مدى التزام الإدارة معاونة المتعاقد بالعقد الإداري في ظل جائحة فيروس كورونا (COVID-19) دراسة تطبيقية على دولة الكويت

المستشار الدكتور/ عبد الله حباب الرشيدي
الفتوى والتشريع - مجلس الوزراء
دولة الكويت

ملخص:

تأتي هذه الدراسة تلبية لواجب وطني، وآخر أكاديمي استجابة لإعلان مجلة الحقوق بجامعة الكويت – التي أدين لها فضل تعليمي – للباحثين والمفكرين لإصدار عدد مُحَكم مُكرس للأبحاث المتعلقة بموضوع جائحة فيروس كورونا COVID-19، وآثارها ونتائجها وما تفرزه من إشكاليات قانونية استشرافاً لوضع الحلول لها. حيث تشير الإحصائيات العالمية الرسمية إلى إصابة أكثر من مليوني شخص ووفاة ما يقارب مائة وخمسين ألف شخص (حتى كتابة هذه السطور)، ومن أجل ذلك تلاحقت الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها الدول ومنها دولة الكويت بدءاً من تعليق رحلات الطيران التجاري وإغلاق الحدود وتنظيم وتقييد حركة المرور والتجول على نحو أفضى لنشوء إشكاليات إزاء عدم إعفاء المتعاقد مع الإدارة من التزاماته المنصوص عليها في العقد لمجرد حدوث الظرف الطارئ رغم الإرهاق الذي سببه هذا الظرف، طالما كان التنفيذ ممكناً ولم يصل إلى درجة الاستحالة. رغم أن ذلك الظرف خارج عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، ولم يكن في مقدوره توقعه عند التعاقد، وقد يترتب عليها أن يكون تنفيذ العقد مرهقاً بدرجة كبيرة له، على نحو يحتم معاونته بما يسمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد. وهو ما تقتضيه العدالة ويمليه التوفيق بين مصلحة الطرفين، ويطبع تنفيذ العقد بطابع العدالة والرحمة والإنسانية.

مقدمة:

بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١ أصدرت منظمة الصحة العالمية تقييماً بإمكانية وصف فاشية كوفيد-١٩ بالجائحة، انطلاقاً من قلقها البالغ إزاء المستوى المفزع لتفشي المرض (ووخامته)، والمستوى المفزع أيضاً من التقاعس عن اتخاذ الإجراءات اللازمة[١].

(١) منظمة الصحّة العالمية هي واحدةٌ من عدة وكالات تابعة للأمم المتحدة متخصصة في مجال الصحة. وقد أُنشئت في ٧ أبريل ١٩٤٨. ومقرها الحالي في جنيف، سويسرا. لطفاً راجع =

ودعت المنظمة الحكومات إلى اتخاذ خطوات عاجلة وأكثر صرامة لوقف انتشار الفيروس، معللة ذلك بمخاوف بشأن "المستويات المقلقة للانتشار وشدّته"(٢).

ومجلس الوزراء في دولة الكويت اطلع في اجتماعه الاستثنائي رقم (٢٠٢٠/١٤) بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١ على التوصية الواردة ضمن محضر الاجتماع رقم (٢٠٢٠/٨)

= التسلسل الزمني لإجراءات منظمة الصحة العالمية بشأن جائحة فيروس كورونا (COVID-19) على موقعها بالإنترنت:
https://www.who.int/ar/news-room/detail/04-09-1441-who-timeline---covid-19

(٢) سبق لدولة الكويت أن انضمت إلى منظمة الصحة العالمية ووافقت على دستورها في ١٨ نوفمبر سنة ١٩٦٠، وقد صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ بالموافقة على تعديل المادة السابعة من ميثاق منظمة الصحة العالمية ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم بتاريخ ١٩٦٦/٤/١٧ - العدد ٥٧٢ - السنة الثانية عشرة وبتاريخ ٢٩-٣-١٩٨٧، ثم صدر القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٥ بالموافقة على تعديل المادتين ٣٤ و٥٥ من دستور منظمة الصحة العالمية ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم بتاريخ ١٩٧٥/٦/٢٩ - العدد ١٠٣٧ - السنة الحادية والعشرون، ثم صدر المرسوم بالقانون رقم ٦٩ لسنة ١٩٧٩ بالموافقة على تعديل المادة ٧٤ من دستور منظمة الصحة العالمية منظمة الصحة العالمية ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم بتاريخ ١٩٧٩/١١/١٨ - العدد ١٣٩٩ - السنة الخامسة والعشرون، ثم صدر القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٤ بالموافقة على تعديل المادتين ٢٤ و٢٥ من دستور منظمة الصحة العالمية ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم بتاريخ ١٩٨٤/٥/١٣ - العدد ١٥٤٧ - السنة الثلاثون، تلاه وبذات التعديل المرسوم بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٨٧ ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم - العدد ١٧١٢ - السنة الثالثة والثلاثون. وأخيراً صدر القانون رقم ٢٣ لسنة ٢٠٠٦ بالموافقة على تعديل المادتين ٢٤ و٢٥ من دستور منظمة الصحة العالمية ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم ملحق العدد ٧٦٢ - السنة الثانية والخمسون الثلاثاء ٦ ربيع الأول ١٤٢٧هـ، ٢٠٠٦/٤/٤، فبموجب المادة ٢٤ بعد التعديل أصبح عدد الدول الأعضاء في المجلس التنفيذي للمنظمة أربعة وثلاثين شخصاً بعد أن كان عددهم اثنين وثلاثين شخصاً، وتنتخب جمعية الصحة العالمية الدول الأعضاء المخول لها حق تعيين شخص للعمل في المجلس مع مراعاة التوزيع الجغرافي، على أن تنتخب ثلاثة على الأقل من هذه الدول الأعضاء من كل من المنظمات الإقليمية التي أنشئت طبقاً للمادة ٤٤، وتعين كل من هذه الدول الأعضاء للعمل في المجلس شخصاً من المؤهلين فنياً في ميدان الصحة، ويجوز أن يصحب هذا الشخص بدلاء ومستشارون. كما عالجت المادة ٢٥ من الدستور بعد التعديل مدة عضوية الدول الأعضاء، حيث نصت بأن تنتخب هذه الدول الأعضاء لمدة ثلاث سنوات ويجوز إعادة انتخابهم على أن تكون للدولة الإضافية التي تنتخب من بين الأعضاء الأحد عشر الذين ينتخبون في أول دورة لجمعية الصحة تنعقد بعد سريان هذا التعديل مدة عضوية قصيرة إلى الحد اللازم لتيسير انتخاب دولة عضو واحد على الأقل من كل منظمة إقليمية في كل عام.

للجنة الوزارية المكلفة بمتابعة تداعيات انتشار فيروس كورونا المستجد المنعقد بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١ بشأن الموضوع المشار إليه أعلاه، حيث استكملت اللجنة مناقشاتها حول التطورات والتداعيات المترتبة على انتشار فيروس كورونا المستجد والإجراءات الاحترازية من هذا الوباء واتخاذ كافة التدابير اللازمة للحد من آثاره ومخاطره والإجراءات الصحية اللازمة للمواطنين والمقيمين وكذلك القادمين لدولة الكويت، واستمعت لشرح قدمه وزير الصحة بشأن الإجراءات الوقائية المقترحة للحد من انتشار الفيروس والتي تأتي في ضوء المستجدات التي طرأت، ومحاولة الحد من التجمعات وأسباب نشر العدوى لهذا الوباء، وقد أصدر المجلس قراره رقم (٣٩١) التالي:

(أولاً:....

١ – تعليق رحلات الطيران التجاري من وإلى مطار الكويت اعتباراً من منتصف ليل يوم الجمعة الموافق ٢٠٢٠/٣/١٣ حتى إشعار آخر..

٢ – منع التواجد داخل جميع أنواع صالات المطاعم والمقاهي بما فيها التي داخل مراكز التسوق.

٣ – إغلاق الأندية والمعاهد الصحية الخاصة.

٤ – أ – تعتبر الفترة من يوم الخميس الموافق ٢٠٢٠/٣/١٢ إلى يوم الخميس ٢٠٢٠/٣/٢٦ إجازة رسمية، على أن يستأنف الدوام الرسمي يوم الأحد الموافق ٢٠٢٠/٣/٢٩.

ب – يكلف الوزراء بإصدار القرارات الخاصة بالقواعد والإجراءات اللازمة لانتظام الفئات التي تكون أعمالها ضرورية لسير وانتظام المرافق العامة التابعة لكل منهم...

ثانياً: تكليف الوزراء – كل فيما يخصه – بإعداد القرارات واللوائح اللازمة في شأن الإجراءات التنفيذية التفصيلية المتعلقة بالقرارات السابقة).

وبعد أن ناقش مجلس الوزراء في اجتماعه رقم ٢٠٢٠/١٨ المنعقد بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢١ أصدر قراره رقم (٤٣٣) التالي: تمديد العمل بقرار مجلس الوزراء رقم (٣٩١/٤/أ) المتخذ باجتماعه الاستثنائي رقم (٢٠٢٠/١٤) المنعقد بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١ بشأن العطلة الرسمية للوزارات والدوائر والمؤسسات الحكومية من الفترة من ٢٠٢٠/٣/١٢ وحتى ٢٠٢٠/٣/٢٦، على أن يستأنف الدوام الرسمي يوم الأحد الموافق ٢٠٢٠/٤/١٢.

كما استمع مجلس الوزراء في اجتماعه الاستثنائي رقم (٢٣/ ٢٠٢٠) المنعقد بتاريخ ٦/ ٤/ ٢٠٢٠ إلى شرح من وزير الصحة بشأن الإجراءات الوقائية المقترحة للحد من انتشار وباء فيروس كورونا المستجد، وأكد على تعطيل العمل في الوزارات والدوائر الحكومية والمؤسسات العامة، وأصدر المجلس قراره رقم (٤٨٩) التالي:

(١- تعطل جميع الوزارات والجهات الحكومية والهيئات والمؤسسات العامة أعمالها (احترازياً) بسبب انتشار فيروس كورونا المستجد، وذلك اعتباراً من يوم الأحد الموافق ١٢/ ٤/ ٢٠٢٠ وحتى يوم الخميس الموافق ٢٣/ ٤/ ٢٠٢٠ باعتبارها أيام راحة، على أن يستأنف الدوام الرسمي يوم الأحد الموافق ٢٦/ ٤/ ٢٠٢٠...).

كما اعتمد مجلس الوزراء تمديد تعطيل الموظفين إلى ما بعد عطلة عيد الفطر السعيد لجميع الوزارات والهيئات والمؤسسات الحكومية(٣).

(٣) يذكر أن وزير الصحة أصدر القرار الوزاري رقم ٤٩ لسنة ٢٠٢٠ بإضافة الإصابة بفيروس كورونا المستجد (COVID-19) إلى الجدول الملحق بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٦٩ واعتبارها من الأمراض السارية والوبائية. ثم صدر القرار الوزاري رقم ٦٥ لسنة ٢٠٢٠ الذي قضى بمادته الأولى "يمنع التجول في جميع مناطق دولة الكويت وتقييد حركة المرور اعتباراً من الساعة الخامسة بعد العصر وحتى الساعة الرابعة فجر اليوم التالي وذلك اعتباراً من يوم الأحد الموافق ٢٢/ ٣/ ٢٠٢٠ وحتى إشعار آخر" ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم ملحق ٣ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون - الأربعاء ١ شعبان ١٤٤١هـ - ٢٥/ ٣/ ٢٠٢٠م. ثم صدر القرار الوزاري رقم ٨٠ لسنة ٢٠٢٠ الذي قضى بمادته الأولى "منع التجول في جميع مناطق دولة الكويت وتقييد حركة المرور اعتباراً من الساعة الرابعة بعد العصر وحتى الساعة الثامنة صباحاً من اليوم التالي، وذلك اعتباراً من بداية شهر رمضان المبارك للعام الهجري ١٤٤١هـ وحتى إشعار آخر". ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم ملحق ٩ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون - الأربعاء ٣٠ شعبان ١٤٤١هـ - ٢٣/ ٤/ ٢٠٢٠م ثم صدر قراران وزاريان منفصلان رقما ٧١ و٧٢ لسنة ٢٠٢٠ يقضيان "بعزل منطقة (جليب الشيوخ) بمحافظة (الفروانية) ومنطقة (المهبولة) بمحافظة (الأحمدي)، ولا يسمح بالدخول إليهما أو الخروج منهما بأية وسيلة إلا لمن يصدر لهم ترخيص بذلك من وزارة الصحة بالتنسيق مع الجهات الأمنية القائمة على تنفيذ العزل، وذلك اعتباراً من الساعة الخامسة يوم الاثنين الموافق ٦/ ٤/ ٢٠٢٠ ولحين إشعار آخر. ونُشرا على التوالي في الجريدة الرسمية الكويت اليوم ملحق ٦ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون - الخميس ١٦ شعبان ١٤٤١هـ - ٩/ ٤/ ٢٠٢٠م ثم أصدر نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الداخلية قرارين منفصلين رقما ٣٣٥ و٣٣٦ لسنة ٢٠٢٠ يقضيان "تعزل منطقة جليب الشيوخ التابعة لمحافظة الفروانية ومنطقة المهبولة التابعة لمحافظة الأحمدي عزلاً تاماً اعتباراً من الساعة (٥ مساء) من يوم الاثنين الموافق ٦/ ٤/ ٢٠٢٠ وحتى إشعار آخر ولا يسمح بالدخول إليها أو الخروج منها إلا لمن يصدر له ترخيص بذلك وفقاً لقرار وزير الصحة المشار إليه أعلاه". =

ولما كان قرار مجلس الوزراء رقم ٣٩١/٤/أ سالف البيان، والتشريعات ذات الصلة التي صدرت بناء عليه، قد قضت بتعطيل العمل في جميع الوزارات والجهات الحكومية والهيئات والدوائر والمؤسسات العامة، وتعليق رحلات الطيران التجاري وإغلاق الحدود وتنظيم وتقييد حركة المرور والتجول، وقد كان لها أثرها في توقف الشركات المتعاقدة مع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية وتقديم خدماتها خلال فترة العطلة.

وهو ما قد يثير تطبيق نظرية الظروف الطارئة لتحقيق التوازن المالي للعقد الإداري لاعتبارات حسن سير المرفق العام بانتظام واطّراد التي تحتم على طرفي العقد أن يستمرا في تنفيذ التزاماتهما رغم الظرف الطارئ.

فلا يعفى المتعاقد من التزاماته المنصوص عليها في العقد لمجرد حدوث جائحة كورونا COVID-19 رغم الإرهاق الذي سببه هذا الظرف، طالما كان التنفيذ ممكناً ولم يصل إلى درجة الاستحالة. يقابله التزام الإدارة تجاهه بتحمل جزء من الخسارة التي تعرض لها بسبب ذلك الظرف الطارئ لمساعدته على تخطيه، ومن ثم استمراره في التنفيذ.

ولا ريب أن التزام جهة الإدارة على النحو المتقدم؛ جزئياً ومؤقتاً حتى زوال الظرف الطارئ؛ وعودة التوازن المالي للعقد؛ إما بزوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت سبباً في إرهاق المتعاقد، أو من خلال إعادة النظر في شروط العقد من قبل الإدارة.

= ونُشرا على التوالي في الجريدة الرسمية الكويت اليوم ملحق ٨ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون - الأربعاء ٢٢ شعبان ١٤٤١ هـ - ١٥/٤/٢٠٢٠ م.. ولما كانت الرعاية الصحية حقاً دستورياً تلتزم الحكومة بتوفيره، وحماية المواطنين مما قد يستجد أو يظهر من أوبئة محلية أو إقليمية أو عالمية، تحتم معها اتخاذ تدابير استثنائية للسيطرة أو الحد أو تطويق هذه الأمراض والفيروسات والأوبئة، وانسجاماً مع نص المادة (١٥) من الدستور "تعنى الدولة بالصحة العامة وبوسائل الوقاية والعلاج من الأمراض والأوبئة". فقد صدر تعديل تشريعي للقانون رقم (٨) لسنة ١٩٦٩ في شأن الاحتياطات الصحية للوقاية من الأمراض السارية يحتوي على تدابير استثنائية، استجابة للأوضاع الصحية الراهنة بتضمينه عقوبات رادعة تتناسب مع المستجدات الحالية. ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم ملحق ٤ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون - الأحد ٥ شعبان ١٤٤١هـ - ٢٩/٣/٢٠٢٠م. ثم صدر قرار نائب رئيس مجلس الوزراء ووزير الداخلية رئيس لجنة الدفاع المدني رقم ٢٧٩ لسنة ٢٠٢٠ المعدل بالقرار رقم ٣٣٤ لسنة ٢٠٢٠ بشأن تنظيم وتقييد حركة المرور والتجول وقضى "بحظر حركة المرور والتجول في جميع أنحاء البلاد اعتباراً من يوم الأحد الموافق ٢٢/٣/٢٠٢٠ من الساعة (٥ مساء) إلى الساعة (٦ صباحاً) من يوم الاثنين الموافق ٦/٤/٢٠٢٠ وحتى إشعار آخر وفقاً لقرار وزير الصحة المشار إليه أعلاه". ونُشر في الجريدة الرسمية الكويت اليوم ملحق ٦ العدد ١٤٨٨ السنة السادسة والستون – الخميس ١٦ شعبان ١٤٤١هـ – ٩/٤/٢٠٢٠م.

منهج البحث:

اقتصرت الدراسة على بيان مدى التزام الإدارة بمعاونة المتعاقد معها في العقد الإداري نتيجة جائحة كورونا COVID-19 باعتبارها من الظروف الطارئة وفقاً للنظام القانوني لدولة الكويت في ضوء قرار مجلس الوزراء رقم ٣٩١/ ٤/أ القاضي بتعطيل العمل في جميع الوزارات والجهات الحكومية والهيئات والدوائر والمؤسسات العامة، والتشريعات ذات الصلة، وأثرها في توقف الشركات المتعاقدة مع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية وتقديم خدماتها خلال فترة العطلة وتعليق رحلات الطيران التجاري وإغلاق الحدود وتنظيم وتقييد حركة المرور والتجول. وقامت الدراسة على منهج استقرائي وتطبيقي لكافة الحلول القضائية في أحكام محكمة التمييز "الدائرة الإدارية" المتعلقة بنظريات التوازن المالي وكذا فتاوى إدارة الفتوى والتشريع ذات الصلة، من خلال تبني إطار نظري متماسك.

خطة البحث:

تتألف من تقديم، وموضوع البحث، وخاتمة. والتفصيل فيما يلي:

تمهيد: في مفهوم ونشأة نظرية الظروف الطارئة

المبحث الأول: شروط تحقق نظرية الظروف الطارئة بسبب جائحة فيروس كورونا COVID-19

المطلب الأول: طبيعة الظروف الطارئة

المطلب الثاني: موضوع الظرف الطارئ

المطلب الثالث: عدم توقع الظرف الطارئ

المطلب الرابع: استقلال الظرف الطارئ عن إرادة المتعاقد

المطلب الخامس: الوقت الذي يجب أن يحدث فيه الظرف الطارئ.

المطلب السادس: أثر الظرف الطارئ

المبحث الثاني: النتائج القانونية للحوادث الطارئة بسبب جائحة فيروس كورونا COVID-19

المطلب الأول: استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته

المطلب الثاني: التزام الإدارة بتقديم المعونة إلى المتعاقد

المطلب الثالث: حق المتعاقد في الحصول على التعويض

المطلب الرابع: نهاية الحوادث الطارئة

الخاتمة:

تمهيد
في مفهوم نظرية الظروف الطارئة ونشأتها

سبقت الشريعة الإسلامية غيرها من الشرائع بالأخذ بنظرية الظروف الطارئة، باعتبارها تقيم أحكامها على أساس العدالة والرفق بالناس ورفع الحرج عنهم، وهي بذلك تختلف عن مبدأ سلطان الإرادة(٤).

(٤) عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة من خلال ثلاثة مظاهر، الأول: الضرر الذي يطرأ للمتعاقد فيجيز له طلب فسخ العقد، والثاني: الجائحة التي تصيب الثمار فتجيز تعديل العقد (والجائحة هي ما أصاب الثمار أو البقول من السماء مثل البرد والقحط والعفن والعطش وفعل الآدمي إذا كان غالباً كالجيش الجرار)، والثالث: تقلب قيمة النقود. أما أساس نظرية الظروف الطارئة في الشريعة الإسلامية، فهو امتناع الضرر أي منع وقوع الضرر. ومن تطبيقاته (المشقة تجلب التيسير - الضرر يزال ويتفرع عنه: درء المفاسد أولى من جلب المصالح، والضرورات تبيح المحظورات، وقاعدة الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، وما أبيح للضرورة يقدر بقدرها - امتناع أكل أموال الناس بالباطل- امتناع الحرمة (فالأعذار الشرعية لا مجال فيها للاجتهاد أو الاختيار، حيث تؤدي إلى انفساخ العقد تلقائياً دون أن يتوقف ذلك على تقدير المتعاقد، وذلك لمساسها بالبنيان التكليفي للإسلام). في تفصيل ذلك راجع: د. سعيد السيد علي- نظرية الظروف الطارئة - دون دار نشر- ٢٠٠٥- ص ٣٩ وما بعدها. د. محمد محي الدين إبراهيم سليم: نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية ٢٠٠٧. يذكر أن الفقيه الفرنسي الأستاذ لامبير في المؤتمر الدولي للقانون المقارن الذي انعقد بمدينة لاهاي سنة ١٩٣٢ قال: "إن نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي تعبر بصورة أكيدة وشاملة عن فكرة يوجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف المقارنة، وفي القضاء الإنكليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية استحالة تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة" وقد نادى الأستاذ السنهوري أيضاً إلى الأخذ بنظرية الظروف الطارئة استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية. فقد جاء في مقاله الذي نشر عام ١٩٣٦ بعنوان (وجوب تنقيح القانون المدني المصري)، قوله: "على أن هذه النظرية عادلة، ويمكن للمشرع المصري في تقنينه الجديد أن يأخذ بها استناداً إلى نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وهي نظرية فسيحة المدى، وخصبة النتائج تتسع لنظرية الظروف الطارئة، ولها تطبيقات كثيرة، منها نظرية العذر في فسخ الإيجار، وقد أصبحت نظرية الضرورة من النظريات الأساسية في الشريعة الإسلامية، وهي تماشي أحدث النظريات القانونية في هذا الموضوع".. وإذا كان الفقه الإسلامي لم ترد فيه نظرية عامة للحوادث الطارئة على النحو الوارد في القوانين الوضعية، إلا أنه عرف تطبيقات مختلفة لهذه النظرية، أهمها: الأعذار في الإيجار، والمزارعة، والمساقاة، حيث يفسخ عقد الإيجار، والمزارعة، والمساقاة للعذر عند الحنفية، والجوائح في بيع الثمار، حيث ينقص الثمن بقدر معين عند المالكية والحنابلة. انظر: عبد السلام الترمانيني، نظرية الظروف الطارئة، بيروت، دار الفكر، ص٣٥-٣٦. د. محمد رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، العدد الثاني، ١٩٨٠، ص٨٥.

والظروف في اللغة جمع ظرف ومعناة دائر على وعاء الشيء، أما كلمة الطارئة فهي اسم الفاعل من طرأ، ومعناه جاء فجأة ومن بعيد، والطارئ هو الغريب خلاف الأصلي(٥).

وفي الفقه الإداري لم يثر خلاف حول مضمون هذه النظرية ولا مداها، ولقد اقتبسها المشرع في الكويت ومعظم البلاد العربية من قضاء مجلس الدولة الفرنسي وفقاً لأصولها الموضوعة.

ويقصد بنظرية الظروف الطارئة؛ الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، والتي تقع أثناء تنفيذ العقد، ولم يكن من الممكن توقعها عند التعاقد، ويترتب عليها أن تجعل تنفيذ العقد مرهقاً بدرجة كبيرة له مما يحتم تعويضه ومساعدته بما يسمح له بالاستمرار في تنفيذ العقد.

وتحقق نظرية الظروف الطارئة التوازن المالي للعقد الإداري في مواجهة ظروف معينة ليست من صنع الإدارة؛ كالأحداث السياسية (حروب) أو كالأحداث الاقتصادية (أزمات اقتصادية) أو كالأحداث الطبيعية (زلازل – سيول – براكين – أوبئة – وغيرها).

والقاعدة أن الحوادث الطارئة في نطاق العقود الإدارية تخضع للقانون الإداري، وتختلف سلطة القاضي حيالها اختلافاً كبيراً. بخلاف عقود الإدارة المدنية، فإنها تخضع للنظرية كما ينظمها القانون المدني، وأحكام الحوادث الطارئة.

ومتى استوفت نظرية الظروف المادية غير المتوقعة شروطها، جاز للمدين التمسك بها دون أدنى تمييز بين المتعاقدين.

ويتعين التقرير بأنه لا يوجد ثمة مانع قانوني يحول دون تمسك الإدارة بنظرية الحوادث الطارئة في مجال العقود الإدارية.

وفي الكويت أصبحت نظرية الظروف الطارئة مقررة بنصوص تشريعية ليس فقط بالنسبة للعقود الإدارية، ولكن أيضاً بالنسبة للعقود المدنية(٦).

---

(٥) معجم المقاييس في اللغة، مادة ظرف، ص (٦٤٤)، المنجد في اللغة والأعلام، مادة طرأ، ص(٤٦٢).

(٦) ولقد أخذ المشرع في الكويت بهذه النظرية حيث نصت المادة (١٩٦) من المرسوم بقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون المدني على ما يلي: "العقد شريعة المتعاقدين، لا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضى به القانون". والمادة (١٩٨) كما يلي: "إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية =

وجدير بالملاحظة أن الظروف الطارئة تختلف عن القوة القاهرة في أنها لا تصل بتنفيذ الالتزام إلى درجة الاستحالة التي تعفي المتعاقد منه، وتؤدي إلى فسخ العقد. فالتنفيذ مع الظروف الطارئة يظل ممكناً بل واجباً وإن أصبح شاقاً للمتعاقد مع

= عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه أو يزيد من مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك "كما أخذ بها المشرع المصري في القانون المدني وجعلها من المبادئ المقررة بالنسبة لعقود القانون الخاص على خلاف الأوضاع في فرنسا. فنصت المادة (١٤٧) من القانون المصري المدني على أنه: "١- العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله، إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون. ٢- ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، جاء مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسائر فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف، بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق يخالف ذلك".

وفي هذا الشأن قررت إدارة الفتوى والتشريع بأن ".. مؤدى نظرية الظروف الطارئة حسبما وضع أصولها وقواعدها الفقه والقضاء الإداري إنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف، أو أحداث خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، لم تكن متوقعه عند التعاقد، وكان من شأنها وإن لم تجعل الالتزام مستحيلاً، الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد بأن جعلت تنفيذه مرهقاً للمتعاقد ومنذراً بخسارة فادحة، فإن هذا المتعاقد إذ يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد يكون له الحق في مطالبة جهة الإدارة بمعاونته على هذه الظروف بأن تتحمل جزءاً من الخسارة، ويجب أن يترتب على الظرف الطارئ أن تنزل بالمتعهد خسارة فادحة تتعدى مجرد تفويت فرصة لتحقيق ربح، وتتجاوز قدر الخسارة العادية في الظروف الطبيعية، ويكون تحديدها عند حساب النتيجة النهائية التي حققها المتعهد من العقد باعتبار أن العقد وحدة واحدة يجب أن يفحص في مجموعة. وحيث إن الثابت من كتابكم رقم ٢٠٠٩ المؤرخ ١٩٨٢/٧/٤ أن متوسط المسافة التي تقطعها السيارة المؤجرة في اليوم ثمانين كيلو متراً، وتستهلك عشرين لتراً من البنزين تقريباً، كما أن من الثابت أن أسعار البنزين قبل الزيادة التي تقررت في شهر أبريل سنة ١٩٨٢ كانت (١٥ فلساً) للتر البنزين العادي و(٢٥) فلساً للتر البنزين الخصوصي، وأصبحت بعد الزيادة (٤٠) فلساً للتر البنزين العادي و(٥٠) فلساً للتر البنزين الخصوصي. وحيث إنه عند حساب النتيجة النهائية التي يحققها المتعهد المذكور من العقد المشار إليه إذا أخذ في الاعتبار قيمة إيجار السيارة وما تستهلكه من بنزين يومياً فإن الزيادة في أسعار البنزين سالفة البيان لا يترتب عليها تحميل المتعهد خسارة فادحة، وبذلك لا تجد نظرية الظروف الطارئة مجالاً لإعمالها على العقد سالف البيان. لذلك نرى أنه لا محل لزيادة الأجرة اليومية للسيارات سالفة البيان تعويضاً عن الارتفاع في أسعار الوقود" حول هذا المعنى: فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم: ٨٢/٢٥٩/٢ بتاريخ: ١٩٨٢/٧/١٦ منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع من أول أكتوبر سنة ١٩٨١ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٨٢ – المجموعة الثامنة – صفحة رقم: ٣٤٠.

الإدارة، إلا أن المشقة توازن بحق المتعاقد في التعويض، وليس بانقضاء الالتزام حتى لا يتوقف سير المرفق العام(٧).

وعلى ذلك فإذا حدثت ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد، غير متوقعة عند إبرام العقد، ومن شأنها قلب اقتصاديات العقد، دون أن تجعل تنفيذه مستحيلاً، فإنه يحق للمتعاقد، رغم التزامه بالاستمرار في التنفيذ، الحصول على مساعدة الإدارة، كي يتخطى هذه الظروف، وذلك بأن تتحمل الإدارة جزءاً من الأعباء التي جدت(٨).

(٧) راجع: د. محمد فؤاد عبد الباسط: العقد الإداري (المقومات- الإجراءات - الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦، ص ٤٢٤.

(٨) وجدير بالذكر أنه إذا كانت نظرية الظروف الطارئة قد انتكست في عقود الأفراد الخاضعة لأحكام القانون المدني، فإنها ظهرت في نطاق العقود الإدارية الخاضعة لأحكام القانون العام، وكانت الحرب العالمية الأولى عام ١٩١٤ هي المناسبة التي أتاحت لمجلس الدولة الفرنسي تطبيق هذه النظرية بشكل واضح. وكان أول حكم أخذ فيه مجلس الدولة الفرنسي بنظرية الظروف الطارئة وطبقها بشكل ظاهر ومفصل استلفت الأنظار، وأثار انتباه الفقه والقضاء هو الحكم المشهور الصادر بتاريخ ٣٠ مارس ١٩١٦ في قضية شركة غاز مدنية بوردو.
C.E. 24 Mars 1916. Compagnie du Gaz de Bordeaux S. 1916, 3,17. Concl. Chardenet note Hauriou.
فإذا كانت الأوضاع الناشئة عن الحرب العالمية الأولى بمثابة "الجو الملائم" الذي ولدت فيه النظرية، بحكم مجلس الدولة الفرنسى الشهير في ٣٠ مارس ١٩١٦ والمعروف باسم Compagnie Généraled' Eclairage de Vordeaux، فقد حدث أن كانت شركة غاز بوردو ملزمة بتوريد الغاز للمدينة، وفقاً لسعر معين، ثم حدث أن ارتفع سعر الفحم - وهو المادة الأولية اللازمة لإنتاج الغاز - ارتفاعاً فاحشاً من ٢٨ إلى ٧٣ فرنك للطن، وذلك بسبب نشوب الحرب العالمية الأولى، مما أدى إلى إصابة الشركة بعجز كبير، فقضى مجلس الدولة بأنه يحق للمتعاقد مع الإدارة - في هذه الحالة - أن يطلب من الإدارة أن تساهم في الخسائر التي تلحق به. ثم توالت بعد ذلك أحكام مجلس الدولة في هذا المعنى. يذكر أن مجلس الدولة الفرنسي أعقب هذا الحكم بأحكام عديدة طعن فيها النظرية، ثم طورها ووسع من نطاق تطبيقها، فامتد إلى جميع العقود الإدارية، ولم يقصرها المجلس لمواجهة الظروف الاقتصادية أو الطبيعية التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد وتكون أجنبية تماماً عن الإدارة والمتعاقد معها، بل طبقها على كافة الظروف الطارئة التي تؤدي إلى الإخلال الجسيم باقتصاديات العقد، سواء أكانت هذه الظروف اقتصادية أم طبيعية أم سياسية. كما أضاف لذلك مجلس الدولة الفرنسي الإجراءات الصادرة من السلطات العامة، ورغم ذلك فقد ظل حتى الآن مجال تطبيقها محصوراً في نطاق العقود الإدارية، ولم تتعداه إلى العقود المدنية. راجع مؤلفنا: العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن - مع شرح القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة ولائحته التنفيذية - الطبعة الأولى ٢٠١٧ - ص ٤٣١.

المبحث الأول
شروط تحقق نظرية الظروف الطارئة
بسبب جائحة فيروس كورونا (COVID-19)

تمهيد وتقسيم:

لقد أرسى القضاء الإداري الشروط التي يتعين تحققها، حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كما ساهم الفقه بإضافة بعض الشروط الأخرى.

وعلى ذلك يجب أن تجتمع عدة شروط حتى يمكن تطبيق أحكام هذه النظرية نتيجة جائحة فيروس كورونا COVID-19، وهذه الشروط ترجع إلى طبيعة الحادث الطارئ (مطلب أول)، وموضوعه (مطلب ثانٍ)، وعدم توقعه (مطلب ثالث)، واستقلاله عن إرادة المتعاقد (مطلب رابع) والوقت الذي يجب أن يحدث فيه (مطلب خامس) وأخيراً أثر تحقق الحادث الطارئ (مطلب سادس) على النحو الآتي:

المطلب الأول
طبيعة الظروف الطارئة

تتسع نظرية الظروف الطارئة لتشمل الأسباب الراجعة إلى الطبيعة، وتدخل السلطة الإدارية، مما يجعل التمييز بينهما، وبين كل من نظرية الظروف المادية غير المتوقعة، ونظرية عمل الأمير، أمراً صعباً يدق في بعض الأحيان.

فالحادث الاستثنائي هو الذي يشذ عن المجرى المعتاد للأمور، فيخرج على الأصل الذي ألفه الناس بما يجعله نادر الوقوع، وإن لم يكن غير مسبوق.

ويعتبر من قبيل ذلك، المخاطر الإدارية؛ أي التشريعات واللوائح الصادرة من السلطات العامة (غير الجهة المتعاقدة) سواء أكانت في صورة إجراءات عامة، مثل: فرض ضرائب جديدة، أو تخفيض قيمة العملة، أو وضع قيود على تداولها[٩]، أو تعليق رحلات الطيران التجاري وإغلاق الحدود وتنظيم وتقييد حركة المرور والتجول كما هو الحال بسبب جائحة فيروس كورونا COVID-19.

وبناء على ذلك إذا أعطت الشروط العامة للمناقصة الحق للمتعاقد في المطالبة

(٩) راجع: د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - الطبعة الخامسة - ١٩٩١- ص ٦٧٤.

بأية تكلفة يتحملها نتيجة التغييرات في التشريعات، فإنها بهذه المثابة تكون ملزمة للطرفين، ويترتب على ذلك حق المتعاقد في التعويض.

وقد كان مجلس الدولة الفرنسي يحصر المخاطر الإدارية التي تكون سبباً في تحقق شروط نظرية الظروف الطارئة في تلك الإجراءات الصادرة من السلطات العامة الأخرى (غير الجهة المتعاقدة)، إلا أنه مؤخراً عدل عن هذا الاتجاه، وذهب إلى إمكان تطبيق نظرية الظروف الطارئة، سواء أكان الفعل أو الإجراء العام الذي سبب الضرر راجعاً إلى جهة الإدارة أم غيرها(١٠) في حالة عدم اكتمال تحقق شروط نظرية عمل الأمير في هذه الحالة.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى أن الحكمة من إنشاء النظرية هو تمكين المتعاقدين من السير في استغلال المرفق العام، وتحقيق العدالة بالنسبة لشخص قبل التعاون بحسن نية مع الإدارة في تسيير مرفق عام، ولا يعقل أن يتقرر للمتعاقد حق في التعويض طبقاً لنظرية الظروف الطارئة في حالة حدوث ظرف لا دخل لإرادة السلطة الإدارية فيه، وأن يحرم من هذا الحق إذا وقع الحادث بإرادة السلطة الإدارية طالما أنه لا دخل لإرادته في حدوثه، فنظرية عمل الأمير وإن كانت قد تكفلت بالأعمال أو الإجراءات التي تصدر من الجهة المتعاقدة، إلا أن هناك بعض الحالات التي لا تتوافر فيها جميع شروط هذه النظرية، وبالتالي يحرم المتعاقد من التعويض استناداً إليها، ولذلك فإنه من المتعين طبقاً لمبادئ العدالة وتحقيقاً للأهداف التي أنشئت نظرية الظروف الطارئة لتحقيقها أن يكون للمتعاقد حق المطالبة بالتعويض طبقاً لهذه النظرية(١١).

وعلى ذلك فإن القضاء الإداري في كل من الكويت(١٢) ومصر(١٣) مستقر على ضرورة أن يكون الإجراء صادراً من جهة غير الجهة الإدارية المتعاقدة.

(١٠) راجع: د. إبراهيم محمد علي - آثار العقود الإدارية - دار - ص ٢٦٤.

(١١) راجع: د. محمد فؤاد مهنا - مبادئ وأحكام القانون الإداري ١٩٧٨- دون ناشر - ص ٧٣٦.

(١٢) على سبيل المثال راجع الطعن رقم ٨٣٤ لسنة ٢٠٠٢ تمييز إداري جلسة ٢٠٠٣/١١/١٠ منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ٣١- الجزء الثالث- ص٢١٣.

(١٣) على سبيل المثال راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٥٦٢ لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٩٨٧/٥/١٦ وحكمها في الطعنين رقمي ٥٤٩ و٨٠١ لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٩٣/٤/٤.

المطلب الثاني
موضوع الحادث الطارئ

يجب أن تؤثر الحوادث الطارئة على أحد العناصر المرتبطة بالعقد بدرجة كافية، حتى يمكن أن تحدث النتيجة، وهي قلب اقتصاديات العقد قبل تمام تنفيذه.

فإذا حدثت جائحة فيروس كورونا (COVID-19) قبل إبرام العقد، ثم واصل المتعاقد عملية الإبرام، فإنه يكون قد قبل التنفيذ رغم هذا الحادث الطارئ وليس له المطالبة فيما بعد بالتعويض استناداً إلى النظرية.

وجدير بالملاحظة أنه إذا حدث ظرف طارئ بعد انتهاء المهلة المبينة بالعقد، والمحددة لإنجاز الأعمال، فإنه إذا كان التأخير بسبب المتعاقد مع الإدارة، فيكون هو المسؤول عن كل تبعات الظرف الطارئ، بالإضافة إلى مسؤوليته العقدية عن تأخره في التنفيذ(١٤).

أما إذا وافقت الإدارة على امتداد تنفيذ العقد بناء على طلب المتعاقد، فيتعين في هذه الحالة إعمال نظرية الظروف الطارئة(١٥).

ومتى كان التأخير راجعاً إلى جهة الإدارة، فإنه لا محالة من تحملها نتيجة ذلك، ويتعين إعمال نظرية الأمير في هذه الحالة، وليس نظرية الظروف الطارئة، وبالتالي يحصل المتعاقد على التعويض الكامل نتيجة خطأ الإدارة(١٦).

المطلب الثالث
عدم توقع الحادث الطارئ

الحادث لا يكون طارئاً إلا إذا فاق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان، ويتجاوز الحدود القصوى لأي احتمال، ويصدق هذا الوصف على الآثار المتخذة للتصدى لجائحة فيروس كورونا COVID-19.

---

(١٤) حول هذا المعنى: راجع حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعنين رقمي ٨٤٣ و٩٢٢ لسنة ٢٦ ق، جلسة ١٩٨٢/١١/٢٠، الموسوعة، الجزء ١٨، ص ٩٠٤، وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، جلسة ١٩٨٠/٢/٦، ملف ٧٠٢/٢/٣٢، الموسوعة، الجزء ١٨، ص ٩٠٢.

(١٥) انظر: حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣١٥٠ لسنة ٦ ق، جلسة ١٩٦٢/٦/٩، الموسوعة، الجزء ١٨، ص ٩٠٠.

(١٦) راجع: د. جابر جاد نصار - العقود الإدارية - الطبعة الثانية - دار النهضة العربية - ص ٣٣٦.

ذلك أن المخاطر العادية aleasordinaires هي تلك التي يمكن أن تؤخذ في الحسبان عند إبرام العقد، ويجب أن يتحملها المتعاقد. بخلاف المخاطر غير العادية alasextraodinaires، التي لا يمكن توقعها أو التنبؤ بها، فتكون محلاً للتعويض(١٧).

ويتفرع من كون الحادث غير متوقع أنه لا يمكن دفعه؛ ذلك أن الحادث الذي يمكن دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع.

على أن عنصر المفاجأة أحد الخصائص الأساسية التي تتميز بها فكرة عدم التوقع سواء في مجالات العلاقات التعاقدية أو خارجها، ويستدل القاضي على ذلك من خلال الإحالة إلى ظرف الزمان والمكان؛ فعلى سبيل المثال: فالأمطار كإحدى الظواهر الطبيعية قد تكون أكثر وقوعاً في بعض الفصول عن بعضها الآخر، وفي بعض الأقاليم عنها في بعضها الآخر. ولذلك فإن احتمالات وتواتر وقوع الحدث يجب أن يوضع في اعتبار القاضي عند تقديره لتوقع أو عدم إمكان توقع حادث ما. كما أن للمدة التي يستغرقها الحادث، أو الظرف الذي اعترض تنفيذ العقد دوراً كبيراً فيما يتعلق بالتوقع أو عدم التوقع، فالإرهاق الذي يصيب المتعاقد قد يرجع بصورة مباشرة لطول الفترة غير العادية التي أثر فيها الفعل أو الحادث على تنفيذ العقد. فالحادث أو الظرف قد يوصف بأنه متوقع أو غير متوقع بحسب المدة التي يستغرقها. كما يتم استبعاد عدم التوقع بتكرار وقوع الفعل أو الحادث (مثل فيضان نهر معين، أو بركان في منطقة محددة)، أو كون المتعاقد يقيم في منطقة معروفة بطبقتها الصخرية أو لكثرة منسوب المياه فيها وهي ذاتها محل تنفيذ العقد(١٨).

---

(١٧) وفي هذا الشأن قررت إدارة الفتوى والتشريع بأنه ".. من حيث إن الفقه والقضاء الإداري قد استقرا على أن التدخل لتحقيق التوازن المالي تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة رهينة بأن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية كانت أو اقتصادية، أو من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة، أو من عمل إنسان آخر لم تكن في حساب المتعاقد عند إبرام العقد ولا يستطيع دفعها، وأن يكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، ومؤدى إعمال هذه النظرية، بعد توافر شروطها أن تشارك الجهة الإدارية في نصيب من الخسائر التي حاقت بالمتعاقد معها طوال فترة الظروف الطارئة وذلك ضماناً لتنفيذ العقد الإداري واستمراراً لسير المرفق العام الذي يخدمه" راجع فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم: ٢/١٠٩/٩٥ - ٢٤٦٣ بتاريخ: ٢٤/١٠/١٩٩٥منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع يناير ١٩٩٠- ديسمبر ٢٠٠٢ الأحرف (م، ن، هـ، و) عدا الموظف- الوظيفة العامة الجزء الرابع، أكتوبر ٢٠٠٧، ص٤٠٣.

(١٨) لمزيد من التفاصيل، يراجع: د. علي محمد علي عبد المولى- الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري - رسالة دكتوراة - جامعة عين شمس ١٩٩١- ص ٢٦٨ وما بعدها.

ولا ريب أن تقدير شرط عدم التوقع يتم بتاريخ إبرام العقد، فإذا تم تجديد العقد فيتم تقدير شرط عدم التوقع اعتباراً من هذا الوقت.

وعلى ذلك لو وقع حادث طارئ لكنه كان من الممكن تفاديه، أو درء النتائج المترتبة عليه ببذل الجهد المعقول فلا محل لتطبيق النظرية.

ومعيار تحديد كون الحادث ممكن تفاديه أو دفعه ليس معياراً ذاتياً قوامه المتعاقد نفسه، وإنما هو معيار موضوعي، قوامه الرجل العادي(١٩).

---

(١٩) وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز بأنه: "من المقرر أن مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة، وعلى ما جرى عليه قضاء هذه المحكمة أن تطرأ أثناء تنفيذ العقد ظروف وأحداث لم تكن متوقعة عند إبرامه، أو بالإمكان توقعها ولا يملك لها المتعاقد دفعاً وكان من شأنها - وإن لم تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً، إلا أنها تجعله مرهقاً، فتنزل بالمتعاقد خسارة فادحة تختل معها اقتصاديات العقد إخلالاً جسيماً، فيكون للمتعاقد المضرور أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة بتعويضه عنها تعويضاً جزئياً، فلا يكفي لإعمال هذه النظرية نقصان الربح أو فوات الكسب، وأن معيار الخسارة هو معيار موضوعي يتعلق بالصفقة محل التعاقد وليس ذاتياً بالنسبة إلى شخص المدين وظروفه، وأن تقدير ما إذا كان الظرف الطارئ متوقعاً أو غير متوقع، ومدى تأثيره على الالتزامات الناشئة عن العقد، وما إذا كان تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً للمدين، وألحق به خسارة فادحة، هو مما يدخل في سلطة محكمة الموضوع التقديرية" راجع: حكمها في الطعن رقم ١١١ لسنة ٢٠٠٣ تمييز إداري جلسة ٢٠٠٣/١/٥ طعن غير منشور.
كما قررت إدارة الفتوى والتشريع في بواكير فتاواها بأن التسليم بارتفاع الأسعار الخاصة بالمواد والمعدات وأسعار الشحن والتأمين المصاحب لحرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ يعتبر ظرفاً طارئاً في مفهوم هذه النظرية. وجاء نص الفتوى يجري على: ".. إن نظرية الظروف الطارئة قد رسخت في القانون الإداري وأخذ بها المشرع الكويتي في المادة (١٤٦) من قانون التجارة، ومؤدى هذه النظرية أنه إذا طرأت أثناء العقد الإداري ظروف، أو أحداث خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، وكان من شأنها أنها لم تجعل الالتزام مستحيلاً الإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد بأن جعلت تنفيذه مرهقاً للمتعاقد منذراً بخسارة فادحة، فإن هذا المتعاقد إذ يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد رغم هذه الظروف يكون له الحق في مطالبة جهة الإدارة بمعاونته على مواجهة هذه الظروف والأحداث بأن تتحمل جزءاً من الخسارة التي تترتب عليها. ومع التسليم بأن ارتفاع الأسعار الخاصة بالمواد والمعدات وأسعار الشحن والتأمين المصاحب لحرب أكتوبر سنة ١٩٧٣ يعتبر ظرفاً طارئاً في مفهوم هذه النظرية وأنه في خصوص الحالة المعروضة لم يكن أمراً متوقعاً عندما تقدمت شركة.... بعطائها قبيل ١٩٧٣/٨/١٢ فإنه يبقى في الطلب المقدم من هذه الشركة آخر وأهم شروط النظرية، وهو يتعلق بأثر الظرف الطارئ على العقد. إذ يجب لتطبيق النظرية أن يترتب على الظرف الطارئ قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب بأن تنزل بالمتعاقد مع جهة الإدارة خسارة تتعدى مجرد فوات فرصة تحقيق الربح، وتتجاوز حد الخسارة التي تحدث أحياناً في التعامل في الظروف العادية حيث التجارة مكسب وخسارة، وتبدو فداحتها =

المطلب الرابع
استقلال الحادث الطارئ عن إرادة المتعاقد

يترتب على الظرف الطارئ عدم توقعه وعدم إمكانية دفعه، بأن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين؛ لذا ينبغي أن يكون الحادث الطارئ مستقلاً عن إرادة المتعاقد مع الإدارة.

وخلافاً لشرط عدم التوقع الذي يتم تقديره في ضوء الظروف، فإن هذا الشرط يتم تقديره بصفة مطلقة.

ولازم ذلك أنه لا يجوز للمتعاقد التمسك بنظرية الحوادث الطارئة، كلما كان له دخل فيها، سواء أدى إليها، أو ارتكب أي خطأ أدى إلى زيادة أعبائه.

غير أنه قد ينشأ الحادث الطارئ عن عمل الإدارة، ويؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد، وبالتالي يجوز للمتعاقد التمسك بنظرية الحوادث الطارئة، خصوصاً إذا لم تتوافر شروط نظرية عمل الأمير(٢٠).

= في النتيجة النهائية التي يحققها المتعاقد بعد انتهاء جميع أعمال العقد، فإذا كانت الخسارة طفيفة أو كانت في حدود الخسارة المألوفة في التعامل في الظروف العادية فلا يكون هناك محل لإعمال نظرية الظروف الطارئة. وحتى إذا بلغت الخسارة الحد من الجسامة الذي تتطلبه النظرية، وتوافرت بهذا جميع شروط تطبيقها، فإن التعويض على أساسها لا يقوم على أساس التعويض الكامل عن الخسارة بل على فكرة توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد وجهة الإدارة بأن يتحمل المتعاقد جانباً من الخسارة، وتتحمل جهة الإدارة الجانب الآخر، وإن كان من المألوف عملاً أن تتحمل الإدارة الجانب الأكبر" راجع: فتوى رقم ٢/ ٢٣٩٠ في ٧/ ٤/ ١٩٧٦ منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها الفتوى والتشريع خلال سنتين - من أول أكتوبر سنة ١٩٧٥ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٧٧ - المجموعة الثالثة - صفحة رقم: ٥٤.

(٢٠) ويُعدد بعض الفقه اعتبار الزلازل والأعاصير والجليد غير العادي أو الحرارة الشديدة جداً والفيضانات، ونقصان المحصول بسبب الجفاف وإعلان الحرب من قبيل الحوادث الاستثنائية أو الطارئة التي لا يمكن توقعها ولا دفعها، بينما لم يعتبر من الحوادث الاستثنائية تقلب الأسعار في زمن الحرب (بالنسبة للعقود التي تبرم أثناء هذه الحرب أو على وشك وقوعها)، أو عدم وجود سفن لسفر المتعاقد لكي ينفذ التزامه، واستمرار الصقيع (في جبل لبنان) لغاية (مايو) أو (يونيه) يعتبر من الطوارئ العادية التي ينتظر المزارع حتماً وقوعها، كما لا تعتبر العواصف والأمواج العالمية التي تغطي السفينة ظرفاً طارئاً، لأنها متوقعة خاصة في فصل الشتاء وفي المحيط الأطلسي، ما لم تكن من الجسامة والشدة بحيث لا يمكن توقعها، وإغلاق الحدود بين سوريا والأردن لا يعتبر حادثاً استثنائياً بالنسبة لملتزم تقديم المواد الغذائية للجيش، ما لم يثبت أنه اتخذ الاحتياطات اللازمة لتوفير كمية المواد الغذائية التي التزم بتقديمها، وأنه لم يكن باستطاعته شراؤها من الأسواق الأخرى. راجع: د. عبد السلام الترمانيني: نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، دون سنة نشر، ص ١٤٠ وما بعدها.

المطلب الخامس
الوقت الذي يجب أن يحدث فيه الظرف الطارئ

القاعدة أنه يتعين أن تطرأ الحوادث الطارئة "جائحة فيروس كورونا (COVID-19)" خلال مدة تنفيذ العقد الإداري؛ أي في الفترة التي تعقب الإبرام وحتى نهاية العقد.

غير أن هذه القاعدة ليست طليقة من كل قيد، فالظروف التي تطرأ قبل إبرام العقد وتجعل من المتعاقد ملتزماً بعطائه بمجرد تقديمه، يتعين الاعتداد بها في وقتها وإعمال أثرها الطبيعي كأساس لتعويضه.

فقد تطرأ ظروف بعد انتهاء العقد، وتوافق الإدارة على امتداد المدة المحددة في العقد للتنفيذ، وفي هذه الأثناء يقع الحادث الطارئ، فيحق للمتعاقد التمسك بنظرية الظروف الطارئة بالنظر إلى أن التأخر في التنفيذ راجع إلى خطأ الإدارة وليس خطئه(٢١).

(٢١) وقد قررت إدارة الفتوى والتشريع بأنه: ".. وحيث إنه بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة فإن هذه النظرية قد رسخت في القانون الإدارى، وأخذ بها المشرع الكويتي في المادة (١٤٦) من قانون التجارة وشروط تطبيق هذه النظرية تكن فى: ١- أن تطرأ بعد إبرام العقد حوادث استثنائية عامة، مثل: زلزال أو حرب أو قيام تسعيرة رسمية، أو ارتفاع باهظ في الأسعار. ٢ - أن تكون هذه الحوادث الاستثنائية ليس في الوسع توقعها، فإذا كانت متوقعة أو كان يمكن توقعها فلا سبيل لتطبيق هذه النظرية. ٣- أن تجعل هذه الحوادث تنفيذ الالتزام مرهقاً بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، فإن التعامل مكسب وخسارة، وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرم في شأنها العقد، فإذا توافرت هذه الشروط فإن المتعاقد يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد رغم هذه الحوادث، ويكون له الحق في مطالبة جهة الإدارة بمعاونته على مواجهة هذه الحوادث بأن تتحمل جزءاً من الخسارة التي تترتب عليها. وعلى هذا فإذا كانت الزيادة في الأسعار - بالنسبة لقيمة العقد - لا تهدد المقاول بخسارة فادحة، ولا تعدو أن تكون مجرد إنقاص لربحه، فمن ثم فإن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا تعد متوافرة في الحالة المعروضة. ومن حيث إنه عن نظرية فعل الأمير، فإن هذه النظرية قديمة في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وهي من خلق هذا المجلس، وهي نظرية غير واضحة الحدود وأحياناً يقع الخلط بينها وبين نظرية الظروف الطارئة، وهي غير معروفة في القانون الكويتي، ولم يسبق تطبيق هذه النظرية، ويضاف إلى ذلك أن هناك نصاً في العقد يمنع زيادة الأسعار، ومن المقرر أن مثل هذا النص يمنع تطبيق هذه النظرية ولا يبقى إلا نظرية الظروف الطارئة، وقد أوضحنا عدم توافر شروطها "راجع: فتوى رقم ٢/٣٥٧٦ في ٩/٤/١٩٨٠منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع - من أول أكتوبر سنة ١٩٧٩ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٨٠ - المجموعة السادسة - صفحة رقم: ١١٣.

المطلب السادس
أثر الحادث الطارئ

يتعين أن يؤدي الظرف الطارئ "جائحة فيروس كورونا COVID-19" إلى إصابة المتعاقد بخسائر فادحة، تجاوز الخسائر العادية المألوفة في التعامل بحيث يترتب عليها قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب، لدرجة أن يصبح تنفيذ المتعاقد لالتزامه التعاقدي في ظله أمراً مرهقاً للغاية – وإن لم يصبح مستحيلاً – ويستوي في ذلك أن يكون مصدر الظرف الطارئ ظروفاً طبيعية أو اقتصادية أو سياسية أو إدارية.

ومؤدى ذلك أن مناط انطباق نظرية الظروف الطارئة متى كان الحادث الطارئ من شأنه اضطراب الأوضاع المالية للعقد والمتعاقد اضطراباً خطيراً يهدد بانهياره، ويؤدي إلى خسارة تفوق كل توقع(٢٢).

ويعتبر شرط الإرهاق الذي يصيب المتعاقد مع الإدارة أهم شرط من شروط النظرية على الإطلاق، وتحققه هو الذي يضع النظرية موضع التنفيذ، وينقلها من الحالة النظرية إلى الحالة العملية.

وجدير بالذكر أن الإرهاق هو وصف يلحق بالتزام أحد المتعاقدين، يجعل تنفيذه لالتزامه مهدداً إياه بخسارة فادحة نتيجة تأثر هذا الالتزام بظرف طرأ بعد إبرام العقد ونطاقة حدود العقد، لا يتعداها إلى مال المتعاقد الخاص وثرواته، فإذا كانت الخسارة

---

(٢٢) وفي هذا الشأن قضت محكمة التمييز بأن: ".. تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، ولا يملك المتعاقد لها دفعاً، ويكون من شأنها - وإن لم تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً - أن تجعله مرهقاً إرهاقاً شديداً، فتنزل بالمتعاقد خسارة فادحة غير مألوفة في التعامل، تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، فإذا توافرت هذه الشروط مجتمعة كان للمتعاقد المضار أن يطلب من الجهة الإدارية مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها بتعويضه عنها تعويضاً جزئياً دون تعديل للالتزامات العقدية، ولا يستهدف هذا التعويض تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل، وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من الخسارة المحققة الفادحة التي أصابت المتعاقد؛ بغرض إعادة التوازن المالي إلى العقد ولضمان تنفيذه على الوجه الأكمل واستمرار سير المرفق العام الذي يخدمه تحقيقاً للصالح العام" راجع: حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ١٣ لسنة ٢٠١٣ تمييز إداري جلسة ٢٠١٥/٢/٤ حكم غير منشور. وبذات الألفاظ أيضاً راجع: الطعن رقم ٨٨٨ لسنة ٢٠١٢ تمييز إداري جلسة ٢٠١٦/٤/٢٠. حكم غير منشور.

عادية متوقعة، أو إذا انحصر أثر الظرف الطارئ في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون هناك إرهاق يستوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

وأخيراً فإنه يتم تقدير خسارة المتعاقد في ضوء كافة عناصر العقد، بحيث يفحص العقد في مجموعه، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة(٢٣).

(٢٣) وقد قررت إدارة الفتوى والتشريع بأن: ".. مؤدى نظرية الظروف الطارئة - التي رسخت في القانون الإداري، وأخذ بها المشرع الكويتي في المادة (١٤٦) من قانون التجارة - أنه إذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث خارجة عن إرادة المتعاقد مع الإدارة، لم تكن متوقعة عند التعاقد، وكان من شأنها وإن لم تجعل الالتزام مستحيلاً، وإخلال بالتوازن الاقتصادي للعقد، بأن جعلت تنفيذه مرهقاً للمتعاقد، ومنذراً بخسارة فادحة، فإن هذا المتعاقد إذ يبقى ملزماً بالاستمرار في تنفيذ العقد يكون له الحق في مطالبة جهة الإدارة بمعاونته على مواجهة هذه الظروف والأحداث، بأن تتحمل جزءاً من الخسارة التي تترتب عليها، ومن المسلم به أنه من قبيل الظرف الطارئ، الارتفاع الفاحش في الأسعار عما كانت عليه وقت تقديم العطاء، بسبب تقلبات غير متوقعة في أسواق المواد والمعدات الداخلة في تنفيذ العقد، ويجب أن يترتب على الظرف الطارئ، أن تنزل بالمقاول خسارة فادحة تتعدى مجرد تفويت فرصة لتحقيق الربح، وتتجاوز قدر الخسارة العادية في الظروف الطبيعية، ويكون تحديدها عند حساب النتيجة النهائية التي حققها المقاول من العقد، وإذ ثبت وقوعها فإن التعويض يقوم على فكرة توزيع عبء الخسارة بين الإدارة والمقاول" راجع: فتوى رقم ٢/٢٣٣٠ في ٦/١/ ١٩٧٦ منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع خلال سنتين - من أول أكتوبر سنة ١٩٧٥ حتى آخر سبتمبر سنة ١٩٧٧ - المجموعة الثالثة - صفحة رقم: ٣٢.

المبحث الثاني
النتائج القانونية للحوادث الطارئة

تقديم وتقسيم:

تعتبر أحكام نظرية الحوادث الطارئة من النظام العام، ويترتب على ذلك اعتبار الشرط الذي يقضي بعدم المسؤولية في حالة حدوث ظروف طارئة باطلاً.

وأساس هذا الفرض أن نظرية الحوادث الطارئة مقررة ليست فقط لمصلحة المتعاقد بما تخوله حق التعويض، وإنما هي أيضاً لمصلحة المرفق بما تؤدي إليه من استمرار سيره بانتظام واطراد.

على أن نظرية الظروف الطارئة، ونظريات التوازن المالي عموماً وجدت لكي تساهم مساهمة فعلية في استهداف الصالح العام من خلال معاونة المتعاقد مع الإدارة في تجاوز مختلف الظروف التي يمر بها وما يستتبع ذلك من ضمان استمراريته في مواصلة تنفيذ التزاماته، ومن ثم الحفاظ على حسن سير وانتظام المرفق العام(٢٤).

---

(٢٤) وفي هذا الشأن قررت إدارة الفتوى والتشريع بأن: ".. معرفة أثر الظرف الطارئ على العقد، وما إذا كان بالقدر الذي يتطلبه تطبيق النظرية، أمر لا يبدو إلا عند التسوية النهائية لحساب المقاول، ولا يجوز أن يبحث في إطار تسوية جزئية لحساب أسعار المواد والمعدات التي ارتفعت أسعارها. وغني عن الذكر أنه يدخل في هذه التسوية النهائية البت في مطالبات المقاول، التي لم يبت فيها للآن، فإذا ظهر من هذه التسوية النهائية، تحقق الخسارة بالقدر الذي يتطلبة تطبيق النظرية كما سبق إيضاحه، كان من حق المقاول - نظير بقاء التزاماته كما هي - الحصول على معاونة من الإدارة؛ ذلك أن التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة لا يقوم على أساس التعويض الكامل عن الخسارة التي تحدث نتيجة الظرف الطارئ، بل على فكرة توزيع عبء الخسارة بين الإدارة والمقاول. وعلى أساس هذا يتعين أن يتحمل المقاول جانباً من الخسارة، وأن تتحمل الإدارة الجانب الآخر، ولو كان ما تتحمله هو الجانب الأكبر، ومن المألوف عند النظر في هذا التوزيع أن تراعى عدة اعتبارات، منها موقف المقاول إزاء الظرف الطارئ وما بذل من جهد في التغلب على العقبات، والاستمرار في تنفيذ أعمال العقد، والرأي فيما تم من ذلك، وكل ما تقدم يقوم على عناصر فنية موضوعية، المرجع فيها إلى الإدارة وإلى تقديرها، فالتعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة، لا يقوم على فكرة الخطأ، ولا تتحدد عناصره بما أصاب المقاول من خسارة وما فاته من ربح، وتنطبق عليه القواعد التي أوضحناها "راجع: فتوى رقم: (ف ت/٢/٢٢٧٩ بتاريخ ١٩ أغسطس ١٩٧٥) منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع خلال خمس سنوات - من ١٥ سبتمبر سنة ١٩٧٠ إلى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٧٥ - المجموعة الثانية - صفحة رقم: ٣١٦.

لذلك فإن على المتعاقد الذي قدمت الإدارة له العون، وساعدته على تجاوز المحنة التي مر بها أن يستمر في تنفيذ التزاماته رغم صعوبتها وإرهاقها ما دامت لم تصل لدرجة القوة القاهرة المسببة لفسخ العقد(٢٥).

ولمزيد من الإيضاح نقسم هذا المبحث ببيان أثر النظرية والذي ينحصر في التزام المتعاقد رغم قيام جائحة فيروس كورونا COVID-19 بالاستمرار في التنفيذ (مطلب أول)، والتزام الإدارة بتقديم المعونة إلى المتعاقد (مطلب ثانٍ)، وحق المتعاقد في الحصول على التعويض (مطلب ثالث) ونهاية الحوادث الطارئة (مطلب رابع). على النحو الآتي:

المطلب الأول
استمرار المتعاقد في تنفيذ التزاماته

إن اعتبارات حسن سير المرفق العام بانتظام واطّراد يحتم على طرفي العقد أن يستمرا في تنفيذ التزاماتهما رغم الظرف الطارئ.

ومن ثم لا يعفى المتعاقد من التزاماته المنصوص عليها في العقد لمجرد حدوث الظرف الطارئ " جائحة فيروس كورونا (COVID-19) " رغم الإرهاق الذي سببه هذا الظرف، طالما كان التنفيذ ممكناً ولم يصل إلى درجة الاستحالة.

وبناء على ذلك، فإن الارتفاع غير المتوقع في الأسعار لا يحول بين الملتزم أو المقاول أو المورد، وبين تقديم الخدمة أو القيام بالأشغال أو توريد الأشياء.

غير أن توقف المتعاقد عن مواصلة تنفيذ التزاماته رغم قدرته، يخول جهة الإدارة أن توقع عليه جزاءات، بما في ذلك غرامات التأخير، إضافة إلى حرمانه من التعويض، أو تقديم أية مساعدات(٢٦).

---

(٢٥) راجع: د. سليمان الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - مرجع سابق، ص ٦٨٩ وما بعدها، انظر كذلك: د. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٠ وما بعدها، وأنظر كذلك: د. محمد سعيد أمين: رسالة دكتوراة - جامعة شمس ١٩٨٣ - الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، ص ٦٢٤ وما بعدها.

(٢٦) وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه: "... من المبادئ المقررة أن العقود الإدارية تتميز بطابع خاص، مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد تسييره، وتغليب وجه المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، ولما كان العقد الإداري يتعلق بمرفق عام فلا يسوغ للمتعاقد مع الإدارة أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق بحجة أن ثمة إجراءات إدارية قد أدت إلى الإخلال بالوفاء بأحد التزاماتها، بل يتعين عليه إزاء هذه الاعتبارات أن =

المطلب الثاني
التزام الإدارة بمعاونة المتعاقد معها

نتيجة لالتزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد، رغم وجود الظرف الطارئ، فإن على الإدارة هي الأخرى أن تلتزم تجاهه بتحمل جزء من الخسارة التي تعرض لها المتعاقد؛ بسبب ذلك "جائحة فيروس كورونا (COVID-19)" وما رتبه من أثر لمساعدته على تخطيه، ومن ثم استمراره في التنفيذ، والذي يشكل هذا في حد ذاته ضمانة لقيام المرفق بتقديم خدماته للجمهور بانتظام وباطراد.

ويكون التعويض الذي تقدمه جهة الإدارة في هذه الحالة جزئياً ومؤقتاً حتى زوال الظرف الطارئ وعودة التوازن المالي للعقد؛ إما بزوال الظروف الطبيعية أو الاقتصادية التي كانت سبباً في إرهاق المتعاقد، أو من خلال إعادة النظر في شروط العقد من قبل الإدارة.

وعادة ما تلجأ الإدارة إلى هذا الأسلوب في عقود التزام المرافق العامة عندما تقبل زيادة الرسوم التي يتقاضاها الملتزم من المنتفعين بالمرفق العام الذي يديره وبالصورة التي تعيد التوازن المالي للعقد، وبهذه الطريقة تكون الإدارة قد أفلتت من دفع مبلغ التعويض من الأموال العامة(٢٧).

وإذا كان التزام الإدارة بمعاونة وتعويض المتعاقد أهم مظهر لتعاونهما في إدارة

= يستمر في التنفيذ ما دام ذلك في استطاعته، ثم يطالب الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها إن كان لذلك مقتضى، وكان له فيه وجه حق، فلا يسوغ له الامتناع عن تنفيذ العقد بإرادته المنفردة، وإلا حققت مساءلته عن تبعة فعله السلبي" راجع: حكمها في الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ١١ق، جلسة ١٩٦٩/٧/٥ المجموعة، السنة ١٤، ص ٩٣٢. كما قضت أيضاً بأنه: "ليس مؤدى تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها أن يمتنع المتعاقد فوراً عن تنفيذ التزاماته الواردة في العقد" راجع: حكمها في الطعن رقم ٢٥٤١ لسنة ٢٩ق، جلسة ١٩٨٥/١١/٣٠، مجموعة المبادئ في أربعين عام، مرجع سابق، ص ٤٤٩. كما ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري إلى أن: "... مؤدى تطبيق هذه النظرية - إذا توافرت شروطها - إلزام الإدارة المتعاقدة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة بحيث ترد إلى الحد المعقول وذلك ضماناً لتنفيذ العقد، فإذا توقف المتعاقد عن تنفيذ العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة بعد أن نفذ جزءاً منه، فإن دواعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتخلف بالنسبة له إذا كان يتعين عليه أن يستمر في التنفيذ حتى يحتفظ بحقه في المطالبة بتطبيق تلك النظرية إن توافرت شروط أعمالها" راجع: فتواها رقم ٢١١ بتاريخ ١٩٨٠/٢/٢٨ جلسة ١٩٨٠/٢/٦ ملف رقم ١٦٠/٧٥/٣٤ مجموعة المبادئ في أربعين عام، مرجع سابق، ص٤٥٦.

(٢٧) راجع: د. إبراهيم محمد علي - آثار العقود الإدارية - مرجع سابق، ص ٢٨٧.

المرفق، فإن التساؤل الذي يثور أنه هل يجوز للقاضي أن يعدل من شروط العقد لمواجهة الحوادث الطارئة؟

إن تطبيق مبدأ العقد شريعة المتعاقدين بصورته المعمول بها في نطاق القانون الخاص لا تناسب طبيعة تنفيذ العقود الإدارية، والتي يتصل تنفيذها بالمصلحة العامة حيث يقتضي تمام هذا التنفيذ وسرعته في آن واحد، فضلاً عن عدم قدرة القاضي المدني التعدي على اختصاص الإدارة وحقها، فلا يجوز له أن يعدل من شروط العقد، أو أن يأمر الإدارة بالقيام بعمل معين. وإنما دوره قاصر على تفسير الاتفاقات المبرمة بقصد العمل على احترامها دون تعديل شروطها. وإن هذا التعديل لا يجوز إلا باتفاق ودي مع الإدارة، فنظرية الظروف الطارئة لا يعرفها القضاء المدني في الكويت، وإنما يعرف فقط فكرة القوة القاهرة، أو الحادث الجبري الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة(٢٨).

أما في القضاء الإداري "المتمثل بالدوائر الإدارية" حيث الاختصاص بنظر القضايا المتعلقة بالمناقصات العامة (وما في حكمها) من عمليات الشراء العامة، وما يرتبط بها ويتفرع عنها من منازعات إدارية(٢٩).

---

(٢٨) أوردت المذكرة الإيضاحية للمرسوم رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني المنشور في الكويت اليوم العدد ١٣٣٥ - السنة السابعة والعشرون الأحد ٢٩ صفر ١٤٠١ هـ الموافق ٥ يناير (كانون الثاني) ١٩٨١. من أنه تعالج المادة (١٩٨) من المرسوم بالقانون رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ بإصدار القانون المدني، حالة إذا حدث، بعد انعقاد العقد، وقبل تمام تنفيذ الالتزام الناشئ عنه، أن وقعت نازلة استثنائية عامة، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد، وكان من شأن هذه النازلة أن أصبح تنفيذ الالتزام - وإن ظل ممكناً - شديد الإرهاق بالمدين، بحيث يهدده بخسارة فادحة، فإنه يجوز للقاضي، بناءً على طلب المدين، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول. وللقاضي، في هذا المجال، أن يُنقص في مدى التزام المدين، أو أن يزيد في الالتزام المقابل، على النحو الذي تقتضيه العدالة ويمليه التوفيق بين مصلحة الطرفين كليهما. والحكم الذي تقرره المادة ١٩٨ اعتباراً بأنه يضفي حماية فعالة على العاقد الذي بات بسبب ظرف طارئ لم يكن في الوسع توقعه، مهدداً بخسارة فادحة، يمس النظام العام، ومن ثم يقع باطلاً كل اتفاق على ما يخالفه. وإذا كان من شأن إعمال حكم المادة ١٩٨ أن تثبت للقاضي، في صدد العقد، السلطة في تعديل آثاره، متجاوزاً في ذلك حدود سلطته الأصيلة إزاءه، فإنه يجد مع ذلك مبرره القوى في أنه يتمثل رفقاً بمدين تعسر به الحظ، إذ شاءت ظروف طارئة غير متوقعة أن تهدده بخسارة فادحة بعيدة عن كل حسبان، وهو بهذه المثابة يتضمن تخفيفاً من شدة القانون وصرامة أحكامه، ويطبع تنفيذ العقد بطابع العدالة والرحمة والإنسانية.

(٢٩) (١) تنص المادة (٧٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة والمنشور في الجريدة الرسمية الكويت اليوم العدد ١٢٩٩ السنة الثانية والستون - الأحد ٢٦ شوال ١٤٣٧ هـ - ٢٠١٦/٧/٣١ " تحدد الجمعية العامة للمحكمة الكلية غرفة أو أكثر من غرف =

فإنه إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة مجتمعة كان للمتعاقد المضار أن يطلب من الجهة الإدارية مشاركته في الخسارة التي تحملها بتعويضه عنها تعويضاً جزئياً دون تعديل للالتزامات العقدية، ولا يستهدف هذا التعويض تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة في التعامل، وإنما أساسه أن تتحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من الخسارة المحققة الفادحة التي أصابت المتعاقد بغرض إعادة التوازن المالي إلى العقد ولضمان تنفيذه على الوجه الأكمل واستمرار سير المرفق العام الذي يخدمه تحقيقاً للصالح العام، ولا تعني الفكرة التوازن الحسابي، ولكن التوازن الشريف بين الالتزامات والحقوق، فإذا كان التوازن المالي أساساً للتعويض في نظرية عمل الأمير، فإن فكرة التوازن المالي بنظرية الظروف الطارئة يكملها مبدأ التعويض دون خطأ من جانب الإدارة على أساس المخاطر أو الغرم بالغنم(٣٠). وأن تقدير التعويض الذي يحقق التوازن المالي للعقد مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة.

المطلب الثالث
حق المتعاقد في التعويض

يجد حق المتعاقد في التعويض أساسه في الطبيعة الذاتية للعقود الإدارية، وما تتميز به من اتصالها الوثيق بالمرافق العامة، وضرورة سير هذه المرافق بانتظام واطراد.

وينشأ للمتعاقد الحق في التعويض منذ اللحظة التي يوجد فيها في مركز لا تعاقدي؛ أي منذ اللحظة التي يتجاوز فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان يمكن توقعه عند إبرام العقد.

= الدائرة الإدارية تختص بنظر القضايا المتعلقة بالمناقصات العامة (وما في حكمها) من عمليات الشراء العامة، وما يرتبط بها ويتفرع عنها من منازعات إدارية. وترتب بمحكمة الاستئناف دائرة أو أكثر متخصصة للنظر فيما يستأنف من الأحكام الصادرة من الدائرة الإدارية المشار إليها في الفقرة الأولى، ويكون حكمها باتاً لا يجوز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن. وتندب المحكمة الكلية قاضياً أو أكثر للحكم بصفة وقتية، ومع عدم المساس بأصل الحق، في المسائل التي تخشى عليها من فوات الوقت المتعلقة بالقضايا والمنازعات المشار إليها في الفقرة الأولى، وكذلك إشكالات التنفيذ الوقتية، وإصدار الأوامر على العرائض والأوامر الوقتية وأوامر الأداء المتعلقة بها. ويسري قانون المرافعات المدنية والتجارية والقوانين المكملة له على الدعاوى التي ترفع وفق أحكام هذا القانون، وذلك فيما لم يرد به نص خاص فيه".

(٣٠) (١) للمزيد حول موضوع المسؤولية الإدارية دون خطأ: راجع مؤلفنا القضاء الإداري وحدود مسؤولية الدولة عن أعمالها سلطاتها العامة بدولة الكويت (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى ٢٠١٩ - ص ٤٠٩ وما بعدها.

ويتم تقدير الخسارة التي تلحق المتعاقد في فترة الظروف الطارئة في ضوء الاعتبارات التالية:

يتعين على القاضي الإداري تقدير الخسارة التي تلحق المتعاقد في فترة الظروف الطارئة في ضوء الاعتبارات التالية:

١ – تحديد بداية ونهاية الظرف الطارئ:

بحيث لا يدخل في حساب الخسائر ما وقع منها قبل بداية الظروف الطارئة، أو الأرباح المحتملة في المستقبل(٣١).

٢ – تقدير الخسارة التي لحقت بالمتعاقد جراء الظروف الطارئة.

ينبغي ألا يكون من شأن تعويض المتعاقد مع الإدارة تحقيق إثراء له، حيث التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة لا يتناول ما فات المتعاقد من كسب، بل

---

(٣١) وقد طرحت مسألة زيادة في أسعار العطاءات المقدمة في المناقصات العامة، أو في أثمان العقود التي أبرمت مع البعض نتيجة لازدياد أسعار الشحن بسبب غلق قناة السويس، فقررت إدارة الفتوى والتشريع أن: "..الأصل هو التزام المناقص بمجرد تقديم عطائه، فلا يسمح له بتعديله أو بسحبه قبل انقضاء المدة المحددة لسريانه، وقد ردد القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ في شأن المناقصات العامة هذه القاعدة، فنص في مادته الرابعة والعشرين على أنه: "لا يسمح للمناقص بإجراء أي تعديل في هذا السعر بعد تقديم عطائه..."أما بالنسبة للمتعاقدين، فإنه وإن كانت العقود المبرمة معهم قد نصت على عدم التزام الحكومة بفروق الأسعار الناجمة عن أي طارئ من الطوارئ، فإن هذا الشرط لا يحول دون تعويض المتعاقد إذا توافرت للطارئ المدعى به شروط معينة، وذلك لما هو مسلم به في الفقه والقضاء من بطلان شرط الإعفاء من المسؤولية عن الظرف الطارئ، وعلى ذلك ففي خصوص الحالة المعروضة، لا يمنع العقد من النظر في هذه الطلبات، على أن يكون مفهوماً أن إجابتها وتقرير أحقية المتعاقدين في التعويض ألّا يتوافر لمجرد حدوث زيادة في أسعار الشحن، بل لابد لنشوء هذا الحق من أن تكون ثمة خسارة فادحة تفوق المألوف قد لحقت بالمتعاقد، على أن ينظر في تقدير هذه الخسارة إلى العقد ككل لا يتجزأ، إذ قد تكون بعض عناصر العقد مجزية بحيث تغطي عناصره التي تستتبع الخسارة، فإذا تحققت هذه الشروط تعين على الحكومة أن تعوض المتعاقد بدفع جزء من خسارته، وفيما عدا ذلك فليس له الحق في المطالبة بما فاته من ربح، أو بما تحمله من نفقات إضافية، أو خسارة لا تبلغ حد الخسارة الفادحة، وبناء عليها أولاً- فإنه لا يجوز للمناقصين إجراء أي تعديل في أسعار عطاءاتهم. ثانياً:- لا يجوز تعويض المتعاقدين عن زيادة أسعار الشحن، إلا إذا كانت هذه الزيادة قد ألحقت بهم خسارة فادحة بالنظر إلى العقد ككل لا يتجزأ" راجع فتواها رقم: ف ت/٨٥١/٢ (١٠ يوليو ١٩٦٧) منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع خلال عشر سنوات - من ١٥ سبتمبر سنة ١٩٦٠ إلى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٧٠ - صفحة رقم: ٢٦٠.

(٣٢) وقد قررت إدارة الفتوى والتشريع في بواكير فتاواها أن: ".. عقد توريد "صلبوخ" لدائرة

يقتصر على الخسارة التي لحقته جراء الظرف الطارئ، كما أنه لا يشمل الخسارة كلها، بل إن جزءاً منها يتحمله المتعاقد، والجزء الأكبر تتحمله جهة الإدارة، وهذا ما يميز نظرية الظروف الطارئة عن كل من نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة ونظرية عمل الأمير اللتين تقرران التعويض الكامل للمتعاقد مع الإدارة أي ما لحقته من خسارة وما فاته من كسب(٣٢).

ولتحديد الخسارة التي تعرض لها المتعاقد مع الإدارة في هذه الحالة، يتعين على القاضي إجراء موازنة بين أرباح المتعاقد وخسائره طوال فترة قيام الظرف الطارئ. ويؤخذ في الاعتبار، الفرق بين الأسعار الفعلية وقت التعاقد، والأسعار الجديدة، بحيث يخصم من قيمة الخسائر الناجمة عن الحادث الطارئ، ما يرجع إلى أخطاء المتعاقد في التنفيذ، كما يتعين تقدير الأرباح التي حققها المتعاقد قبل قيام الظرف الطارئ.

٣ – توزيع عبء الخسارة بين المتعاقد والإدارة:

إن مشاركة المتعاقد في الخسارة هي مشاركة رمزية، بينما الجزء الأكبر منها يقع على عاتق الإدارة، ويؤخذ في الاعتبار في توزيع عبء الخسارة بين الطرفين أي

الأشغال العامة عقد إداري من الوجهة القانونية؛ لاحتوائه على شروط تخالف المألوف في التعامل المدني، وهي من حق الدائرة في توقيع غرامة، قدرها خمس روبيات عن كل متر مكعب، ينقص عن الكميات المتعاقد على توريدها يومياً، وكذلك حق الرئيس في فسخ العقد في حالة مخالفة المتعهد لشروطه، ثم إتمام العمل مع إلزام المتعهد بالفرق في الثمن والمصاريف، وخصمه من أي مبلغ يستحق للمتعهد، وكذلك النص على أن حكم الرئيس أو أي شخص أو أشخاص يندبهم للتحكيم يكون نهائياً وملزماً. وما دام العقد على هذا الوجه إدارياً، وبالتالي يخول للحكومة ميزات لا تتوافر في العقود المدنية، فإن للمتعاقد الآخر أيضاً حقوقاً لا تتوافر له في العقود المدنية، وذلك طبقاً لنظريات العقود الإدارية، ومنها: نظرية الظروف الطارئة التي يمكن تطبيقها في الحالة المعروضة. وعلى أساس هذه النظرية يكون للمتعهد الحق في تعويض عن جزء من الخسارة الفادحة التي تلحقه نتيجة الظروف الطارئة التي لم تكن متوقعة عند التعاقد، ومن شروط هذه النظرية أن يكمل المتعقد التوريد كاملاً، فإذا تبين بعد ذلك أنه أصيب بخسارة فادحة عوض عن جزء منها، ومعنى ذلك أنه لا يكفي لزيادة الأسعار ألا يحقق المتعهد ما كان يرجو من ربح، كما لا يكفي أن يصاب بخسارة مألوفة إذ التجارة ربح وخسارة، بل يجب أن تكون الخسارة متجاوزة الحدود المألوفة في المعاملات - فإذا ما تحقق ذلك فإن الحكومة لا تلتزم بدفع كامل الخسارة بل هي تعاون المتعهد في تحملها بنسبة معينة، راجع: فتوى رقم: ف ت/٢/٥٦ (١٦/٩/١٩٦١) منشور في مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع خلال عشر سنوات - من ١٥ سبتمبر سنة ١٩٦٠ إلى ١٤ سبتمبر سنة ١٩٧٠ - صفحة رقم: ٢٠٩.

موقف المتعاقد من الظرف الطارئ "جائحة فيروس كورونا (COVID-19)" وما رتبه من أثر ومحاولته التغلب عليه، وموقف الإدارة من المتعاقد فيما يتعلق بتعديل شروط العقد.

وعلى الرغم من استقرار مجلس الدولة سواء في فرنسا أو في مصر على مبدأ توزيع الخسائر المترتبة على تحقق نظرية الظروف الطارئة، إلا أن قضاءهما لا يجري على قاعدة موحدة وثابتة بشأن تحديد نسبة معينة يتحملها كل من جهة الإدارة والمتعاقد معها.

ويراعى مجلس الدولة الفرنسي عند توزيع عبء الخسارة بين الطرفين اعتبارات كثيرة، منها: موقف المتعاقد في مواجهة الظرف الطارئ، ومدى ما بذله من جهد في التغلب عليه، إضافة إلى مدى الاستقرار الاقتصادي في الدولة عموماً، ومدى تعاون الإدارة أو تعنتها مع المتعاقد معها أو ضده.

المطلب الرابع
نهاية الحوادث الطارئة

يترتب على الحادث الطارئ، إما قيام الإدارة بدفع التعويض، أو تعديل العقد بالاتفاق بين الطرفين، وحينئذ ينتهي الحادث الطارئ، ويعود العقد إلى الوضع الطبيعي له.

غير أنه قد يستمر الظرف الطارئ فترة طويلة على نحو يعجز المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته في ظل استمرار ذلك الظرف، ولا يمكن للإدارة أن تستمر في دفع التعويض، فحينئذ يجوز لأى من الطرفين أن يلجأ إلى القاضي بطلب فسخ العقد. وعادة ما يستمر الظرف الطارئ فترة معينة ثم يزول، ولكن في بعض الأحوال قد يستمر قيام هذا الظرف فترة طويلة، الأمر الذي يجعل المتعاقد لا يستطيع الاستمرار في تنفيذ التزاماته في ظل استمرار ذلك الظرف، ونتيجة للطابع المؤقت لنظرية الظروف الطارئة، فإن مجلس الدولة الفرنسي – في هذه الحالة – عدل عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة وأوجد حلاً آخر – حكمه الشهير في قضية ترام شربورج – هو فسخ العقد، والذي قرر فيه:

١ – إذا ثبت فعلاً استحالة زوال الظرف الطارئ، فإن لكل من المتعاقدين الحق في الطلب من القاضي تسجيل الحالة، وإذا ما تم التسجيل تكون الإدارة في حل من دفع التعويض وفقاً لنظرية الظروف الطارئة.

٢ – يتفاوض المتعاقدان فيما بينهما بشأن مدى إمكانية تعديل بنود العقد بما يعيد إليه الحياة وإعادة التوازن المالي له.

٣ – إذا لم يتوصل المتعاقدان إلى حل بشأن عودة التوازن المالي للعقد الإداري، فلا مناص في هذه الحالة من الحكم بفسخ العقد إما بناء على طلب جهة الإدارة أو بطلب من المتعاقد معها، وقد يحكم القاضي أيضاً بالتعويض لمصلحة أي من الطرفين إذا اتضح له أن تعنت أحد المتعاقدين هو السبب في عدم الوصول إلى اتفاق جديد لاستعادة التوازن المالي له(٣٣).

الخاتمة:

وُجدت نظريات التوازن المالي عموماً ومنها نظرية الظروف الطارئة، لكي تساهم مساهمة فعلية في استهداف الصالح العام من خلال معاونة المتعاقد مع الإدارة في تجاوز مختلف الظروف التي يمر بها، وما يستتبع ذلك من ضمان استمراريته في مواصلة تنفيذ التزاماته، ومن ثم الحفاظ على حسن سير المرفق العام وانتظامه.

ولقد أرسى القضاء الإداري الشروط التي يتعين تحققها، حتى يمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة، كما ساهم الفقه بإضافة بعض الشروط الأخرى.

ومن حيث إن قرار مجلس الوزراء رقم ٣٩١/٤/أ السالف البيان قد صدر لمواجهة الظروف التي تمر بها البلاد والعالم أجمع لمواجهة التطورات والتداعيات المترتبة على انتشار فيروس كورونا المستجد والإجراءات الاحترازية من هذا الوباء واتخاذ كافة التدابير للحد من التجمعات وأسباب نشر العدوى لهذا الوباء، ضماناً لصحة المواطنين والمقيمين، ولقد ترتب على صدور هذا القرار تعطيل العمل في جميع الوزارات والجهات الحكومية والهيئات والدوائر والمؤسسات العامة، وقد كان لها

(٣٣) يذهب بعض الفقه إلى أن حكم مجلس الدولة الفرنسي هذا يكشف عن مدى تأثر هذا المجلس بمبادئ العدالة واعتبارات النفع العام، فاعتبارات النفع العام تحتم حماية المال العام وعدم تبديده بإجبار الإدارة على المساهمة المادية في مرفق عام أصبح غير قابل للحياة. أما مبادئ العدالة فتقضي بالمساواة بين حقوق طرفي الرابطة العقدية، وذلك من خلال السماح لكل من المتعاقد والإدارة التقدم بطلب فسخ العقد في حالة قلب التوازن المالي له، فلم يقتصر طلب الفسخ على الإدارة فقط وإنما يشمل المتعاقد معها، وهذا بلا شك مظهر واضح من مظاهر العدالة التي يتسم بها قضاء المجلس في هذا الشأن. كما أن مبادئ العدالة تستلزم أيضاً - إلى جانب فسخ العقد - الحكم بالتعويض لصالح أحد المتعاقدين، إذا تكشف موقف المتعاقد الآخر عن تعنت كان هو السبب في عدم الوصول إلى اتفاق جديد يستعيد وجه العقد توازنه المالي. راجع: د. محمد سعيد أمين: الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، مرجع سابق، ص٦٤٣.

أثرها في توقف الشركات المتعاقدة مع الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية وتقديم خدماتها خلال فترة العطلة.

لذلك فإن تحديد وبيان حقوق المتعاقدين مع الإدارة خلال فترة العطلة، وتعليق رحلات الطيران التجاري وإغلاق الحدود وتنظيم وتقييد حركة المرور والتجول، يقتضي الرجوع أولاً إلى الشروط التعاقدية لبيان ما إذا كانت هذه الشروط قد تضمنت حكماً ينظم حقوق الطرفين في هذا الخصوص، فإذا وجد نص ينظم ذلك فإنه يتعين الالتزام به بالنظر إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، فيعتبر بالنسبة إلى عاقديه بمثابة قانون خاص بهما وإن كان منشأه الاتفاق وتكون أحكامه تبعاً لذلك هي المرجع في تحديد حقوق والتزامات كل طرف قبل الآخر، بحسب المشرع في دولة الكويت استن أصلاً من أصول القانون ينطبق في العقود المدنية والإدارية على حد سواء مقتضاه أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، وأن تنفيذه يجب أن يكون طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق ومقتضيات حسن النية. ومن ثم فإن حقوق المتعاقد مع الإدارة تتحدد وفقاً لنصوص العقد والشروط العامة للتعاقد، ومرد ذلك أن ما اتفق عليه طرفا العقد وما تضمنته الإجراءات السابقة على التعاقد هو الشريعة التي تلاقت عندها إرادتهما ورتب على أساسها كل منهما حقوقه والتزاماته.

أما إذا لم يوجد نص ينظم تلك الحقوق خلال تلك الفترة وجب تنفيذ العقد مع الظروف الطارئة حتى وإن أصبح شاقاً للمتعاقد مع الإدارة، وهذه المشقة توازن بحق المتعاقد في التعويض، وليس بانقضاء الالتزام حتى لا يتوقف سير المرفق العام.

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

ولذلك فإننا نخلص بعد استعراض هذه الدارسة إلى أنه ومتى اكتملت كافة الشروط المتطلبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية المبرمة في دولة الكويت نتيجة جائحة فيروس كورونا COVID-19 وما رتبته من آثار، تعين فحص كل عقد على حدة، للوقوف على مدى تأثير الجائحة على العناصر المرتبطة بالعقد بدرجة كافية، التي من شأنها إحداث النتيجة، وهي قلب اقتصاديات العقد قبل تمام تنفيذه، مع ضرورة التيقن من ثبوت خسارة المتعاقد مع الإدارة، خسارة تتعدى مجرد تفويت فرصة تحقيق الربح، وتتجاوز قدر الخسارة العادية في الظروف الطبيعية، ويكون

تحديدها عند حساب النتيجة النهائية التي حققها من العقد، فإذا انحصر أثر جائحة فيروس كورونا COVID-19 في تفويت فرصة الربح على المتعاقد، فإنه لا يكون هناك إرهاق يستوجب تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

وعلى ذلك إذا تم التيقن من ثبوت تأثير جائحة فيروس كورونا COVID-19 على العقد فإنه يتم تقدير خسارة المتعاقد في ضوء كافة عناصر العقد، بحيث يفحص العقد في مجموعه، إذ قد يكون بعض هذه العناصر مجزياً ومعوضاً عن العناصر الأخرى التي أدت إلى الخسارة، فقد يُصار إلى تعديل أو تمديد العقد من دون أي أعباء مالية بالاتفاق بين الطرفين، إذا قدرت السلطة المختصة إمكانية قيام الشركة المتعاقدة إتمام التنفيذ مع أخذ التعهدات اللازمة عليها بعدم أحقيتها في أية مطالبات مالية أو فروق أسعار عن المدة التي تم الموافقة عليها، مع إلزامها بتمديد الكفالة البنكية لمدة مماثلة، وحينئذ ينتهي الحادث الطارئ، ويعود العقد إلى الوضع الطبيعي له.

غير أنه قد يستمر الظرف الطارئ فترة طويلة على نحو يعجز المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته في ظل استمرار ذلك الظرف، ولا يمكن للإدارة أن تستمر في دفع التعويض، فحينئذ يجوز لأي من الطرفين أن يلجأ إلى القاضي بطلب فسخ العقد.

هذا ما تيسر إيراده، فما كان من توفيق فمن الله عز وجل، وما كان من نقص أو نسيان فمني ومن الشيطان.

وختاماً نسأل الله أن يرفع البلاء عن وطننا العزيز وعن كافة بلاد المسلمين والبشرية جمعاء، وأن يحرسنا جميعاً بكريم عنايته ولطفه ويحفظنا من كل سوء ومكروه.

المراجع

أولاً – المراجع والمصادر:

- د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية – دار النهضة العربية ٢٠٠٣.
- د. جابر جاد نصار: العقود الإدارية، الطبعة الثانية، الناشر: دار النهضة العربية.
- د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، الطبعة الخامسة، ١٩٩١.
- د. سعيد السيد علي: نظرية الظروف الطارئة، دون دار نشر، ٢٠٠٥.
- د. عبد السلام الترمانيني: نظرية الظروف الطارئة، دار الفكر، دون سنة نشر.
- د. عبد الله حباب الرشيدي: العقود الإدارية النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، مع شرح القانون رقم ٤٩ لسنة ٢٠١٦ بشأن المناقصات العامة ولائحته التنفيذية، الطبعة الأولى ٢٠١٧.
- د. عبد الله حباب الرشيدي: القضاء الإداري وحدود مسؤولية الدولة عن أعمالها سلطاتها العامة بدولة الكويت (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ٢٠١٩
- د. محمد فؤاد عبد الباسط: العقد الإداري (المقومات – الإجراءات – الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٦،
- د. محمد محي الدين إبراهيم سليم: نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.
- د.محمد رشيد قباني: نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الأولى، العدد الثاني، ١٩٨٠

ثانياً – الرسائل العلمية:

- د. علي محمد علي عبد المولى: الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس ١٩٩١.
- د. محمد سعيد أمين: الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ١٩٨٣.

ثالثاً – المجلات ومجموعات الأحكام:

- مجلة القضاء والقانون، محكمة التمييز، المكتب الفني.
- مجموعة القواعد القانونية، محكمة التمييز، المكتب الفني.

- مجموعة المبادئ التي قررتها إدارة الفتوى والتشريع، مجلس الوزراء.
- موقع مؤسسة العدالة: www.adala.com.kw

The administration's commitment to assist the contractor in the administrative contract Because of the pandemic of the Crohna virus (COVID-19) An applied study on the State of Kuwait

Dr. Abdullah Habab Al-Rashidi

This study comes in response to a national duty, and another academic in response to the announcement of the Law Journal of Kuwait University - to which I owe an educational preference - for researchers and thinkers to issue a tight number dedicated to research on the subject of the CroVa pandemic (COVID-19), its effects and results and what it produces from legal problems in anticipation of solutions for it . Where official global statistics indicate the infected of more than two million people and the death of nearly one hundred and fifty thousand people (as of this writing) For this reason, the precautionary measures taken by the countries, including the State of Kuwait, have been pursued, starting with the suspension of commercial flights, the closure of borders, the regulation and restriction of traffic and wandering in a manner conducive to the emergence of problems regarding the non-exemption of the contractor from his obligations stipulated in the contract simply because of the occurrence of the emergency circumstance despite the exhaustion that caused this. The emergency circumstances, as long as the implementation was possible and did not reach the degree of impossibility. Although this circumstance is outside the control of the contractor with the administration, and he was not able to expect it at the time of the contract, and it may result in the implementation of the contract being extremely stressful for him, in a manner that necessitates his assistance in a manner that allows him to continue to implement the contract. This is what justice requires and dictates the reconciliation of the interests of both parties. The implementation of the contract is of a nature of justice, compassion and humanity