإدارية :

اشرنا سابقا بأن المشرع الفرنسي طبق نظرية الظروف الطارئة ، في حالة إصدار تشريع أدى إلى ارتفاع الأسعار ارتفاعا فاحشا . أما بشأن المشرع المصري ، فقد نص في حكم المحكمة الإدارية العليا " أن الارتفاع الباهظ في أسعار الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة عن تنفيذ التعهد بالتوريد ، لكنه يعتبر ظرفا طارئا ، لم يكن في الحسبان عند التعاقد ، وقد ترتب عليه زيادة أعباء الشركة بتحملها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما " [1] .

تأسيسا على ذلك طبق المشرع المصري نظرية الظروف الطارئة في هذا الخصوص . إلا أنه مع تواتر أحكام مجلس الدولة المصري عدل عن رأيه السابق ، فأكد المجلس بأن يقدم المتعاقد دليلاً على قيام الصعوبات المحاطة بالعقد المتفق عليه ، في حكم مطول له بقوله " أنه لا وجه لما ذهبت إليه الشركة الطاعنة من أن تأخيرها في التنفيذ كان ناتجا عن ظروف طارئة وقوة قاهرة تمثلت في انهيار سعر الدولار في السوق العالمية بتاريخ 19 - 10 - 1987 ف ، والذي عُرف دوليا " بيوم الاثنين الأسود " مما أدى إلى ارتفاع أسعار البضائع مما حدا بالمجزر الآلي بالمجر ، إلى التوقف عن تنفيذ الرسالة وكذلك ارتفاع أسعار الشحن العالمية المفاجئ ، وعدم قبول شركات الشحن الارتباط لحين استقرار السوق العامية ... وقد قضت المحكمة أن مؤدى نظرية الظروف الطارئة بعد توافر شروطها إلزام جهة الإدارة المتعاقدة ، مشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به طوال فترة قيام الظرف الطارئ ، وذلك ضمانا لتنفيذ العقود الإدارية واستمرارية سير المرفق العام ومراعاة الصالح العام ، ومقتضى ذلك أن تطبيق النظرية يفترض بداية ، أن يتم تنفيذ العقد الإداري تنفيذا كاملا لكي تلحق بالمتعاقد مع جهة الإدارة خسارة فادحة تخل معها اقتصاديات العقد ، ولمّا كان من الثابت أن الشركة الطاعنة لم تقم بتنفيذ التزاماتها التعاقدية ، ورغم إمهالها طبقا لما سلف بيانه فإن طلباتها في هذا الشأن تجاوز حدود تطبيق الظروف الطارئة ، فضلا عن أنه لم تقدم ثمة دليل على تلك الصعوبات ، كما أن هذه الأسباب - على فرض صحتها - لا ترقى إلى مرتبة القوة القاهرة التي تجعل تنفيذها لالتزاماتها مستحيلا ، وقد كان في وسع الشركة الطاعنة إن كانت حريصة على تنفيذ التزاماتها بحسن نية ، أن تتوقع ارتفاع الأسعار ، وأن تدبر الصفقة الملزمة بتوريدها ، خلال مدة تنفيذ العقد - وخاصة أن العقد مثار النزاع نص صراحة في البند التاسع منه ، على أن مدة التوريد لا تزيد على شهرين ، حتى ولو كان التأخير في التوريد ناتجا عن ظروف طارئة " [2] .

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا ، بجلسة 9 - 6 - 1962 ف ، طعن رقم (2150) ، السنة (7) قضائية ، ص 1024 . مشار إليه لدى ، د . إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص 263 .

[2] حكم المحكمة العليا الإدارية ، بجلسة 8 - 5 - 2001 ف ، طعن رقم (5955) ، لسنة (43) قضائية ، دائرة ثالثة . مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 466 .

ومن ذلك استقرت إدارة الفتوى بمصر على عدم اعتبار ارتفاع سعر الدولار ظرفا طارئا [1] .

3 – الإجراءات الصادرة عن السلطات العامة :

نص المشرع الفرنسي بأن الإجراءات الصادرة عن السلطات العامة ، يعد من قبيل الظروف الطارئة كالتشريعات الضريبية والتأمينات الاجتماعية ، وذلك متى أثّرت على العقود الإدارية وقلبت اقتصاديات العقد . حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي ، بأن الارتفاع الذي يطرأ على سعر مازوت زيت الوقود بالنسبة للعقود الدولية لزيت الوقود المنزلي يجيز للشركة إذا استمرت في تنفيذ التزاماتها التعاقدية ، أن تقدم طلبها بالتعويض بناء على وجود ظرف غير متوقع [2] .

نص المشرع المصري في حكم للمحكمة الإدارية العليا تضمن " ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، يستلزم أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو من عمل إنسان أخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً ، من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً " [3] . واستقر قضاء مجلس الدولة المصري لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، ضرورة أن يكون الإجراء الضار من غير الجهة الإدارية المتعاقدة .

أما لائحة العقود الإدارية في ليبيا ، فلم تعتبر التشريعات التي تصدرها السلطة العامة من قبيل الظروف الطارئة ، حيث أن المتعاقد عند قيامه بإبرام عقد إداري مع الإدارة ، ملزم بتطبيق التشريعات السابقة واللاحقة في القانون الليبي ، فنصت على ذلك المادة (93) بأنه " على المتعاقد أن يتبع في تنفيذه للعقد الإداري أحكام التشريعات المعمول بها في الجماهيرية العظمى وخاصة ما يتعلق بالعمل ومستحقات العاملين والضمان الاجتماعي والتأمين على الأعمال والبضائع ، ووسائل النقل وتشريعات الآثار والجمارك والضرائب والدمغة وغيرها ، وكما يتحمل ما يتطلبه ذلك من مصروفات بما في ذلك نفقات الحصول على ترخيص لازم لمباشرته العمل " [4] .

---

[1] نصت إدارة فتوى النقل والمواصلات بقولها " ومن حيث أن السبب الطارئ المؤثر في قيمة الحطام إذا كان راجعا إلى ارتفاع سعر العملة ارتفاعا سياسيا بقرار من رئيس مجلس الإدارة ، فإن المتعاقد مع الإدارة يلتزم بما يترتب على هذا السبب من آثار سواء بالزيادة أو النقصان إعمالا للفقرة (6) من المادة (55) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (89) لسنة 1998 ف ، بالإضافة أن لجنة البت قد أخذت في الاعتبار سعر الدولار عندما أرست المناقصة على هذه الشركة رغم ارتفاع سعرها عن القيمة التقديرية ، فلا يحق للشركة المطالبة بزيادة قيمة التعاقد . فتوى صادرة بتاريخ 26 – 5 – 2001 ف ، ملف رقم (186 – 5 – 2 – 999) وإدارة فتوى وزارة الصحة ملف رقم (2 – 2 – 575) بتاريخ 22 – 2 – 2003 ف . مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، المرجع السابق ، ص 467 .

[2] حكم مجلس الدولة الفرنسي ، بجلسة 5 – 11 – 1982 ف ، " قضية بزو بترول " ، المجموعة ، ص 381 . مشار إليه لدى ، د . عبد السلام على المزوغي ، مرجع سابق ، ص 339 .

[3] طعن إداري رقم (549) ، لسنة (35) قضائية ، جلسة بتاريخ 4 – 4 – 1993 ف ، مشار إليه لدى . د . محمد ماهر أبو العينين ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 455 – 456 . أ . سالم محمد بركة ، مرجع سابق ، ص 202 .

[4] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 472 .

كما نص القانون الليبي في المادة (52) من اللائحة التنفيذية لجهاز التفتيش والرقابة ، أن من مهام الجهاز عند مراجعته السابقة للعقود الإدارية ، كعقود التوريد والمقاولات والالتزام وغيرها من العقود التي حددها المشرع الليبي ، التأكد من الالتزام عند التعاقد بأحكام التشريعات النافذة ، بشأن التعاقد والأنظمة المعمول بها [1] .

وترى الباحثة عدة ملاحظات ، على نص المادة (93) من لائحة العقود الإدارية ، حيث اختلف ما جاءت به لائحة العقود الإدارية في ليبيا عما جاء به المشرع الفرنسي جذريا في هذا المجال كما درسنا سابقا . إلا أننا نرى أن ما جاءت به لائحة العقود الإدارية ، حول عدم السماح للمتعاقد مع الإدارة بالمطالبة بالتعويض ، فيه تشديد لا مبرر له ، وهذا يعني استبعاد تطبيق نظرية الظروف الطارئة عند صدور تشريعات تؤثر بدورها على العقد المتزامن معها حين صدورها ، فتؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ، فتمس بدورها الجانب المالي للعقد ، الذي التزم المتعاقد بتنفيذ العقد على أساسه . ولو حتى مع الفرض – في تصورنا – أن المتعاقد التزم بنص المادة السابقة ، ولم يطالب بأية زيادة في الأسعار ، إلا أننا نرى بأن المتعاقد حتى وإن بذل قصارى جهده في تنفيذ العقد ، فحدثت ظروف خارجة عن إرادته – صدور تشريع – فسيتحمل المتعاقد في هذه الحالة ، الغرم لوحده وهنا من الظلم والإجحاف أن يترك المتعاقد يسيّر المرفق العام لوحده ، هذا عدا أن هذا المرفق أو العقد المتفق عليه يهدف لحماية المصلحة العامة ، وتقع مسؤولية حمايته على جهة الإدارة ، فعلى الإدارة أن تتقدم لمعاونته .

إن نص المادة (93) سابق الذكر ، واضح ولا يحتاج إلى تأويل ، فحيث أن إيراد اللائحة للفظة " وغيرها " وقولها " ... ويتحمل ما يتطلبه ذلك من مصروفات ... " فهذا يعني أن كلمة وغيرها تنطبق على كافة التشريعات السابقة واللاحقة ، سواء ذكرتها اللائحة أو لم تذكرها . ونصها أن المتعاقد يتحمل جميع ما يصدر عن الجماهيرية من تشريعات ، تحمل في طياتها ارتفاعا للأسعار يتمثل في جميع الأمثلة التي ذكرتها المادة (93) . وكما لاحظنا أن نص المادة السابقة يناقض نص المادة (88) من لائحة العقود الإدارية بقولها " ... وذلك مع مراعاة عدم الإخلال بالحق في أي تعويض أو زيادة في المقابل المالي يقررها العقد في حدود أحكام اللائحة ، وكما يجوز زيادة المقابل المالي للعقد في حال تنفيذ تشريعات تصدر بعد إبرام العقد ، يترتب عليها زيادة في الالتزامات المالية للمتعاقد وفي كل الأحوال ، لا تضاف الزيادة إلى قيمة العقد في هذه الحالة ، إلا بعد موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية والإذن بالتعاقد " [2] .

---

[1] اللائحة التنفيذية لجهاز التفتيش والرقابة الشعبية ، مرجع سابق ، ص 16 .

[2] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص469 .

نلاحظ أن الظرف الطارئ لا يختلف باختلاف نوعه أو مصدره ، وليس ثمة حادث يبرر تطبيق النظرية ، وآخر لا يطبقها ، إذا اجتمعت في موضوع العقد مثار النزاع شروط تطبيق النظرية .

وفي إشارة لتنفيذ العقود الإدارية في ليبيا ، بما لا يخالف أحكام لائحة العقود الإدارية نصت المادة (2) من نموذج عقد مقاولات الأشغال العامة [*] ، المعتمد بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (73) لسنة 2003 ف ، على أنه " تعتبر أسعار العقد ثابتة وتشمل جميع المصروفات والنفقات والالتزامات والضرائب والرسوم ، أيا كان نوعها والتي يتكبدها الطرف الثاني (المتعاقد) ، في سبيل تنفيذ المشروع وكذا نفقات صيانة الأعمال الناتجة عن سوء التنفيذ والمحافظة عليها خلال مدة الضمان المحددة بالعقد ، ولا يحق للمتعاقد المطالبة بزيادة أسعار العقد لأي سبب كان ، مثل زيادة أسعار السوق أو تقلبات أسعار العملة أو ارتفاع تكاليف المعيشة أو رفع الحد الأدنى للأجور أو لسبب تعديل تشريعات الضرائب والرسوم وفرض ضرائب أو رسوم جديدة داخل الجماهيرية العظمى أو خارجها " [1] . وبالتالي يجب أن يتفق هذا التفسير مع حكمة النظرية على أساس أنها ترمي إلى مجرد تمكين المتعاقد من الاستمرار في التنفيذ حتى يزول الظرف الطارئ الذي لا يد له فيه ولا يستطيع دفعه [2] .

حيث أشارت المادة أعلاه بقولها " ... يجوز زيادة المقابل المالي في حال تنفيذ تشريعات تصدر بعد إبرام العقد ..." وهنا تعد التشريعات من قبيل الظروف الطارئة – وذلك في حالة – إذا ما قلبت تلك الظروف اقتصاديات العقد رأسا على عقب ، مما يصعب على المتعاقد الاستمرار لوحده في تنفيذ العقد خاصة إذا ما بذل المتعاقد قصارى جهده في سبيل استمراره في التنفيذ ، فما الذي يمنع إذاً من مشاركة الإدارة للمتعاقد معها ، لجزء من الخسائر التي نجمت عن حدوث الظرف الطارئ ، ورأينا أيضا في الأمر ذاته ، أن تلك التشريعات التي تصدر عن السلطة العامة في الدولة ، لا تؤثر على المتعاقد من جانب العقد الإداري فقط ، وإنما يشمل ذلك جانب الحياة الاقتصادية ، لأنه يشمل طائف كبيرة من الناس بحيث فاق الأمر كل التوقعات التي يمكن أن يتحملها المتعاقد ، فكيف وأن الأمر يتعلق بتسيير مرفق عام وتحقيق مصلحة عامة ، ومن هنا وجب أن يتعاون الطرفان في الحفاظ على ما يصبو إليه تنفيذ العقد .

---

[*] علما بأن نموذج العقد سالف الذكر كان ساريا من حيث الزمان على أحكام لائحة العقود الإدارية رقم (263) لسنة 2000 ف ، (الملغاة) ، إلا أنه ظل سريان معنى المادة أعلاه بخصوص التشريعات الصادرة في الجماهيرية ، بنفس المعنى في لائحة العقود الإدارية الحالية .

[1] قرار اللجنة الشعبية العامة بشأن منح الإذن للشعبية سرت بالتعاقد مع جهاز إنشاء وصيانة الموانئ ومرافئ الصيد البحري ، على تنفيذ أعمال تعميق الجزء الثاني من المرحلة الأولى بخوض ميناء سرت التجاري بما لا يخالف لائحة العقود الإدارية ، وبالتالي قد طبق هذا النموذج من العقود جميع ما ورد من سواه في لائحة العقود الإدارية ، وذلك بخصوص عدم التنازل عن العقد في المادة (17) وأيضا سمح بالتعاقد من الباطن في المادة (16) في حدود أحكام اللائحة . وكما نص على الظروف الطارئة في المادة (35) ، وهذا ما يدل على أهمية عقود المقاولات والأشغال العامة ، ومن أنها تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة المرتبطة بالمجتمع المتمثلة في إتمام إنشاء الميناء .

[2] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 750 . أشار لذلك أيضا .
د . عبد السلام على العز وفي ، مرجع سابق ، ص 342 .

وأيضا لا ننسى اتجاه مجلس الدولة الفرنسي المناهض لاعتبار التشريع من قبيل الظروف الطارئة . وكما أن الاتجاه السائد في الفقه والقضاء المصري ، يذهب إلى اعتبار التشريع من الظروف الطارئة [1] .

تشددت لوائح العقود الإدارية المتواترة في ليبيا ، على إلزام المتعاقد مع الإدارة بالتشريعات النافذة ، ولم تعتبرها من الظروف الطارئة ، واستمرت بالنص عليها بالمواد المتعلقة بها ، وظلت تحافظ على نفس الفحوى ، فكانت المادة (101) من اللائحة رقم (8) لسنة 2004 ف ، والمادة (99) من اللائحة رقم (132) لسنة 2005 ف . تحمل نفس معنى المادة (93) من لائحة العقود الإدارية الحالية التي تحمل معنى الإجراءات الصادرة عن السلطات العامة وتقلبات الأسعار سواء بالزيادة أو النقصان .

قضت المحكمة العليا في حكم لها ، بتاريخ 22- 6 - 1971 ف ، بأن " هبوط سعر العملة لا يعتبر حادثا استثنائيا عاما ، ويستوي في ذلك أن يكون هذا الهبوط نتيجة - تقلبات الأسعار - أو نتيجة إجراء عام أو تشريعي ، انخفض به سعر الجنيه الإسترليني ، لأن تغير الأسعار في الوسع توقعه في الحالتين وكان يمكن إدخاله في حسبان المتعاقد الحريص ، عند التعاقد ومعالجته في نصوص العقد ... " [2] .

ومجمل البيان - من وجهة نظرنا - أن تشدد المشرع الليبي في تضييق شرط الظروف الاستثنائية والغير متوقعة ، لا يتوافق مع مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود وفكرة العدالة ، على اعتبار أنهما من أسس تعويض المتعاقد .

---

[1] ومن أنصار هذا الاتجاه ، د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، د . عبد السلام الترمانيني ، د . محمد عبد الجواد محمد ، وغيرهم كثير ، للاستزادة في ذلك ، راجع مؤلف ، د . عازي عبد الرحمن ناجي ، مرجع سابق ، ص 95 .

[2] طعن مدني رقم (52) ، السنة (17) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (8) ، العدد (1) ، ص 182 .

المطلب الثاني

أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه

الظرف الطارئ غير المتوقع ، هو الظرف الذي لم يكن في حسبان المتعاقد ضمنيا ، حينما أبرم العقد مع جهة الإدارة ، كالحروب والكوارث الطبيعة ، وقرار السلطة العامة بمنع استيراد سلعة يلتـزم المتعاقد بتوريدها . وفي تحديد معني ذلك تقول المحكمة الإدارية المصرية العليا " أن الارتفاع البـاهظ في أسعار الزئبق ، إن صح أنه كان متوقعا بالنسبة إلى العقد الثاني ، فإن مدى هذا الارتفاع لم يكن في الوسع توقعه بالنسبة لذلك العقد ، وكان السعر وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الأول (جنية و 600 مليم) بالنسبة للكيلو فأصبح وقت التعاقد بالنسبة إلى العقد الثاني (2 جنيه و 880 مليم) ثم أصبح وقت الشراء (4 جنية و 50 مليم) ومن ثم تنطبق نظرية الظروف الطارئة " . وقد نص المشرع المصري في حكم له " أن الزيادة في الأسعار ليست ظرفا طارئا في ذاتها ولا تسري في شأنها نظرية الظروف الطارئـة إذا كان في وسع المتعاقد توقعها عند التعاقد " [1] .

تأسيسا على ما سبق ، توقع المتعاقد مع الإدارة مجرد حدوث الظـرف الطـارئ لا يمنـع انطباق نظرية الظروف الطارئة وذلك إذا بلغ التوقع مدى بعيداً في الحسبان [2] . وفـي ذلـك فـإن المحكمة العليا الليبية اعتبرت " قيام الحرب مابين العرب وإسرائيل ظرفاً طارئاً يستوجب التعديل فـي قيمة التعويض المطالب به ، في إحدى القضايا ، ولابد أن يكون الظرف عاماً باعتباره ضم طائفة من الناس وليس خاصا وقاصرا على المتعاقد " [3] .

حتى يكون الظرف غير متوقع يجب أن يكون الحادث أو الظرف الطارئ مما لا يمكن درؤه أو توقيه ، فالحادث الذي يستطيع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع [4] . وأكدت ذلـك المادة (105) من لائحة العقود الإدارية الحالية ، بقولها " إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكـن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها ... " [5] . وبالتالي فإذا كان المتعاقد في اسـتطاعته تـوقي الحـادث الطارئ ، وتجنب أضراره سواء قبل حدوثه أو بعده ، ولم يعمل على ذلك اعتبر المتعاقد مقصراً ومهملاً فيتحمل الخسارة المتأتية عن خطئه وتصبح مسؤوليته تقصيرية . نصت المحكمة العليا الليبية في حكم لها بتاريخ 20 – 1 – 1985 ف ، توضح فيه ماهية الظرف الاستثنائي الغير متوقع بقولها " إن يكون

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا ، طعنان رقما (441 – 443) ، السنة (17) قضائية ، جلسة بتاريخ 5 – 12 – 1981 ف . مشار إليه لدى ، د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 338 . مشار إليها أيضا لدى ، د . عبد السلام على المزوغي ، مرجع سابق ، ص 339 .

[2] د . جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 338 .

[3] د . محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 241 .

[4] د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 644 .

[5] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 478 .

الحادث الاستثنائي لا يقع إلا نادرا أو لا يكون بالوسع توقعه ، وإذا كان الحادث المفاجئ الذي يتذرع به المطعون ضده ، هو صدور القرار بمنع شرب الخمر ولعب القمار ، فإنه لا تتوافر فيه صفة الاستثنائية وبالإمكان توقعه ، ذلك أن ليبيا بلد إسلامي سابقا ولاحقا ، ونص دستورها الذي أبرم العقد في ظله على أنه دينها الإسلام ، وكانت بعض ولاياتها قبل إلغاء النظام الاتحادي ، أصدرت قانونا خاصا يمنع شرب الخمر فضلا عما قرره قانون العقوبات ، والذي اعتبره جريمة في حالة خاصة ، وإذا نص عقد الالتزام على أن الملتزم يخضع في إدارة الفندق إلى القوانين واللوائح المعمول بها وما يصدر منها مستقبلا ، فإن ذلك يدل على أن الجهة المتعاقدة كان في إمكانها توقع صدور تشريعات في المستقبل في الخصوص وكان عليه أن ينتبه لذلك ، فإن قبل الالتزام على هذا الأساس الذي يشعر به نص العقد ، فإنه يكون منع الخمر ولعب القمار متوقعا لديه أيضا ، وبذلك انتفت على الحادث صفة الاستثنائية ، وليس نادرا ولم تتوفر فيه صفة المفاجئة ، بالتالي لا يجوز له المطالبة بالتعويض عن الخسارة بالاستناد إلى الظروف الطارئة ... " [1] .

ونصت في حكم آخر لها بجلسة 9 -1 - 1980 ف ، بقولها " ... ولكن التراخي الكبير في البدء بإجراءات التنفيذ على الحساب ، يشكل خطأ في جانب الإدارة ، أدى إلى تلك الزيادة فإنه وإن كانت الشركة المتعاقدة الأولى التي يتم التنفيذ على حسابها ، ملزمة بنص العقد بتحمل الفروق المالية الناتجة من التنفيذ على الحساب ، إلا أن هذا الخطأ من جانب الإدارة المالية ، قد أسهم في زيادة حجم الآثار المترتبة على إخلال الشركة بتنفيذ نص العقد ، وترى المحكمة إنقاص المبلغ إلى حد معقول يجعل هذه الخسارة يتقاسمها كل من الطرفين بنسبة عادلة " [2] . يتضح لنا بأن الظرف الطارئ يجب أن يفوق كل التوقعات التي يمكن أن يتصورها المتعاقد عند إبرام العقد ، ومن هنا علينا أن ندرس مدى إمكانية حساب وقت وقوع الظرف الطارئ من عدمه ومدى علاقة المتعاقدين في ذلك - وفي تصورنا - نحلل الإجابة على ذلك فيما يلي :

- مدى إمكانية حساب التاريخ المعتد به لتقدير شرط عدم التوقع :

نصت المحكمة العليا الليبية ، بخصوص مدى انطباق لائحة العقود الإدارية على العقود القائمة وقت صدورها في حكم لها بتاريخ 30 - 1 - 1995 ف ، بقولها " أن مفاد اللجنة الشعبية العامة الصادر بتاريخ 6 - 5 - 1980 ف ، بشأن لائحة العقود الإدارية أن انطباق اللائحة المذكورة على العقود القائمة وقت صدورها ، مشروط بألا تخالف أحكامه شروط تلك العقود ، فإن وردت مخالفة لها لم يكن للقول بانطباقها محل " [3] . وأيضا من المبادئ القانونية التي قررتها فتاوى الجمعية العمومية

---

[1] طعن إداري رقم (9) ، لسنة (25) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (22) ، العدد (3 - 4) ، ص 11 - 12 .

[2] طعن إداري رقم (31) ، لسنة (24) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (16) ، العدد (1) ، ص 16 - 17 .

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا ، بتاريخ 9 - 6 - 1962 ف ، طعن رقم (3150) ، لسنة (6) قضائية ، مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، مرجع سابق ، ص 457 .

لقسمي الفتوى والتشريع والمحكمة الإدارية العليا بمصر ، رأت فيها أن " حقوق المتعاقد تحدد أصلا طبقا لنصوص العقد ، وأن الأسعار المتفق عليها تقيد طرفي العقد ، فعدم تضمين العقد نصا بمحاسبة المقاول على الزيادة في الأسعار ، من شأنه ألا يجعل الجهة الإدارية المتعاقدة تفيد من خفض الأسعار فانتهت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى بالتزام الجهة الإدارية بتنفيذ نصوص العقد دون إجراء أي تخفيض في مستحقات المقاول " [1] .

الواقع علينا أن نوضح الوقت الذي يُعتد به كتاريخ لتقرير حالة توقع الظرف الطارئ أو عدم توقعه ، لِمَ لذلك من أهمية كبيرة في القانون الفرنسي والمصري والقانون الليبي ، وسيكون الفيصل في ذلك بحسب رأينا ، مرتبطا بالوقت الذي يلتزم فيه المتعاقد بالعقد ، وهو المدة المحددة لتنفيذه بعد التصديق عليه .

لمجلس الدولة الفرنسي حكم شهير فيما يعرف " بقضية البطاطس " [2] ، وملخص هذه القضية يكمن في (أن شركة كانت قد تعاقدت مع الحكومة الجزائرية على توريد كمية من البطاطس في المدة من أول شهر أبريل لسنة 1958 ف ، وحتى الأول من شهر أبريل لسنة 1959 ف – أي سنة كاملة – وقد وقعت خلال تلك المدة أحداث الجزائر في الشهر الخامس من سنة 1958 ف ، مما أدت إلى ارتفاع الأسعار ارتفاعا فاحشا ، فتكبدت الشركة نفقات غير عادية وخارجة عن النطاق التعاقدي للعقد . فبعد دراسة القضية من قبل مجلس الدولة الفرنسي ، اتضح له أن الطرفين لم يصدقا على ذلك العقد إلا في 29 – 5 – 1958 ف ، ومن ثم وجد المجلس أن الشركة كان بإمكانها العدول عن التزامها منذ تقديم العطاء وحتى التصديق النهائي على العقد وذلك بناء على نص المادة (6) من نص العقد المتفق عليه . ومن هنا اعتبر المجلس أن الفيصل في تحديد ما إذا كان ارتفاع الأسعار يدخل ضمن توقعات الأطراف أم لا ، فحسم المجلس الأمر وذلك بأن يعتد بتاريخ التصديق على العقد " وذلك في حالة هذه القضية " . وأيضا رأى المجلس بأنه إذا كان ارتفاع الأسعار قد وقع قبل التصديق فإن التغيرات اللاحقة لا يمكن اعتبارها في هذا التاريخ غير متوقعه ، ومن هنا رفض المجلس الحكم بالتعويض على أساس الظروف الطارئة) . يتبين مما تقدم الآتي :

أولا : – الاعتداد بالتاريخ الذي أودع فيه المتعاقد عطاءه عند تقدير إمكانية التوقع من عدمه أو الاعتداد بتاريخ التصديق على العقد . حسمت لائحة العقود الإدارية الأمر – في تصورنا – وفيما يتعلق فيه من نزاع وضاهت المشرع الفرنسي والمصري في ذلك ، فكانت واضحة بنص المادة (87) من اللائحة

---

(1) د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 440 .

(2) مشار إلى القضية لدى : د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 513 .
د . عبد السلام على العز وشي ، مرجع سابق ، ص 336 .

على حساب بدء مدة تنفيذ العقد بنصها " تبدأ المدة المحددة لتنفيذ العقد الإداري من اليوم المتفق عليه لبدء التنفيذ ، فإذا لم يحدد في العقد يوم معين لبدء التنفيذ حددت المدة على النحو التالي [1] :

1 – فيما يتعلق بعقد التوريد تبدأ المدة من اليوم الذي يلي إخطار المتعاقد بقبول عطائه .

2 – فيما يتعلق بعقد الأشغال العامة وعقود التوريد والتركيب وما في حكمها ، تبدأ المدة من التاريخ الذي يسلم للمقاول خاليا من الشواغل ، فإذا لم يكن خاليا فيتفق على المدة اللازمة لإخلائه ، ويكون تسليم الموقع بناء على إخطار ترسله الجهة المتعاقدة إلى المقاول ، ويحرر عند التسليم محضر يوقع من الطرفين ويكون من نسختين تسلم إحداها للمقاول وتحفظ الأخرى لدى الجهة المتعاقدة ، وإذا لم يحضر المقاول أو مندوب عنه لتسلم الموقع في التاريخ الذي حددته الجهة السالف ذكرها فيحرر محضر بذلك ويعتبر تاريخه ميعادا لبدء التنفيذ .

في تقديرنا ، لنص المادة (87) من لائحة العقود الإدارية الحالية – لنا وجهات نظر – حيث أظهرت لنا الدراسة أن أحكام لائحة العقود الإدارية ، في المادة أدناه ، قد حسمت الأمر ضمنيا فيما يتعلق بحساب مدة سريان الظروف الطارئة بالنسبة للمتعاقد ، والذي تبين فيه وضوح اللائحة من خلال نصها على بدء مدة تنفيذ العقد في المادة سابقة الذكر ، وهذا – يعني في تصورنا – أن اللائحة أكدت ما نصت عليه في المادة (105) بخصوص تطبيقها لنظرية الظروف الطارئة .

ورغم ما يكتنف اللائحة من غموض في بعض الأحيان ، كعدم توضيحها لأحكام تطبيقها للنظرية إلا أن الدارس لأحكام تلك اللائحة سيتضح له أن نص المادة (87) يسهل كثيرا على المتعاقد مع الإدارة حساب فترة حدوث الظروف الطارئة ، وتحديد الخسارة أو النفقات غير العقدية التي تكبدها نتيجة الظرف الطارئ ، فعندما يستمر المتعاقد في تنفيذه للعقد المتفق عليه ، رغم تلك الظروف مهما كانت جسامتها ، سيجد عند مطالبته للتعويض عن الظروف الطارئة ، أن نص المادة سابقة الذكر يسرت له الأمر ، عندما يرجع لجهة الإدارة بمطالبتها بالتعويض بنص المادة الصريح ، بتحديد مدة سريان العقد وارتباطه بحساب مدة الظروف الطارئة ، ولن تجد الإدارة فرصة في الاحتجاج بعدم علمها بوقت وقوع الظروف الطارئة ، لأن نص المادة واضح وصريح في ذلك . وهذا ما يؤكد أن الهدف من نظرية الظروف الطارئة ، يكمن في تسيير المتعاقد للمرافق العامة ، مع جهة الإدارة باعتباره معاونا لها ومشاركا في تحقيق المصلحة العامة .

ثانيا : عندما يتم تجديد العقد الإداري فإن تاريخ التجديد هو المرجع في حساب مدى توافر شرط عدم التوقع بالنسبة للظروف التي تطرأ خلال المدة الثانية للعقد المجدد . وأما إذا أبرم أطراف العقد ملحقا

---

[1] لائحة العقود الإدارية الحالية في ليبيا ، مرجع سابق ، ص 468 – 469 .

للعقد الأول ، فإن تاريخ إبرام هذا الملحق الأخير هو التاريخ المعول عليه لتقدير التوقع أو عدم إمكان التوقع للظروف اللاحقة لهذا التاريخ [1] .

ثالثا : العبرة بتاريخ إبرام العقد الأصلي أثناء تنفيذ العقد ، إثر تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد الإداري ، سواء كان ذلك التغيير بسبب التنازل عن العقد بموافقة الإدارة أو بسبب حلول الورثة محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد . وبالتالي إذا توقع المتعاقد الظرف الطارئ في تاريخ إبرام العقد ، فإن ذلك لا يمنع من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، إذا أثبت أن النتائج المترتبة على هذا الظرف غير متوقعة ولم يكن في الوسع توقعها في هذا التاريخ [2] .

ومن هنا تتطبق شروط نظرية الظروف الطارئة على العقود ، سواء كانت مدنية أو إدارية وهذا ما نصت عليه المادة (147) من القانون المدني المصري والليبي التي أشرنا إليها سابقا [3] . ولا يختلف القانونان في تطبيق النظرية [4] . إلا في النتائج المترتبة على هذه الشروط من خلال سلطات القاضي في كل من القانونين .

---

[1] د . محمد عبد العال السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ، مرجع سابق ، ص 66 .
د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 250 .

[2] د . محمود عبد المجيد المغربي ، مرجع سابق ، ص 158 .

[3] للرجوع لنص المادة (147) مدني ليبي ، منشور بالجريدة الرسمية ، العصاترة بتاريخ 20 – 2 – 1954 . ونص المادة (147) مدني مصري ، مذكور في المذكرة التحضيرية للقانون المدني مشار إليها لدى ، د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 630 – 629 .

[4] ميز الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري بخصوص سريان المادة (147) من القانون المدني من حيث الزمان في ثلاثة حالات فيما يلي :
1 – عقد أبرم وينتهي تنفيذه قبل نفاذ القانون الجديد ، لاشك في أن القانون القديم هو الذي يسري على هذا العقد ، ولا تطبق نظرية الظروف الطارئة في شأنه .
2 – عقد أبرم بعد نفاذ القانون الجديد فإن هذا القانون هو الذي يسري ، وتطبق في شأن هذا العقد نظرية الظروف الطارئة .
3 – عقد أبرم قبل نفاذ القانون الجديد وتراخى تنفيذه إلى ما بعد نفاذ هذا القانون ، كانت القاعدة استمرار القانون القديم ، تقضي بسريان القانون القديم على هذا العقد ، فلا يكون هناك محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . إلا أنه لما كانت أحكام نظرية الظروف الطارئة تعتبر من النظام العام ، فإنها تسري بأثر فوري على وقائع التنفيذ التي تستجد منذ نفاذ القانون الجديد ، ولا تسري بأثر رجعي على وقائع التنفيذ التي تمت قبل نفاذ هذا القانون . مشار إليه لدى ، د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 652 .

المطلب الثالث

إرهاق المتعاقد في تنفيذ العقد وليس استحالة التنفيذ

اشترط القانون الفرنسي والمصري [1] ، والليبي ، أن يجعل الظرف الطارئ من تنفيذ العقد مرهقا للمتعاقد ، ويسمي هذا الشرط (شرط الإرهاق) . وبناء على ذلك يشترط أن يحصل هذا الإرهاق الذي تسبب الظرف الطارئ في حدوثه ، بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه ، فإذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد ، فإنه لا يصلح سببا للتمسك بتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، إذ يفترض في هذه الحالة أن أطراف العقد قد علما بوجود الظرف وارتضيا التعاقد في ظله ، كما تطبق النظرية إذا كان الظرف الطارئ قد وقع بعد تنفيذ العقد وانتهاء آثاره . وسنتوسع أكثر في هذا المجال عندما نتعرض لآثار النظرية ، ذلك في أوضاع المطالبة بالتعويض المؤقت استنادا للظروف الطارئة ، وفي تحديد ميعاد المطالبة به [2] .

حيث يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب ، أي أنه لا يكفي أن تنقص أرباح المتعاقد مع الإدارة أو أن يربح مطلقاً ، بل ولا يكفي أيضاً أن تلحق به خسارة طفيفة ، بل ويسبب الظرف الطارئ خسائر فادحة ، تدفع الإدارة إلى التدخل لمشاطرة المتعاقد في تلك الخسائر ولكن يجب أن لاتصل هذه الخسائر حد منع المتعاقد من القيام بالتزامه ، بل تقف هذه الخسائر بالمتعاقد أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً وليس مستحيلا [3] . ولهذا سوف نبين ماهية هذا الشرط فيما يلي :

ماهية شرط الإرهاق :

هو الشرط الوحيد من بين الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، الذي ينتج عن العقد ذاته ، أما بقية الشروط فخارجة عن نطاق العقد ؛ لأن الحادث الطارئ الاستثنائي العام والغير متوقع الحدوث ، لا علاقة له بالعقد ، إلا من حيث الأثر الذي تحدثه في هذا العقد ، وهذا الأثر يتمثل كما تحدثنا في شرط الإرهاق ، الذي يؤدي إلى تهديد المتعاقد بخسائر فادحة [4] .

يعد شرط الإرهاق الأثر المترتب على نشوء حادثة استثنائية عامة ، لم يكن في الوسع توقعها والذي لا يؤدي غالبا إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلا ، وإنما فقط مرهقاً يهدد المتعاقد بخسارة فادحة ، ويظهر لنا هذا التعريف فارقا بين فكرة الإرهاق في نظرية القوة القاهرة وفكرة الإرهاق في نظرية الظروف الطارئة ، فالإرهاق في القوة القاهرة هو استحالة تنفيذ الالتزام ، بينما

---

[1] د . أنور جعفر ، مرجع سابق ، 248 وما بعدها . د . إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص 276 وما بعدها .

[2] للاطلاع على ذلك ، مشار إليه في موضع رسالتنا ، ص139 وما بعدها .

[3] د . حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي ، مرجع سابق ، ص 178 .

[4] د . محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود ، مرجع سابق ، ص 72 .

الإرهاق في الظروف الطارئة بسبب المشقة في تنفيذ الالتزام ، فيتأذى المتعاقد بتحمل خسارة فادحة أدت إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب [1] .

إن الإرهاق الذي يقع فيه المتعاقد بسبب الظرف الطارئ يربطه معيار مرن ، ليس لـه مقـدار ثابت بل يتغير بتغير الظروف ، لأن تحديد مدى تأثر المتعاقد بالظرف الطارئ مسألة نسبية تختلف من متعاقد إلى آخر حسب قدرات كل متعاقد على مواجهة الظرف الطارئ فما يحدثه الظرف الطارئ من إرهاق مالي شديد للمتعاقد ، تطبق من أجله نظرية الظروف الطارئة ، قد لا يؤثر على متعاقد آخـر أو يكون تأثيره طفيفاً لا يؤدي إلى درجة اختلال التوازن المالي للعقد . ومن ثم لا مجال لإعمال النظريـة لذلك يُعد المعيار في ذلك اعتباراً شخصياً ، يتصل بالمتعاقد ومدى تأثره بـالظرف الطـارئ ، الـذي اعترض تنفيذه لالتزامه التعاقدي [2] .

وضع مجلس الدولة الفرنسي عدة اعتبارات متعددة لمعايير قلب اقتصاديات العقد ، التـي أدت إلى إرهاق المتعاقد مع الإدارة ، مثل رقم الأعمال الخاص بالشركة المتعاقدة ومقدار احتياطاتها والمبالغ الممنوحة للمتعاقد بناء على شروط العقد ، عند مواجهته لظرف غير متوقع عند إبرام العقد . وكمـا يضع القاضي في الاعتبار تقدير جميع أوجه النشاط التي يمارسها المتعاقد ، بأن يفحـص العقـد فـي مجموعه كوحدة واحدة ولا ينظر إلى أحد عناصره فقط فينظر إلى كامل العقد ومدته كل لا يتجزأ [3] . وإذا كان المتعاقد يمارس أوجهاً مختلفة من النشاط ، بمقتضى عقد واحد كتنفيذ عقد أشغال عامة وإدارة مرافق عامة ، عن طريق الالتزام أو مع توريد بضائع الإدارة ، فيجب عند تقدير الإرهاق الذي يتعرض له المتعاقد . أن يوضع في الاعتبار نتيجة جميع الأعمال المنصوص عليها في العقد [4] .

أما في ليبيا فقد عبرت المحكمة العليا عن هذا الشرط كما اشرنا سابقا بقولها " لا يلـزم أن تكون الخسارة الناشئة عن الظرف الطارئ ، تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملهـا أي متعاقـد لأية خسارة استثنائية وغير عادية ، تستتبع تدخل القاضي لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول " .

وأكدت المحكمة العليا الليبية أيضا ، في حكم لها بتاريخ 20 – 2 – 1977 ف ، بقولها (... أن مقتضى تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تقع الأحداث أو الظروف التي تفاجئ الملتزم وترهقه وتثقله بخسارة فادحة أثناء تنفيذ العقد ..) [5] .

---

[1] د . حسب الرسول الشيخ الفزاري ، مرجع سابق ، ص 366 . د . محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 16 .

[2] د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 212 .

[3] د . إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص 278 – 279 . د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 522 وما بعدها .
د . عبد المجيد بنوى ، مرجع سابق ، ص 263 وما بعدها .

[4] د . غازي عبد الرحمن ناجي ، مرجع سابق ، ص 99 وما بعدها .

[5] دعوى إلزامية رقم (5) ، لسنة 1974 ف ، في الدعوى المقامة من شركة شيكو وشركة (س س س) ، ضد وزارة الإسكان والمرافق ، مشار إليها سابقا .

ترى الباحثة ، أن الحكم أنف الذكر عندما لم يذكر الشرط الخاص باستمرار المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري ، هذا يعني أنه اعتبر أن استمرار المتعاقد في تنفيذه للعقد الإداري ، إنما هو نتيجة لحدوث تلك الشروط ، لأن استمرار المتعاقد في التنفيذ ، إنما هو شرط بديهي لا يؤدي وجوده لوحده إلى تطبيق الظروف الطارئة ، وإنما هو نتيجة فعلية لقيامها .

نخلص بأنه عندما تتحقق شروط نظرية الظروف الطارئة سابقة الدراسة ، تنتج عنها عدة آثار يلزم بها على الطرفين المتعاقدين المشاركة والمعاونة ، لغرض استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد ، حفاظا على المصلحة العامة . هذا ما سندرسه في الفصل الثاني .

الفـــصـــل الثـــانـــي

آثار نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية

الفصل الثاني

آثار نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية

تمهيد :

إذا كان العقد الإداري يتميز عن العقد المدني بأن أطرافه غير متكافئة ، فأحدهما يكون سلطة عامة والطرف الآخر شخص عادي فردا كان أو شركة ، إلا أنه عقدٌ ملزمٌ لأطرافه كالعقد المدني . ومن آثار العقد الإداري أنه يضع في مواجهة الإدارة التزامات ينتج عنها حقوق للمتعاقد معها ، يكون له الحق في مطالبتها بالوفاء بها ، وفقا لمقتضيات العدالة وحسن النية ، فإذا أهملت الإدارة أو تعمدت عدم الوفاء بالتزاماتها ، حتما يعرضها ذلك لتوقيع الجزاءات من قبل قاضي العقد الإداري بناء على طلب المتعاقد المضار . لذلك سندرس في هذا الفصل الآثار القانونية لالتزامات المتعاقد مع الإدارة والتزامات الإدارة تجاهه ، وسوف ندرس هذه الآثار فيما يلي :

المبحث الأول : آثار التزامات المتعاقد مع الإدارة .

المبحث الثاني : آثار التزامات الإدارة تجاه المتعاقد .

المبحث الأول

آثار التزامات المتعاقد مع الإدارة

عرفنا فيما سبق ، أن الظرف الطارئ لا يعفي المتعاقد من التزاماته الناشئة عن العقد الإداري فإذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، لا يستطيع المتعاقد أن يتحلل من التزاماته العقدية بل أن عليه الاستمرار في تنفيذها مقابل ذلك ؛ نظراً لصلة العقد الإداري بالمرفق العام ووجوب الحرص على استمرار وانتظام سيره . وأن على الإدارة تقديم المعاونة للمتعاقد المضار ، تعويضا له عن الضرر الذي أصابه ، حتى يتمكن من تنفيذ التزاماته العقدية .

من هذا المنطلق ، وجب علينا معالجة الآثار الناتجة عند حدوث الظروف الطارئة ، لتخفيف الصعوبات التي يواجهها المتعاقد ، عن طريق مشاركة الإدارة في تحمل نصيب من الخسارة التي حاقت به بسبب تنفيذه للعقد الإداري ، وكل ذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وتحقيق المصلحة العامة على الوجه المطلوب . وأيضا يربط المتعاقد استمراره في تنفيذ العقد الإداري على أساس معين سيتم تعويضه من خلاله ، وهذا ما سنوضحه في المطالب التالية :

المطلب الأول : استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري .

المطلب الثاني : الطابع المؤقت لتعويض المتعاقد مع الإدارة .

المطلب الثالث : أساس تعويض المتعاقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة .

المطلب الأول

استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري

لكي يتم تعويض المتعاقد مع الإدارة ، يلزم عليه الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري ، وإلا فلا يجوز له حق المطالبة بالتعويض عن الخسارة التي حاقت به ، أو عن نقص في أرباحه أو عن فوات كسب ضاع عليه ، رغم أن التعويض في الظروف الطارئة ، يكون عن الخسارة التي لحقت بالمتعاقد فقط .

أولا : التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد .

يرتبط حق التعويض بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة ، على أساس نظرية الظروف الطارئة باستمراره في تنفيذ العقد الإداري دون توقف ، وذلك باستمرار سير المرفق العام ، الذي أسست عليه النظرية [1] . ولكي يتمكن القاضي من رد الالتزام للحد المعقول ، يجب أن يستمر الالتزام كونه قائما ولم يتم تنفيذه ، وهذا يجعل من العقد يستمر مدة من الزمن تتحقق بواسطتها الظروف الطارئة ، ويحصل هذا غالبا في عقود امتياز المرافق العامة وعقود التوريد والأشغال العامة وعقود النقل [2] . من هنا فإن العقود قصيرة المدى التي تتحقق نتائجها بمجرد الإبرام بالتنفيذ لا تحدث بها ظروف طارئة .

حتى يستطيع الملتزم الاستمرار في تنفيذ التزامه ، لا بُد أن يكون الظرف الطارئ عارضا مؤقتا ، فإن استمر الظرف الطارئ ولم يرجى زواله ، كان لكل من طرفي العقد الحق في طلب فسخ العقد لاستحالة التنفيذ [3] . وأيضا للتعويض في نظرية الظروف الطارئة عند استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد ، رغم الإرهاق الذي تعرض له ، الذي سبب الخسائر التي قلبت اقتصاديات العقد ، نتيجة الظرف الطارئ الذي حدث في فترة وجيزة من الزمن لم تمتاز بالاستمرار ، فإن الظرف الطارئ يجب أن يقع بعد توقيع العقد الإداري وأثناء تنفيذه ، ويستوي حينها أن يطلب المتعاقد التعويض سواء أثناء تنفيذ العقد أو بعد إنهاء تنفيذه .

وترى الباحثة ، أن طبيعة العقود الإدارية وأهدافها وقيامها على فكرة استمرار المرافق العامة تفترض حدوث تغيير في ظروف العقد ، وملابساته وطرق تنفيذه تبعا لمقتضيات المصلحة العامة كحدوث ظروف طارئة أو صعوبات مادية على العقد الإداري ، ومن هنا تعمل فيه الجهة الإدارية على تغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة ، حينما تحدث تلك الظروف التي ترهق المتعاقد فتسبب له خسائر مادية جسيمة ، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد أن يطالب جهة الإدارة

---

(1) د . حسن عبد المنعم الخيمي ، مرجع سابق ، ص 179 .

(2) د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 539 .

(3) أ . محمد عبد القادر أبو لبده ، مرجع سابق ، ص 220 .

بالتعويض ، عن إخلالها بالتزاماتها وامتناعها عن القيام بمعاونته . وبالتالي فإن ارتفاع الأسعار لا يعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته . ولا يبيح للإدارة وقف سير المرفق العام ، لذلك تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة التي تعفي المتعاقد من التزاماته [1] .

في واقع الأمر ، أن نظرية الظروف الطارئة تختلف بصورة جذرية عن نظرية القوة القاهرة حيث أن المتعاقد أثناء حدوث الظرف الطارئ يستطيع أن ينفذ التزاماته بصورة وبأخرى ، أما أثناء حدوث القوه القاهرة على العقد الإداري ، فان المتعاقد يتحلل من التزاماته [2] . وإذا رغب المتعاقد أو المتعهد في الاستفادة من أحكام نظرية الظروف الطارئة ، عليه أن يستمر في تنفيذ التزاماته رغم تلك الظروف ، ما دام التنفيذ ممكنا ولم يصل إلى حد استحالة التنفيذ . ويترتب على ذلك أنه يجوز للمتعاقد الذي استمر في تنفيذ أحكام العقد ، أن يتقاضى التعويض في الوقت الذي يتحمل فيه غرامات التأخير وإذا ما توقف المتعاقد عن الاستمرار في تنفيذ العقد المتفق عليه ، سيحرمه ذلك حتما حق المطالبة بالتعويض بسبب الظروف الطارئة .

ثانيا : اثر فكرة المرفق العام على التزامات المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد .

يشترك المتعاقد مع الإدارة في الالتزام بضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد ، فليس للمتعاقد مع الإدارة الدفع بعدم التنفيذ [3] . أو التوقف عن التنفيذ كما هو مألوف في مجال عقود القانون الخاص لأن هذا غير متصور أن يحدث بين المتعاقد والإدارة في مجال العقود الإدارية ، باعتبار علاقته معها كسلطة عامة . إلا أنه يجوز استثناءا من الأصل العام – عدم جواز التمسك بعدم التنفيذ – في مجال العقود الإدارية ، اتفاق الإدارة والمتعاقد معها على جواز تمسكه بالدفع بعدم التنفيذ في مواجهتها بشرط تحديد حالاته بنصوص صريحة في صلب العقد [4] .

يتوجب على المتعاقد الاستمرار في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ، ولا يجوز له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة وذلك لتحقيق الغرض الذي أبرم العقد الإداري من أجله ، وهذا ما يلزم المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية ، التي تتعلق في المقام الأول بتحقيق النفع العام وخدمة المنتفعين بتسيير المرفق العام محل التعاقد [5] . ولهذا حرصت المحكمة الإدارية العليا المصرية على التأكيد بأن " هدف

---

[1] د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 526 .

[2] د . محمود عبد المجيد المغربي ، مرجع سابق ، ص 172 .

[3] " إن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية لما تتميز به من خصائص لاتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واطراد ، ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأي سبب كان ولو كان لخطأ أو تقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية " الطعن رقم (1027) ، لسنة (15) قضائية ، جلسة 28 – 1 – 1978 ف ، مشار إليه لدى ، د . عادل عبد الرحمن خليل ، مرجع سابق ، ص 176 .

[4] المرجع السابق ، ص 176 . د . ثروت بدوي ، المعيار المميز للعقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 122 وما بعدها .

[5] د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 383 .

المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة ، وهـذا يقتـضي مـن الطـرفين التـساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات " [1] .

قرر حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية جاسنوس (Gasnos) بأنه " على فـرض صـحة مزاعم المتعاقد ، بأن اقتصاديات العقد لم تعد متوازنة على أثر الزيادة غير المتوقعة في أعباء الاستغلال فإن ذلك يمكن أن يعتبر سببا لطلب التعويض ، ولكنه لا ينهض مبررا لتركه المرفـق العـام المكلـف بتسييره واستغلاله معطلا " ، وأيضا حكمه في قضية – فيل دى افالون – (Ville de Avalon) بأن تخلي الملتزم عن المرفق أثناء الحرب ، وعدم استخدامه الوسائل المتاحة لاستمراره يعتبر خطأ جسيما يستوجب إسقاط التزامه [2] .

فلا يجوز للمتعاقد مع الإدارة الامتناع عن الوفاء بالتزاماته تجاه المرفق العام بحجة أن هنـاك إجراءات إدارية أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها تجاهه ، بل يتعين عليه الاستمرار في التنفيـذ قدر استطاعته ، ثم يطالب بعدها الإدارة بالتعويض على فرض مسؤوليتها علـى أسـاس الخطـأ [3] . وأيضا نلاحظ أن ذلك يتعلق بحق المنتفعين في استمرار أداء المرفق العام بانتظام واطـراد ، بـصرف النظر عن الظروف التي يواجهها المتعاقد ، طالما أنها لم تجعل استمرار تنفيذ الالتزام مستحيلا .

سار القانون الليبي بنفس اتجاه القانونين الفرنسي والمصري ، على اعتبار أن التزامات الملتزم ذات طابع شخصي ، لا يستطيع التنازل عنها لشخص آخر أو شركة ، ولا يستطيع أن يتعاقد من الباطن ما لم تفوِّضه الإدارة بإبرام هذه العقود ، لذلك يلتزم بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في دفتر الشروط لتحقيق الصالح العام ، ولا يتحقق ذلك إلا بتأمين استمرار سير المرفق العام موضوع الالتزام .

أشارت إلى ذلك الفقرة (2) من المادة (672) من القانون المدني الليبي ، بقولها " ولملتزمة هذه المرافق أن يدفعوا مسئوليتهم ، عما يصيب المرفق من عطل أو خلل ، يزيد على المألوف في منتـه أو في جسامته ، إذا أثبتوا أن ذلك يرجع إلى قوة قاهرة خارجة عن إدارة المرفق ، أو إلى حادث مفـاجئ وقع في هذه الإدارة ، دون أن يكون في وسع أية إدارة يقظة غير مقترة أن تتوقع حصوله أو أن تـدرأ نتائجه ويعتبر الإضراب حادثا مفاجئا . إذا استطاع الملتزم إقامة الدليل أن وقوع الإضراب كـان دون خطأ منه " [4] .

ترى الباحثة ، أن جميع العقود الإدارية تقوم على مبدأ دوام سير المرفق العام بانتظام واطـراد مثل عقود التزام المرافق العامة وعقود التوريد ، فلا يجوز للشركة العامـة للكهربـاء ، أو المؤسـسة

---

[1] د . حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي ، مرجع سابق ، ص 173 . د . على محمد على عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 409 .

[2] حكمي المجلس الفرنسي بتاريخ 23 – 3 – 1931 ف ، وتاريخ 12 – 11 – 1934 ف ، مشار إليه لدى ، د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 385 .

[3] د . على محمد على عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 410 – 411 .

[4] د . خالد عبد العزيز عريم ، مرجع سابق ، ص 417 .

الوطنية للسلع التموينية ، إيقاف التيار الكهربائي أو الامتناع عن توفير السلع التموينية أو تقديمها بشكل منقطع ، بحجة وجود خسائر مالية أو بحجة عدم اقتناعها بضرورة توفير هذه الخدمات للمواطنين [1] .

المطلب الثاني

الطابع المؤقت لتعويض المتعاقد مع الإدارة

تستهدف نظرية الظروف الطارئة مواجهة عقبات مؤقتة مصيرها إلى الزوال ، تعترض المتعاقد مع الإدارة ، ولا تنتهي إلا بتمكين المتعاقد (كالملتزم في عقد الالتزام) من التغلب عليها حتى تعود الظروف الطارئة إلى حالتها الطبيعية التي أبرم العقد في ظلها .

يستعيد العقد الإداري توازنه إما بناء على زوال الظروف الطارئة ، كانخفاض الأسعار إلى مستواها الطبيعي ، أو إلغاء القيود الاقتصادية التي تعوق تنفيذ العقد ، فينتهي الظرف الطارئ نهاية مستقلة عن إرادة المتعاقدين ، أو أن تقبل جهة الإدارة إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد في ضوء الظروف الطارئة التي تواجه تنفيذ العقد ، كأن تقبل الإدارة زيادة الرسوم في عقد الالتزام بما يرد للعقد توازنه المالي ، وبذلك تتحلل الإدارة من التزامها بالتعويض [2] . وقد تقترب نظرية الظروف الطارئة في أثرها من نظرية القوة القاهرة حيث تكون النتيجة في كلتا الحالتين هي فسخ العقد ، وهذا ما جعلنا ندرس فكرة القوة القاهرة بمفهومها الإداري فيما الأتي :

أولا :- فكرة القوه القاهرة بمفهومها الإداري .

هنا لا يكون بإمكان المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية ، إلا بمعاونة دائمة من جهة الإدارة ، مع اختلاف فسخ العقد في حالة القوة القاهرة عنه في الظروف الطارئة ، حيث تؤدي القوة القاهرة إلى تعريض الملتزم لصعاب لا يستطيع التغلب عليها . أما عند الظروف الطارئة فإن ظروف العقد الاقتصادية ، تتغير تغييرا نهائيا على إثر الحوادث الطارئة ليتبعها فسخ العقد في حسم الموضوع .

إذا استمر الظرف الطارئ مع استحالة الحفاظ على التوازن المالي ، مما يؤدي إلى اختلال التوازن المالي بصورة نهائية ، فلا يستطيع المتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد ، ولا يتمكن من ذلك إلا بمعاونة الإدارة الدائمة ، هو ما يجعل من نظرية الظروف الطارئة تقترب بمفهومها من نظرية القوة القاهرة ، ولا ننسى أن نشير بأن دراستنا السابقة تعرضت لنظرية القوه القاهرة وتمييزها عن الظروف

---

[1] د . محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي ، مرجع سابق ، ص 195 .

[2] د . إبراهيم الدسوقي عبد اللطيف الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام ، رسالة دكتوراه ، غير منشورة ، جامعة عين شمس ، ص 326 .
د . حسن محمد عبد المنعم الخيمي ، مرجع سابق ، ص 180 .

الطارئة من حيث تعريفها وشروط تطبيقها وآثارها ، ومنعا للإسهاب في مجال القوه القاهرة نتحدث عن بعض جوانب النقص وذلك فيما يتعلق بمطلبنا الحالي .

تتشابه القوه القاهرة والظروف الطارئة إلى حد كبير من حيث الشروط ، فيكمن الاختلاف بينهما من ناحية الأثر وليس في طبيعة الحادث الناتج عنهما ، فيمكن أن تكون الحرب قوة قاهرة ، كما يمكن أن تكون ظرفا طارئا ، فإذا أدت الحرب إلى انقطاع المواصلات بحيث يتوقف استيراد المادة الأولية أو البضاعة توقفا كاملا في حالة عقود التوريد ، سيصبح من المستحيل تنفيذ الالتزام فتكون الحرب هنا حالة قوة قاهرة ، وقد لا تؤدي الحرب إلى انقطاع المواصلات كليا ، وإنما تؤدي إلى اضطرابها فقط ، بحيث يمكن الحصول على المواد والبضائع محل الالتزام في عقود التوريد ، ولكن بشكل مرهق يؤدي إلى ارتفاع الأسعار أضعافا مضاعفة ، فالحرب في هذه الحالة تؤدي إلى حدوث ظروف طارئة فقط [1] . وبالتالي فإن القوة القاهرة هي الحادث غير المتوقع الذي لا يمكن دفعه والذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا . أما الظروف الطارئة التي وإن كانت تجعل تنفيذ العقد مرهقا لأحد الطرفين إرهاقا شديدا ، إلا أن الأمر عندها لا يصل إلى درجة الاستحالة [2] .

ثانيا : – معاونة الإدارة للمتعاقد معها تنتهي بانتهاء الظرف الطارئ .

إذا ثبت استحالة زوال الظرف الطارئ ، فإن لكل من طرفي العقد الحق في اللجوء إلى القضاء إذا لم يستطيعا التفاهم لإعادة النظر في شروط العقد ، بما يجعله قابلا للتشغيل مرة أخرى ، فيجوز للقاضي أن يحكم بفسخ العقد بناء على طلب الإدارة أو الملتزم معها [3] . وباعتبار أن نظرية الظروف الطارئة تفترض أن معاونة الإدارة للمتعاقد معها هي ذات صفة مؤقتة ، تزول بزوال آثار تلك الظروف فيعود العقد الإداري إلى طبيعته أثناء التنفيذ ، إلا أن العقد لا يعود لتوازنه الأول ، فتصبح قلب اقتصاديات العقد نهائية دون توقف ، بحيث تضطر الإدارة لمعاونة المتعاقد معها ، لأنه لا يستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية إلا بمعاونتها الدائمة . وعليه يجوز لطرفي العقد طلب فسخ العقد من القاضي المختص [4] .

اختلف الفقه والقضاء ، في إمكانية حصول المتعاقد على التعويض الجزئي ، في حالة الظروف الطارئة التي لا تنتهي رغم معاونة الإدارة للمتعاقد معها ، باعتبار أن العقد الإداري أصبح غير قابل للاستمرار والعطاء ، رغم مساعدة الإدارة المستمرة ، ولهذا استحدث مفهوم القوة القاهرة الإدارية التي

---

(1) د . عادل عبد الرحمن خليل ، مرجع سابق ، ص 163 وما بعدها .

أ . حمدي محمد إسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، الطبعة الأولى ، منشورات دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ف ، ص 272 .

(2) أ . محمود رضا أبو قمر ، نحو مفهوم جديد لنظرية الظروف الطارئة ، مجلة المحاماة المصرية ، العددان (9 – 10) ، السنة (71) ، 1991 ف ، ص 170 .

(3) د . حسن محمد عبد المنعم حسن الحيمي ، مرجع سابق ، ص 182 .

(4) د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 529 . د . عمر السيوي ، مرجع سابق ، ص 144 .

ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي ، على إثر حكمه الصادر بتاريخ 9 – 12 – 1931 ف ، في قضية ترام شربورج (Tramways de Cherbourg) . " وتتلخص وقائع هذه القضية في أن ملتزم نقل الركاب بالترام في تلك المدينة قد واجه اختلالا جسيما في المشروع محل عقد الالتزام ؛ نظرا لانتشار وسائل النقل الحديثة والسريعة ، وبالرغم من موافقة الإدارة على رفع تكاليف الركوب ، إلا أن عائد المشروع لم يعد كافيا لتغطية تكاليفه بدون إعانة دائمة من الإدارة ، وتبين أنه لن يعود للمشروع توازنه الاقتصادي الذي اختل ، على الرغم من رفع أسعار الركوب . ووفقا لذلك ابتدع مجلس الدولة الفرنسي أحكام نظرية الظروف الطارئة حينما لا يعود العقد إلى توازنه رغم مساعدة الإدارة وذلك في الآتي [1] :

1 – إذا ثبت استحالة عودة التوازن المالي للعقد فيستحيل زوال الظرف الطارئ ، يجوز لكل من طرفي العقد أن يطلب من القاضي إثبات حالة الاستحالة عن طريق الموقف الساري للظرف الطارئ وذلك لوضع حد لتطبيق نظرية الظروف الطارئة .

2 – لعلاج حالة زوال الظرف الطارئ على أطراف العقد أن يبحثوا عن اتفاق جديد لإعادة النظر في شروط العقد بما يتلاءم مع الأوضاع الجديدة .

3 – أما في حالة عدم وجود حل للاتفاق بين الأطراف ، أو الفشل في إيجاد الحل المناسب لإعادة تنظيم ، لاستغلال المشروع وتنظيم أركانه ، فإن لأي منهما أن يطلب من القاضي فسخ العقد ، وقد يقترن الفسخ بمنح تعويض لأحد الطرفين ، إذا تبين أن تعنت الطرف الآخر هو السبب في عدم التوصل إلى اتفاق جديد .

أخذ الفقه القانوني ما نتج به مجلس الدولة الفرنسي ، ورأى أنه من غير المستطاع أن تجبر الإدارة على دفع تعويضات عن الظروف الطارئة ، مشاركة منها للمتعاقد حتى لا يضطر إلى التوقف عن تنفيذ التزاماته وذلك إلى ما لا نهاية [2] . فسميت الظروف الطارئة بنظرية القوة القاهرة الإدارية وهي مناظرة لفكرة القوة القاهرة في القانون الخاص ، وقد أضافها مجلس الدولة الفرنسي توسعا للمفهوم التقليدي للقوة القاهرة ، حيث أن قلب اقتصاديات العقد لا يؤدي إلى استحالة مطلقة في تنفيذ العقد ، ولا يؤدي إلى إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته ، وإنما يؤدي فقط إلى فسخ العقد قضائيا ، وهذا ما لا يستطيع القاضي في القانون الخاص أن يحكم به حين حدوث الظروف الطارئة . إلا أن القوة القاهرة الإدارية التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي في حكم – ترام شربورج – إنما يطبق بالنسبة للعقود الإدارية طويلة الأجل مثل عقود امتياز المرافق العامة [3] .

---

[1] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 676 .

د . عادل عبد الرحمن خليل ، مرجع سابق ، ص 279 . د . علي محمد عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 476 وما بعدها .

د . محمد سعيد حسين أمين ، مرجع سابق ، ص 640 – 641 .

[2] د . عمر السيوي ، مرجع سابق ، ص 146 .

[3] د . علي محمد علي عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 473 . د . عبد المجيد فياض ، نظرية الالتزامات في العقد الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، 1975 ف ، ص 156 – 157 .

بناء على ما سبق ، يجوز لجهة الإدارة المتعاقدة ، أن تستخدم حقها في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة وفق قيود محددة ، تكمن في تحقيق المصلحة العامة ، وليس كإجراء جزائي لإخلال المتعاقد بالتزاماته التعاقدية ، ويجب أن يكون قرار إنهاء العقد الإداري قد صدر وفقا للأوضاع التي حددتها القوانين واللوائح النافذة ، وهذا حق أصيل تملكه جهة الإدارة دون حاجة للنص عليه في العقد بين الطرفين ، مع عدم إخلال الإدارة بحق المتعاقد في الحصول على التعويض المناسب [1] .

نلاحظ مما سبق ، أن للمتعاقد الحق في المطالبة بالتعويض ، حينما تحدث ظروف ترهق من كاهله سواء كانت خارجه عن إرادته ، أو كان للإدارة سبب في وجودها ، إذا لم يصدر منه إهمال أو تقصير في تنفيذه للعقد الإداري . ومن هنا سندرس أساس تعويض المتعاقد عند حدوث الظروف الطارئة في المطلب الثالث .

---

[1] د . مفتاح خليفة عبد الحميد ، إنهاء العقد الإداري في التشريع الليبي ، مرجع سابق ، ص 114 .

المطلب الثالث

أساس تعويض المتعاقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة

اختلفت آراء الفقهاء حول الأساس القانوني لحق التعويض عن نظرية الظروف الطارئة ، فحيث ذهب البعض إلى أن أساس التعويض يكمن في فكرة النية المشتركة لأطراف العقد ، وبني هذا الطريق أساس التعويض على ذلك ، ومنهم من يرى بأن أساس التعويض يكمن في فكرة التوازن المالي للعقد في حيث يرى فريق آخر أن أساس التعويض يكمن في فكرة الطبيعة الذاتيـــة للعقـــود الإداريـــة وصـــلتها بالمرافق العامة . ويذهب رأي آخر من الفقهاء إلى اعتبار أساس التعويض يكمن في فكرة العدالة وهناك أسس قانونية أخرى اعتبرها الفقهاء ، أساساً لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة ونتحدث عـــن هذه الأســس في الفروع التالية :

الفرع الأول : فكرة النية المشتركة لإطراف العقد .

الفرع الثاني : فكرة التوازن المالي للعقد .

الفرع الثالث : فكرة العدالة .

الفرع الرابع : مبدأ سير المرافق العامة بانتظام وباضطراد .

الفرع الخامس : طبيعة العقد الإداري واتصاله بالمرفق العام .

الفرع السادس : سير المرافق العامة بانتظام واطراد وفقا لقواعد العدالة .

الفـــرع الأول
فكرة النية المشتركة لأطراف العقد

يري أنصار هذا الرأي ، أن أساس تعويض المتعاقد عن نظرية الظروف الطارئة ، يكمن في النية المفترضة وقت إبرام العقد ، ويرى العميد الفرنسي بونار (Bonnard) أن التعويض عن الظروف الطارئة إنما يتوافق مع ما انصرفت إليه نية الطرفين ضمنياً أثناء إبرام العقد [1] . وبالتالي فإن التعويض الذي يحكم به القاضي في حالة تطبيق الظروف الطارئة ، يستند إلى الإرادة المشتركة لطرفي العقد ، وبذلك فإن فكرة التعويض لم تقرر بنص ، وإنما بقضاء مجلس الدولة الفرنسي ، بموجب حكمه في قضية (بوردو) سنة 1916 ف ، وكان ذلك في تقارير بعض المفوضين ، المقدمة لمجلس الدولة الفرنسي (Chardenet) ومنها يتوجه أحد التقارير للمجلس بقوله " لقد طبقتهم مبدأ أن العقود يجب أن تنفذ بحسن نية ووفقا للنية التي قصدها الأطراف لحظة إبرام العقد " [2] .

إلا أن الرأي أدناه ، تعرض للانتقاد من عدة فقهاء ، ومنهم الدكتور سليمان محمد الطماوي بقوله " حيث يرى البعض أن التعويض على أساس النية المشتركة لإطراف العقد ، إنما هو أساس تعسفي في معظم حالاته ، ولا يصلح دائماً لتبرير القواعد – البريتورية – التي يخلقها القضاء الإداري ولوا استتر ذلك خلف حيلة التفسير " [3] . كما انتقد الفقيه عبد الحميد حشيش هذه الفكرة ، وقوله " بأنها لا تصلح لتأسيس حق التعويض عن الظروف الطارئة ، وبرر موقفه في أن التعويض عنصر من عناصر النظام القانوني للعقود ، وله صفة الإلزام ، ولا يجوز الاتفاق على استبعاده ، بالتالي فإن اعتبار الأساس القانوني للتعويض لا يكون في النية المشتركة للمتعاقدين ولكن يكمن في تفكير القاضي ، لأن الحق في التعويض ينشأ ويفرض بواسطة القضاء الإداري " [4] .

ويشير الرأي السابق ، إلى أن القاضي لكي يتعرف على النية المشتركة لأطراف العقد ، عليه أن يعود إلى تاريخ إبرام العقد ، لذلك يجب أن يكون تفسير القاضي للعقد تفسيراً دقيقا ، ويقدم الدكتور عبد الحميد حشيش تساؤلا : كيف يمكن الحديث عن النية المشتركة لأطراف العقد والفرض أن مصالحهم متعارضة ؟ فالمدين في حالة الظروف الطارئة تنصرف نيته إلى التحرر من الالتزام الذي أصبح أكثر إرهاقا ، بحيث يهدده بخسارة فادحة في حين أن نية الدائن تنصرف إلى الاستفادة من هذا الموقف بتحميل المدين النتائج المترتبة على هذه الحالة وتؤكد ذلك المادة (1156) من القانون المدني الفرنسي

---

(1) د . علي محمد علي عبد المولي ، مرجع سابق ، ص 504 . د . أحمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 238 .

(2) د . سعيد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 48 .

(3) الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 668 .

(4) مشار إليه لدى ، د . علي محمد علي عبد المولي ، مرجع سابق ، ص 506 .

د . حسن محمد الخيمي ، مرجع سابق ، ص 172 – 173 . د . أحمد سلامة بدر ، مرجع سابق ، ص 238 .

والمقابلة للمادة (150) من القانون المدني المصري ، حيث أن هاتين المادتين لا تجيزان للقاضي اللجوء إلي تفسير إرادة طرفي العقد ، إلا إذا كانت نصوص العقد مبهمة وغير واضحة ، أما إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف علي النية المشتركة للمتعاقدين [1] . نلاحظ مما سبق ، أن النية المشتركة للأطراف العقد ، لا تصلح لوحدها أساساً لحق التعويض في نظرية الظروف الطارئة .

الفـرع الثاني
فكرة التوازن المالي للعقد

يرجع بعض الفقهاء ومن بينهم الفقيه الفرنسي (Waline) [2] ، أساس التعـويض عـن تطبيـق نظرية الظروف الطارئة ، إلى مبدأ التوازن المالي للعقد ، وقد سبق وأشرنا إلي التوازن المالي للعقد عن طريق التفريق بينه وبين الظروف الطارئة . وبالتالي فإن فكرة التوازن المالي للعقد لا يمكن أن تبـرر حق المتعاقد في طلب التعويض للظروف السابقة ، عندما يستخدم حقه في طلب فسخ العقد قضائياً ، في حالة قلب اقتصاديات العقد نهائياً فالفرض أنه لا يمكن الحديث عن إعادة التوازن المالي الذي لم يعد له وجود ومن تم لا تصلح فكرة التوازن المالي للعقد كأساس لطلب التعويض الذي يتقدم به المتعاقد بعـد انتهاء العقد . وبالتالي ربط بعض الفقهاء فكرة التوازن المالي للعقد بالنية المـشتركة لأطـراف العقـد فأرجعوا فكرة التوازن المالي للعقد إلى النية المشتركة للطرفين المتعاقدين [3] .

تأسيسا على ذلك ، في اعتقادنا أن الرأيين السابقين ، لا يعبّران على أسـاس سـليم لتعـويض المتعاقد ، ذلك لأن مبدأ التوازن المالي للعقد يعتبر أمراً مفترضاً في كل عقد إداري دون حاجة للـنص عليه في العقد ، وذلك حينما يحدث الظرف الطارئ ، أو حتى فعل الأمير ، إلا أن فعل الأميـر ينـتج عنه التعويض الكامل للمتعاقد مع الإدارة ، ويتضمن ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح . وهذا تصلح فكرة التوازن المالي للعقد كأساس لنظرية فعل الأمير ولكنها لا تصلح كأساس لنظرية الظروف الطارئة لأن التعويض عليها يكون تعويضا جزئيا .

---

(1) مشار إليه لدى : د . عبد السلام علي العز وعي ، مرجع سابق ، ص 347 – 348 . د . إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص 295 .

(2) ومن المنتقدين لهذا الاتجاه الفقيه الفرنسي بيكينو . للاستزادة في ذلك أنظر ، د . سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 668 .

(3) د . محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق الظروف الطارئة في مجال العقود ، مرجع سابق ، ص 26 .

د . محمد سعيد حسين أمين ، الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1983 ف ، ص266 .

الفـــرع الثالث

فكرة العدالة

يرجع بعض الفقهاء [1] ، العدالة كأساس للتعويض عن نظرية الظروف الطارئة ، إذ يرون أنه ليس من العدالة في شيء أن يلزم أحد أطراف العقد بتنفيذ التزام أصبح مرهقا ، على غير مـــا توقعـــه الطرفان [2] . وفي هذا المعنى تقول محكمة القضاء الإداري أن نظرية الظروف الطارئة " إذ تستند إلى قواعد العدالة ، فإن أساسها هو تضحية من الطرفين المتعاقدين وليس إخلاء أيهما من التزامـــه ، بـــل بتحمل كل منهما شيء من الخسارة لا أن يتحملها أحدهما " [3] .

نلاحظ مما سبق ، أن فكرة العدالة لا تكفي لوحدها كأساس لحق التعويض ، رغم قيـــام القـــانون الإداري على فكرة العدالة ، إلا أنها لا تكفي كأساس لحق التعويض عن الظروف الطارئة .

الفـــرع الرابع

مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد

يرى العديد من الفقهاء [4] ، أن أساس حق التعويض عن نظرية الظروف الطارئة هو مبـــدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد والأصل أن المرافق العامة يجب أن تؤدي خـــدماتها باســـتمرار ، وعلى الإدارة أن تعمل جاهدة على تحقيق هذا الاستمرار ، وبالتالي إذا حدثت ظروف غير متوقعة أدت إلى إرهاق المتعاقد ، فإن على الإدارة أن تقف بجانب المتعاقد لمشاركته في التغلـــب علـــى الظـــروف الطارئة ، حتى يستطيع المرفق أن يؤدي خدماته دون توقف [5] .

إن فكرة سير المرفق العام بانتظام واطراد ، هي أكثر الأفكار ترديدا في أحكام مجلس الدولـــة الفرنسي والمصري المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة ، وحيث أن فكرة سير المرافق العامـــة بانتظـــام واطراد هي الفكرة التي من أجلها وجدت نظرية الظروف الطارئة ، وأكد مجلس الدولة علـــى التـــزام

---

[1] ومن الفقهاء الفرنسيين (De Laubadere) و (Llorens) ، وأيضا من الفقهاء المصريين ، د . سليمان محمد الطماوي ، د . محمود حلمي ، د . عزيزة الشريف ، مشار إلى ذلك لدى ، د . محمد السناري ، مرجع سابق ، ص 30 .

[2] د . طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 626 . مجلة المحاماة بمصر ، مرجع سابق ، ص 536 .
د . حمد محمد حمد الشلماني ، مرجع سابق ، ص 327 .

[3] طعن رقم (983) ، السنة (9) قضائية ، بتاريخ 30 - 6 - 1957 ف ، المجموعة ، السنة (11) ، البند (377) ، ص 626 ، مشار إليه لدى ، د . محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 442 .

[4] ومنهم في فرنسا الفيه (Malezieux) و (geze) و (Vedel) ، ومن مصر ، د . سليمان محمد الطماوي ، د . ثروت بدوي ، د . محمود محمد حافظ ، د . محمد عبد الحميد أبو زيد ، مشار إلى ذلك لدى د . محمد السناري ، المرجع السابق ، ص 27 وما بعدها .

[5] د . سعيد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 54 . د . أنس جعفر ، مرجع سابق ، ص 250 .
د . عبد السلام علي المزوغي ، مرجع سابق ، ص 350 .

المتعاقد لضمان سير المرفق العام وعدم جواز الدفع بعدم التنفيذ إلا في حالة القوة القاهرة ، بشرط أن يبذل المتعاقد ما بوسعه من الجهد ، لاستمرار سير المرفق العام ، ويعتبر تقصير المتعاقد في ذلك بمثابة الخطأ الجسيم الموجب لتوقيع الجزاء [1] . ومن أحكام مجلس الدولة الفرنسي ، حكمه المشهير بقضية غاز بوردو سنة 1916 ف ، بنصه " أن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واطراد هي التي تبرر منح المتعاقد تعويضاً جزئياً في حالة قلب اقتصاديات العقد " [2] .

اعتادت المحكمة الإدارية العليا المصرية دائماً عند تطبيق الظروف الطارئة على إتباع صيغة " ضماناً لتنفيذ العقد الإداري ، واستدامة لسير المرفق العام الذي يخدمه " [3] ، ومن ذلك " على المتعاقد رغم الظروف الطارئة أن يستمر في تنفيذ العقد حفاظاً على دوام سير المرفق العام بانتظام ، ويطالب جهة الإدارة بالتعويض الذي يستحقه نتيجة ما أوقعته به تلك الظروف الطارئة من اختلال في التوازن المالي لعقده ". وحيث يذهب بعض الفقه المصري ، إلى الأخذ بهذا الأساس ومن الفقهاء الدكتور أنس جعفر ، فيرى أن فكرة سير المرافق العامة بصفة منتظمة ودائمة هو الأساس القوى لتعويض المتعاقد حال توفر شروط نظرية الظروف الطارئة . غير أن الظروف الطارئة ليس من شأنها إعفاء المتعاقد مع الإدارة من الاستمرار في تنفيذ العقد وذلك ضمانا لسير المرفق العام بانتظام واطراد ، حيث نص المبدأ الذي صاغته المحكمة الإدارية العليا " بأنه لا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن ثمة إجراءات قد أدت إلى إخلال الإدارة بأحد التزاماتها قبله فيتعين عليه أن يستمر في التنفيذ ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض إن كان له مقتضى " [4] .

وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا الليبية ، في قرارها الصادر بتاريخ 2- 4 – 1980 ف [5] . حيث أن تعويض المتعاقد وفقا للعقود الإدارية وصلتها بالمرفق العام ، فالأصل أن المرافق العامة ، كما نوهنا سابقاً يجب أن تؤدى خدماتها باستمرار للحفاظ على المصلحة العامة ، وإذا حدث للمتعاقد مع الإدارة ظروف طارئة غير متوقعة أدت إلى إرهاقه . فإنه على الإدارة أن تعمل على مساعدة المتعاقد للتغلب على تلك الظروف حتى يتمكن المرفق العام من الاستمرار في أداء خدماته [6] .

بناء على ما سبق نرى أنه رغم وجاهة هذا الاتجاه ، غير أنه لا يكفي لوحده كأساس جامع مانع للتعويض عن الظروف الطارئة . فقد تعرض أنصار هذا الرأي للانتقاد من قبل العديد من الفقهاء وذلك بأن التعويض عن تلك الظروف قد يكون أثناء تنفيذ العقد أو بعد انتهاء مدته فإذا كان الحصول

---

(1) د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 384 .

(2) د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 175 .

(3) د . سعد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 55 .

(4) طعن اداري رقم (767) لسنة (11) قضائية ، جلسة بتاريخ 5 – 7 – 1969 ف ، مشار إليه لدى د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 383 وما بعدها .

(5) طعن إداري رقم (23) ، لسنة (25) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (17) ، العدد (1) ، ص 25 .

(6) د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 668 – 669 .

على التعويض أثناء سريان العقد ، يؤسس على مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلا أن الحصول على التعويض بعد انتهاء العقد لا يمكن أن يؤسس على نفس المبدأ ، لاعتبار أن العقد قد انتهى [1] . أكد مجلس الدولة الفرنسي والمصري ذلك ، فقد أباح كلاً منهما للمتعاقد مع الإدارة الحصول على تعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة بعد انتهاء مدة العقد [2] . وبالتالي إن فكرة سير المرافق العامة بانتظام واطراد لا تصلح لوحدها كأساس لحق التعويض عن الظروف الطارئة .

الفـــرع الخامس

طبيعة العقد الإداري واتصاله بالمرفق العام

إن طبيعة العقد الإداري تكمن في أنه عقد مرن يعقد في الغالب لمدة طويلة ، لذلك تصبح طبيعة العقد الإداري مبررا للأخذ بالنظرية [3] . لم أدخل من مرونة على مبدأ القوة الملزمة للعقد في القانون الإداري [4] . إلا أن هذا المبدأ لا يطبق بنفس الجمود والإطلاق في العقود المدنية ، فإنه يجوز للإدارة أن تعدل من جانبها وحدها من شروط العقد ، وبالتالي فإن المتعاقد مع الإدارة يتعهد بالتزامات أشد عبئا من التي يتعهد بها المتعاقدين في العقود المدنية ، باعتبار أن المتعاقد مع الإدارة قبل المساهمة في تسيير المرفق العام بانتظام واطراد ، فمن هنا نلاحظ أنه من الطبيعي أن تساهم الإدارة في استمرار تنفيذ العقد على أكمل وجه [5] . إلا إن هذا الاتجاه لا يصلح كأساس لحق التعويض عن الظروف الطارئة ، وذلك لان من مقتضيات العقود الإدارية مشاركة الإدارة للمتعاقدين في تنفيذ العقد الإداري .

ترى الباحثة ، أن هذا الاتجاه لا يصلح كأساس لتعويض المتعاقد مع الإدارة ، ذلك لأن هدف الإدارة منذ حدوث الظروف الطارئة ليس معاونة المتعاقد معها أو خدمة الملتزم ذاته ، بل يكمن هدفها الأول في حماية المرفق العام من التوقف عن أداء خدماته ، وأن الإدارة لم تضع في الاعتبار حماية المتعاقد من الخسائر التي تعرض لها ، باعتبار أن المتعاقد معها طرف ضعيف ، ذلك لأن العقد الإداري يحكم العلاقة بينه وبين الإدارة ، باعتباره طرف يهدف إلى تحقيق مصلحته الشخصية والإدارة التي تعتبر الطرف المسؤول في تحقيق الصالح العام بأكمله ، وهنا قد تتستر الإدارة باعتبارها صاحبة السلطة العامة خلف ستار حماية المصلحة العامة ، وتمتنع عن مشاركة المتعاقد معها في منحه لضمانات

---

[1] د . سعيد السيد علي ، مرجع سابق ، ص 56 وما بعدها .

[2] د . محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 29 .

[3] ومن أنصار هذا الاتجاه ، الفقيه الفرنسي فيدل ، وذي لو باديز وبيكينو ، وفي مصر د . سليمان محمد الطماوي ، د . توفيق شحاتة ، للاستزادة في ذلك أنظر ، د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 668 وما بعدها .
د . عبد السلام علي المز وغي ، مرجع سابق ، ص 350 .

[4] د . طعيمة الجرف ، القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 242 .

[5] المرجع السابق ، ص 244 . مجلة المحاماة المصرية ، مرجع سابق ، ص 537 .

القروض التي يعقدها مع الغير ، وكذلك منحه مستحقاته المالية أو المزايا والتسهيلات المالية ، التي تلتزم الإدارة بمنحها للمتعاقد وذلك لتسهيل مهمته في تسيير المرفق العام ، عند حدوث الظروف الطارئة .

الفرع السادس

سير المرفق العام بانتظام واطراد وفقا لقواعد العدالة

يتمثل هذا الأساس في ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد إلى جانب قواعد العدالة وقد أخذت المحكمة الإدارية العليا في مصر بهذا الأساس ، بقولها حيث أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة ، التي هي قوام القانون الإداري كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة فرائد الجهة الإدارية ، هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها [1] .

نلاحظ مما سبق ، ورغم الانتقادات التي وجهت للمبدأين منفردين ، مبدأ العدالة ومبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، إلا أنهما إذا اجتمعا كأساس واحد ، يصبحان أساساً صالحاً للتعويض عن نظرية الظروف الطارئة ، وذلك يعني ضرورة التوفيق بين مبدأ استمرارية المرافق العامة بانتظام واطراد ومبدأ العدالة الذي يقتضي عدم تحمل المتعاقد وحده للنتائج المترتبة على الظروف الطارئة التي لا دخل له فيها .

تبين لنا من خلال تحليلنا لبعض أحكام المحكمة العليا ، أنها أخذت بهذا الاتجاه في بعض الأحيان وطبقته على منازعات العقود الإدارية ، فأتضح لنا من طيات حكمها ، أنها طبقت المبدأ المزدوج فنصت بقولها " إن تعرض المقاول لمخاطر اقتصادية ونشأ عن ذلك زيادة في أعبائه المالية يخل معها التوازن المالي للعقد ، كان من حقه على الإدارة أن تساهم معها بقدر معين حتى لا يتحمل وحده كل الغرم ، وتعوضه عما يصيبه من أضرار ، حتى ولو لم يكن هناك خطأ من جانبها ... لأن المتعاقد مع الإدارة لا يُنظر إليه باعتباره متعاقدا فحسب . بل يتعين أن يوضع في الاعتبار صفته كمعاون في تسيير المرفق العام ، وقاعدة سير المرافق العامة بانتظام واطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة ويتعين عليه لهذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض الذي يراه ..." [2] .

إن القانون والتشريع الليبي في سعيه لحفاظه الدائم على سير المرافق العامة باستمرار واطراد ، إنما صادر من اهتمامه بالمصلحة العامة التي تهدف إليها إبرام العقود الإدارية ، وقد أكدت

---

[1] د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 329 .

[2] طعن إداري رقم (23) ، لسنة (25) قضائية ، مشار إليه سابقا .

المحكمة العليا ذلك في الكثير من قراراتها في نموذج عقد التزام منها " ... كما إن الغاية من إعمال نظرية الظروف الطارئة في القضاء الإداري ، غير متوفر في العقد المطعون ضده وهي الموازنة بين مصلحة الشخص المتعاقد الخاصة وبين المصلحة العامة ، وما يقدمه المرفق من خدمات للمواطنين حيث لا مصلحة لهم في شرب الخمر ولعب القمار ، ولا يمكن اعتبارها من الأمور التي يحتاجها الناس في حياتهم اليومية ، بحيث يتضررون من تقديمها إليهم ، فضلا عن أن المنع انصب على هذين الأمرين فقط وصار تنفيذ العقد بالنسبة لهما مستحيلا ، وانقطع الوارد منها على طرفي العقد ، الذي كان للجهة الطاعنة النصيب الأكبر منه ، حيث اشترطت في عقد الالتزام أن يكون نصيبها من دخل الصالة (62%) ولم تطالب الملتزم بشيء من ذلك بعد صدور المنع ، عليه فإنه لا محل لإعمال نظرية الظروف الطارئة " [1] .

لذلك نرى أنه يجب لإعمال نظرية الظروف الطارئة في القانون الليبي ، أن تؤدي المحافظة على سير المرافق العامة إلى حماية المصلحة العامة أولا وأخرا . إلا أن هذا لا يمنع الإدارة من معاونتها للمتعاقد في عقودها الإدارية ، حتى تحميه من الخسائر الفادحة التي تعرض لها ، ولا يعني ذلك أن تضحي الإدارة بالمصلحة الخاصة لأجل المصلحة العامة ، وإنما يعني أن تضع الإدارة موازنة بين الحقوق التي يستحقها المتعاقد معها في سبيل استمراره في تنفيذ العقود وبين الالتزامات التي تقع على عاتقه .

الواقع أنه ليس من العدل حينما تنقلب موازين العقد بسبب الظروف الطارئة أن لا يتحقق التوازن بتعويض المتعاقد تذرعاً من الإدارة بتسيير العقد الإداري ، لأن ضرورة سير المرفق العام لا يعني التضحية بمصلحة المتعاقد وتركه يتحمل وحده عبء جميع الأضرار ، ولكن يجب أن يرتبط أساس تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد بالعدالة [2].

بناء على ما سبق ، رغم اختلاف الفقه في اعتماد أساس للتعويض تقوم عليه الظروف الطارئة ، إلا أننا لاحظنا أن أحكام المحاكم ، قد تأرجحت في الأخذ بتلك الأسس ، فتارة نجدها تأخذ بأساس سير المرفق العام بانتظام واطراد لوحده وتارة نجدها تشرك معه أساس العدالة وطبيعة المرفق العام ، وتارة أخرى ما تجمع عدة أسس في أحكامها عند استنادها للظروف الطارئة . غير أنه يلزم على الإدارة عند توافر شروط الظروف الطارئة في العقد الإداري ، وتحقق أساس التعويض للمتعاقد معها أن تعوضه تعويضا جزئيا ، ينبثق من طبيعة العقود الإدارية ، ومن هنا سندرس كيفية هذا التعويض ومداه وحق المتعاقد في تقاضيه من عدمه في المبحث الثاني .

---

[1] طعن إداري رقم (9) ، لسنة (25) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا الليبية ، العدد (1) ، السنة (22) ، ص 12 .

[2] ومن أنصار هذا الاتجاه في الفقه الليبي ، د . محمد عبد الله الحراري ، حيث يرى ضرورة التوفيق بين مبدأ استمرارية سير المرافق العامة بانتظام واطراد ومبدأ العدالة ، أنظر مؤلفه ، أصول القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 240 وما بعدها .

المبحث الثاني

آثار التزامات الإدارة تجاه المتعاقد

إذا ما توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، يقع على عاتق الإدارة تعويض المتعاقد المضار وعرفنا أن التزام الإدارة بتعويض المتعاقد في حالة الاستناد إلى النظرية ، تحكمه قاعدة التعويض المؤقت والجزئي . فيتعين على الإدارة احترام التزاماتها التعاقدية تجاه المتعاقد معها ، والتي تكمن في مدى احترامها لشروط العقد ، واحترامها لمقتضيات حسن النية في تنفيذها للعقد ، واحترامها للمدة المنصوص عليها في العقد ، وأما إذا حدثت ظروف مفاجئة وغير متوقعه ، سواء كانت مخاطر ذات طبيعة اقتصادية أو سياسية أو اجتماعية خارجة عن إرادة جهة الإدارة وليس لها يد في حدوثها وأيضا بعيدة عن إرادة المتعاقد معها فأرهقت معها كاهله ، بخسارة مالية لمحاولته رد التوازن المالي للعقد ، فعلى الإدارة حينها القيام بمعاونة المتعاقد معها في تحمل جزء من الخسائر ، أو تعديل شروط العقد ، حتى ولو لم يحدث خطأ من جانبها . فيجوز للمتعاقد في هذه الحالة التقدم للقضاء لحصوله على التعويض لمناصفته عما حدث له من أضرار . وبعد أن عرفنا أساس التعويض عن الظروف الطارئة أصبح لزاما علينا أن نعرف كيف يتم هذا التعويض ؟ وما هي القواعد التي يتم بناء عليها تحديد قيمة التعويض والعناصر التي يشملها ، ثم سنعرض الشروط التعاقدية للإعفاء من المسؤولية حين حدوث الظروف الطارئة ، وذلك في حدود تنظيم اتفاقي بين المتعاقدين لمواجهة الظروف الطارئة ، وستكون دراستنا لذلك وفقا للمطالب الآتية :

المطلب الأول : تحديد التعويض المؤقت ومداه في نطاق الظروف الطارئة .

المطلب الثاني : أوضاع المطالبة بالتعويض المؤقت استنادا للظروف الطارئة .

المطلب الثالث : حدود التنظيم الاتفاقي بين المتعاقدين لمواجهة الظروف الطارئة .

المطلب الأول

تحديد التعويض ومداه في نطاق الظروف الطارئة

بعد أن عرفنا بأن حقوق المتعاقد مع الإدارة والتزاماته ، تحدد طبقا لنصوص العقد وليس على أساس مراسلات أو مكاتبات تصدر عن جهة الإدارة ، وهذا ما تسير عليه أغلب التشريعات العربية والأجنبية ، كقانون المزايدات والمناقصات بجمهورية مصر ، ولائحة العقود الإدارية بالجماهيرية الليبية وبالتالي عند حدوث الظروف الطارئة أثناء تنفيذ العقود الإدارية قد تتنصل الإدارة ، عن تنفيذ التزاماتها اتجاه المتعاقد ، ومنها حق المتعاقد في حصوله على تعويض ، فسوف ندرس ذلك في الفروع الآتية :

الفرع الأول : القواعد العامة في تقدير التعويض استنادا الظروف الطارئة .

الفرع الثاني : دور القاضي وسلطاته في مواجهة الظروف الطارئة .

الفـــرع الأول

القواعد العامة في تقدير التعويض استنادا للظروف الطارئة

إذا أدى حدوث الظرف الطارئ في العقود الإدارية إلى إرهاق المتعاقد مع الإدارة بحيث يهدده بخسارة فادحة ، فإنه يكون من حق المتعاقد الحصول على معاونة الإدارة ، وذلك بالاتفاق فيما بينهما على وضع شروط جديدة تتناسب مع أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقد ، فأما إذا لم يتوصل الطرفان إلى وضع الحلول المناسبة ، فإنه يجوز للقاضي التدخل بإلزام الإدارة بدفع التعويض المناسب ، وذلك بتحديد قيمة المبلغ اللازم للمتعاقد ، حتى يستطيع الاستمرار في تنفيذ العقد المتفق عليه والتغلب على الصعوبات التي سببتها حالة الظروف الطارئة . وحتى يتمكن القاضي من الحكم بالتعويض عن الظروف الطارئة عليه إتباع القواعد الآتية :

أولا : تحديد بداية حدوث الظروف الطارئة ونهايتها .

ثانيا : تحديد الخسارة والنفقات غير العقدية التي لحقت بالمتعاقد .

ثالثا : توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة .

و سنوضح ذلك تباعا في الآتي :

أولا : – تحديد بداية حدوث الظروف الطارئة ونهايتها . وهذا يعني تحديد الفترة الخارجة عن نطاق الالتزامات العقدية ، والتي أدت إلى حدوث الظروف الطارئة ، لقد استعمل مجلس الدولة الفرنسي تسمية " الفترة غير التعاقدية " في الكثير من أحكامه .

في تصورنا نرى ، أنها الفترة الخارجة عما اتفق عليه المتعاقدان في العقد التي أدت إلى تكبد المتعاقد مع الإدارة نفقات خارجة عما هو متفق عليه في العقد الإداري . وبالتالي إن تحديد تاريخ بداية مدة الظرف الطارئ بالغ الأهمية ، لأن ذلك يرتبط بالفترة المؤقتة التي تحدث فيها تلك الظروف والتي يجب ألاّ تستمر فترة طويلة ، وإلا فلا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وإنما تطبق نظرية القوة القاهرة ، باعتبار أن الظروف الطارئة لا تشمل سوى أزمة مؤقتة تطرأ على العقد [1] . ويبدأ هذا التاريخ منذ اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى ، الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد ما دامت الأسعار في نطاق هذا الحد الأقصى ، فلا يمكن الحكم بتعويض [2] . فيجوز من هنا للمتعاقد أن يقدم طلب التعويض ، ابتداء من اللحظة التي يتحقق فيها الظرف الطارئ وحتى تقديم الحساب الختامي ، الذي يحصر قدر الخسائر التي تكبدها المتعاقد ، نتيجة استمراره في تنفيذ العقد الإداري ، لأن المفترض أن بداية الفترة غير التعاقدية ليست معلقة على إخطار المتعاقد [3] .

إن المشرع الفرنسي يرى ، بأن يواصل المتعاقد التنفيذ للعقد الإداري ، رغم الظرف الطارئ مادام التنفيذ في ذاته ممكنا ، فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته استنادا إلى الظرف الطارئ ، فإنه يتعرض لغرامة التأخير . ولا يجديه نفعا الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ . إلا أن مجلس الدولة قد يحكم للمتعاقد بالتعويض إذا قدر صعوبة الظروف ، ولكن مع خصم غرامة التأخير من مبلغ التعويض [4] .

ونصت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه " يجب أن يطرأ الحادث الطارئ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وليس بعدها ، طالما أن جهة الإدارة لم توافق على تمديد مدة العقد ، وأنه إذا وقع الظرف الطارئ خلال فترة امتداد مدة تنفيذ العقد الموافق عليها من جهة الإدارة ، فحكمه حكم وقوعه خلال المدة الأصلية للعقد " [5] . ومن هنا نص المشرع المصري في قانون المناقصات والمزايدات المعمول به ، في المادة (23) " بأن تأخير المتعاقد عن تنفيذ العقد في المدة المقررة ، يسمح له بإضافة مدة إضافية لإتمام العقد ، مع توقيع غرامة تأخير عليه . إلا أنه في حالة ثبوت أن التأخير في تنفيذ العقد إنما راجع لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة ، فإنه يعفى من غرامة التأخير بعد الرجوع لإدارة

---

(1) د . محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق الظروف الطارئة في مجال العقود ، مرجع سابق ، ص 111 .

(2) د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 670 .

د . إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص 289 .

(3) نصت المحكمة الإدارية العليا في حكم لها " بأنه إذا وقع الظرف الطارئ خلال فترة امتداد مدة تنفيذ العقد الموافق عليها من جهة الإدارة فحكم وقوعه خلال المدة الأصلية للعقد ، وإذا كانت الوزارة قد وافقت على امتداد المدة المحددة في العقد للتنفيذ ووقع الحادث الطارئ خلال الامتداد الذي سبق أن وافقت عليه الوزارة فحكمه حكم المدة المحددة في العقد ، انظر في ذلك ، د . علي محمد علي عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 573 .

(4) د . نصر الدين بشير ، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرافق العام ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الطبعة الأولى ، 2006 ف ، ص 194 .

(5) المحكمة الإدارية العليا ، طعن رقم (843) لسنة (26) قضائية ، جلسة بتاريخ 9 - 6 - 1962 ف ،
وطعن رقم (922) ، لسنة (7) قضائية ، بتاريخ 20 - 11 - 1982 ف ، مشار للطعنين لدى ، د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 336 - 337 .

الفتوى المختصة " [1] . وتستوي المشاركة الواجبة بين الإدارة والمتعاقد معها في تحمل نتائج الظروف الطارئة ، أن يكون تنفيذ العقد قائما به المتعاقد نفسه ، أو كانت الإدارة هي القائمة عليه في حالة التنفيذ على حساب المتعاقد ، علما بأن تطبيق النظرية في هذه الحالة لا يعفي المتعاقد من غرامة التأخير [2] .

سار المشرع الليبي ، في لائحته للعقود الإدارية تجاه المشرع المصري آنف الذكر وذلك في المادة (102) فنصت فيها على قواعد استحقاق غرامة التأخير بقولها " أنه إذا تأخر المتعاقد عن تنفيذ العقد في المواعيد المتفق عليها سواء كانت أصلا أو تمديدا ، متعلقة بالعمل كله أو بمرحلة من مراحله استحقت عليه غرامة تأخير عن المدة التي يتأخر فيها إنهاء العمل كله أو تسليمه .. " ونصت على أن لا تتجاوز غرامة التأخير نسبة (5%) من القيمة الإجمالية للتعاقد ، إلا إذا نص العقد على نسبة تجاوز ذلك " ، ثم عادت اللائحة فنصت من جديد في نفس المادة في الفقرة (ح) على " أنه بناء على طلب المتعاقد يبين فيه أسباب التأخير في التنفيذ إعفاءه من كل أو بعض غرامة التأخير وبشرط موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسيه والأذن بالتعاقد " [3] .

إن من سلطات الإدارة في العقود الإدارية ، أن توقع الجزاءات على المتعاقد معها ، ومن ضمنها غرامة التأخير آنفة الذكر ، وذلك إذا ما تأخر المتعاقد في إنهاء العمل المزمع بتنفيذه كله وتسليمه أو تأخر في إنجاز مرحلة من مراحله عن الميعاد المحدد له في البرنامج الزمني التفصيلي للمشروع وفي هذه الحالة يستحق المتعاقد الغرامة ولو لم يترتب على التأخير ضرر ودون تنبيه أو إنذار أو اتخاذ أية إجراءات أخرى ، وبالتالي لا يجوز أن تتجاوز غرامة التأخير عن نسبة (5%) [4] .

يجدر بنا الوقوف في هذا المقام ، على نص الفقرة (ح) ، ففي تصورنا أن اللائحة أرادت من وراء إيراد هذه الفقرة ، مشاركة المتعاقد عند حدوث ظروف خارجة عن إرادته . وباجتهاد منا في تفسير النص نرى أن إيراد الفقرة لقولها – يبين فيه أسباب التأخير في التنفيذ – أن هذا الإيراد يحمل في ثناياه تطبيق اللائحة لنظرية الظروف الطارئة ، أو أية ظروف أخرى تطرأ على العقد كفعل الأمير أو الصعوبات المادية .

وفي إيرادها لنصها – إعفاءه من كل أو بعض غرامة التأخير – في تقديرنا ، أن إعفاء المتعاقد من كل غرامة التأخير يحمل معنى الصعوبات المادية أو فعل الأمير ، وذلك لِمَ تحمل هذه النظريات من مبدأ التعويض الكامل . وكون أن تعفي الإدارة المتعاقد من غرامة التأخير كلية ، يكون هنا قد حصل تعويض المتعاقد . وأما إذا كان إعفاء الإدارة للمتعاقد معها من غرامة التأخير إعفاء جزئيا فهنا تكون الإدارة قد شاركت المتعاقد معها جزئيا ، في مواجهة الظروف الطارئة التي أدت إليها "

---

[1] د . محمد ماهر أبو العنين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، ملحق الكتاب ، مرجع سابق ، ص 278 .

[2] د . نصر الدين بشير ، المرجع السابق ، ص 195 . د . محمد فؤاد عبد الباسط ، مرجع سابق ، ص 443 .

[3] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 475 – 476 .

[4] المرجع السابق ، الموضع نفسه .

أسباب التأخير " . ونؤكد ذلك ، بإيراد اللائحة لقولها " وفي هذه الحالة يراعى عدم اتخاذ إجراءات توقيع الغرامة ، إلا بعد البت في قبول أو رفض الأسباب المقدمة ، وإذا ما جرى الإعفاء ، فلا يجوز للمتعاقد – بأي حال من الأحوال – أن يطالب الجهة المتعاقدة بأية تعويضات نتيجة لهذا الإعفاء .

وترى الباحثة ، أن اللائحة عندما اعتبرت إعفاء المتعاقد من الغرامة ، بمثابة تعويض نهائي لاشك أنه لا يتماشى وفق تقديرنا مع هدف نظرية الظروف الطارئة ، لأن الإدارة ستكون قد استبعدت تطبيق النظرية في هذه الحالة ، وذلك لأنها لا تعترف للمتعاقد بالتعويض ، إذا ما أعفته من غرامة التأخير ، فهنا قد لا يصل حد الإعفاء ، إلى قيمة ما يستحقه المتعاقد من تعويض عن الظروف الطارئة وخاصة إذا ما أثبت المتعاقد بأن قيمة الخسائر والنفقات غير العقدية قد تجاوزت قيمة الإعفاء

وبعد أن تحدثنا عن المدة التي يحسب فيها بداية الظرف الطارئ ، وعن غرامة التأخير ننتهي بالحديث عن نهاية الظروف الطارئة ، والتي تنتهي بزوال الصعوبات والمشقات الاقتصادية التي أرهقت المتعاقد مع الإدارة ، وعودة التوازن المالي للعقود ، وتمكين المتعاقد من التغلب على تلك الظروف بمساعدة الإدارة للمتعاقد معها ماديا ، وذلك سواء بزوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية كانخفاض الأسعار إلى مستواها الطبيعي ، أو عودة العملاء أو إلغاء الضرائب المرتفعة والمفاجئة . وإلا فإنه على الإدارة أن تعيد النظر في شروط العقد بما تعيد له توازنه ، حتى تنقي الإدارة دفع التعويض فتتحلل من دفعه . وكثيرا ما تلجأ الإدارة إلى هذا الحل في عقود الالتزام .

ثانيا : – تحديد الخسارة والنفقات غير العقدية التي لحقت بالمتعاقد . نحن نعرف بأن التعويض المقرر وفقا لنظرية الظروف الطارئة يكون جزئيا ، بحيث يغطي جزء من الخسارة فلا تتحمل الإدارة الخسارة كلها ، كما هو معروف في نظريتي الصعوبات المادية وفعل الأمير . بذلك يتحمل المتعاقد جزء من الخسارة من جراء حدوث الظروف الطارئة ، فيجب أن يوضع في الاعتبار عند حساب هذه الخسائر الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد والأسعار الجديدة ، وإذا كان المتعاقد يتولى مزاولة مجموعة من الأنشطة المتنوعة المتصلة بتنفيذ العقد ، فيجب أن يوضع في الاعتبار عند حساب الخسائر مجموع الأنشطة المتعلقة بالعقد الأصلي ، مع استبعاد الأنشطة غير المتصلة به [1] . وكما لا يدخل في حساب الأعباء الخارجية عن التعاقد ، الأرباح التي يكون المتعاقد قد حققها قبل حلول الظرف الطارئ ولا يدخل في حسابها أيضا ، الأرباح المحتمل أن يحققها بعد انتهاء الظرف الطارئ ، وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي .

لا تتحمل الإدارة ما يحدث من خسائر نتيجة الظروف الطارئة ، إذا كانت الظروف من فعل المتعاقد كإهماله أو عدم إتباعه الوسائل الفنية في التنفيذ ، ويجب أن يدخل في الجانب الايجابي لحساب الخسائر جميع ما يحصل عليه المتعاقد نتيجة للعقد سواء فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات الأصلية أو التبعية

---

[1] د . سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 670 . أ . نصر الدين مصطفى الكاشح ، مرجع سابق ، ص 149 .

ويشمل الجانب السلبي منها كل ما يتحمله المتعاقد بسبب التزاماته العقدية ، كالنفقات العامة لإدارة المشروع ، ويدخل فيها أجور العمال والموظفين ، ونفقات استهلاك الآلات والمباني ورأس المال ونفقات التأمين العادية ، والضرائب والرسوم المفروضة على المتعاقد [1] . كما لا يدخل في حساب التعويض الخسائر التي تحملها المتعاقد قبل بداية الظرف الطارئ ، بل يتحملها المتعاقد كنوع من المخاطر وبذلك تشارك الإدارة في الفرق بين الخسائر العادية المحتملة والخسائر التي تتجاوز الحد المعقول للأسعار .

نصت المادة (88) من لائحة العقود الإدارية الحالية " يجوز زيادة المقابل المالي للعقد في حال تنفيذ تشريعات تصدر بعد إبرام العقد ، يترتب عليها زيادة في الالتزامات المالية للمتعاقد ، وفي كل الأحوال لا تضاف الزيادة إلى قيمة العقد في هذه الحالة ، إلا بعد موافقة الجهة المختصة بإصدار قرار الترسية والإذن بالتعاقد " [2] .

ثالثا : – توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة . تلتزم الإدارة بمشاركة المتعاقد في تحمل الخسارة ، مع مراعاة الظروف التي أبرم فيها العقد ضمانا لتنفيذه تنفيذا سليما ، وبذلك فمن حق المتعاقد المضار أن يطلب من جهة الإدارة مشاركته الخسائر التي تحملها فتعوضه عنها تعويضا جزئيا ، بمعنى أن يكون تقدير قلب اقتصاديات العقد ، قائما على أنه يدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته ، فيعتبر العقد في ذلك وحدة متماسكة ويفحص في مجموعه ، لا أن ينظر إلى أحد عناصره فقط ، بل تراعى جميع عناصر العقد ، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزيا ويعوّض عن العناصر التي تستتبع الخسارة [3] .

صدرت فتوى من الجمعية العامة لقسمي الفتوى والتشريع بمصر بخصوص عقد مقاولة نصت فيها على أن " الجهة الإدارية لا تلتزم بتعويض الشركة المتعاقدة إلا في حالة زيادة أسعار مواد البناء اللازمة لتنفيذ العمل طبقا لما تمّ الاتفاق عليه في العقد – أما مواد البناء التي لم تستلزمها الرسومات والمواصفات الخاصة بتنفيذ المقاولة ، إنما قررت الشركة أن لها مصلحة في استخدامها فهي مثلما غنمت مفردة منفعتها تتحمل وحدها بأعبائها " [4] . فحيث أكدت هذه الفتوى بأن المفاوضات والمراسلات والمكاتبات التي تمت بين طرفي العقد هي جزءا لا يتجزأ من العقد الإداري ، وهذا يعني أن الإدارة غير ملزمة بأي تصرفات يقوم بها المتعاقد غير متفق عليها في العقد ، قد استخدم المقاول في عقد المقاولات مواد لم يشترط وجودها في بنود العقد المتفق عليه ، كان الغرض من ورائها الحصول على الربح الشخصي ، وهنا الإدارة غير ملزمة بتعويض المتعاقد عن الظروف الطارئة التي حدثت في زيادة

---

[1] د . إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص 291 . أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، مرجع سابق ، ص 121 .

[2] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 469 .

[3] د . سليمان محمد الطماوي ،الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص641 .

د . عبد السلام على المزوغي ، مرجع سابق ، ص 354 .

[4] فتوى رقم (187) ، في جلسة بتاريخ 31 – 1 – 1993 ف ، ملف رقم (47 – 1 – 159) ، مشار إليه لدى ،

د . محمد ماهر أبو العينين ، موسوعة قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، ملحق للكتاب ، ص 138 .

أسعار بعض مواد البناء . وأيضا نص مجلس الدولة في حكم له " مقتضى نظرية الظروف الطارئة إلزام الإدارة بمشاركة المتعاقد في الخسارة ... " [1] .

حينما يختل التوازن المالي للعقد الإداري – كعقد امتياز المرفق العام مثلا – فإن الملتزم يستحق أن تعاونه الإدارة بسبب الظروف الطارئة ، والاعتراف بحقه في التعويضات يأتي نتيجة تحمله أعباء وتكاليف أكثر شدة مما كان يتحمل . بل أنه لو علم بهذه التكاليف الزائدة ، لما أقدم على إبرام تعاقده منذ البداية ، ولهذا يستحق الملتزم تعويضا عادلا لجبر الأضرار التي لحقت مركزه التعاقدي [2] . إلا أنه ثار تساؤل ؟ فيما لو أنهت الإدارة العقد بسلطتها المنفردة فما الذي يفعله المتعاقد ؟

ليس للمتعاقد مع الإدارة إلا الحق في التعويض إن كان له وجه ، وعنصرا التعويض الخسارة التي تعرض لها وما فاته من كسب ، وذلك على اختلاف النظريات ، سواء اجتمع العنصران معا أم لم يجتمعا . فقد نص القضاء الإداري في مصر على أنه " للإدارة دائما سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا ما يقتضيه الصالح العام ، وليس للطرف الآخر إلا الحق في طلب التعويض إن كان له وجه ، وهذا على حساب الأصل في العقود المدنية ، التي لا يجوز أن يستقل أحد الطرفين بفسخها أو إنهائها دون إرادة الطرف الأخر . " فإذا ثبت أن – البوية – المتفق المتعاقد عليها بسبب تغيير صنف الجلد المستعمل لأحذية الجنود ، للإدارة أن تتحلل من تعاقدها ، وتعمل سلطتها العامة في إنهاء العقد مع تعويض المتعاقد عما أصابه من ضرر . والتعويض بوجه عام مقياسه الضرر المباشر وهو يشتمل على عنصرين جوهريين هما الخسارة التي لحقت بالمضرور والكسب الذي فاته " [3] .

طبقا لقضاء مجلس الدولة الفرنسي ، إن التعويض في نظرية الظروف الطارئة يختلف عما هو متعارف عليه عن التعويض في نظريتي الأمير والصعوبات المادية ، فيعتبر توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة الناتجة عن الحادث الطارئ . في أن مشاركة الإدارة في تحمل خسارة المتعاقد معها ليست مناصفة . فتتحمل جهة الإدارة النصيب الأكبر في تلك الخسارة ، بحيث لا تزيد نسبة الخسائر التي يتحملها المتعاقد معها عن (20%) فيجب أن يراعى في ذلك عدة اعتبارات ، منها موقف المتعاقد في مواجهة الظروف الطارئة ، ومدى الجهد المبذول من جانبه للتغلب عليها ، والحالة الاقتصادية العامة للمشروع محل التعاقد ، ومدى الاستقرار في معاملة المتعاقد . لذلك إن النسبة التي يلزمها المجلس في أحكامه تُحمل الدولة (90%) من الخسائر . وفي أحيانا نادرة (80%) من الخسائر المترتبة عن الظروف الطارئة [4] .

---

[1] فتوى رقم (187) ، بجلسة بتاريخ 31 – 1 – 1993 ف ، مشار إليها لدى ، د . محمد ماهر أبو العينين ، ملحق الكتاب ، مرجع سابق ، من 138 – 139 .

[2] مجلة المحاماة بجمهورية مصر العربية ، العدد (3) ، لسنة 2003 ف ، ص 539 .

[3] طعن رقم (1520) ، السنة (2) قضائية ، بتاريخ 20 – 4 – 1957 ف ، السنة (2) ، ص 937 ، مشار إليه لدى ، د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 256 .

[4] د . محمد سعيد حسنين أمين ، مرجع سابق ، ص 639 . د . عبد السلام على المزوغي ، مرجع سابق ، ص 354 .

أما في مصر وليبيا ، رغم عدم وجود نسبة معينة ، يمكن اعتبارها أصلا عاما يسير عليه القضاء الإداري فيهما ، إلا أن أحكام القضاء الإداري من المحاكم العليا في البلدين ، وما لها من إلزام من المحاكم الأدنى ، وتوالي أحكامها بتحميل المتعاقد نصف الخسائر المترتبة على الظروف الطارئة دليل على ميل القضاء الإداري فيهما إلى مناصفة العبء بين المتعاقدين ، كأصل ينطلق منه القضاءان كلما اقتضت الموازنة بين مصالح المتعاقدين [2] .

نصت المحكمة العليا الليبية في حكم لها " إذا ألزمت الإدارة نفسها نتيجة لتوافر حالة من تلك الحالات – ومنها الظروف الطارئة – بتعويض المتعاقد معها بقيمة تتناسب مع الضرر ، أو ما كان يقدر لنفسه من ربح أو فائدة ، فلا يجوز له الامتناع عن تنفيذ العقد بحجة أن الإدارة لم تجبه على طلباته بالكامل ... ويتعين عليه لهذه الاعتبارات أن يستمر في التنفيذ مادام ذلك في استطاعته ، ثم يطالب جهة الإدارة بالتعويض الذي يراه .." [3] .

في الواقع ، أن الحكم أعلاه للمحكمة العليا ، يؤكد لنا بأن الإدارة ملزمة عن طريق المفاوضات والمناقشات ، وفقا لدراسات جداول أسعار العقد والمصروفات ، التي يتفق عليها الطرفان بتعويض المتعاقد من تلقاء نفسها ولا يدعوها القاضي لذلك – كما فعل المشرع الفرنسي – فتعوض المتعاقد عن الضرر الذي لحق به نتيجة تحمله أعباء أرهقته وحملته بخسارة من تلقاء نفسها ، فإذا وافق المتعاقد على النسبة التي وضعتها الإدارة تقديرا لبعض خسائره ، فإن التعويض عن الظروف الطارئة يكون قد أخذ مجراه . وأما إذا لم يرضَ المتعاقد ، بالتالي للإدارة أن تترك له الحرية في أن يضع نسبة معينة لتعويضه وفقا لِمَ يراه من خسائر ، نظرا لقربه من موضوع العقد المتفق عليه . أما إذا لم يتفق الطرفان جاز للمتعاقد أن يلجأ إلى القضاء ليحكم له بالتعويض المناسب ، وفقا لأراء خبراء وفنيين لجدولة الأسعار والنفقات إلى تحملها المتعاقد ، لأجل استمرار تنفيذ المشروع المتفق عليه .

أما أذا توقف أو انسحب المتعاقد عن تنفيذ العقد ، فقد نصت على ذلك المادة (103) في الفقرة (9) بقولها " .. فإنه يجوز لجهة الإدارة إلغاء العقد ومصادرة التأمين واقتضاء غرامة التأخير المستحقة ، مع المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى مع استمرار مسؤوليته عن الأعمال التي قام بتنفيذها ، كما يجوز للإدارة سحب العمل من المتعاقد ، والتنفيذ على حسابه مع استمرار مسؤوليته عن الأعمال التي قام بتنفيذها " [4] .

في تقديرنا ، أن توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة ، قد يكون فيه إجحاف للمتعاقد رغم أن الإدارة يقع عليها الجزء الأكبر في تحمل الخسارة ، إلا أنها قد تتعنت في معاملة المتعاقد معها أثناء حدوث الظروف الطارئة وما يتبعها من تعويض جزئي ، بخلاف أن التعويض يكون كاملا في نظرية

---

[2] أ . سالم محمد بركة ، مرجع سابق ، ص 243 .

[3] طعن اداري رقم (23) ، السنة (25) قضائية ، مشار إليه سابقاً ، ص 24 .

[4] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 477 .

الصعوبات المادية ، رغم استقلال المخاطر غير المتوقعة فيها عن إرادة المتعاقدين ، كما هو في إطار نظرية الظروف الطارئة ، إلا أن المتعاقد عند الظروف الطارئة لا يستحق سوى تعويض جزئي .

نخلص بالقول أنه ينشأ للإدارة التزامات جديدة ، لم تكن محل اتفاق بينهما حيث يفرض على الإدارة التزام ينشأ من العقد الإداري ، تدفع بموجبه الإدارة تعويضا جزئيا ، لكفالة استمرار تنفيذ العقد تنفيذا سليما ، باعتبار أن الظروف الطارئة قد أثقلت كاهل المتعاقد معها وهددته بخسارة قلبت اقتصاديات العقد ، فتكون جهة الإدارة المتعاقدة مدينة بتعويض المتعاقد معها ، حتى ولو كانت جهة إدارية أخرى ، هي التي تسببت في إحداث الظرف الطارئ من جرّاء الإجراءات الصادرة منها .

الفـــرع الثاني
دور القاضي وسلطاته في مواجهة الظروف الطارئة

إن الإدارة في سبيل تعويض المتعاقد معها ، قد تتفق معه على تعديل شروط العقد وتنفيذه بطريقة تخفف من إرهاقه ، وتتحمل بعض عبء ذلك الإرهاق بالقدر الذي يمكّن المتعاقد من الاستمرار بتنفيذ العقد ، وإذا لم يتم هذا الاتفاق فإن للقضاء أن يحكم بتعويض المتعاقد استنادا إلى التفسير المعقول للعقد [1] . فتختلف أحكام نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني عنها في القانون الإداري اختلافا جوهريا ؛ لاختلاف سلطات القاضي في كل من القانونين ، ففي نطاق القانون المدني يستطيع القاضي أن يعدل من التزامات المتعاقدين ، في حين أن القاضي الإداري لا يملك إلا الحكم بتعويض المتعاقد مع الإدارة وفقا لضوابط معينة تعويضا يتسم بالطابع المؤقت [2] . وحتى ندرس ذلك علينا أن نوضح دور القاضي في مواجهه الظروف الطارئة ، من ناحية دور القاضي المدني ، ثم نبين دور القاضي الإداري ليتبين لنا بعد ذلك الفارق بين هذين الدورين .

أولا : دور القاضي المدني وسلطاته في إعادة التوازن المالي للعقد المدني .

نصت الفقرة الثانية من المادة (147) من القانون المدني بأنه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك " [3] .

بناء على نص المادة سابق الذكر ، يكون للقاضي المدني أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى يزول الظرف الطارئ ، أو قد يرى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق ، وقد يرى إنقاص الالتزام المرهق ، إلا أنه لا يستطيع الحكم بفسخ العقد ، لأن النص القانوني لا يخوله ذلك ، ومن حيث أنه

---

[1] د . عزيزة الشريف ، مرجع سابق ، ص 243 .

[2] د . محمد سعيد حسين أمين ، مرجع سابق ، ص 626 . د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 646 – 647 .

[3] مصدر القانون المدني في الجريدة الرسمية في القانون الليبي ، بتاريخ 20 – 2 – 1954 ف .

معروف كقاعدة عامة ، أن مهمة القاضي هي تفسير العقود وتطبيق أحكامها لا تعديل شروطها ، ورغم أن النص يخرج القاضي عن وظيفته ، إلا أنه يجوز له تعديل الالتزامات التعاقدية بحيث يحكم وفقا لقواعد العدالة عندما لا يجد نصا في العقد ، ولكنه لا يرد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة إلى الحاضر فلا شأن له بالمستقبل [1] .

ثانيا : دور القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة .

إن مجلس الدولة الفرنسي لا يحكم في النزاع إلا بعد أن يحيل طرفي الرابطة للاتفاق الودي فإن توصلا إلى حسم النزاع عن طريق هذا الاتفاق كان بها ، وإلا يحكم القاضي بتعويض الطرف المضرور من جراء تغير ظروف إبرام العقد [2] . وأيضا سار المشرع المصري بنفس تجاه المشرع الفرنسي وبالتالي تكمن مهمة القاضي الإداري في تفسير العقود وتطبيق أحكامها لا تعديل شروطها ، ومن هنا لا يستطيع القاضي الإداري أن يُعدّل نصوص العقد ، وذلك مثلما هو عليه القاضي المدني ، ولو لم يتدخل المشرع بنص المادة (147 مدني) لما استطاع القاضي المدني أن يقوم بدوره في تعديل شروط العقد عند حدوث الظروف الطارئة [3] .

لا يستطيع القاضي الإداري أن يتدخل في عقود الإدارة ، كعقود الامتياز ، فلا يستطيع أن يعدّل من التزامات المتعاقدين الناشئة عليها ، ولو فعل القاضي ذلك لكان بمثابة إصدار أوامر للإدارة وهذا لا يجوز قانونا ، فقد تتعرض المصلحة العامة للخطر ، لذلك فإن سلطات القاضي الإداري تنحصر في الحكم بالتعويض المناسب في حالة الظروف الطارئة ، أو الحكم بالفسخ إذا طلبه أحد المتعاقدين . ومع ذلك أحدث مجلس الدولة الفرنسي تطورا في ذلك ، عن طريق اللجوء إلى حل وسط في محاولة لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، عن طريق دعوة كل من الإدارة والملتزم لإجراء اتفاق ودي بينهما كتعديل شروط العقد ، وإذا لم يتفقا على وضع شروط لمواجهة الظروف الطارئة ، فإن على القاضي الحكم بالتعويض في حالة عدم التوصل إلى اتفاق بينهما ، ويُعد بالتالي الحكم بالتعويض حلا احتياطيا في نظرية الظروف الطارئة [4] .

ينتج مما سبق أنه لا يجوز للقاضي الإداري التدخل بتعديل شروط العقد حين تطبيقه لنظرية الظروف الطارئة . إلا المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في 11 - 5 - 1968 ف ، لم تأخذ

---

[1] وتشمل المادة (147) مدني جميع العقود التي تخضع للقانون المدني ، وعقود الإدارة التي لا تتوافر فيها خصائص العقود الإدارية يملك بشأنها القاضي المدني ما يملكه بالنسبة للعقود الأفراد . د . محمد سعيد حسين أمين ، مرجع سابق ، ص 628 .

د . محمد عبد الجواد محمد ، مرجع سابق ، ص 79 . د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 664 .

[2] د . رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 612 .

[3] المرجع السابق ، ص 614 - 615 . د . محمود عبد المجيد المغربي ، مرجع سابق ، ص 173 .

[4] د . إبراهيم الشواربي عبد اللطيف الشهاوي ، مرجع سابق ، ص 322 .

د . محمود عبد المجيد المغربي ، مرجع سابق ، ص 173 .

باتجاه محكمة القضاء الإداري التي سمحت للقاضي بتعديل شروط العقد في قضية لها ، وذلك حينما نافست الإدارة ملتزم تسيير الأتوبيس النهري فسببت له أضرارا ، حينها حاولت محكمة القضاء الإداري تعويضه عن طريق تعديل شروط العقد ، بعد أن أوضحت المحكمة الإدارية العليا شروط تطبيق النظرية حكمت بإلغاء حكم محكمة القضاء الإداري ، الذي قضى بتعديل شروط العقد ، وقضت بالتعويض الجزئي ونطقت في حكمها بقولها " إن تعديل الإتاوة المتفق عليها ، ينطوي على تعديل لشروط العقد بسبب حادث طارئ أثناء تنفيذه ، وهو أمر لا يملكه القاضي الإداري " [1] .

نلاحظ مما سبق أن سلطات القاضي في العقود الإدارية ، تقتصر في أن يدعو الطرفين بأن يتوليا بنفسيهما حل النزاع الوارد بينهما ، إذا ما حدثت ظروف طارئة . أما إذا لم يتوصل الطرفان إلى الاتفاق فلا يكون أمام القاضي الإداري ، إلا الحكم بالتعويض المالي الذي ترتبه الظروف الطارئة ، وفي هذه الحالة يقوم القاضي بتوزيع الأعباء الجديدة بين الإدارة والمتعاقد معها ، على أساس تقرير الخبراء الذين يعينهم لهذا الغرض إذا تطلب الأمر ذلك ، ولا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون من شأن التعويض تحقيق الربح للمتعاقد مع الإدارة فلا يشمل ما فاته من كسب ، بل يقتصر على جزء من الخسارة التي لحقت بالمتعاقد فقط ، باعتبار أنه يتحمل جزءا من الخسارة وتتحمل الإدارة الجزء الأكبر منها ، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن فعل الأمير ، الذي تلتزم فيه الإدارة بتعويض المتعاقد معها تعويضا كاملا عن جميع خسائره دون أن يتحمل معها شيئا [2] .

أجمعت آراء الفقه الإداري في فرنسا ومصر وليبيا على بعض القواعد الأساسية للعقود الإدارية السارية التطبيق ، كقاعدة " الإبقاء على التوازن المالي للعقد " التي بمقتضاها يمنح المتعاقد تعويضا إن ترتب على فعل الإدارة أو على الظرف الاستثنائي تغيّر في هذا التوازن [3] .

تقدير دور القضاء الليبي عند حدوث نظرية الظروف الطارئة :

إن القضاء الليبي سواء كان مدنيًا أم إداريًا ، يختص بنظر المنازعات الواردة على العقود الإدارية حتى تلك العقود التي نصت عليها المادة (4) من قانون القضاء الإداري لسنة 1971 ف ، رغم أن القضاء الإداري لا يختص بنظر المنازعات الواردة عن العقود المدنية ، فقد نصت المحكمة العليا بشأن عقود مدنية خاصة " إنه يبين من نصوص العقد أنه لا يعدو أن يكون عقدا مدنيا خاصا نزلت فيه جهة الإدارة منزلة الأفراد ، ولم تجره بما لها من سلطة عامة حيث لم يتضمن العقد أي شرط يميزه عن العقود المدنية الخاصة ، فضلا عن أن العقود الإدارية التي يختص القضاء الإداري بنظرها قد حددها

---

[1] د . إبراهيم محمد علي ، مرجع سابق ، ص 300 . د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 664 .

[2] د . خميس السيد إسماعيل ، العقود الإدارية والتعويضات طبقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم (89) لسنة 1998 ف وتعديلاته لسنة 2005 ف ، مرجع سابق ، ص 243 . د . غازي عبد الرحمن ناجي ، مرجع سابق ، ص 107 . د . عبد السلام علي المزوغي ، مرجع سابق ، ص 353 .

[3] د . رشوان حسن رشوان أحمد ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، رسالة ماجستير ، غير منشورة جامعة القاهرة ، 1994 ف ، ص 614 .

القانون رقم (88) لسنة 1971 ف ، بشأن القضاء الإداري في المادة (4) منه ، والتي جرى نصها على أن " تفصل دائرة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد " ومفاد ذلك أن المنازعة الخاصة الإدارية ، التي يختص القضاء الإداري بالفصل فيها قد وردت على سبيل الحصر " [1] .

من الحكم السابق للمحكمة العليا – استنبطنا رأينا – الذي بنيناه على أساسه ، ومن خلال نص المادة (147) من القانون المدني التي نصت على أنه " يجوز للقاضي وتبعا للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق يقع على خلاف ذلك " وبذلك أخذ المشرع الليبي بسلطة القاضي في تعديل العقد ، في القانون المدني بسبب نظرية الظروف الطارئة . بما أن القاضي المدني له أن يعدل من شروط العقد ، عند حدوث الظروف الطارئة في القانون المدني ، فإن له أن يحكم بوقف تنفيذ العقد مؤقتا حتى يزول الظرف الطارئ ، وقد يرى القاضي تعويض المتعاقد تعويضا معقولا مقابل الاستمرار في تنفيذ العقد . رغم أن القاضي المدني لا يستطيع فسخ العقد ، إلا أنه يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، فله أن يعدل من شروط العقد . وهذا ما لا يستطيعه القاضي الإداري ، الذي تنحصر سلطته في التعويض .

ألزمت لائحة العقود الإدارية المتعاقد على الاستمرار في تنفيذ العقد وإنهاء تنفيذه ، وتسليمه لجهة الإدارة ، متى وجد اتفاق بين الطرفين (الإدارة والمتعاقد معها) وبدون أن يدعوهما القاضي لذلك فعلى الإدارة أن تقوم من تلقاء نفسها بتعويض المتعاقد ، وإن لم يتفقا جاز للقاضي تحديد التعويض المناسب وفقا لتقرير الخبير [2] .

نلاحظ مما سبق ، أن عقود الإدارة التي لا تتوفر فيها معايير العقود الإدارية أو ما يسميها المشرع الليبي خصائص العقد الإداري ، التي لم يذكرها في لائحة العقود الإدارية ، وترك تحديدها للعقود الإدارية تحديدا حصريا ، فذكرها في المادة (3) من لائحة العقود الإدارية الحالية ، التي سبق أن تعرضنا إليها . من هنا فإن يجوز للقاضي المدني رد الالتزام إلى الحد المعقول عند حدوث ظروف طارئة لعقود إدارية بطبيعتها ، إلا أن المشرع الليبي صنفها بأنها مدنية فينطبق عليها القانون المدني وتعامل معاملة العقود المدنية .

ترى الباحثة أنه بالنسبة للعقود الإدارية التي حددتها لائحة العقود الإدارية دون غيرها على سبيل الحصر ، يجوز فيها للمتعاقد أن يدعو الإدارة لمشاركته في تحمل نصيب من الخسارة نتيجة وقوع

---

[1] طعن اداري رقم (34) ، لسنة (42) قضائية ، جلسة بتاريخ 8 – 3 – 1998 ف ، سلة وعدد المجلة غير منشور .

[2] نص حكم المحكمة العليا على أنه " من المقرر أن للمحكمة أن تحيل في استخلاص الوقائع وتقديرها على تقرير الخبير في الدعوى طالما أن التقرير غير مجرح فيه أو مشوب بالبطلان وتتمسك به الخصم ويعتبر تقرير الخبرة في نتيجته وأسبابه مكملا لأسباب الحكم ولا يجبه عدم ذكر الأسباب التي اعتمد عليها الخبير في تقريره ولا إلزام على القاضي إلا أن يفصح عن اطمئنانه إلى تقرير الخبير وأخذه بما انتهى إليه " ، السنة (22) ، العدد (1) ، 1985 ف ، ص 10 .

الظروف الطارئة فإن رفضت جهة الإدارة مشاركته الخسارة ، جاز للمتعاقد اللجوء للقضاء المـدني أو الإداري بحسب الاختصاص ، حيث يحدد فيها القاضي قيمة التعويض العادل . وفي نهاية هذا المطلب علينا أن ندرس أوضاع وضوابط صاحب الحق في المطالبة بالتعويض عن النظرية في حالـة تـوافر شروطها وهذا ما سيكون في المطلب الثاني .

المطلب الثاني

أوضاع المطالبة بالتعويض المؤقت استنادا للظروف الطارئة

إذا تحققت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وتحصل المتعاقد على التعويض الجزئي من قبل الإدارة عن طريق تدخل القاضي المختص ، يجب أن تتوفر ضـوابط وأوضـاع للمطالبـة بـذلك التعويض ، وسندرس من خلال تحديد ضوابط صاحب الحق في التعويض عن الظروف الطارئة ، أحقية جهة الإدارة في طلب التعويض من جهات إدارية أخرى ، تسببت في الضرر الناتج عنـه الظـرف الطارئ ، والميعاد الذي يجوز فيه المطالبة بالتعويض عن تلك الظروف .

إن تحديد ضوابط صاحب الحق ، في المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة ، يبدو سهلا في نطاق القانون المدني ، حيث يجعل حق التمسك بتلك النظرية للمدين في جميع العقود المدنيـة ، متـى استوفت شروط تطبيقها دون تمييز بين المتعاقدين ، على اعتبار تساوي المراكز القانونيـة ، وبالتـالي يجوز للإدارة التي أبرمت عقودا خاصة مع الأفراد ، في نطاق القانون الخاص ، أن تتمـسك بنظريـة الظروف الطارئة [1] .

أما في نطاق القانون الإداري فإن التطبيقات القضائية لنظرية الظروف الطارئة لازالت تقتـصر على الطلبات الصادرة من الأفراد . أي أن المتعاقد مع الإدارة الذي فاجأته ظروف طارئة خلال تنفيـذ العقد الإداري ، هو صاحب الحق الأصيل في المطالبة بالتعويض عن تلك الظروف ، ولكن مـاذا لـو حدث تغيير في شخص المتعاقد ، سواء بتنازله عن العقد بموافقة الإدارة أو بـدون موافقتهـا أو حتـى بموت المتعاقد الأصلي وحلول الورثة مكانه في العقد ، وماذا يحدث أيضا لو أن الإدارة تمسكت بنظرية الظروف الطارئة تجاه المتعاقد أو الجهات الإدارية الأخرى .

سنبيّن من خلال دراستنا ، لتحديد الضوابط والحالات التي تمكّن المتعاقد من المطالبة بتطبيـق نظرية الظروف الطارئة . أنه لا توجد صعوبة في مطالبة المتعاقد الأصلي بالتعويض ، ولكن الصعوبة تظهر عندما يتغير الطرف المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد . لذلك سوف نبين مدى حـق المتعاقـد الجديد الذي يحل محل المتعاقد الأصلي في المطالبة بالتعويض وفقا للظروف الطارئة .

---

[1] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 678 .
د . رشوان حسن رشوان أحمد ، مرجع سابق ، ص 631 .

أولا : - أثر تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد الإداري في المطالبة بالتعويض .

من المسلم به فقها وقضاء أن يقوم المتعاقد بنفسه تنفيذ العقد ، وأن التزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها ، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة . سندرس هذه الحالات فيما يلي :

1 - في حالة موافقة الإدارة على التنازل في العقود الإدارية :

يرى مجلس الدولة الفرنسي جواز تنازل المتعاقد عن العقد في حالة موافقة الإدارة ، وكان يرى قبل سنة 1930 ف ، أنه لا يحق تبعا لذلك مطالبة المتنازل إليه بالتعويض عن الظروف الطارئة ، التي وقعت قبل التنازل عن العقد . وإنما يحق له المطالبة بالتعويض من تاريخ التنازل عن العقد ، إلا أن المشرع الفرنسي عدل عن رأيه في المطالبة بالتعويض للمتنازل إليه في سنة 1944 ف ، وسمح له بالمطالبة بالتعويض عن جميع الظروف الطارئة ، التي يكون من حق المتعاقد الأصلي المطالبة بالتعويض عنها [1] . وحسنا فعل مجلس الدولة الفرنسي في رأيه الثاني لرجاحته من الناحية القانونية بناء على موافقة الإدارة على التنازل . أما القضاء الإداري المصري فقد نص في المادة (76) من قانون المناقصات والمزايدات الحالي على أنه " لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ..." [2] .

منع المشرع المصري النزول عن العقد ، إلا أنه عدل عن ذلك ، ونص في حكم للمحكمة العليا الإدارية " بأنه يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة النزول عن العقد إلى الغير إذا نص على ذلك في العقد ووافقت عليه جهة الإدارة " [3] . أما بخصوص التعاقد من الباطن عند المشرع المصري ، فالأصل في العقود الإدارية كعقود الأشغال العامة ، أن المتعاقد يلتزم بأن يؤدي الأعمال محل التعاقد بنفسه ، إلا أنه نظرا لتشعب التخصصات التي يتضمنها تنفيذ الأعمال في المشروعات الكبرى ، صار من المناسب السماح للمقاول الرئيسي أو الأصلي بالتعاقد من الباطن مع المقاولين المتخصصين في مجالات تنفيذ العقود المختلفة . إلا أن الأمر اختلف في مصر عما سار عليه التشريع الليبي ، فأجاز للمتعاقد من الباطن التنازل عن تنفيذ العمل كله أو بعضه إلى مقاول من الباطن وهذا بعكس المشرع الليبي الذي أجاز بأن يكون التنازل في جزء من العقد فقط [4] . وقد نص المشرع المصري في هذا الخصوص بأنه

---

[1] د . محمد سعيد حسين أمين ، مرجع سابق ، ص 651 .

د . عادل عبد الرحمن خليل ، مرجع سابق ، ص 122 .

[2] اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم (89) لسنة 1998 ، مشار إليها لدى : د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، ملحق الكتاب ، مرجع سابق ، ص 61 .

[3] حكم المحكمة العليا الإدارية ، طعن رقم (1094) ، لسنة (29) قضائية ، بتاريخ 25 - 6 - 1985 . مشار إليه لدى : د . محمد ماهر أبو العينين ، المرجع السابق ، ص 95 .

[4] د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 417 . د . عبد الحميد دشتي ، مركز المتعاقد من الباطن إزاء الإدارة ، مجلة العلوم الإدارية ، بدون بيانات نشر ، ص 248 .

" يجب أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد الإداري بنفسه وعدم جواز التنازل للغير أو التعاقد من الباطن في هذا الشأن إلا بموافقة الإدارة ، ومخالفة ذلك يؤدي إلى بطلان التنازل ... إلا أن ذلك لا يعني حرمانه من جهود غيره " [1] .

أما القضاء الإداري الليبي ، كان في بداية الأمر مع القضاء الفرنسي ، بشأن تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد والمطالبة بالتعويض ، فقضت المحكمة العليا في حكم لها بجلسة 10 - 1 - 1974 بأنه " إذا تم تنازل المتعاقد الأصلي عن عقود الإدارة بدون موافقتها ، لا تنشأ بناء على ذلك علاقة بين الإدارة وبين المتنازل إليه ، فإذا تمت موافقة جهة الإدارة على التنازل نشأت علاقة مباشرة بينهما وغدا المتنازل إليه هو المسؤول الوحيد أمامها ما لم يتم النص على غير ذلك ، ويتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته ... وبني هذا الحكم أساسه على اعتبار أن العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني ... ومن ثم وفقا للقواعد العامة ، أنه لا علاقة البتة بين الإدارة وبين المتنازل أو المتعاقد من الباطن ، إذا لم توافق الإدارة مقدما على التنازل أو التعاقد من الباطن ، بالتالي ليس للمتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن بدون موافقة الإدارة أن يرجع عليها بأية حقوق تعاقدية ، فعند موافقة الإدارة يعتبر المتنازل إليه مسؤولا أمامها ما لم يتم النص على غير ذلك ومن ثم يتحرر المتعاقد الأصلي من التزاماته " [2] .

إلا أن الحكم أعلاه يعتبر مذهبا قديما للقضاء الليبي ، فقد عدل القانون الليبي عن رأيه وأصدر عدة أحكام تمنع تنازل المتعاقد عن عقده الإداري ، وقد أكدت المحكمة العليا في حكمها بتاريخ 13- 3- 2004 ف . بقولها " إن لائحة العقود الإدارية تشترط لتنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية عن مستحقاته لديها إلى أحد المصارف العاملة بالجماهيرية موافقة تلك الجهة كتابة ، أي أن الموافقة الكتابية شرط لنفاذ التنازل في مواجهة الإدارة [3] " .

سارت لوائح العقود الإدارية المتواترة [4] ، وآخرها لائحة العقود الإدارية الحالية نفس الاتجاه فنصت على ضرورة التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد شخصيا ، حيث نصت في المادة (96) في الفقرة (أ) على أنه " لا يجوز للمتعاقد التنازل عن العقد كله أو بعضه للغير ويحظر على الجهات المتعاقدة ، أن تُضمن عقودها الإدارية أي إذن أو تصريح بالتنازل ، كما يحضر عليها أن تقبل تنازل المتعاقدين معها عن عقودهم إلى الغير ... وفي الفقرة (ب) " فإذا تنازل المتعاقد عن العقد ، بالمخالفة

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا ، جلسة بتاريخ 16 - 1 - 1971 ف . مشار إليه لدى ، د . محمد ماهر أبو العنين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 97 .

[2] طعن اداري رقم (6) ، لسنة (19) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (10) ، العدد (3) ، ص 56 . مشار إليه لدى ، مجموعة عمر عمرو المفهرسة ، المحكمة العليا بالجمهورية العربية الليبية في عشر سنوات (1964 - 1974) الجزء الأول ، دار مكتبة النور ، ص 311 .

[3] طعن مدني رقم (582) ، لسنة (46) قضائية ، سنة وعدد الصفحة غير منشورة .

[4] منها اللائحة الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (8) لسنة 2004 ف ، الملغاة ، في المادة (106) . واللائحة الصادرة بقرار رقم (132) لسنة 2005 ف ، (الملغاة) ، في المادة (103) .

لم تقدم فيلغى العقد ويصادر التأمين النهائي ، وذلك مع عدم الإخلال بحق الجهة المتعاقدة في التعويض عما يصيبها من أضرار ، وتحميل المتعاقد المخالف أية زيادة في الأسعار [1] .

نصت المادة (97) في الفقرة (أ) على أنه " لا يجوز للمتعاقد أن يتعاقد من الباطن على تنفيذ كل الأعمال موضوع العقد ... فقرة (ب) ومع ذلك أجازت له أن يتعاقد من الباطن مع جهات متخصصة ذات كفاية وخبرة على تنفيذ بعض الأعمال موضوع العقد ، بشرط موافقة الجهة المتعاقدة كتابيا على ذلك ، ويبقى المتعاقد مسؤولا بالتضامن مع المتعاقد من الباطن عن تنفيذ الالتزامات موضوع العقد ... فقرة (ج) ولا يشترط موافقة الجهة المتعاقدة للمتعاقد من الباطن ، فيما لا يزيد عن نسبة (25%) من قيمة العقد " [2] . وترى الباحثة عدة ملاحظات من خلال عرض المادتين السابقتين فيما يلي :

أ - إن لائحة العقود الإدارية قد أصابت عندما منعت المتعاقد مع الإدارة من التنازل عن العقد كليا أو جزئيا وذلك لما لمبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية ، المحددة في القوانين واللوائح أو حتى التي لم تحدد وفقا لها ، وترك للقضاء الإداري يحدد طبيعتها الإدارية ، وأيضا إن عدم جواز التنازل عن العقود الإدارية ما لم ينص عليها صراحة وفق شروط ومبررات ، لسير المرافق العامة بانتظام واطراد حفاظا على المصلحة العامة ، يكمن في مراعاة عدم الاتجار بالعقود الإدارية والمال العام . من هنا ننتقد بدورنا رأي المشرع الفرنسي والذي وافقه في ذلك المشرع المصري ، من جواز التنازل في بعض الحالات كعدم موافقة الإدارة ، مما يعني مساس المتعاقد بسلطات الإدارة ، وهذا غير متصور في العقود الإدارية .

ب - أما بخصوص التعاقد من الباطن على تنفيذ العقد فإننا ، نؤيد ما جاءت به لائحة العقود الإدارية في عدم سماحها للمتعاقد بالتعاقد من الباطن ، لشخص آخر أو جهة أخرى لتنفيذ موضوع العقد بصورة كاملة ، وفي تصورنا أن لائحة العقود الإدارية أرادت من وراء هذا المنع ، عدم جواز التنازل عن العقد الإداري ، وهو ما لا يجوز في العقود الإدارية ، لتعلقها بالمصلحة العامة وتسيير المرفق العام ومراعاة لاعتبارات مالية وفنية في بعض العقود ، كعقد الأشغال العامة والالتزام والتوريد . وأيضا نقف بالرأي مع لائحة العقود الإدارية في اشتراطها بأن يكون التعاقد من الباطن جزئيا ، ومع جهات متخصصة ذات كفاية وخبرة ، فلا يجوز أن يتعدى نسبة (25%) من قيمة العقد مع بقاء المتعاقد الأصلي مسؤولا بالتضامن مع المتعاقد من الباطن عن تنفيذ الالتزامات المحددة في العقد .

ج - رغم أنه لم تنشأ علاقة عقدية بين المتعاقد من الباطن وجهة الإدارة ، لأن العلاقة هنا تربطه بالمتعاقد الأصلي ، إلا أننا لا نرى ما يمنع من أن يطالب بالتعويض ، إذا تحقق شرط الظرف الطارئ الذي يبرر مساهمة المتعاقد من الباطن ، في تحمل بعض الأعباء الناتجة عن العقد التي أدت إلى قلب

---

[1] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 473 .

[2] المرجع السابق ، ص 473 . وكما نصت على نفس فحوى المادة (97) في اللائحة الحالية ، اللائحتين السابقتين (الملغاتين) في المادتين (104 - 107) .

اقتصادياته ، إلا أن المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة يكون باسم المتعاقد الأصلي ، ورغم هذا فإنه لا يمنع المتعاقد من الباطن ، من مطالبة جهة الإدارة بالتعويض ، إذا ما حدثت ظروف طارئة وهذا ما يدل عليه فحوى المادة (97) من لائحة العقود الإدارية الحالية بنصها " ... وذلك شرط موافقة الجهة المتعاقدة كتابيا على ذلك ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا مع المتعاقد من الباطن عن تنفيذ الالتزامات موضوع العقد . وإذا توقفت الإدارة عن المعاونة الجدية للمتعاقد معها ، جاز له حينها رفع الأمر إلى القضاء للحكم له بالتعويض أو الفسخ بحسب الأحوال .

نرى بأن الإدارة ملزمة بتعويض المتعاقدين ، وفقا لنظرية الظروف الطارئة حتى تتمكن من معاونتهم في الخسارة التي حاقت بهم أثناء تنفيذ العقد الإداري ، لتجتمع مشاركة الأطراف في تكييف العقد الإداري على الاستمرار .

2 – في حالة عدم موافقة الإدارة على التنازل في العقود الإدارية :

أما التعويض في حالة التنازل عن العقد بغير موافقة الإدارة ، فيرى مجلس الدولة الفرنسي بأن الأصل لا يجوز التمسك بهذا التنازل في مواجهة الإدارة بغير موافقتها ، إلا أن المجلس قد خول للمتنازل إليه بالتمسك في المطالبة بالتعويض عن تلك الظروف ، متى قام الأخير بتنفيذ العقد مع إرجاع أساس التعويض إلى المسؤولية شبه التعاقدية [1] .

أما المشرع المصري في محكمته الإدارية العليا ، كما نوهنا سابقا في رفضه التنازل عن العقد ومرد المشرع في ذلك ، حتى لا تكون العقود الإدارية مجالا للوساطة والمضاربة ، فإنه متبع بالطبع التنازل أو التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة ، فنصت على " أنه إذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة ، فإن التنازل يعتبر باطلا ولا يحتج به في مواجهه الإدارة ، ولا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أية علاقة ، ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا في مواجهة الإدارة ، في كلتا الحالتين ..." [2] . وإستمر المشرع الليبي لرفضه عن التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة في المادة (96) من لائحة العقود الإدارية ، وبالتالي لا يترتب على هذا التنازل التعويض الناتج عن الظروف الطارئة .

3 – حالة موت المتعاقد وتأثيرها على الاستمرار في تنفيذ العقود الإدارية .

إن القاعدة العامة في أثر موت المتعاقد أنه يؤدي إلى إنهاء العقد ، وهذا ما سار عليه مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه ، إلا أن المشرع أعطى للجهة الإدارية إمكانية إتمام العقد ، وذلك بأن ينتقل إتمام تنفيذ العقد إلى الورثة ، لاعتبار أن العقد قد بلغ درجة كبيرة في التنفيذ ، تجعل من غير الصالح

---

[1] د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 680 .

[2] المحكمة الإدارية العليا ، السنة (9) ، جلسة بتاريخ 28 – 12 – 1963 ف ، ص 342 . مشار إليه لدى ، د . حمدي ياسين عكاشة ، مرجع سابق ، ص 360 .

فسخ العقد ، فينتقل العقد بذلك إلى الورثة إذا رأت الإدارة ذلك أو وافقت عليه ، وذهب رأي في الفقه الفرنسي ومن أنصاره الفقيه دي لوبالدير " بأن العقد ينتقل إلى الورثة دون حاجة لموافقة الإدارة ما لم ينص العقد على خلاف ذلك [1] .

إلا أن الأمر في مصر اختلف عما سار عليه القانون الفرنسي ، فنص القانون المصري في المادة (77) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (89) لسنة 1998 ف ، بأنه " إذا توفي المتعاقد جاز للجهة الإدارية فسخ العقد مع رد التأمين ، إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلا بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه وتوافق عليه السلطة المختصة ، وأما إذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم ، فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه . ويحصل الإنهاء في جميع الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء " [2] .

نلاحظ من خلال عرض المادة السابقة ، أنه يجوز للإدارة الخيار بين فسخ العقد ورد التأمين أو مطالبة ورثة المتعاقد المتوفى أو بقية المتعاقدين إذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد ، كما لا يجوز للإدارة مطالبتهم بالاستمرار في تنفيذ العقد المبرم بينهم ، وكما لا يستطيع الورثة إلزام الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد إذا رأت فسخه ، باعتبار أن الالتزامات المتولدة عن العقد التزامات شخصية فيؤدي ذلك إلى نتيجة حتمية ، وهو أن التزامات المورث لا تنتقل إلى الورثة إلا في حدود ما آل إليهم من تركة ، إعمالا للقواعد العامة [3] .

يأتي ما جاءت به لائحة العقود الإدارية ، مشابها بل مطابقا حرفيا لمعظم نص المادة (77) من القانون المصري ، فنصت المادة (104) من لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 ف على أنه " إذا توفى المتعاقد أو انقضت أداة التنفيذ الاعتبارية جاز للجهة المتعاقدة إنهاء العقد ورد التأمين أو الموافقة على استمرار الورثة أو الخلف القانوني أو من يحل محل أداة التنفيذ الاعتبارية في تنفيذه إذا طلبوا ذلك ، وتأكدت هذه الجهة من كفاءتهم المالية والفنية للاستمرار في التنفيذ ، وعليهم في هذه الحالة أن يعينوا مندوبا عنهم تقبله الجهة المذكورة . وأما إذا كان العقد مبرما مع أكثر من متعاقد وتوفى أو حل وصفي أحد هؤلاء المتعاقدين ، فللجهة المتعاقدة الخيار بين إنهاء العقد الإداري مع رد التأمين وبين

---

[1] د . جابر جاد نصار ، مرجع سابق ، ص 268 .

د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 186 .

[2] المرجع السابق ، ص 187 . د . سعاد الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 437 .

[3] د . محمد ماهر أبو العينين ، المرجع السابق ، ص 188 .

تكليف باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه " [1] . يتبين لنا من خلال عرض حالة موت المتعاقد أنه يجوز للورثة المطالبة بالتعويض من قبل الإدارة في حالة الظروف الطارئة .

ثانيا : - إمكانية تمسك جهة الإدارة في طلب التعويض عن الظروف الطارئة .

إن التعويض عن الظروف الطارئة يكون حقا أصيلا للمتعاقد مع الإدارة ، وهذا أمر لا نقاش فيه أما عن جهة الإدارة فهل يجوز لها أن ترجع بطلب التعويض من الجهات الإدارية التي تسببت في الضرر ؟ أجاب المشرع الفرنسي عن ذلك بقوله أنه لا يجوز للإدارة رفع طلب التعويض من تلك الجهات إلا بتوافر شروط قاسية لا يمكن تحققها [2] . فربما أراد المشرع من ذلك عدم فتح الباب أمام الجهات الإدارية بالاعتداء على سلطات إحداها للأخرى ، وعدم احترامها لالتزاماتها وحقوقها أمام الجهات الإدارية الأخرى .

ثالثا : - تحديد ضوابط ميعاد المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة .

لقد أشرنا سابقا بأنه يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب منها تعويضا عن الخسائر التي سببتها له الظروف الطارئة ، سواء كان ذلك خلال تنفيذه للعقد حتى يستطيع الاستمرار في تنفيذه لالتزاماته المتفق عليها ، أو بعد انتهائه من تنفيذ العقد حتى يستطيع حصر الخسائر التي سببتها الظروف الطارئة .

أشار المشرع الفرنسي في حكم له ، وهذا ما نادى به الفقيه جيز (Gaze) أيضا " بأنه يتعين على المتعاقد الانتظار حتى تمام التنفيذ إذا كان من غير الممكن تقدير مدى الخسائر المترتبة على الظروف الطارئة قبل تمام الوقت . حينها يتولى المتعاقد تقدير الخسائر النهائية التي لحقت به من جراء استمراره في تنفيذ العقد رغم قيام الظرف الطارئ ، ثم يقوم بمطالبة الإدارة ثمن خسائره ، ويبدأ التقادم منذ هذه اللحظة . وبموجب التنظيم القضائي في فرنسا فإن طلب استئناف الطعن أمام مجلس الدولة لا بد وأن يتم أولا أمام محكمة الدرجة الأولى " [3] .

أكدت محكمة القضاء الإداري في مصر ، على أنه " ... فإذا ما توافرت هذه الشروط (الظروف الطارئة) ، يستوي أن يطالب المضرور بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي ..." [4]

---

[1] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 478 .

[2] د . سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 680 .

د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 573 .

[3] حكم مجلس الدولة الفرنسي ، بتاريخ 11 - 6 - 1943 ف ، المجموعة ، ص 148 ، مشار إليه لدى ، د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 681 . د . محمود عبد المجيد المغربي ، مرجع سابق ، ص 178 .

[4] حكم محكمة القضاء الإداري ، بتاريخ 14 - 4 - 1960 ف ، السنة (14) ، ص 36 .

بناء على حكمي المجلس الفرنسي ، ومحكمة القضاء الإداري بمصر ، فإنه يمكن للمتعاقد مطالبة الإدارة بالتعويض عن الظرف الطارئ ، منذ أول لحظة يتحقق فيها الظرف الطارئ ، وهذا ما يؤكده المجلس الفرنسي ، بقوله " إذا كان من غير الممكن تقدير الخسائر قبل تمام وقت الظروف الطارئة " وما يؤكده القضاء المصري بقوله " يستوي أن يطالب بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه " وأيضا ما يوحي إليه الحكمان أن المتعاقد يمكنه المطالبة بتعويض مؤقت عن الظرف الطارئ لمعاونته على الاستمرار في تنفيذ عقده ، وذلك إذا ما استمر الظرف الطارئ مدة طويلة ويصعب عليه الاستمرار لوحده حتى ينتهي الظرف الطارئ .

أما القضاء الإداري الليبي ، سار خلافا لما سار عليه الفقه والقضاء في فرنسا ومصر [2] ، فيرى أنه لكي يتمكن القاضي من رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، يجب أن يكون الالتزام قائما ولم يتم تنفيذه ، وقد اختلفت نظرته في الوقت الذي يقدم فيه المتعاقد طلب التعويض عن الظروف الطارئة بناء على حكم المحكمة العليا بخصوص نموذج عقد التزام بقولها " ... ولما كان الواقع في الدعوى أن الطاعن أقاميا بطلب الحكم له بالمبلغ المدون بصحيفة دعواه نظرا للظروف الطارئة التي لحقت بتنفيذ عقد الالتزام .. وقد تم تنفيذه فعلا وسلمه نهائيا بتاريخ 23 -1 - 1983 ف ، وقد خاطب الطاعن جهة الإدارة بمساعدته في تحمل الخسارة اللاحقة من جراء تنفيذ ذلك العقد ، بموجب الرسالة المؤرخة في 23 - 4 - 1984 ف ، أي بعد تنفيذ الالتزام وتسليمه نهائيا بمدة تزيد على السنة ، وكان يبين الحكم المطعون فيه أنه استبعد تطبيق نظرية الظروف الطارئة على واقعة الدعوى لإتمام تنفيذ عقد الالتزام وتسليمه نهائيا قبل رفعها ، ورفض طلب الطاعن ، فإنه لا يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه " [3] .

وفي حكم آخر للمحكمة العليا ، أكدت فيه أن المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة ، لا يكون إلا بعد تنفيذ المتعاقد لكامل العقد ، واستندت المحكمة في حكمها إلى نص المادة (147) من القانون المدني بقولها " .. أنه يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يكون الحادث استثنائيا ولا يقع إلا نادرا وأن يكون عاما يشمل طائفة من الناس ، وليس أمرا خاصا بالمدين وأنه ليس في الوسع توقع هذا الحادث ولا يستطاع دفعه ، وأن يجعل الحادث الطارئ تنفيذ الالتزام مرهقا ، متى توافرت هذه الشروط في الظرف الطارئ جاز للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، يستلزم حتما أن يكون الالتزام – قائما لم يتم تنفيذه – ... " وبعد أن بينت المحكمة الأسانيد التي استندت عليها ، استمرت في قولها وقالت " ... ولمّا كان الواقع في الدعوى أن الطاعنين قد أقاما هذه الدعوى للمطالبة بالتعويض بعد أن نفذا العقد تنفيذا كاملا مستندين في المطالبة بالتعويض على نظرية الظروف الطارئة . وكان الحكم

---

(1) د . مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي ، مرجع سابق ، ص 152 .

(2) طعن مدني رقم (69) ، لسنة (36) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (28) ، العددان (3 - 4) ، حكم بتاريخ 1 - 3 - 1992 ف ، ص 111 وما بعدها .

المطعون فيه قد استبعد تطبيق هذه النظرية على واقعة الدعوى لانقضاء الالتزام ورفض طلب الطاعنين المبنى عليها لا يكون قد خالف القانون أو اخطأ في تطبيقه ..." [1] .

وفي تقديرنا ، أن الحكمين السابقين لا يدخل في معناهما بأن القضاء الليبي يستأنس بهما في كل ما يعرض عليه من أحكام تتعلق بنظرية الظروف الطارئة ، وهذا يعني أن للقاضي الحرية في مختلف الظروف في تقديره للتعويض والموازنة بين مصلحة الطرفين ، سواء في القانون المدني أو القانون الإداري ولا خلاف إلا في نتيجة التقدير بين العقود المدنية والعقود الإدارية .

وما يؤكد ذلك ، نص المحكمة العليا سابق الذكر " ... جاز للقاضي تبعا للظروف بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ولا يجوز للطرفين الاتفاق على خلاف ذلك باعتبار أن نظرية الظروف الطارئة من الأمور المتعلقة بالنظام العام لا فرق في ذلك بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص ..." [2] . إذ ليس من العدل والإنصاف ولا الالتزام بمبدئي حسن النية والثقة المتبادلة في التنفيذ أن يترك المتعاقد بإمكانياته المتواضعة أن يستمر لوحده في إتمام تنفيذ العقد الإداري من دون مساعدة جهة الإدارة له ، خلال فترة الإرهاق في زيادة التزاماته نتيجة الظرف الطارئ وهذا ما يجعل من القضاء يقبل بطلبات المتعاقدين أثناء تنفيذ العقد وحتى قبل استكمال انتهاء تلك الظروف .

في نهاية مطلبنا الثاني ، لم يبقَ أمام دراستنا في تصورنا ، بعدما حددنا ضوابط صاحب الحق في المطالبة بالتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة ، إلا أن نوضح أخيرا الحالات التي تتفق فيها الإدارة والمتعاقد معها حينما تحدث الظروف الطارئة ، سواء كان الاتفاق قبل حدوث الظرف الطارئ ، أو أثناء تنفيذ العقد الإداري ، أو حتى بعد الانتهاء من تنفيذه . وهذا ما ستكون عليه دراستنا لأحكام نظرية الظروف الطارئة . وسندرس هذا في المطلب الثالث .

---

[1] طعن مدني رقم (65) ، لسنة (24) قضائية ، حكم بتاريخ 23 - 3 - 1980 ف ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (17) ، العدد (1) ، ص 41 .

[2] طعن إداري رقم (31) ، لسنة (24) قضائية ، حكم بتاريخ 9 - 1 - 1980 ف ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (16) ، العدد (1) ، ص 16 .

المطلب الثالث

حدود التنظيم الاتفاقي بين المتعاقدين لمواجهة الظروف الطارئة

ثار التساؤل حول إمكانية تضمين الإدارة ، شروطا في العقد لمواجهة الظروف الطارئة التي تحدث أثناء تنفيذ العقد الإداري ، كأن تشترط عند إبرامها لعقد إداري أن يتم إعفاؤها من مسؤولية التعويض عن الظروف الطارئة إن حدثت ، أو أن تعيد النظر في المقابل المالي للمتعاقد معها سواء بالزيادة أو النقصان ، أو جواز فسخ العقد من أحد طرفي العقد عن طريق القضاء ، وقد يتفق المتعاقدان على تنظيم آثار تلك الظروف ، فما مدى فاعلية تلك الاتفاقات والشروط لمعالجة الاختلال الاقتصادي الذي يرهق المتعاقد مع الإدارة ؟ وبعد بحث معمّق لدراستنا ، سندرس بعض الحالات في هذا الخصوص يمكن أن نفنّدها في الآتي :

أولا : – الشروط التي تؤدي إلى إعفاء الإدارة من المسؤولية .

هنا تضع الإدارة شرطا في العقد يعفيها من تعويض المتعاقد عن الظروف الطارئة ، فيمتنع المتعاقد إذا ما قبل هذا الشرط عن المطالبة بالتعويض عند تنفيذ العقد ، إلا أن المشرع الفرنسي يرى عدم مشروعية مثل هذه الشروط ويجيز فيها للمتعاقد المطالبة بالتعويض باعتبار أن نظرية الظروف الطارئة تقوم على قواعد النظام العام ، وتستند على أساس العدالة ، بل اعتبر أن المطالبة بالتعويض ليس الغرض منها تعويض المتعاقد ماليا فقط ، بل وأن تهدف إلى تمكين المتعاقد من التغلب على الظروف الطارئة ، لتحقيق سير المرفق العام بانتظام واطراد ، وهذا لن يحدث إلا عن طريق معاونة الإدارة للمتعاقد معها [1] .

نصت المادتان (147) الفقرة (2) من القانونين الليبي والمصري على " يقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك " إذ تؤكد هذه المادة على أن كل اتفاق يهدف إلى حرمان المدين من الاحتماء بها أو قبول تحمل قدر من الخسارة أكبر مما يتناسب مع عدالة التوزيع ، يقع باطلا لعدم مشروعية محله سواء أكان الاتفاق قبل وقوع الحادث الطارئ أو بعده [2] " .

إذا كان هذا في عقود القانون الخاص التي تحمي المصلحة الفردية ، فإن ذلك ينطبق في العقود الإدارية باعتبارها تهدف لتحقيق مصلحة عامة ، وقد أكدت المحكمة العليا ذلك بقولها " ... وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك ، تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة استثنائية وغير عادية ، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ولا يجوز للطرفين الاتفاق على ما يخالف ذلك ، باعتبار أن نظرية الظروف

---

[1] د . محمد سعيد حسين أمين ، مرجع سابق ، ص 646 .

[2] د . ماهر محمد أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، الكتاب الثاني ، مرجع سابق ، ص 438 .

الطارئة من النظام العام لا فرق في ذلك بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص ... " [1] . وبالتالي رفضت المحكمة العليا وضع شروط خاصة تعفيها من المسؤولية سواء في القانون الإداري أو القانون المدني .

تتفق الباحثة بالرأي مع ذلك المنع في جميع العقود الإدارية التي تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة ، لأن الإعفاء من المسؤولية يتعارض مع المبادئ المقررة في القانون الإداري ، للتعويض وفقا للنظريات السائدة في نظام العقود الإدارية ، ومنها حقه في إعادة التوازن المالي بمساعدة الإدارة .

ثانيا : - الشروط الخاصة بإعادة النظر في المقابل المالي على ضوء تغيير الظروف .

قد تضع الإدارة شروطا مسبقة في العقد - كعقد الأشغال العامة - تنظم فيه كيفية مواجهة الظروف الطارئة ، فينص العقد أحيانا أو كراسات الشروط الملحقة به ، على إعادة النظر في المقابل المالي للمتعاقد ، وفقا لشروط مراجعة الأسعار . فقد أجمع الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر على مشروعية هذه الشروط . ولكن إذا طالب المتعاقد الإدارة بتعويضه عن الظروف الطارئة بخلاف المنصوص عليه في شروط العقد ، فيجوز له الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئ ، ذلك في حالة عدم جدوى تطبيق الشروط الواردة في العقد لمواجهة اختلال التوازن المالي للعقد . وقد أكدت لائحة العقود الإدارية الحالية في ليبيا . على وجود هذا النوع من الاتفاقات أو الشروط في العقد الإداري في المادة (88) سابقة الذكر بنصها " .. وذلك مع مراعاة عدم الإخلال بالحق في أي تعويض أو زيادة في المقابل يقررها العقد في حدود أحكام هذه اللائحة .. " [2] .

جدير بالذكر ، أن دراستنا تؤيد ما جاءت به المادة السابقة ، لأننا نرى أن ذلك يعد إحقاقا للعدالة وإبقاء لالتزامات المتعاقد كما هي ، وبالتالي فإن حق المتعاقد في الحصول على تعويض من الإدارة يدفعه ويشجعه على التقدم لإبرام وتنفيذ العقود الإدارية . خاصة بعدما يعلم المتعاقد أن حقوقه يكفلها القانون واللوائح الادارية .

ثالثا : - استمرار الظرف الطارئ يبيح للمتعاقدين طلب فسخ العقد .

إذا عجز الطرفان عن الوصول إلى حل يعيد التوازن المالي للعقد قدر الإمكان جاز لأحد الطرفين طلب فسخ العقد من القضاء ، ولا يحول فسخ العقد بين المتعاقد وحقه في التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة ، إذا أثبت أن موقف الإدارة قد تعنت بحيث كانت هي السبب في عدم الوصول إلى اتفاق . وأيضا ينطبق هذا الكلام على جهة الإدارة . لو كان المتعاقد هو الطرف المقصر في عدم بذل العناية للمحافظة على استمرار العقد الإداري ، ويتحقق في هذه الحالة إنهاء العقد الإداري بسبب القوة القاهرة ، وقد نصت المادة (106) على الإعفاء في حالة وجود قوة قاهرة [3] . فيجوز للمتعاقد المطالبة

---

[1] حكم المحكمة العليا الليبية ، بجلسة 9 - 1 - 1980 ف ، سبقت الإشارة إليه .

[2] لائحة العقود الإدارية الحالية ، مرجع سابق ، ص 469 .

[3] المرجع السابق ، ص 478 .

بالتعويض وفقا للنظرية ، إذا تضمن العقد نصا يخول المتعاقد طلب فسخ العقد في حالة حدوث الظروف الطارئة . إلا أنه لا يجوز فسخ العقد ، إذا لم يكن الظرف الذي يؤدي إليه الفسخ هو قوة قاهرة بمعناها الحقيقي الذي يؤدي إلى استحالة التنفيذ .

أكدت المحكمة العليا في حكم لها ، بتاريخ 23- 4 - 2006 ف ، بخصوص - نموذج عقد توريد - نصت فيه على أنه " متى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت في مدوناته أن الجهة الطاعنة لم تنفذ التوريد محل النزاع خلال الميعاد المنصوص عليه ... وهو ثلاثة أشهر من تاريخ فتح الاعتماد المصرفي بحجة تأخير المفتش وإضراب سائقي السيارات الشاحنة ، وضرورة الحصول على إذن أمريكا بتعامل بواخرها مع الجماهيرية ، فإن ذلك لا يستلزم التأخير في التنفيذ هذه المدة الطويلة ، ذلك أن القوة القاهرة التي تعفي من المسؤولية في نطاق القانون الإداري ، يلزم أن تكون أمرا غير ممكن التوقع من أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور ، ومستحيل الدفع استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في مركز المدين ، ومن ثم فإن إضراب سائقي الشاحنات في أمريكا وضرورة الحصول على إذن بالتعامل مع بواخر أمريكية لا يعتبر قوه قاهرة ، إذا كان المتعهد بالتوريد يستطيع الحصول على المواد المطلوب توريدها من دولة أخرى ، ولو بسعر يزيد كثيرا عما تعهد به وليس ثمة دليل على استحالة توريد كمية الذرة الصفراء السائبة من غير الدول ، التي يقول الطاعن بحصول إضراب سائقي الشاحنات فيها أو أن بواخر الولايات المتحدة هي وحدها القادرة على نقل هذه الكمية إلى الموانئ الليبية " [1] .

حددت المحكمة العليا بتاريخ 5 - 4 - 1970 ف [2] ، أن القوة القاهرة تكمن في استحالة التنفيذ وأكدت أن التزام المتعاقد بمدة تنفيذ العقد ، وذلك باستمراره بتنفيذ ما اتفق عليه في العقد الإداري تخضع فيه الإدارة لرقابة القضاء الإداري ، بوصفه قضاء كاملا من حيث المشروعية ومدى ملاءمته للمخالفات المنسوبة للمتعاقد وله مطالبة القضاء بالتعويض عنه إذا كان له وجه ، إلا أن هذه الرقابة لاتصل إلى درجة فسخ عقد التوريد ، إلا في ذلك من مصادرة لحق الإدارة صاحبة العمل في تقرير دواعي المصلحة العامة في الاستمرار ، أو عدم الاستمرار في تنفيذه مع المتعاقد معها . ومن هنا يجب أن يخضع الفسخ لرقابة القضاء ، فنصت المحكمة العليا على ذلك بقولها " إذا لجأت وزارة الزراعة إلى فسخ العقود الإدارية فهذا حقها الذي لا طعن فيه ، إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام ، والقضاء بولايته العامة أو التحكيم بولايته الخاصة منوط به مراقبة أسباب الفسخ ، حتى يوازن بين سلطة الإدارة في إنهاء العقد وبين حق المتعاقد في الحصول على التعويضات إن كان لها وجه حق " .

---

[1] طعن إداري رقم (147) ، لسنة (50) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (41) العدد (1) ، ص 65 .

[2] طعن إداري رقم (1) ، لسنة (17) قضائية ، منشور بمجلة المحكمة العليا ، السنة (6) ، العدد (4) ، ص 19 .

رابعا : – الشروط اللاحقة على إبرام العقد الإداري لمواجهة الظروف المتوقعة .

يجوز للمتعاقد مع الإدارة طلب التعويض عن الظروف الطارئة ، إذا اتفقت الإدارة مع الملتـزم في عقد الالتزام مثلا أثناء تنفيذه على زيادة الرسوم التي يتقاضاها من المنتفعين ، إلا أنها لم تؤدي إلى مواجهه الظروف الطارئة على أكمل وجه [1] .

خامسا : – الشروط التي يضعها المتعاقدون لتنظيم آثار الظروف الطارئة .

إن هذا النوع من الشروط هو النتيجة الحتمية لنظرية الظروف الطارئة ، فنجد الإدارة والمتعاقد عند وقوع تلك الظروف ، يقومان باتفاقات ودية على حل النزاع ، فيجوز الاتفاق على تنظيم آثار نظرية الظروف الطارئة ، باعتبار أنها حل احتياطي لا يلجأ إليه القاضي ، إلا في حالة عدم وجود اتفاق بـين المتعاقدين . فإذا توصل المتعاقدان بالتسوية الودية إلى إيجاد الحلول التي تؤدي إلى تعويض المتعاقد فإن ذلك يعد بمثابة القضاء على الظروف الطارئة ، وإذا ما أثيرت هذه الاتفاقات الودية أمام القضاء الإداري أو المدني ، فإن القاضي يكتفي بتطبيق الحلول التي توصلا إليها في وضع حل للنـزاع ، ولا يقـضي بحلول بديلة ، إلا إذا فشل الطرفان في التوصل للتعويض ، فإن القاضي حينئذ يحكم بالتعويض [2] .

اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية ، القانون المـصري رقـم (129) لـسنة 1947 ف بشأن نظام المرافق العامة ، التي تدار عن طريق الامتياز ، كاشفا ومنظما لما ورد فيه من أحكام وأنـه مجرد تقنين لأحكام العقود الإدارية في خصوص عقد الامتياز ، فحيث نص القانون في المادة (6) على أنه " إذا طرأت ظروف لم يكن في المستطاع توقعها ولا يد لمانح الالتزام فيها ، وأفضت إلى الإخـلال بالتوازن المالي للالتزام ... جاز لمانح الالتزام أن يعدل قوائم الأسعار ، وإذا اقتضى الحـال أن يعـدل أركان تنظيم المرفق العام وقواعد استغلاله، وذلك لتمكين الملتزم من أن يستمر في استغلاله ، أو لخفض الأرباح الباهظة إلى القدر المقبول " [3] .

بناء على ما سبق ، سمح المشرع المصري منذ ذلك الحين ، بتنظيم آثار الظـروف الطارئـة حتى تعيد الإدارة النظر في شروط العقد ، بما يعيد التوازن المالي للعقد ، وكثيرا ما تلجأ الإدارة إلـى هذا الحل في عقود التزام المرافق العامة ، فتقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بمـا يحقق توازن العقد ، وهكذا تفلت الإدارة من دفع مبلغ التعويض من الأموال العامة ، وفى الحالتين ينتهي الظرف الطارئ ، فتتحلل الإدارة من التزاماتها بتعويض المتعاقد [4] .

---

[1] أ . سالم محمد بركة ، مرجع سابق ، ص 198 .

[2] د . سليمان محمد الطماوي ، مرجع سابق ، ص 685 .

د . محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود ، مرجع سابق ، ص 132 .

د . محمود عبد المجيد المغربي ، مرجع سابق ، ص 170 .

[3] د . عادل عبد الرحمن خليل ، مرجع سابق ، ص 282 .

[4] د . على محمد عبد المولى ، مرجع سابق ، ص 598 .

ترى الباحثة ، أن يرتبط التعديل في شروط العقد ، من قبل الإدارة بسبب الظروف الطارئة بموافقة المتعاقد معها ، سواء كان في عقد الالتزام بزيادة الرسوم أو عقد أشغال عامة ، والذي يتطلب فيه من جهة الإدارة أن تعوّض المتعاقد ، إما بزيادة المقابل المالي أو تعوضه تعويضا مستقلا عن ذلك المقابل ، أو في أي عقد أداري آخر ، ولا يقع ذلك إلا بموافقة الطرفين .

رأينا أن تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، يتعلق بحماية النظام العام ، حفاظا على المصلحة العامة ، لتسيير المرفق العام بانتظام واطراد ، وأن وضع اتفاق مسبق ينظم آثار تلك الظروف سيُعد بمثابة معاونة للمتعاقد في مواجهه الظروف الغير متوقعة ، ولا يعد خرقا لأحكام النظرية أو أن هذا من قبل توقع المتعاقدين لحدوث النظرية ، لم نراه من أن شرط التوقع يرتبط بإرادة المتعاقدين ، لأنه لو حدث هذا التوقع لا تطبّق النظرية ، ويجوز في هذه الحالة تدارك المخاطر التي يمكن أن تحدث بسبب ذلك التوقع . وبالتالي إذا اجتمعت بقية شروط الظروف الطارئة الغير طبيعيه من الاستثنائية والعمومية والإرهاق مع شرط عدم التوقع ، فلا يكون أمام المتعاقد إلا أن يستمر في تنفيذه للعقد الإداري ، ولا يجوز إعفاء الإدارة من تحمل جزء من الخسائر أو التعويض عن الضرر الذي حدث للمتعاقد .

نستنتج من ذلك ، أن تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد ، لتحقيق مصلحة الجمهور في المنافع التي يحصلون عليها أيا كان نوعها أو نوع العقد الإداري الذي قام بتحقيقها ، يقودنا إلى نتيجة حتمية تقع على جهة الإدارة تحقيقها ، وهي ضرورة استمرارها مع المتعاقد معها لتحقيق تلك المصلحة المرجوّة من إبرامهما للعقود الإدارية ، ويتبعه في ذلك أن على جهة الإدارة أن تتخذ جميع الوسائل والإجراءات التي ترى أنها تعيد للعقد الإداري توازنه قدر الإمكان . ولا يجب عليها أن تترك المتعاقد لوحده يخوض تلك المخاطر والظروف الطارئة ، وإلا أدى ذلك إلى إمكانية ترك المتعاقد ، الاستمرار في تنفيذ العقد المتفق عليه ، بل ويطالبها بالتعويض عن تلك الظروف من قبل القضاء . أما بخصوص عقود الأشغال العامة والتوريد الواردة في لائحة العقود الإدارية الحالية ، فإننا لا نرى وجود أية مواد صريحة تنظم آثار نظرية الظروف الطارئة ، وربما داعي التشريع الليبي في ذلك ترك ذلك للاتفاقات الودية بين الإدارة والمتعاقد معها .

خلاصة القول ، يتعين على جهة الإدارة والمتعاقد معها ، الاستمرار دون توقف في تنفيذ العقود الإدارية ، عن طريق الاتفاق الودي بينهما ، ويتعرض المتعاقد للجزاءات من قبل الإدارة حين إخلاله بتنفيذ العقد عند حدوث الظروف الطارئة ، رغم مساعدة الإدارة له ، ومقابل ذلك أن سلطة الإدارة في العقود الإدارية في الجماهيرية يجب أن تتوافق مع القانون رقم (1) لسنة 2007 ف ، بشأن نظام عمل المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية ، التي تضع السياسات العامة وتسن القوانين وتقر الخطط الاقتصادية والاجتماعية والميزانيات العامة ، واللجان الشعبية العامة هي التي تصدر اللوائح التنفيذية للقوانين واللوائح المنظمة للتعاقد ، على تنفيذ الأعمال وتقديم الخدمات بالنسبة للعقود التي تمول من الميزانية

العامة [1] . لاعتبار أنها ليست السلطة الأصيلة في هذا المجال ، لأن المشرع الأصيل هو الذي منحها هذه الثقة ، فتخضع بالتالي لولاية القضاء الكامل .

أخضع المشرع الأصيل المتجسد في المؤتمرات الشعبية الأساسية ، اللجنة الشعبية العامة لرقابة القانون رقم (2) لسنة 2007 ف ، فنص في مادته (54) " يتعين على الجهات القائمة على تنفيذ المشروعات الخاضعة لرقابة جهاز التفتيش والرقابة الشعبية أن توافي الإدارة المختصة بجهاز الرقابة بتقارير دورية عن تلك المشروعات ، متضمنة البيانات المتعلقة بسير التنفيذ ومراحله ، وما تم إنجازه منها وعلى الإدارة المختصة بالجهاز ، أن تتحقق من صحة تلك التقارير ، وأن التنفيذ يسير وفقا للقواعد والإجراءات والبرامج الزمنية المقررة ، وأن الجهات المسؤولة عن مراقبة ومراجعة التنفيذ قائمة بواجبها ، ويجب على الإدارة المختصة بالجهاز أن تتحقق من أن التشغيل والصيانة للمشروعات تتم وفقا للبرامج والأصول الفنية ، وأن تلك المشروعات تحقق لأغراضها التي أنشئت لأجلها [2] .

كما نصت المادة (55) أنه " إذا تبين للإدارة المختصة بالجهاز أثناء متابعتها لتنفيذ المشروعات الخاضعة لرقابة الجهاز وفقا للمادة السابقة ، وجود أي قصور أو تراخ أو انحراف في عملية التنفيذ أعدت تقريرا بذلك للامين ، متضمنا أوجه القصور أو التراخي أو الانحراف في التنفيذ ، لاتخاذ الإجراءات اللازمة بإحالة المسؤولين للتحقيق . أما إذا تبين أن هناك عقبات يتعذر تذليلها ، فيتعين إخطار الجهة التابع لها المشروع موضوع المتابعة بذلك " [3] .

---

[1] المادتان (1 - 12) ، من القانون رقم (1) لسنة 2007 ف ، بشأن نظام عمل المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية ، مرجع سابق ص 1 - 2 .

[2] اللائحة رقم (131) لسنة 2008 ف ، مرجع سابق ، ص 17 .

[3] المرجع السابق ، الموضع نفسه .

الخاتـــمة

من خلال دراستنا وبحثنا وتعمقنا في موضوع – الظروف الطارئة وتأثيرها على تنفيذ العقـود الإدارية – اتضحت لنا النشأة القضائية للعقود الإدارية ، ومن هنا تأتي ضرورة تأصيل فكـرة العقـود الإدارية ، من حيث المعايير التي يستند إليها القانون والفقه المقارن ، فما يميز العقد الإداري عن العقـد المدني ، هو مركز الإدارة المتمتعة بالشخصية الاعتبارية العامة ، وعدم انطباق قاعدة العقـد شـريعة المتعاقدين ، لاحتواء العقد الإداري على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، تدخل جميعها في أهمية تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فتهدف بالتالي إلى تحقيق المصلحة العامة ، التي تكمن في أغلب أفراد المجتمع ، بل وتشمل حتى أطراف العقد الإداري .

إن إبرام العقود الإدارية يرتبط ارتباطا وثيقا ، بتحقيق المنفعة العامة والمحافظة علـى مـصلحة المجتمع ، فإن اضطلاع الإدارة بتنفيذ أنواع العقود الإدارية المختلفة ، يؤدي بها عند إبرامها لتلك العقود إلى تميزها بسلطات وصلاحيات تستمدها من نصوص العقد أو من القوانين واللوائح التي تحكم تنفيـذها وهذا ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني . حيث تمتلك فيه جهة الإدارة سلطات تقديرية تتضح مـن خلال تدخلها في وضع الشروط أو النصوص اللائحية في تلك العقود الإدارية ، مهما كان نوعها وفقـا لطبيعتها ، أو وفقا لتحديد القانون أو القضاء الإداري لها .

هكذا لا يكون أمام المتعاقد مع الإدارة سوى أن يرتبط معها في تنفيذ العقد الإداري المتفق عليه وفقا لإرادته الحرة ، فلا يجب عليه مخالفة الالتزامات التي ترتبها تلـك العقـود ، والمتمخـضة فـي شروطها الاستثنائية ، وإلا تعرّض لجزاءات صارمة من قبل الإدارة ، إذا ما قصر في استمراره لتنفيذ عقوداته معها ، أو أخطأ في تنفيذها ، ولا يبقى له حينها إلا المطالبة بالتعويض ، إذا مـا رأت سـلطة الإدارة مثلا ، أن تعدل من شروط العقد بالزيادة أو النقصان أو تنهيه بتاتا ، وفقا لم يتـراءى لهـا أن مقتضيات المصلحة العامة اقتضت ذلك ، ولا يكون عليها إلا أن تعمل على تعويض المتعاقد معهـا ولا يترتب للمتعاقد بذلك ، مطالبة الإدارة بأن تعدل من شروط العقد الذي أرهق كاهله ، أو أن تستمر معـه في تنفيذ العقد جبرا عنها .

يتبع ذلك كله أن سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ، هي التي خولت لها أن تعمل خلافـا لِمّ اتفقت عليه في العقد . وبالرغم مما لها من سلطات ، إلا أنها لم تُترك لإطلاق سلطاتها فـي العقـد الإداري ، فأورد القانون عليها مجموعة من القيود ترتبط بكل سلطة من سلطاتها . ومنها أن الـشروط التعاقدية ، التي على أساسها قبل المتعاقد مع الإدارة تعاقده معها ، لا يجوز لهـا تعـديلها إلا باتفـاق الطرفين ، كحصول المتعاقد معها على المقابل المالي المتفق عليه . وإلا جـاز لـه مطالبـة القـضاء

بتعويض الإدارة عما سببته له ، وفقا لما هو مقرر في القوانين واللوائح المتفق عليها بخصوص العقود الإدارية .

تبين لنا من خلال دراستنا السابقة ، أن حدوث تغيير في ظروف تنفيذ العقد الإداري ، المتمثلة في نظرية الظروف الطارئة لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت إبرام العقد ، وكان من شأنها أن تقف حائلا دون تحقيق المصلحة العامة ، متى كان ذلك الظرف الطارئ استثنائيا عاما ، وحدث بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه ، وكان ذلك الظرف غير متوقع ولا يمكن دفعه ، مما يؤدي إلى إرهاق المتعاقد في استمراره بتنفيذ العقد ، ولم يؤدي به إلى استحالة التنفيذ ، من هنا يلزم على الإدارة معاونة المتعاقد بضمان إعادة التوازن المالي للعقد الإداري قدر الإمكان ، فإذا زال الظرف الطارئ ينقضي تبعا لذلك التزام الإدارة بتعويض المتعاقد ، لمساعدته في الاستمرار بالقيام بأعباء العقد الإداري ، وهذا ما توصلنا إليه في النتائج والتوصيات الآتية : -

أولا :- نتائج دراسة البحث :

- تسري آثار نظرية الظروف الطارئة على جميع أنواع العقود الإدارية ، فمن حق الملتزم في عقد الالتزام والمقاول في عقد مقاولات الأشغال العامة ، والمورّد في عقود التوريد وغيرها من العقود إعادة التوازن المالي للعقد قدر الإمكان ، بمساعدة الإدارة عند حدوث الظروف الطارئة ، أيا كان نوعها حتى في الحالات التي يختل فيها هذا التوازن بفعل المتعاقد ذاته ، ويكون ذلك إذا ما قام المتعاقد بتنفيذ أعمال غير منصوص عليها في العقد الإداري .

- إن نظرية الظروف الطارئة وُضعت في الأصل ، لتمكين المتعاقد من أن يطالب الإدارة بمعاونته على الاستمرار في تنفيذ العقد ، وذلك بصرف تعويض مؤقت ، خصوصا إذا لم يكن في وسعه أن ينتظر حتى زوال الظرف . ولا يتصوّر رجوع الجهة الإدارية في حالة الظروف الطارئة بمطالبة الدولة أو الجهات الأخرى التي كانت سببا في حدوث تلك الظروف . حيث تتحمل الإدارة وحدها التعويض ، فلا تستطيع الإدارة مثلا أن تطالب الدولة بالتعويض عن إصدارها لتشريع أو وقوع حرب غير متوقعة فإن ذلك لا يتحقق إلا بتوفر ظروف قاسية من العسير تحققها .

- تبين لنا من خلال الدراسة السابقة لالتزامات وحقوق المتعاقد في العقد الإداري ، الدور الكبير الذي تلعبه المصلحة العامة في نطاق تنفيذه للعقد ، باعتبارها الأساس القانوني لكثير من الحقوق والالتزامات وأحد القيود القانونية الواردة على سلطات وحقوق الإدارة ، أثناء تنفيذ المتعاقد للعقد الإداري ، وهذا ما تختلف فيه عقود القانون الخاص التي تهدف إلى تحقيق مصلحة المتعاقدين الخاصة .

- يوصف المتعاقد في العقود الإدارية ، بأنه معاونٌ للإدارة أو نائبٌ عنها في تنفيذه للعقود المتفق عليها كعقد الأشغال العامة . فلاحظت دراستنا ومن خلال الالتزامات والأعباء الملقاة عليه ، مدى حرص النصوص القانونية واللائحية على تقنين تلك الالتزامات بطريقة مفصلة ، بينما وجدنا أن

التزامات الإدارة تجاه المتعاقد في العقود الإدارية لم تحدد بشكل دقيق ، ووردت في القوانين واللوائح في صورة عامة ومبهمة في أغلب الأحيان .

- كما أوضحنا مدى مخالفة التنازل عن العقد الإداري ، لمبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية واتفاق المشرعين المصري والليبي على هذا المنع رغم اختلاف المشرع الفرنسي في ذلك . وأيضا رأينا عدم تشدد جهة الإدارة في حالة موت المتعاقد ، بقبول الورثة للاستمرار في تنفيذ العقد السابق مع المتعاقد الأصلي ، إذا ما تأكدت من كفاءتهم المالية والفنية . باعتبار أن وفاة المتعاقد الأصلي حالت دون إكماله تنفيذ العقد وفقا للشروط المتفق عليها .

- رأينا مدى أهمية التعاقد من الباطن في بعض أعمال موضوع العقد ، فنصت بعض القوانين واللوائح بإجازته ، من الناحية العملية لتنفيذ بعض العقود الإدارية الهامة ، كعقد الأشغال العامة والتوريد والالتزام ، ويأتي هذا مع توسع احتياجات الدولة ، وخاصة في المجتمع الليبي وما لاحظناه في الفترة الأخيرة من بناء وعمار وصيانة وتشغيل في جميع أنواع المرافق العامة ، مما يؤدي إلى تعدد وتنوع العقود الإدارية لتنفيذ المشاريع الضخمة ، وازدياد حدوث الظروف الطارئة .

- إن التعاقد من الباطن في العقود الإدارية ، يسمح للمتعاقد المتضامن مع المتعاقد الأصلي بالمطالبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة والتعويض عنها ، هذا عدا أنه بتعاقد المتعاقد الأصلي مع المتعاقد من الباطن ، الذي قد يتمثل في الجهات ذات الكفاية والخبرة بموافقة الجهة المتعاقدة كتابيا ، مما يعني أنه حين حدوث النظرية ، يكون للمتعاقد من الباطن دور كبير في معاونة المتعاقد الأصلي وجهة الإدارة في تخطي الظروف الطارئة وتحمل الخسائر ، وبالتالي حري ، أن لا يمنع ذلك مطالبة المتعاقد الأصلي والمتعاقد المتضامن للتعويض .

- إن التعويض عن نظرية الظروف الطارئة هو حل احتياطي ، لأنها تعتمد على الاتفاقات الودية بين المتعاقدين ، فقد تلجأ الإدارة بموافقة المتعاقد لمحاولة تعديل شروط العقد ، ليتسجم التعديل مع مواجهة تلك الظروف ، فيرتبط أساس التعويض عن الظروف الطارئة ، وفقا لمبادئ تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة ، وضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فيقوم المتعاقدان بالاشتراك في تحقيقها على حد السواء وذلك بالاستمرار في التنفيذ ، بغض النظر عن الهدف الأساسي للمتعاقد مع الإدارة بتحقيقه للربح من وراء إبرامه للعقود الإدارية ، فإذا علم المتعاقد منذ البداية أنه سوف يحصل على تعويض من الإدارة حين حدوث الظروف الطارئة ، فلا شك أن ذلك سوف يشجعه على التقدم للتعاقد مع الإدارة .

- إن التعويض عن الظروف الطارئة يكون أساسه العدالة لضمان التوازن المالي للعقد ، الذي لا يرتبط بالتوازن الحسابي المطلق ، حتى تسير المرافق العامة بانتظام واطراد ، ومن دواعي تحقيق العدالة في العقود الإدارية عند حدوث الظروف الطارئة ارتباطها بإعادة التوازن المالي للعقد قدر

الإمكان من قبل المتعاقدين ، ولا يكون ذلك إلا بتوزيع عبء الخسارة بين الطرفين ، لأن هدف النظرية هو مواجهة ظرف طارئ ، أحدث اختلالا شديدا في التوازن المالي للعقد .

- لا نجد جدوى لأساس النية المشتركة للتعويض عن الظروف الطارئة ، ذلك لم يكتنف النظرية من غموض ولقلة الأحكام التي تنظم كيفية العمل بها في القانون الإداري ، رغم أنه يتم تطبيقها حتى لو اتفق المتعاقدان على التنازل عن تطبيقها ، ولارتباط النظرية الوثيق بالنظام العام ، فلا يجوز بالتالي الاتفاق على ما يخالفها ، لأن التعويض فيها يعد إلزاميا سواء في العقود الإدارية أو العقود المدنية .

- إن حقوق المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذه العقد الإداري المتفق عليه تحكمها حالتان :

1 - حالة الظروف العادية المتوقعة عند إبرام العقد : إذا تم التنفيذ الكامل للعقد من قبل المتعاقد فمن البديهي أن يتحصل المتعاقد على حقوقه كاملة سواء كان رسما أو ثمنا أو تأمينا أو أي مقابل آخر اتفق عليه في العقد ، وأيضا إن مجال ممارسة الإدارة لسلطاتها تجاه المتعاقد معها ، من الأمور المتوقعة من قبله ، كأن تنهي الإدارة العقد للمصلحة العامة ، أو تعدل من شروط العقد وفقا لمقتضيات تلك المصلحة دون موافقة المتعاقد ، وقد تضمن عقدها الإداري اتفاقا مع المتعاقد وفقا للقوانين واللوائح ، مقدار التعويض المستحق عند ممارستها لسلطتها . فيستطيع طرفا العقد أن يحددا نوع التعويض (كتعويض عن إنهاء العقد مثلا) بالاتفاق سواء باستبعادهما أو قصر التعويض عما حدث له من أضرار بسبب ممارسة الإدارة لسلطاتها ، أو أن يشمل التعويض ما لحقه من خسارة وما فاته من ربح . وأما إذا لم ينظم العقد أو القانون أو اللوائح مبدأ استحقاق التعويض ، ففي حالة عدم اتفاق الطرفين في العقد الإداري ، يتحقق مبدأ التعويض الكامل الذي يشمل ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من كسب وهو ما يحدث في نظريتي فعل الأمير والصعوبات المادية .

2 - حالة الظروف الطارئة غير المتوقعة عند إبرام العقد : يحكم هذه الحالة مبدأ التعويض الجزئي فهو ما يجعل حقوق المتعاقد مع الإدارة في هذه النظرية تختلف عن بقية النظريات الأخرى كنظرية الصعوبات المادية ، رغم أن هذه الصعوبات تكون خارجة ومستقلة عن إرادة المتعاقدين . إلا أن التعويض فيها يكون تعويضا على جميع الإضرار التي يتحملها المتعاقد . وبالتالي يرجع هذا الاختلاف في حالات التعويض عن هذه النظريات ونظرية الظروف الطارئة إلى نشأتها القضائية ، رغم أن العقود التي تحصل في نطاق تلك النظريات هي عقود إدارية .

- إن قواعد القانون الخاص تختلف عن قواعد القانون العام في مجالات كثيرة جدا ، منها العقود الإدارية ، وما فيها من مساس للمصلحة العامة وتسيير للمرافق العامة ، رغم ارتباط القانونين بالنظام العام . فإن تدخل القانون الخاص بمنازعات بعض العقود الهامة ، لم يوجد من اختلاف بين السلطات المخولة للقاضي في القانون العام عنه في القانون الخاص ، فهذا ما يبين اختلاف ماهية العقود الإدارية

عن العقود المدنية ، التي تحمل في طياتها احتواءها على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص ، وتهدف إلى تحقيق النفع العام ، الذي لا يهدف إليه القانون الخاص .

- إن تأثر القانون الخاص بمبدأ سلطان الإرادة وقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، قد ينعكس على منازعات العقود الإدارية ، خاصة تلك التي تتعلق بنماذج للعقود الكبيرة كالأشغال العامة والالتزام والتوريد ، وعقود الصيانة والتشغيل للمشروعات والمرافق العامة ، وبالتالي عند حدوث أية ظروف خارجة عن العقد الإداري كالظروف الطارئة ، فإن القانون المدني لم يضع قواعد عامة في رد الالتزام إلى الحد المعقول ، وذلك لاختلاف كل حالة على الأخرى ، رغم استطاعة القاضي المدني من تعديل التزامات المدين في العقود المدنية ، عند حدوث ظروف طارئة بزيادة المقابل المالي . وهذا يعني بالطبع عدم تدخله بتعديل شروط العقد الإداري .

ثانيا :- توصيات الدراسة :

- نوصي المشرع الليبي بأن يعدل عن التحديد الحصري للعقود الإدارية ، الذي حرص على النص عليها في أحكام القضاء الإداري والمدني واللوائح الإدارية ، وآخرها ما حدده على سبيل الحصر في لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 ف . لذلك ينبغي النظر إلى جميع العقود الإدارية ، بأنها ذات طبيعة ذاتية واحدة وتحمل نفس معايير العقد الإداري ، وأن حقوق المتعاقدين فيها جميعا هي حقوق واحدة ، وهذا ما ذهب إليه المشرع الفرنسي والمصري .

- نوصي المشرع الليبي بأن يترك للقضاء الإداري دون القضاء المدني تحديد طبيعة العقود الإدارية وأن يخصه بالنظر في جميع العقود الإدارية ، وبالتالي ضرورة إخضاع العقود لنظام القانون العام وقواعده ، وإنشاء محاكم إدارية مستقلة ، على أن تعلو هذه المحاكم دائرة نقض إدارية .

- نوصي المشرع الليبي - كما سار المشرع المصري - بإصدار قانون ترافقه لائحة تنفيذية ينظم فيها جميع أنواع العقود الإدارية بوضوح ، من حيث أحكام إبرامها وتنفيذها وآثارها الخارجة عن إرادة المتعاقدين ، وأن يتم تقنين نصوص قانونية ولائحية تحدد التزامات الإدارة ، وحقوق المتعاقد معها في ظروف تنفيذ العقد العادية والظروف الاستثنائية كالظروف الطارئة ، وأن يتم تحديد اختصاصات رقابة القضاء الإداري فيها ، وأن يوضح فيه اختصاصات جهاز التفتيش والرقابة الشعبية من ناحية العقود الإدارية . وبالتالي سيتم جمع شتات أحكام العقود الإدارية في قانون واحد ، حتى يسهل أمام المتعاقدين مع الإدارة الرجوع إلى القانون ومعرفة ما عليهم من التزامات وما لهم من حقوق . ذلك لِمَ تحمله العقود الإدارية من مساس بالمصلحة العامة والمرافق العامة وحقوق المتعاقد .

- نقترح ضرورة تقنين القانون الليبي ، للمبادئ والأحكام المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة ، نظـرا لحداثتها وقلة الأحكام فيها ، حتى يكون هذا التقنين حاسما للخلافـات والمنازعـات الإداريـة بـشأنها وبالتالي نوصي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة سواء في العقود الإدارية أو العقود المدنية فـي كـل زمان ومكان لارتباطها بالنظام العام .

(تمت بحمد الله وتوفيقه)

وخـــتاما

وفي نهاية هذا البحث ... استميح كل ناظر في بحثي هذا العذر ، لِمَ عساه أن يبدو له فيه قصور أو تقصير ، فحسبي أني أعملت قلمي وبذلت جهدي وغايتي وأجهدت طاقتي لإصابة الحق المنشود ... فالكمال لله وحده هو نعم المولى ونعم النصير .

قـــائمة المراجـــع

أولا : - القرآن الكريم :

ثانيا : - المعاجم اللغوية :

1 - لسان العرب ، جمال الدين بن منظور ، دار صادر ، بيروت ، المجلد الثالث .

2 - المعجم الوسيط ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، 1995 ف .

3 - مختار الصحاح ، الإمام محمد بن عبد القادر الرازي ، دار القلم ، بدون بيانات نشر .

ثالثا : - المراجع العامة :

1 - د . إبراهيم عبد العزيز شيحا ، القانون الإداري ، الدار الجامعية ، 1994 ف .

2 - د . إبراهيم محمد علي ، آثار العقود الإدارية وفقا للقانون رقم (89) لسنة 1998 ف ، بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 2003 ف .

3 - د . أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1973 ف .

4 - د . أحمد سلامة بدر ، العقود الإدارية وعقود البوت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 .

5 - د . أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه والقضاء المصري والفرنسي ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2006 ف .

6 - د . أنس جعفر ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الرابعة ، 2007 ف .

7 - المستشار أنور طلبة ، انحلال العقود ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2004 ف .

8 - د . السيد محمد مدني ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1964 - 1965 ف.

9 - د . إعاد حمود القيسي ، الوجيز في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الأوائل ، الطبعة الأولى ، 1998 ف .

10 - د . بكر القباني ، القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر .

11 - د . توفيق شحاتة ، مبادئ القانون الإداري ، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 1955 ف .

12 - د . جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، 2004 ف .

13 – د . جمال عباس عثمان ، النظرية العامة وتطبيقاتها في مجال إلغاء العقود الإدارية ، المكتب العربي الحديث ، الإسكندرية ، 2007 ف .

14 – د . حمدي ياسين عكاشة ، العقود الإدارية في التطبيق العملي ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1998 ف .

15 – د . حسان عبد السميع هاشم ، الجزاءات المالية في العقود الإدارية ، دار النهضة العربية القاهرة ، 2002 ف .

16 – د . خالد خليل الظاهر ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الكتاب الثاني ، الطبعة الأولى دار المسيرة ، عمان ، 1997 ف .

17 – د . خالد عبد العزيز عريم ، القانون الإداري الليبي ، دار الصادر ، بيروت ، الطبعة الثانية 1971 ف .

18 – د . خميس السيد إسماعيل ، الأصول العامة والتطبيقات العملية للعقود الإدارية والتعويضات مع القواعد القانونية وأحكام المحكمة العليا ، بدون دار نشر ، الطبعة الأولى ، 1994 ف .

19 – د . خميس السيد إسماعيل ، العقود الإدارية والتعويضات طبقا لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم (89) لسنة 1998 ف ، دار محمود للنشر والتوزيع ، 2003 – 2004 ف .

20 – د . سامي جمال الدين ، اللوائح الإدارية وضمانة الرقابة الإدارية ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1982 ف .

21 – د . سعيد السيد علي ، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية . دراسة مقارنة ، دار أبو المجد ، 2005 ف .

22 – د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، 1957 ف .

23 – د . سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دار الفكر الجامعي 2005 ف .

24 – د . سليمان محمد الطماوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، مطبعة عين شمس ، 1989 ف .

25 – د . سعاد الشرقاوي ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

26 – د . شاب توما منصور ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الأول ، منشورات جامعة بغداد ، 1971 ف .

27 – د . صبيح بشير مسكوني ، مبادئ القانون الإداري الليبي ، الطبعة الثانية ، الشركة العامة للطبع والتوزيع والإعلان ، بنغازي ، بدون سنة نشر .

28 – د . صبيح بشير مسكوني ، القضاء الإداري في الجمهورية العربية الليبية ، دراسة مقارنة منشورات جامعة قار يونس ، بنغازي ، 1974 ف .

29 – د . طعيمه الجرف ، القانون الإداري ، دراسة مقارنة في تنظيم ونشاط الإدارة العامة ، مكتبة القاهرة الحديثة ، القاهرة ، 1973 ف .

30 – د . عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء القضاء والفقه والتشريع ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2003 ف .

31 – د . عبد الرزّاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، دار إحياء التراث العربي ، بدون سنة نشر .

32 – د . عبد السلام على المز وغي ، النظرية العامة لعلم القانون ، الكتاب الثالث ، الجزء الثاني الطبعة الأولى ، 1993 ف .

33 – د . عبد السلام الترمانيني ، نظرية الظروف الطارئة ، دار الفكر العربي ، 1971 ف .

34 – د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، منشأة المعارف ، الإسكندرية 2004 ف .

35 – د . عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية والقرارات الإدارية ، دار الفكر العربي ، الإسكندرية ، 2007 ف .

36 – د . عبد الحميد الشواربي ، العقود الإدارية في ضوء الفقه والقضاء ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2003 ف .

37 – د . عبد العليم عبد المجيد مشرف ، الوجيز في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، 2001 – 2002 ف .

38 – د . عبد المنعم فرج الصده ، نظرية العقد الإداري في قوانين البلاد العربية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1974 ف .

39 – د . عبد الغني بسيوني عبد الله ، النظرية العامة في القانون الإداري ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2003 ف .

40 – د . عبد المجيد فياض ، نظرية الجزاءات في العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الأولى دار الفكر العربي ، 1975 ف .

41 – د . عبد العظيم عبد السلام عبد الحميد ، أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري ، دار الولاء للطبع والتوزيع ، 1989 ف .

42 – د . عزيزة الشريف ، دراسات في العقد الإداري ، دار النهضة العربية ، 1981 ف .

43 – د . عادل عبد الرحمن خليل ، العقود الإدارية آثارها وتنفيذها ، دار الثقافة الجامعية ، 1999 ف .

44 – د . علي خطار شطناوي ، الوجيز في القانون الإداري ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى ، 2003 ف .

45 – د . عمرو فؤاد أحمد بركات ، مبادئ القانون الإداري ، بدون دار نشر ، 1985 ف .

46 – د . ماهر صالح علاوي الجبوري ، مبادئ القانون الإداري ، بدون بيانات نشر .

47 – د . محسن خليل ، القضاء الإداري ورقابته لأعمال الإدارة ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1968 ف .

48 – د . مازن ليلو راضي ، القانون الإداري الليبي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية 2005 ف .

49 – د . مازن ليلو راضي ، العقود الإدارية في القانون الليبي والمقارن ، مطبعة الوثيقة الخضراء للطباعة والنشر ، البيضاء ، بدون سنة نشر .

50 – د . ماجد راغب الحلو ، العقود الإدارية دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2007 ف .

51 – د . محمد بكر حسين ، الوسيط في القانون الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي الإسكندرية ، 2006 ف .

52 – د . محمد حلمي ، العقد الإداري دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، 1977 ف .

53 – د . محمد سعيد حسين أمين ، فكرة العقود الإدارية وأحكام إبرامها ، جامعة عين شمس ، دار الثقافة الجامعية ، 1994 ف .

54 – د . محمد سعيد حسين أمين ، مبادئ القانون الإداري ، دار الثقافة الجامعية ، جامعة عين شمس 1997 ف .

55 – د . محمد السناري ، الضوابط القانونية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

56 – د . محمد عبد العال السناري ، وسائل التعاقد الإداري وحقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، بدون سنة نشر .

57 – د . محمد عبد الله الحراري ، أصول القانون الإداري الليبي ، الجزء الثاني ، وسائل مباشرة الإدارة الشعبية لوظائفها ، منشورات جامعة الفاتح ، طرابلس ، 1995 ف .

58 – د . محمد عبد الله الحراري ، الرقابة على أعمال الإدارة في القانون الليبي ، منشورات جامعة الفاتح ، طرابلس ، 1999 ف .

59 – د . محمد عبد الواحد الجميلي ، ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القانون الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1995 ف .

60 – د . محمد علي البدوي ، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، بدون بيانات نشر .

61 – أ . محمد عبد الرحيم عنبر ، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة ، مطبعة زهران ، القاهرة 1987 ف .

62 – د . محمد محيي الدين إبراهيم سليم ، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه المقارن ، دراسة مقارنة ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ف .

63 – د . محمد مختار عثمان ، المبادئ والأحكام القانونية للإدارة الشعبية بالجماهيرية ، بنغازي منشورات جامعة قار يونس ، 1989 ف .

64 – د . محمد فؤاد عبد الباسط ، العقد الإداري ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 ف .

65 – د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004 ف ، الكتاب الأول ، إبرام العقد الإداري طبقا للقانون رقم (89) لسنة 1998 ف ، المعدل بالقانون رقم (5) لسنة 2005 ف ، الطبعة الثانية ، دار أبو المجد ، 2003 ف .

66 – د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري حتى عام 2004 ف ، الكتاب الثاني ، تنفيذ العقد الإداري طبقا للقانون رقم (89) لسنة 1998 ف ، المعدل بالقانون رقم (5) لسنة 2005 ف ، الطبعة الثانية دار أبو المجد ، 2003 ف .

67 – د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية في قضاء وإفتاء مجلس الدولة المصري حتى عام 2004 ف ، الكتاب الثالث ، عوارض تنفيذ وإنهاء العقد الإداري وقواعد المسؤولية العقدية ، الطبعة الثانية ، دار أبو المجد ، 2003 ف .

68 – د . محمد ماهر أبو العينين ، قوانين المزايدات والمناقصات والعقود الإدارية ، ملحق الكتاب ، الفتاوى والأحكام الصادرة في خصوص العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات من سنة 1980 إلى 2004 ف ، جزء خاص بالأحكام والفتاوى غير المنشورة ، الطبعة الثانية ، دار أبو المجد ، 2003 ف.

69 – د . محمود خلف الجبوري ، النظام القانون للمناقصات العامة ، دراسة مقارنة ، بدون دار نشر 1999 ف .

70 – د . محمود حلمي ، القضاء الإداري ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، 1974 ف .

71 – د . محمود حلمي ، العقد الإداري ، دار الفكر العربي ، الطبعة الثانية ، 1977 ف .

72 – د . محمود عبد المجيد المغربي ، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية ، وآثارها القانونية، دراسة مقارنة ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، الطبعة الأولى ، 1998 ف .

73 – د . مفتاح خليفة عبد الحميد ، المعيار المميز للعقد الإداري في التشريع الليبي ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ف .

74 – د . فؤاد العطار ، القضاء الإداري ، دار النهضة العربية ، 1963 ف .

75 – د . نصر الدين بشير ، غرامة التأخير في العقد الإداري وأثرها في تسيير المرفق العام ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ، 2006 ف .

رابعا : – البحوث والمقالات :

1 – د . إبراهيم الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام ، مجلة المحامي ، إصدارات نقابة المحامين بجمهورية مصر العربية ، العدد (3) ، 2003 ف .

2 – د . أسعد الكوراني ، نظرية الحوادث الطارئة في التشريع المدني للبلاد العربية ، مجلة المحاماة بجمهورية مصر العربية ، العدد (1) ، السنة (40) ، 1959 ف .

3 – د . ثروت بدوي ، المعيار المميز للعقد الإداري ، مجلة القانون والاقتصاد بجمهورية مصر العربية ، العددان (1 – 2) ، السنة (27) ، 1957 ف .

4 – د . حامد زكي ، عقد التوريد وتغير الظروف الفجائي ، مجلة القانون والاقتصاد بجمهورية مصر العربية ، السنة (2) ، العدد (1) ، 1932 ف .

5 – د . سالم إرجيعة الزوبي ، نظرية الجوائح بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مجلة الدراسات القانونية ، المجلد (14) ، السنة (15) ، منشورات جامعة قار يونس ، 1996 ف .

6 – أ . عادل علوية ، نظرية الحوادث الطارئة ، مجلة المحاماة بجمهورية مصر العربية ، السنة (40) ، العدد (1– 2) ، 1959 ف .

7 – د . عبد الحميد بدوي ، مراجعة الأثمان عند تغير الظروف الاقتصادية العامة ، مجلة العلوم الإدارية بجمهورية مصر العربية ، الشعبة المصرية للمعهد الدولي للعلوم الإدارية ، القاهرة ، بدون سنة نشر .

8 – د . عبد الرزاق أحمد السنهوري ، تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعي ، منشور بمجلة المحاماة بجمهورية مصر العربية ، السنة (41) ، العدد (1) ، 1959 ف .

9 – د . عمر السيوي ، العقد الإداري والقوة القاهرة ، بحث منشور بمجلة الدراسات القانونية ، المجلد (13) ، السنة (14) ، 1994 ف .

10 – د . محمد عبد الجواد ، الغبن اللاحق والظروف الطارئة في القانونين المصري والفرنسي مجلة القانون والاقتصاد بجمهورية مصر العربية ، السنة (33) ، العددان (2 – 4) 1963 ف .

11 – أ . محمود رضا أبو قمر ، نحو مفهوم جديد لنظرية الظروف الطارئة ، مجلة المحاماة بجمهورية مصر العربية ، العددان (9 – 10) ، السنة (71) ، 1991 ف .

ثالثا : – الرسائل العلمية :

أ – رسائل الدكتوراه :

1 – إبراهيم السوقي عبد اللطيف الشهاوي ، عقد امتياز المرفق العام ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، غير منشوره ، 2002 ف .

2 – ثوريه لعيوني ، معيار العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 1987 ف .

3 – حسب الرسول الشيخ الفزاري ، أثر تغير الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن ، رسالة دكتوراه ، 1979 ف .

4 – حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي ، آثار عقد التزام المرافق العامة ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، منشورة ، جامعة القاهرة ، 2001 ف .

5 – حسني محمد جاد العرب ، التعويض الاتفاقي عن عدم تنفيذ الالتزام أو التأخر فيه ، دراسة مقارنه كلية الشريعة والقانون ، جامعة الأزهر ، القاهرة ، 2007 ف .

6 – حمد محمد حمد الشلماني ، امتيازات السلطة العامة في العقد الإداري في التشريع الليبي رسالة دكتوراه ، منشورة ، دار المطبوعات الجامعية ، 2007 ف .

7 – رشوان حسن رشوان أحمد ، أثر الظروف الاقتصادية على القوه الملزمة للعقد ، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة ، 1994 ف .

8 – محمد سعيد حسين أمين ، الأسس العامة للالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 1983 ف .

9 – مطيع علي حمود جبير ، العقد الإداري بين التشريع والقضاء في اليمن ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 2006 ف .

10 – مازن ليلو راضي ، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري ، رسالة دكتوراه جامعة بغداد ، منشورات دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ف .

11 – مفتاح خليفة عبد الحميد ، إنهاء العقد الإداري في التشريع الليبي ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، منشورات دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2007 ف .

12 – علي محمد عبد المولى ، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، القاهرة ، 1991 ف .

ب – رسائل الماجستير :

1 – الهادي السعيد عرفة حسب النبي ، أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين وخلفهما في الشريعة الإسلامية والقانون المدني ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، جامعة الأزهر ، 1979 ف .

2 – حمد مفتاح صالح النويلي ، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري بين النظرية والتطبيق ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، أكاديمية الدراسات العليا ، بنغازي ، 2006 ف .

3 – حمدي محمد إسماعيل سلطح ، القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة في العقود المدنية ، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير ، الطبعة الأولى ، منشورات دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2007 ف .

4 – خالد محمد أمحمد الزنتاني ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، غير منشورة ، أكاديمية الدراسات العليا ، بنغازي ، 2005 ف .

5 – محمد عبد القادر أبو ليفه ، النظام القانوني للمرافق العامة في ليبيا ، دراسة تحليلية مقارنة منشورات مجلس تنمية الإبداع الثقافي ، الجماهيرية ، الطبعة الأولى ، 2004 ف .

6 – مفتاح خليفة عبد الحميد ، المعيار المميز للعقد الإداري في القانون الليبي ، رسالة ماجستير أكاديمية الدراسات العليا ، بنغازي ، 2002 ف .

7 – مفتاح علي الشيباني ، مبدأ اللجوء للتحكيم في فض المنازعات الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ،غير منشورة ، جامعة الدول العربية ، معهد البحوث والدراسات العربية ، 2006 ف .

8 – نصر الدين مصطفى الكاسح ، سلطة الإدارة في تعديل وإنهاء العقد الإداري ، دراسة مقارنة غير منشورة ، جامعة التحدي ، 2007 – 2008 ف .

خامسا : – التشريعات واللوائح الصادرة بقرارات :

1 – القانون رقم (1) بشأن نظام عمل المؤتمرات الشعبية واللجان الشعبية ، منشور بمدونة التشريعات ، العدد (1) ، السنة (7) ، 1375 و. ر الموافق 2007 ف .

2 – القانون رقم (2) بشأن تنظيم التفتيش والرقابة الشعبية ، منشور بمدونة التشريعات ، العدد (1) السنة (7) ، 1375 و. ر الموافق 2007 ف . ولائحته التنفيذية رقم (131) لسنة 1376 و. ر الموافق 2008 ف ، غير منشورة .

3 – القانون رقم (88) بشأن القضاء الإداري ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد (59) ، السنة 1971 ف .

4 – القانون المدني ، الصادر بالجريدة الرسمية ، بتاريخ 20 – 2 – 1954 ف .

5 – القانون إنشاء المحكمة العليا لسنة 1953 ف ، وتعديلاته بالقانون رقم (53) لسنة 1973 ف والقانون رقم (6) لسنة 1982 ف .

6 – القانون رقم (89) لتنظيم المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية ، بجمهورية مصر العربية منشور بالجريدة الرسمية ، العدد (19 مكرر) ، بتاريخ 8 – 5 – 1998 ف .

7 – القانون رقم (5) المعدل للقانون رقم (89) لتنظيم المناقصات والمزايدات بجمهورية مصر العربية ، منشور بالجريدة الرسمية ، العدد (9 مكرر) ، بتاريخ 8 – 3 – 2005 ف .

8 – لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (813) لسنة 1994 ف (ملغاة) ، منشورة بالجريدة الرسمية ، العدد (3) ، السنة (33) .

9 – لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (8) لسنة 2004 ف غير منشورة ، (ملغاة) .

10 – لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (132) ، لسنة 2005 ف غير منشورة ، (ملغاة) .

11 – لائحة العقود الإدارية الصادرة بقرار اللجنة الشعبية العامة رقم (563) المعمول بها حاليا ، منشورة بمدونة الإجراءات ، العدد (9) ، السنة (7) ، لسنة 1375 و. ر الموافق 2007 ف .

سابعا : – الدوريات :

1 – مجلة المحامي ، بجمهورية مصر العربية .
– السنة (40) ، العدد (1) ، 1959 ف .

2 – مجلة المحامي ، تصدرها نقابة المحامين بالجماهيرية الليبية .
– السنة (7) ، العددان (25– 2) ، 1989 ف .

3 – مجلة القانون والاقتصاد ، بجمهورية مصر العربية .
– السنة (2) ، العدد (1) ، 1932 ف .
– السنة (27) ، العددان (1– 2) ، 1958 ف .
– السنة (33) ، العدد (2) ، 1963 ف .

4 – مجلة الدراسات القانونية ، الصادرة عن كلية القانون بجامعة قار يونس ، بنغازي ، الجماهيرية الليبية .
– المجلد (13) ، السنة (14) ، 1994 ف .
– المجلد (14) ، السنة (15) ، 1994 ف .

5 – مجلة المحكمة العليا ، يصدرها المكتب الفني بالمحكمة العليا ، طرابلس .
– السنة (8) ، العدد (1) ، 1970 ف .
– السنة (10) ، العدد (3) ، 1974 ف .
– السنة (11) ، العدد (3) ، 1975 ف .
– السنة (2) ، العدد (4) ، 1978 ف .
– السنة (14) ، العدد (3) ، 1978 ف .
– السنة (15) ، العدد (3) ، 1978 ف .
– السنة (16) ، العدد (1) ، 1980 ف .
– السنة (17) ، العدد (1) ، 1980 ف .
– السنة (16) ، العدد (3) ، 1981 ف .
– السنة (20) ، العدد (4) ، 1983 ف .
– السنة (21) ، العدد (1) ، 1983 ف .

- السنة (22) ، العدد (3– 4) ، 1985 .
- السنة (28) ، العددان (3– 4) ، 1993 ف .
- السنة (30) ، العدد (1) ، 1994 ف .

5 – مدونة التشريعات (الليبية) .
- العدد (1) ، السنة (7) ، 2007 ف .

6 – مدونة الإجراءات (الليبية) .
- العدد (9) ، السنة (7) ، 2007 ف .

7 – الجريدة الرسمية المصرية :
- العدد (19 مكرر) ، لسنة 1998 ف .
- العدد (9 مكرر) ، لسنة 2005 ف .

ثامنا : – الموسوعات القانونية :

1 – عمر عمرو ، المجموعة المفهرسة ، للمحكمة العليا بالجمهورية العربية الليبية في عشر سنوات 1964 إلى 1974 ف ، الجزء الأول ، دار مكتبة النور ، طرابلس ، بدون سنة نشر .

2 – د . محمد صالح الصغير ، موسوعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا في الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية العظمى ، المجموعة الثانية ، 1979 ف – 1984 ف ، الجزء الأول والثاني ، المبادئ الشرعية والدستورية والإدارية ، المكتب الوطني للبحث والتطوير ، الطبعة الأولى ، 2006 ف .

تاسعا : – القرارات الإدارية :

1 – قرار أمانة اللجنة الشعبية العامة ، رقم (73) لسنة 1371 و . ر الموافق 2003 ف ، بالإذن في التعاقد لعقد المقاولات والأشغال العامة بشأن إنشاء وصيانة موانئ ومرافئ الصيد البحري لشعبية سرت .

عاشراً : – أحكام غير منشورة :

1 – طعن مدني رقم (582) ، لسنة (46) قضائية ، سنة وعدد المجلة غير منشورة .

2 – طعن اداري رقم (19) ، لسنة (48) قضائية ، سنة وعدد المجلة غير منشورة .

3 – طعن ادري رقم (34) ، لسنة (42) قضائية ، 1998 ف ، سنة وعدد المجلة غير منشورة .

4 – حكم محكمة استئناف طرابلس ، دائرة القضاء الإداري ، بجلسة 20 – 2 – 1977 ف ، في الدعوى الإدارية ، رقم (5) المقامة من شركة (س س س) ضد وزارة الإسكان والمرافق ، غير منشورة .

الـــفـــهـــرس

المقدمة 5

فصل تمهيدي : ماهية العقود الإدارية وآثارها بالنسبة للمتعاقدين 10

المبحث الأول : تعريف العقود الإدارية ونشأتها وأنواعها 12

المطلب الأول : تعريف العقود الإدارية ومعايير تمييزها 12

أولا : تعريف العقد في اللغة والاصطلاح 12

ثانيا : تعريف العقد الإداري في القانون العام 13

ثالثا : معايير تمييز العقد الإداري 14

المعيار الأول : أن يكون أحد طرفي العقد شخصا اداريا عاما 14

المعيار الثاني : أن يتعلق العقد الإداري بتسيير مرفق عام 16

المعيار الثالث : إتباع الإدارة أسلوب القانون العام 18

مفهوم الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية 19

المطلب الثاني : نشأة العقود الإدارية وأنواعها 22

الفرع الأول : نشأة العقود الإدارية 22

أولا : نشأة العقود الإدارية في فرنسا 22

ثانيا : نشأة العقود الإدارية في مصر 24

ثالثا : نشأة العقود الإدارية في ليبيا 25

1 – نشأة العقود الإدارية قبل صدور القانون رقم (88) لسنة 1971 ف 25

2 – نشأة العقود الإدارية بعد صدور القانون رقم (88) لسنة 1971 ف 26

الفرع الثاني : أنواع العقود الإدارية 27

أولا : أنواع العقود الإدارية في القانون الفرنسي 27

ثانيا : أنواع العقود الإدارية في القانون المصري 27

ثالثا : أنواع العقود الإدارية في ليبيا 28

المبحث الثاني : آثار تنفيذ العقود الإدارية بالنسبة للمتعاقدين 31

المطلب الأول : سلطات الإدارة في مواجهة العقود الإدارية 31

أولا : سلطة الإدارة في الإشراف والتوجيه والرقابة 31

ثانيا : سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد بإرادتها المنفردة 32

ثالثا : سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها 35

رابعا : سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بإرادتها المنفردة 37
المطلب الثاني : التزامات وحقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة 40
الفرع الأول : التزامات المتعاقد مع الإدارة تجاه العقد الإداري 41
الفرع الثاني : حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة 43
أولا : حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي 43
ثانيا : حق المتعاقد في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري 44
الفصل الأول : نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري 46
المبحث الأول : ماهية نظرية الظروف الطارئة 48
المطلب الأول : تعريف نظرية الظروف الطارئة وتمييزها عن غيرها 48
الفرع الأول : تعريف نظرية الظروف الطارئة 49
الفرع الثاني : تمييز نظرية الظروف الطارئة عن غيرها من النظريات المشابهة 53
أولا : تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية التوازن المالي للعقد 53
ثانيا : تمييز نظرية الظروف الطارئة عن فعل الأمير والصعوبات المادية 56
ثالثا : تمييز نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة 59
رابعا : نظرية الظروف الطارئة والغبن اللاحق والاستغلال وعقود الإذعان 61
خامسا : نظرية الظروف الطارئة في عقود القانون الخاص 63
سادسا : نظرية الظروف الطارئة بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي 64
المطلب الثاني : نشأة نظرية الظروف الطارئة 66
الفرع الأول : نشأة الظروف الطارئة في القانون القديم 67
أولا : نشأة الظروف الطارئة في القانون الروماني 67
ثانيا : نشأة الظروف الطارئة في القانون الكنسي 68
الفرع الثاني : نشأة الظروف الطارئة في القانون الفرنسي..... 69
أولا : نشأة الظروف الطارئة في القانون المدني القديم 69
ثانيا : نشأة الظروف الطارئة في القانون الفرنسي الحديث 71
1 – موقف القضاء المدني الفرنسي 71
2 – موقف القضاء الإداري الفرنسي 71
الفرع الثالث : نشأة الظروف الطارئة في القانون المصري 74
أولا : وضع نظرية الظروف الطارئة قبل إنشاء القضاء الإداري 74
ثانيا : وضع نظرية الظروف الطارئة بعد إنشاء القضاء الإداري 76
ثالثا : تطبيق القانون المصري لنظرية الظروف الطارئة 77

الفرع الرابع : نشأة نظرية الظروف الطارئة في القانون الليبي 80
أولا : نشأة الظروف الطارئة بين القانون المدني والقانون الإداري 80
ثانيا : نشأة نظرية الظروف الطارئة في لوائح العقود الإدارية 81
المطلب الثالث : مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة 86
أولا : نظرية الظروف الطارئة والعقود الفورية 87
ثانيا : نظرية الظروف الطارئة والعقود غير المتصلة بنشاط صناعي أو تجاري 87
ثالثا : نظرية الظروف الطارئة وقانون الإصلاح الزراعي 88
المبحث الثاني : شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة 89
المطلب الأول : أن يحدث ظرف طارئ استثنائي عام وبدون تدخل المتعاقدين 90
أولا : طبيعة الظرف الطارئ 90
ثانيا : علاقة الظرف الطارئ بإرادة المتعاقدين 91
ثالثا : كون الظرف الطارئ استثنائيا عاما 92
1 - تطبيقات الحرب كظرف طارئ 94
2 - تطبيقات تقلبات الأسعار في العقود الإدارية 95
3 - الإجراءات الصادرة عن السلطات العامة 96
المطلب الثاني : أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه 100
المطلب الثالث : إرهاق المتعاقد في تنفيذ العقد وليس استحالة التنفيذ 105
ماهية شرط الإرهاق 105
الفصل الثاني : آثار نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية 108
المبحث الأول : آثار التزامات المتعاقد مع الإدارة 110
المطلب الأول : استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري 111
أولا : التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد الإداري 111
ثانيا : أثر فكرة المرفق العام على التزامات المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ 112
المطلب الثاني : الطابع المؤقت لتعويض المتعاقد مع الإدارة 114
أولا : فكرة القوة القاهرة بمفهومها الإداري 114
ثانيا : معاونة الإدارة للمتعاقد معها تنتهي بانتهاء الظرف الطارئ 115
المطلب الثالث : أساس تعويض المتعاقد وفقا لنظرية الظروف الطارئة 118
الفرع الأول : فكرة النية المشتركة لأطراف العقد الإداري 119
الفرع الثاني : فكرة التوازن المالي للعقد الإداري 120
الفرع الثالث : فكرة العدالة 121

الفرع الرابع : مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد 121
الفرع الخامس : طبيعة العقد الإداري واتصاله بالمرفق العام 123
الفرع السادس : سير المرفق العام بانتظام واطراد وفقا لقواعد العدالة 124
المبحث الثاني : آثار التزامات الإدارة تجاه المتعاقد 126
المطلب الأول : تحديد التعويض ومداه في نطاق نظرية الظروف الطارئة 127
الفرع الأول : القواعد العامة في تقدير التعويض استنادا للظروف الطارئة 127
أولا : تحديد بداية حدوث الظروف الطارئة ونهايتها 127
ثانيا : تحديد الخسارة والنفقات غير العقدية التي لحقت بالمتعاقد 130
ثالثا : توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة 131
الفرع الثاني : دور القاضي وسلطاته في مواجهة الظروف الطارئة 134
أولا : دور القاضي المدني في إعادة التوازن المالي للعقد المدني 134
ثانيا : دور القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة 135
المطلب الثاني : أوضاع المطالبة بالتعويض المؤقت استنادا للظروف الطارئة 139
أولا : أثر تنازل المتعاقد الأصلي عن العقد الإداري في المطالبة بالتعويض 140
1 – في حالة موافقة الإدارة عن التنازل في العقود الإدارية 140
2 – في حالة عدم موافقة الإدارة عن التنازل في العقود الإدارية 143
3 – حالة موت المتعاقد وتأثيرها على الاستمرار في تنفيذ العقود الإدارية 143
ثانيا : إمكانية تمسك جهة الإدارة في طلب التعويض عن الظروف الطارئة 145
ثالثا : تحديد ضوابط ميعاد المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة 145
المطلب الثالث : حدود التنظيم الاتفاقي بين المتعاقدين لمواجهة الظروف الطارئة 148
أولا : – الشروط التي تؤدي إلى إعفاء الإدارة من المسؤولية عن الظروف الطارئة..... 148
ثانيا : – الشروط الخاصة بإعادة النظر في المقابل المالي على ضوء تغيير الظروف 149
ثالثا : – استمرار الظرف الطارئ يبيح للمتعاقد طلب فسخ العقد الإداري 149
رابعا : – الشروط اللاحقة على إبرام العقد الإداري لمواجهة الظروف الطارئة 151
خامسا : – الشروط التي ينظمها المتعاقدين لتنظيم آثار الظروف الطارئة..... 151
الخاتمة 154
قائمة المراجع 160
الفهرس 171

ملخص الرسالة

خصصت هذه الرسالة لدراسة موضوع الظروف الطارئة وتأثيرها على تنفيذ العقود الإدارية لِمَ لهذا الموضوع من مساس بالمصلحة العامة ، التي تتمثل في إشباع الحاجات العامة بحكم اتصال تلك العقود بالمرافق العامة ، لذا وجب أن تسير هذه المرافق بانتظام واطراد ، مهما واجهتها من ظروف طارئة ، تؤثر على إمكانية استمرار تنفيذ العقد الإداري ، للغرض الذي خصص من أجله . ومن هنا تلتقي الإرادات المرتبطة بطبيعة العقد الإداري ، التي تحقق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع السلطة العامة ، وبين الحقوق التي ينتفع بها ، انطلاقا من أن نصوص العقد تؤلف في مجموعها كلا لا يتجزأ ، من مقتضاه التلازم بين مصالح الطرفين المتعاقدين .

إذ ليس من العدل ولا الإنصاف ولا الالتزام بمبدئي الثقة وحسن النية في التنفيذ ترك المتعاقد بإمكانياته المتواضعة – مقارنة بقدرات الدولة ومقدراتها – فريسة لتلك الأعباء والالتزامات ، من خلال تعطيل المرافق العامة ، وعدم اكتمال تنفيذ المشاريع المتعاقد على إنشاءها ، الأمر الذي يترك أثراً سلبيا على إمكانية إقبال الأفراد للتعاقد مع جهة الإدارة كربط التعاقد بينهما بعقود مقاولات الأشغال العامة والتوريد والالتزام وغيرها . وفي محاولتنا لدراسة موضوع البحث أدناه ، قسمناه إلى فصلين يرافقهما فصل تمهيدي ، وذلك كالآتي :

فصل تمهيدي : تناولنا فيه بصورة عامة العقود الإدارية وآثارها بالنسبة للمتعاقدين فتعرضنا لتعريفها ومعايير تمييزها ونشأتها واختلاف أنواعها ، وعلاقة الترابط التي تنتجها مختلف العقود الإدارية بين السلطة العامة – جهة الإدارة – والمتعاقد معها ، كل ذلك درسناه في مبحثين ، قسمنا كل مبحث فيه لمطلبين ، فتناولنا في المبحث الأول تعريف العقود الإدارية ونشأتها وأنواعها ، وخصصنا لمطلبه الأول تعريف العقود الإدارية ومعايير تمييزها فوجدنا أن هذه الأخيرة هي التي تميزها عن العقود المدنية ، التي تتساوى فيها المراكز القانونية بخلاف العقود الإدارية التي تتميز فيها السلطة العامة ، لتتفرد بشروط استثنائية يحكمها القانون العام والقضاء الإداري . ثم تناولت دراستنا في المطلب الثاني نشأة العقود الإدارية وأنواعها الذي قسمناه إلى فرعين يتحدث الفرع الأول عن نشأة العقود الإدارية والثاني عن أنواعها ، في إطار مقارن للقانونين الفرنسي والمصري ، تباعا بالقانون الليبي فدرسنا بإيجاز تلك النشأة والأنواع ، واستنتجنا أن هناك عقودا نص عليها القانون ، وعقودا إدارية وفقا لطبيعتها ، وتختلف تلك الأنواع من دولة إلى أخرى ، فحاولنا فيها قدر الإمكان استيفاء المعلومة .

وخصّصنا للمبحث الثاني ، آثار تنفيذ العقود الإدارية بالنسبة للمتعاقدين فأتضح لنا من خلال الدراسة ، في المطلب الأول سلطات الإدارة في مواجهة العقود الإدارية ، وعرفنا أن السلطة الاستثنائية لجهة الإدارة مقيدة بحدود القوانين التي تحكمها ، واحترامها لمبدأ المشروعية ، وبالتالي تخضع لمجموعة من القواعد القانونية المتميزة عن قواعد القانون المدني . ودرسنا في الفرع الثاني حقوق المتعاقد في مواجهة الإدارة ، فأتضح لنا أن التزامات المتعاقد تجاه الإدارة ، يقابلها حقه في الحصول على المقابل المالي عند تنفيذه للعقد المتفق عليه ، وحقه في الحصول على التعويض حين حدوث إحدى نظريات التوازن المالي للعقد فخصصنا منها الظروف الطارئة لدراستها . وبذلك مهّد لنا ما درسناه في الفصل التمهيدي تيسير الدخول في نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري ، التي كانت عنوانا لفصلنا الأول ، فخصصنا فيه مبحثين ، لكل مبحث ثلاثة مطالب ، فدرسنا في المبحث الأول ماهية نظرية الظروف الطارئة ، فوضّحنا تعريفها في الفرع الأول ، وميزّنا بينها وبين عدة نظريات ونظم قانونية أخرى كالقوة القاهرة والصعوبات المادية في الفرع الثاني ، فعرفنا أنها تتميز عن جميع النظريات والنظم التي ذكرناها والتي لم نذكرها ، لأن الضرر الذي تسببه هذه النظرية يكون أكثر اتساعا عن جميع تلك النظريات .

ودرسنا في المطلب الثاني نشأة الظروف الطارئة ، فارتأينا أن نقسمه إلى أربعة فروع وتركنا المجال للقانون القديم في الفرع الأول ، فاخترنا منه القانون الروماني والقانون الكنسي ووجدنا أن القوانين القديمة تمسكت بعدة قواعد ومذاهب ، وفقا للأخلاق والمبادئ التي سارت عليها تلك القوانين ، ثم تدرجنا إلى الفرع الثاني فدرسنا فيه نشأة الظروف الطارئة في القانون الفرنسي ، الذي كان أصل نشأتها القضائية في العقود الإدارية ، وانطلقنا للفرع الثالث فبحثنا فيه نشأة النظرية في القانون المصري ، فعرفنا أنه اتخذ من قانون المناقصات والمزايدات مجالا لعقوده الإدارية لينظم منازعاتها بشكل قانوني حازم ، ثم انتقلنا إلى فرعنا الخاص بليبيا فعرفنا مدى ثنائية القضائين المدني والإداري في نظر منازعات الظروف الطارئة . وعرفنا في المطلب الثالث مجال تطبيق الظروف الطارئة ، فأتضح لنا أن مجالها في قانوننا المقارن يوحي بانطباق النظرية على جميع العقود الإدارية ، إلا أننا وجدنا اختلاف الفقه والقضاء في أولوية انطباق النظرية على بعض العقود دون غيرها .

ثم انتقلنا إلى المبحث الثالث ، ودرسنا فيه شروط تطبيق النظرية فأتبعناه بمطالب ثلاثة اشترط علينا المطلب أن يحدث ظرف استثنائي عام وبدون تدخل المتعاقدين ، فرأينا طبيعة ذلك الظرف وعلاقته بالمتعاقدين في كونه استثنائيا لا يقع إلا نادرا بحيث يشمل طائفة

من الناس وليس مقصورا على المتعاقد . ثم انتقلنا لنتدرج في عتبات بحثنا إلى المطلب الثاني الذي اشترط أيضا ، أن يكون الظرف الطارئ غير متوقعا ولا يمكن دفعه فاكتشفنا فعلا أنه لا يدخل في حسبان المتعاقد ضمنيا حينما أبرم العقد . وتتبعنا في المطلب الثالث إرهاق المتعاقد في تنفيذ العقد وليس استحالة التنفيذ ، فعرفنا مدى قيمة شرط الإرهاق كسبب في تطبيق النظرية . وأخيرا في فصلنا الثاني ، ارتأت دراستنا أن تخصصه إلى مبحثين فكان للمبحث الأول نصيب دراسة آثار التزامات المتعاقد مع الإدارة استنادا للظروف الطارئة ، ودرسنا في مطلبه الأول استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري فعرفنا أنه لكي يتحصل على تعويضه ، عليه أن يستمر في التنفيذ مهما أرهقت الظروف كاهله ، ثم بحثنا عن الطابع المؤقت لتعويض المتعاقد مع الإدارة ، فوجدنا أنه يجب أن يكون عنوانا لمطلبنا الثاني ورأينا فيه أن الظروف الطارئة تستهدف مواجهة عقبات مؤقتة ، يجب أن يكون مصيرها إلى الزوال . أما إذا استمرت فتتحول إلى قوة قاهرة إدارية ، يتمكن بموجبها المتعاقد طلب فسخ العقد من القضاء . لأن مشاركة الإدارة للمتعاقد هي معاونة مؤقتة وليست دائمة تنفيذا لشروط تطبيقها .

وبحثنا في مطلبنا الثالث عن أساس تعويض المتعاقد في نظرية بحثنا ، ورأينا مدى اختلاف الفقه والقضاء في الأخذ بتلك الأسس ، التي رأينا أن نعطيها حقها في الدراسة حتى نتعرف على الأساس الذي يُعوّض ذلك المتعاقد ، فحمّلنا مطلبنا ستة فروع ، فأتخذ الفرع الأول عنوان فكرة النية المشتركة لأطراف العقد ، وتوقفنا عند التوازن المالي للعقد ، ثم انتقلنا بعدها إلى فكرة العدالة ثم درسنا مبدأ سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، وتدرجنا إلى طبيعة العقد الإداري واتصاله بالمرفق العام وختمنا هذا المطلب بضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، ولكن ليس لوحدها وإنما ترافقها فكرة العدالة في الفرع السادس ، وارتأينا أن هذا الأساس يتفق من فكرنا القانوني . وبالتالي درسنا جميع تلك الأسس على التوالي كما أدرجناها آنفا .

وأخيرا انتهت دراستنا بالمبحث الثاني الذي كمّن في آثار التزامات الإدارة تجاه المتعاقد في ظل الظروف الطارئة ، والذي قسمناه إلى ثلاثة مطالب بحثنا في المطلب الأول عن تحديد التعويض المؤقت ومداه في نطاق ظروف دراستنا ، وعرفنا في فرعه الأول القواعد العامة في تقدير التعويض استنادا للظروف الطارئة ، فتأكدنا من أهمية تحديد بداية ونهاية تلك الظروف ، حتى يتمكن الطرفان من تحديد الخسارة والنفقات غير التعاقدية ، التي لحقت بالمتعاقد ، لكي يتم توزيع عبء الخسارة بين الطرفين المتعاقدين .

ثم بيّنا في الفرع الثاني من دراستنا ، دور القاضي وسلطاته في مواجهة الظروف الطارئة فعرفنا دور القضاءين المدني والإداري ، في أهمية الحكم بالتعويض حينما يعجز

الطرفان المتعاقدان ، في الوصول إلى حل اتفاقي بينهما لتحديد ذلك التعويض ، ورأينا مدى ازدواجية القضاء الليبي في نظر منازعاته ، ثم درسنا في المطلب الثاني أوضاع المطالبة بالتعويض المؤقت استنادا للظروف الطارئة ، فاكتشفنا مدى أهمية تحديد ضوابط صاحب الحق للمطالبة بالتعويض ، وتأرجح ذلك بين المتعاقد الأصلي والمتنازل له عن العقد بأكمله أو جزء منه ، سواء كان ذلك بموافقة الإدارة أو من عدمه ، ورأينا مدى أهمية التعاقد من الباطن في تسيير العقود الإدارية حين حدوث الظروف الطارئة .

وأخيرا وليس آخرا نعرف بأننا أسهبنا في دراستنا لتلك التقسيمات ، إلا أننا لم نجد من بد إلا أن نأخذها بالدراسة ، فتوقفنا أخيرا في المطلب الثالث لنعرف حدود التنظيم الاتفاقي بين المتعاقدين لمواجهة الظروف الطارئة ، وخرجنا بنتيجة هامة تكمن في حاجة الإدارة للاتفاق الودي مع المتعاقد في العقد الإداري لتسيير المرفق العام ، واكتشفنا بأن طلب التعويض عما تسببه أضرار الظروف الطارئة من خسائر مادية بالمتعاقد ، لا يكون إلا طلبا احتياطيا ، ولا يستند إليه المتعاقد إلا إذا تعنتت الإدارة عن تعويضه .

وفي الختام ، توّجنا هذه الدراسة بأهم النتائج والتوصيات المرتبطة بغاية الظروف الطارئة ، وعرفنا أنها تتعلق بالنظام العام ، فتهدف إلى تمكين المتعاقد مع السلطة العامة من التغلب على الصعوبات الناشئة عن الظرف الطارئ ، ومواصلة ضمان تنفيذ العقد تحقيقا للمصلحة العامة ، حيث تقوم الإدارة بتعويض المتعاقد معها تعويضا جزئيا ، عن طريق مشاركته في مواجهة تلك الظروف المؤقتة .

THESIS SUMMARIZE

This thesis has been specialized to study the subject Emergency circumstances and their affects on executing administrative contracts for their connection of the thesis with commonweal which represent in general needs and with great combine of these contract with public utilities to go towed and regularly , case that may face and obstacle for executing the administrative contractor boring costs with public authority and between benefits rights . Dashing from contract text compose of un dividing parts .

It is injustice or fare and good will and trust to leave alone the contractor for these obligations and burdens due to break down of public utilities and uncompleted projects that contracting with contractor which has a bad affect on people rushing to contract with administration part to bind contracting with for public works supply and obligation and others .

In our attitude to study this thesis topic I have divided it into two chapters and preliminary chapter as follow :

Preliminary chapter . in this chapter I take administrative contracts in general and their effect on contractors . To identity . measurements distinguish them and their establishment and their different kinds and relation between them .

In first requirement I specify it for identify administration contracts and their special measures I found this last one which differ from the civil contracts in which legal centers are equal and by this their differ from public authorities to be separate with exceptional conditions control by general law and administration judgment .

In the first field of research identifying the administrative contract establishment types , we have found that it differ from civil contract in public law and administrative Judgment .

In the second requirement the raising of administrative contracts types . in French and Egypt law with Libyan law . I studied in brief this establishment and types. I try as possible as to fulfill the information .

The second field focusing on administrative contracts affect on contractors . it shows in the first requirement the administration authority in contracts with administrative contracts and notice the exceptional authority to administration part restricted by control rules In the second branch I study contractor to the obligation to administration and his financial and compensation rights and then emerge in emergency conditions in administrator law this in two topics in each topic three requirements .

We study in the first topic Emergency condition theory . and the difference between with other theories in the second requirement coming out of emerge en cy condition we divided it two four branches .

The old low in the first branch . We chosed the Roman Law and church . law the second branch .

The raised of the emergency condition in the French Law the third branch in the Egyptian Law . And then in the Libyan Law .

In the third topic we study theory for applying conditions followed by three requirements due to the nature of this topic is exceptional and rarely happened .

In the second require we find that it is un expected and it cannot be driven out . and lastly in the second chapter divided in two topics , the first one contractor obligation with the admin station for exiting the administrative contract . the compensation the temporary compensation and if it continue it will be (force majeure) , the contractor may cancelled the contract .

In the third requirement we discuss the compensation bases . the topic dividend into six branches the first the common will , Justice progressing of public utilities ,

nature of the administrative contract . these basis we are closer to our thoughts for Law .

Lastly we came to the second research which concentrate in the affects of obligations of the administration with the contractor in the emergency conditions . this divided into three requires .

In the first require determination of temporary compensation . and the general rules for estimation the compensator according to emergency conditions and the importance of the starting and ending for these conditions . to enable two parties to fixed costs and expensive which was not contracted with and cause lost for contractor.

In the second branch the role of judge and has authorities in facing to the emergency conditions . we identified the civil and administrative judgments and the importance of compensations judgment in case of failing of two parts to come to agreement for determining the compensations .

We find double standard in the Libyan judgment for looking out disputation In the second require the situation of the compensation claim and the importance for restriction determination . also we found the importance of subcontracting for executing the administrative contracts .

Lastly we came to the third require to know the limit of agree mental organization between contractors to face the emergency conditions we concluded that In the importance for amicably agreement . And the compensations request is reserve request .

At the end we came to conclusion for the aim of this study which concern in emergency conditions that concted with public organization .