المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد

المجلد: 05 العدد: 02 السنة: 2020 الصفحة: 01-31

آثار التدابير الوقائية لمواجهة جائحة كورونا على تنفيذ العقود في الجزائر
– دراسة تحليلية مقارنة –

The effects of preventive measures to deal with the coronavirus pandemic on the execution of contracts in Algeria
- comparative analysis study -

عباس صادقي *

المركز الجامعي بإليزي – الجزائر–

Abbes_sadeki@yahoo.com

تاريخ الإستلام: 26/ 09/ 2020 تاريخ القبول: 26/ 11/ 2020 تاريخ النشر: 27/ 12/ 2020

الملخص:

لقد أدت تدابير الوقاية من فيروس كورونا كالحجر المنزلي والمنع من التنقل وغلق الحدود والأسواق والمنشآت...إلى طرح التساؤل عن مدى تأثير هذه التدابير على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وعن الحلول القانونية والقضائية التي تؤطر العلاقة بين المتعاقدين عند تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف إبرامه، في العقود المدنية والعقود الإدارية؟

وقد خلص البحث إلى نتيجة مفادها أن تأثير تدابير الوقاية قد يستدعي تطبيق نظريتي الظروف الطارئة أو القوة القاهرة بالنسبة لمختلف العقود، وامكانية تطبيق نظرية عمل الأمير أيضا بالنسبة للعقود الإدارية. مع دراسة شروط تطبيق هذه النظريات خاصة " شرط عمومية للحدث الخارجي " و" شرط عدم توقع الحدث " وما تثيره من صعوبات عند إسقاطها على تدابير مواجهة جائحة كورونا.

الكلمات المفتاحية: (covid19)، العقود، القوة القاهرة، الظروف الطارئة، عمل السلطة.

Abstract:

*Covid **19** prevention measures, such as national quarantine, movement prevention, border, market and facility closures…, have raised, in practice, the question of the impact of these measures on the performance of contractual obligations, and of legal and judicial solutions relating to the relationship between the contractors once the terms of the contract aremodified, both civil and administrative contracts.*

* **المؤلف المرسل.**

In the face of these rapid changes, it has been concluded that the impact of these measures requires the full application of the theory of unforeseeability, or even force majeure, for all these contracts, and the possibility of applying the prince's effect theory also for administrative contracts, taking into account the related conditions, particularly «a general condition for the external event» and «a condition of not anticipating the event», but without forgetting the difficulties that arise from their application in the face of the coronavirus pandemic.
Key Words: *covid 19, contracts, force majeure, theory of unforeseeability, fact of the prince.*

المقدمة:

تتخذ الدول إجراءات وقائية تهدف لمنع العدوى بالفيروسات والأمراض المعدية، وهي تختلف في شدتها أو مرونتها تبعا لطبيعة الخطر المحدق بالصحة العامة. وإذا كانت الوقاية من الأمراض المعدية المعروفة في العقود السابقة لم تستلزم من الإجراءات ما يكاد يوقف الحياة العامة لأشهر أو لأسابيع في جانبها الاقتصادي والاجتماعي، فإن الوقاية من عدوى الفيروس التاجي كورونا قد بلغ هذا الحد أو يقترب منه في أغلب دول العالم.

أولا: موضوع الدراسة.

إن معظم الأنشطة الاقتصادية والصناعية باتت تمارس عن طريق إبرام العقود بين الأفراد أو بينهم وبين الدول وهيئاتها، وقد أدت بعض إجراءات الوقاية المذكورة إلى التأثير المباشر على مسار تنفيذ تلك العقود، سواء التأخير في تنفيذها، أو فرض تنفيذها على نحو مغاير لما اتفق عليه الأطراف، أو المنع من مواصلة تنفيذها أصلا. وهذا الوضع الذي فرض نفسه على أغلب الدول ومنها الجزائر استدعى ضرورة البحث في تكييف تدابير الوقاية وإعطاء الوصف الصحيح لها، وبالتالي التعرف على الأحكام القانونية التي تنظم أثرها عند تنفيذ العقود، ودراسة مدى كفايتها وفاعليتها.

ويشار إلى أن مختلف الدول قامت باتخاذ إجراءات الوقاية من انتشار فيروس كورونا، ونخص بالذكر فرنسا التي أصدرت هذه الإجراءات بموجب بعض القوانين أهمها القانون 2020-290 المؤرخ في 24-03-2020[1]. وفي الجزائر تم تنظيم إجراءات وتدابير الوقاية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 20-70 المؤرخ في 24 مارس 2020[2]. أما في مصر فقد تم تنظيم تلك التدابير بموجب عدة قرارات أولها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 768 لسنة 2020[3]. وقد قررت هذه النصوص-على تفاوت فيما بينها-إجراءات الحجر المنزلي وتقييد حركة التنقل وغلق جزئي أو كلي لبعض المرافق والهيئات والمنشآت العامة والخاصة...أما بالنسبة للاجتهادات القضائية، فقد كان لمحكمة Cour d'appel de Colmar الفرنسية في

[1] Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF n°0072 du 24 mars 2020.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 20-70 المؤرخ في 24 مارس 2020، المعدل والمتمم الصادر في الجريدة الرسمية عدد 2020/16.

[3] قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 768 لسنة 2020، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 12 مكرر ب في 24 مارس 2020.

حكمها الصادر بتاريخ 12 مارس 2020 مؤشر هام "حيث اعتبر أن غياب الشخص عن المثول أمام جهات القضاء بسبب تدابير الحجر المنزلي يكتسي طابع القوة القاهرة"[1] أما مجلس الدولة المصري فقد أقر منذ سنة 2015 "بمشروعية اتخاذ الدولة لكل الاجراءات الوقائية لمكافحة الأوبئة، معتبرا إياها من الظروف الاستثنائية."[2]

ثانيا: إشكالية الدراسة.

يدفع إقرار تدابير الوقاية المشار إليها لطرح إشكالية أساسية تكمن فيما يلي: إلى أي مدى تؤثِّر أهم تدابير الوقاية الصحية من انتشار الفيروس التاجي (covid19) على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وما هي الحلول القانونية والقضائية التي تؤطر العلاقة بين المتعاقدين عند تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف إبرامه، في العقود المدنية والعقود الإدارية وفقا للقانون الفرنسي والمصري والجزائري ؟

ثالثا: أهمية الدراسة.

يكتسي موضوع البحث أهميته من جوانب متعددة:

1-حيث تعد ظاهرة انتشار فيروس على النحو الذي عليه فيروس كورونا حدثا غير مسبوق، قد يؤدي لإعادة النظر في مدى كفاية النظريات المقررة لحفظ توازن العلاقات العقدية في مرحلة تنفيذ العقد،

2-إن الدراسة المقارنة لأثار تدابير الوقاية المذكورة من شأنها إظهار الفوارق بين العقود المدنية والعقود الإدارية سواء من حيث شدة التأثر، أو من حيث تنوع الضمانات المقررة لصالح الطرف المضرور-بفعل الأحداث الخارجة عن إرادته-في كلا النوعين من العقود.

رابعا: أهداف الدراسة.

يسعى البحث لتحقيق هدفين أساسيين:

1-إعطاء الوصف المناسب لتدابير الوقاية من فيروس كورونا وبالتالي معرفة وسائل حفظ التوازن بين المتعاقدين في مرحلة تنفيذ العقد، واستخلاص أوجه القصور التي تشوبها.

2-إظهار أواصر الترابط والتبادل بين القانون المدني والقانون الإداري: حيث أن نظام ازدواجية القانون الذي تأخذ به بعض الدول، كالجزائر ومصر وفرنسا، نتج عنه تمييز القواعد القانونية المنظمة للعقود الإدارية عن نظيرتها في العقود المدنية، وتعددت الحلول القانونية والقضائية التي تنظم أحكام كلا النوعين من العقود عندما تتغير كليا أو جزئيا ظروف تنفيذها عما كان عليه الحال عند إبرامها، بسبب أحداث خارجة على إرادة الأطراف، كانتشار الأوبئة مثلا... إلا أن تعدد تلك الحلول لا يقطع الصلة بين القانونين.

---

[1] CA Colmar, 12 mars 2020, RG n°20/01098 (Date de lecture 27-05-2020 à l'heure 20:00) Lien: https://www.doctrine.fr/d/CA/Colmar/2020/C8A8F3A305EEEBB31F249

[2] حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 22 فبراير 2015، الدعوى رقم 6112 لسنة 10 قضائية. في التعليق على الحكم ينظر: المستشار محمد عبد الوهاب خفاجي، تشريعات الصحة الوقائية ووعي الأمة المصرية وتماسكها عبر تاريخها في مواجهة الأوبئة تحصين من فيروس كورونا وتأمين لصحة المواطنين، المحكمة الإدارية العليا، مصر، 28-03-2020، ص ص. 33-38.

خامسا: منهجية الدراسة.

محاولة للإجابة على إشكالية البحث يتم اتباع المنهج التحليلي عند ذكر النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، ومعرفة خلفياتها واتجاهاتها، والعوامل المؤثرة التي دفعت لتطور تقنيات التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد. كما يتم اعتماد المنهج المقارن لمعرفة مدى التقارب بين الحلول القانونية والقضائية لمسألة البحث في كل من فرنسا ومصر والجزائر.

سادسا: خطة الدراسة.

رغبة في الاحاطة بجوانب البحث، ومراعاة لأهمية العناصر التي سيتم التطرق لها، يستحسن الإشارة في مبحث تمهيدي لتعريف العقد المدني والعقد الإداري ومعايير التمييز بينهما، ثم التطرق لنظرية القوة القاهرة كنظرية قابلة للتطبيق على مختلف العقود واستخلاص مدى امكانية تحققها على تدابير الوقاية من جائحة كورونا، ثم بحث نظريتي الظروف الطارئة وأعمال السلطة "عمل الأمير" باعتبارهما من النظريات التي ساهم القضاء الإداري في إيجادها وتطويرها، وبحث مدى قبول إدراج جانب من تدابير الوقاية من جائحة كورونا ضمن هتين النظريتين، وذلك فق الخطة التالية:

المبحث التمهيدي: ماهية العقود المدنية والإدارية.

المبحث الأول: تدابير الوقاية من جائحة كورونا باعتبارها قوة قاهرة.

المبحث الثاني: تدابير الوقاية من جائحة كورونا باعتبارها ظروفا طارئة أو عمل من أعمال السلطة.

المبحث التمهيدي: ماهية العقود المدنية والإدارية.

يكتسي التمييز بين العقد المدني والعقد الإداري أهمية بالغة، فمن خلاله يتم تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات الناشئة عن العقد، ومعرفة القواعد القانونية واجبة التطبيق. وفيما يلي يتم التطرق لتعريف كلا العقدين (المطلب الأول)، ولمعايير التمييز بينهما (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف العقد المدني والعقد الإداري.

يُعرَّف القانون المدني الفرنسي في المادة 1101 منه العقد بأنه "اتفاق إرادات بين شخصين أو أكثر يهدف إلى إنشاء التزامات أو تعديلها أو نقلها أو إبطالها"[1]. وقبل تعديل هذه المادة سنة 2016 كانت تنص على أن العقد " اتفاق يتعهد بموجبه شخص أو أكثر تجاه شخص أخر أو أكثر بمنح، أو بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل "[2]. أما المشرع المصري فلم يُعرّف العقد. وعرَّفه القانون المدني الجزائري في المادة 54 منه بأنه: " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح، أو فعل، أو عدم فعل شيئ ما ".

[1] تنص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي–الحالي–على ما يلي:

" Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ".

[2] تنص المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي–قبل تعديل2016– على ما يلي:

" Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ".

وقد عرَّف الفقهاء[1] العقد المدني بأنه " توافق إرادتين أو أكثر على احداث أثر يرتبه القانون "، وبأنه " ارتباط الايجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون ". ويعرف الأستاذ السنهوري العقد بأنه: " توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله "[2]، كما يعرف أيضا بأنه " الاتفاق المنشئ للالتزام "[3].

أما في القانون الإداري، فيتم التفريق في الدول الأخذة بنظام ازدواجية القانون والقضاء بين نوعين من العقود التي تبرمها الإدارة العامة: عقود الإدارة: وهي تلك العقود "التي تبرمها الإدارة العامة بنفس الطريقة التي تُبرم بها العقود بين الخواص" ومثلها عقود ايجار المحلات والسكنات..."[4]. ففي هذه العقود تُقدِّر الإدارة العامة أن اتِّباع قواعد القانون الخاص كافٍ لتلبية احتياجاتها وتحقيق مصالحها، وليس هناك داعٍ لاستحضار مظاهر السلطة العامة وتضمينها في العقد. والعقود الإدارية "تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة"[5]، وهي العقود "التي يكون أحد طرفيها إدارة عامة، وتهدف لتحقيق المصلحة العامة، وتتضمن شروطا استثنائية غير معروفة في نطاق القانون الخاص"[6].

ولا يقوم العقد المدني أو الإداري إلا بتوافر أركانه وهي الإرادة والمحل والسبب. وبتوافر ركن الشكل أيضا إذا كان القانون يتطلب إفراغ العقد أو إبرامه وفقا لشكل محدد.

المطلب الثاني: معايير التمييز بين العقود المدنية والعقود الإدارية.

لقد ظهرت عِدَّة معايير للتمييز بين العقود الإدارية التي تخضع لقواعد القانون العام، وبين العقود التي تُبرم وفقا لقواعد القانون الخاص. وفيما يلي يتم التطرق للمعيار التشريعي (الفرع الأول)، ثم للمعايير الفقهية والقضائية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المعيار التشريعي (العقود الادارية بتحديد القانون)

قد تُضفي التشريعات وصف العقود الإدارية على طوائف معينة من العقود التي تبرمها الدولة، وبصفة خاصة، عند رغبة الأخيرة في تبني أساليب القانون العام وعقد الاختصاص للقضاء الاداري. وقد ظهر هذا التحديد " أول مرة " عندما نص المشرع الفرنسي في قانون السنة الثامنة على أن " عقود بيع الأملاك المصادرة أثناء الثورة والعائدة للرهبان والمهاجرين هي عقود إدارية، يكون الاعتراض عليها أمام مجلس الدولة"، وكان ذلك راجع أساسا لرغبة حكومة نابليون في أن يفصل القضاء الإداري في هذه

[1] عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الأول، نقابة المحامين، مصر، 1984، ص. 33.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، "مصادر الالتزام: العقد – العمل غير المشروع – الاثراء بلا سبب – القانون"، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952، ص. 122.

[3] حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في: نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، مصر، 1943، ص. 44.

[4] ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المُجدِّد، سطيف، الجزائر، د س ط، ص. 199.

[5] محمد رضا جنيح، القانون الإداري، ط2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص.50.

[6] وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص. 01.

المنازعات، وفي تلك الحقبة كان القضاء الاداري في نشأته، وكان يميل بصورة كاملة لتغليب وجهة نظر "الحكومة" والانتصار لآرائها[1]. وقد توالت التشريعات في هذا الاتجاه. ولا يزال معمولا بفكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية، ففي فرنسا نص قانون الطلب العمومي[2] على أن " العقود التي تبرمها الهيئات العامة الخاضعة للقانون العام، والتي ينظمها هذا القانون، هي عقود إدارية ". أما في مصر فقد نص القانون رقم 9 لسنة 1949 على أن " تفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد ". وفي الجزائر وعلى سبيل المثال، فقد نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-50[3] على أنه " إذا تكوَّنت مستثمرة فلاحية جماعية أو فردية بصورة قانونية ...وجب أن تثبت الحقوق العقارية الممنوحة في هذا الإطار للمنتجين المعنيين دون تأخير بإعداد العقد الإداري المذكور في الفقرة الأولى أعلاه. وهذا العقد الذي تُعدُّه الادارة المكلفة بأملاك الدولة يحدد الأساس العقاري الذي يمارس عليه حق الانتفاع الدائم الممنوح للمنتجين الفلاحين...".

وقد تعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية "لكثير من النقد، حيث أن بعض العقود قد لا تتلاءم مع التكييف الذي يسبغه المشرع عليها، وقد تكون في حقيقتها أقرب إلى العقود المدنية"[4]. كما لا يمكن النص كل العقود الإدارية قانونا، لذلك ساهم القضاء الإداري معزَّزا بآراء الفقه في وضع معايير لتمييزها.

الفرع الثاني: التحديد الفقهي والقضائي للعقود الإدارية.

نظرا لما شهده التحديد القانوني للعقود الادارية من اضطراب ونقد، اتجه القضاء والفقه لوضع معايير أخرى لتمييز هذه العقود. ويمكن القول بأن القضاء الإداري المقارن اعتبر أن العقد "الذي تكون الإدارة طرفا فيه، ويهدف لتسيير أو إدارة مرفق عام، ويتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، يُعدُّ عقدا إداريا". ولئن كان شرط أن تكون الإدارة العامة طرفا في العقد لم يُثر كبير خلاف، فإن شرطا تعلق العقد بمرفق عام، واحتواؤه شروطا استثنائية، كانا محل تطورات وتجاذبات قضائية وفقهية.

1-أن تكون الإدارة العامة طرفا في العقد:

من البديهي أن العقد لا يوصف بالإداري إلا لكون الإدارة العامة طرفا فيه، والإدارة العامة هي الدولة، والولاية، والبلدية، والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري، وما يقوم مقامها من أشخاص القانون

---

[1] مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2002، ص. 34.

[2] تنص المادة L6 من قانون الطلب العمومي على ما يلي:

" S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs, …"

[3] مرسوم تنفيذي رقم 90-50 مؤرخ في 6 فبراير 1990، يحدد شروط اعداد العقد الاداري الذي يثبت الحقوق العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحين في إطار القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987، ج ر 1990/6، مؤرخة في 7-2-1990.

[4] مازن ليلو راضي، المرجع السابق ص. 36.

العام. وقد تقوم هذه الهيئات بإبرام عقودها بنفسها، كما قد ينوبها في ذلك هيئة خاضعة للقانون العام، بل وحتى للقانون الخاص. وفي هذه الحالة تتصرف تلك الهيئة بكونها نائبة عن الإدارة العامة ومتعاقدة لصالحها، وفي مثل هذه الحالات، وعلى الرغم من افتراض ابرام العقد بين طرفين خاضعين للقانون الخاص، فقد يكون العقد إداريا. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بمصر "...من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه

العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري..."[1].

2-أن يتعلق العقد بالمرفق العام:

إن من أعقد المفاهيم في مجال القانون الإداري مفهوم المرفق العام، خاصة وأن هذا الفرع من فروع القانون (القانون الإداري) تم اعتباره ولمدة طويلة قانون المرافق العامة، وتم ربط مجال ونطاق الموضوعات المدرجة تحت مظلته بتلك المرتبطة بتسيير وإدارة وإنشاء واستغلال تلك المرافق. حيث يرى البعض "أن موضوع العقد الإداري هو المرفق العام"[2]. ويعرف البعض المرفق العام بأنه: " النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقا للصالح العام"[3]. وأمام تطور تعريفات المرفق العام الناتج عن تطور وظيفة الدولة كان لزاما طرح التساؤل عن طبيعة الأنشطة المتجددة وما إذا كانت تؤلف مرفقا عاما أم لا؟

إجابة على ذلك يرى جانب من الفقهاء بأنه في حالة وضوح النص فإن الرجوع إليه ومعرفة نية المشرع هو الفيصل في تحديد طبيعة النشاط وتحديد كونه من المرافق العامة. أما في حالة عدم وضوحه فإنه على القاضي استنتاج نية المشرع، وبهذا الصدد فقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في قرار Narcy الشهير عدة شروط للقول بأن النشاط يشكل مرفقا عاما ولو قامت به مؤسسة خاصة[4]، وهذه الشروط هي: أن تمارس الإدارة حق الرقابة على طريقة انجاز النشاط، وأن تسهل الإدارة عمل تلك المؤسسات التي تعمل في سبيل المصلحة العامة. وأن تُمنح تلك المؤسسات بعض امتيازات السلطة العامة. وأن تخضع لرقابة سلطة الوصاية.

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 7مارس 1964، مجموعة مجلس الدولة، السنة 9، ص. 763. مشار إليه: حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص. 566.

[2] علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص.297.

[3] مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص. 43.

[4] Sébastien HOURSON, Service public exploité par une personne privée, Revue générale du droit, 2008, (Date de lecture 25-05-2020 à l'heure 20:00) Lien : https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/02/09/service-public- une-personne-

وخلافا لما سبق، قد تخضع بعض المرافق العامة للقانون الخاص، وتكون العقود التي تتصل بها عقودا خاصة، وذلك بالنسبة للمرافق العامة الصناعية والتجارية، وهذا الوضع ترتب عن تغير وتطور وظيفة الدولة الكلاسيكية، حيث يمكن لبعض المؤسسات الخدمية والانتاجية المملوكة للدولة أن تمارس نشاطا مربحا بنفس الكيفية التي يمارس بها الخواص أنشطتهم، وعلى هذا الأساس تحتكم لقواعد القانون الخاص.

3-أن يتضمن العقد شروطا استثنائية:

إن تكافؤ المصالح الخاصة في العقود المدنية لا يبرر للطرفين تفوق أحدهما عن الآخر، بخلاف العقود الإدارية التي تتميز فيها المصلحة العامة بالأولوية دون إهدار المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، ولضمان تحقيق تلك المصلحة العامة " تتقرر" للإدارة سلطة وضع بعض الشروط والأحكام التي توصف "بالاستثنائية"، وقد عرفها البعض بأنها " الشروط التي لا يستطيع الأفراد إدراجها في عقودهم" وذلك" لارتباطها بفكرة السلطة العامة "، وقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ramon في حكمه الصادر بتاريخ 6-11-1953 بأنها " الشروط التي تخول السلطة العامة حقوقا غير مألوفة في القانون الخاص "[1].

وقد صنَّف البعض[2] الشروط الاستثنائية إلى صنفين، صنف أول يُعبِّر عن امتيازات السلطة العامة كسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حال اخلاله بالتزاماته، وسلطتها في تنفيذ قراراتها مباشرة في مواجهته. أما الصنف الثاني فهو الشروط الاستثنائية غير المألوفة، ومثلها سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وحق المتعاقد في اعادة التوازن المالي الناتج عن ذلك التعديل.

هذا وقد اعتبر البعض بأن العقد الإداري يتم تعريفه وفقا لمعيارين الأول معيار عضوي يفترض وجود شخص عام طرف في العقد، والثاني معيار موضوعي (مادي) ينظر فيه لارتباط العقد بالخدمة العامة، أو باحتوائه شروطا غير مألوفة في العقود الخاصة[3]. وعن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يقول الدكتور مازن ليلو راضي في كتابه " دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري "[4] ما يلي: " إن المعيار الحقيقي لتمييز العقد الإداري هو معيار تخييري مُناط بقاضي الموضوع يقوم على ثلاث مبادئ أساسية هي: أن اشتراك المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته، تضمن العقد شروطا غير مألوفة، خضوع العقد لنظام قانوني غير مألوف. ففي حالة اشتمال العقد **على أحد هذه المبادئ** فإن العقد يُعدُّ عقداً إدارياً، أما إذا كان خاليا منها جميعا فهو

عقد من عقود القانون الخاص ".

وتتأثر العقود، إدارية كانت أومدنية، بتغير الظروف بعد إبرامها، وفيما يلي نحاول تسليط الضوء على مدى تأثير تدابير الوقاية من فيروس كورونا على تنفيذ العقود.

---

[1] مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص. 58.

[2] مازن ليلو راضي، المرجع السابق. ص ص. 63-69.

[3] Mathias AMILHAT, La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique : réflexions sur quelques évolutions récentes, Journal du Droit Administratif (JDA), chronique contrats publics 01 ; Art. 105, 2016, p. 1.

[4] مازن ليلو راضي، المرجع السابق، ص.146.

المبحث الأول: تدابير الوقاية من جائحة كورونا باعتبارها قوة قاهرة.

وصف البعض جائحة فيروس كورونا بالقوة القاهرة، إلا أن ما يجدر التنبيه عليه هو أن الأمر لا يتعلق بوصف الجائحة التي اجتاحت العالم بقدر تعلقه بمعرفة طبيعة الإجراءات والتدابير التي اتخذتها الدول في شكل قوانين وتشريعات مُلزمة. فهذه الأخيرة هي التي تعتبر من الأحداث الخارجة عن إرادة الأطراف، والتي قد تؤثر على تنفيذ العقود. وبقدر ذلك التأثير يتم تكييف الحدث بأنه قوة قاهرة، تبعا لمدى توافر شروطها، ولمدى تأثر تنفيذ الالتزامات بالحدث الخارجي، فما قد يعتبر قوة قاهرة بالنسبة لعلاقة عقدية معينة، قد لا يعتبر كذلك بالنسبة لعلاقة عقدية أخرى[1]. لذلك يتم التطرق لتعريف القوة القاهرة (المطلب الأول)، ثم للتطبيق القضائي لنظرية القوة القاهرة ومدى تحقق شروطها على تدابير الوقاية من فيروس كورونا (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تعريف القوة القاهرة.

تُعرّف القوة القاهرة بأنها " حادث مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية أو أحد هذه الالتزامات "[2]وهي أيضا " الحادث غير المتوقع، الذي لا يمكن دفعه، والذي يجعل الالتزام مستحيلا "[3]. " وبصورة عامة فإن شروط القوة القاهرة في القانون الإداري هي ذاتها في القانون المدني "[47] فالحدث الذي يشكل قوة قاهرة له ثلاث خصائص: أنه سبب خارج عن إرادة المدين، لا يمكنه التنبؤ بوقوعه، وليست له القدرة على مقاومته أو دفعه[5] ". وقد نصت التشريعات المدنية على القوة القاهرة (الفرع الأول)، كما تضمنتها التشريعات الإدارية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: القوة القاهرة في القانون المدني.

يُستحسن الإشارة في البداية إلى أن القانون المدني الفرنسي عرف نظرية القوة القاهرة منذ صدوره سنة 1804، وأعاد النص عليها بعد تعديله سنة 2016. وقد نص هذا القانون في المادة 1218 [6]منه على

---

[1] من الدراسات التي تطرقت لبحث أثر فيروس كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية ينظر:

* Marion FABRE, Covid 19 et révision pour imprévision, date de publication 05-05-2020(Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 22:00) Lien:
https://www.affiches-parisiennes.com/covid-19-et-revision-pour-imprevision-10260.html

[2] محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية دراسة مقارنة بين النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 1998، ص. 14.

[3] سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط5، 2005، ص. 633.

[4] محمود عبد المجيد المغربي، المرجع السابق، ص. 15.

[5] " L'événement constitutif du cas de force majeure présente trois caractères : extériorité par rapport au défendeur, imprévisibilité quant à sa survenance et irrésistibilité durant à ses effets". Agathe VANG LANG & Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, Dictionnaire de droit administratif, 7 me édition, DALLOZ, France, 2015, p. 221.

[6] " Article 1218: Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le retard qui en

ما معناه أن " القوة القاهرة " في المسائل التعاقدية، تتحقق عندما يمنع حادث خارج عن قدرة المدين، ولم يكن من الممكن توقعه بشكل عادي عند إبرام العقد، والذي لا يمكن تجنب أثاره، ويمنع المدين من أداء التزامه. وإذا كان العائق مؤقتا، يتم تعليق الالتزام، وإذا كان العائق نهائيا يتم إنهاء العقد ويحرر الأطراف من التزاماتهم وفقا لما نصت عليه المادتين 1351 (استحالة التنفيذ النهائية لقوة قاهرة) والمادة 1351-1(الشروط المتفق
عليها في حالة القوة القاهرة).

كما نصت بعض مواد القانونين المدنيين المصري والجزائري على القوة القاهرة، وقررت ذكرها "بالسبب الأجنبي الذي لا يد للمدين فيه"، وقررا انقضاء الالتزام وفسخ العقد عند استحالة الوفاء بسبب أجنبي، كما قررا عدم تحمل المدين للتعويض إذا أخل بتنفيذ التزامه بسبب القوة القاهرة أو السبب الأجنبي. كما قررا أيضا جواز" الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة "[1].

الفرع الثاني: القوة القاهرة في القانون الإداري.

نصت التشريعات الإدارية على القوة القاهرة، ففي فرنسا نص قانون الطلب العمومي في المادة L2195-2 على أنه " يجوز للجهة المتعاقدة (المشتري العمومي) فسخ العقد في حالة القوة القاهرة ". وفي مصر، لم ينص قانون تعاقدات الجهات العامة على الأحكام المتعلقة بحالة القوة القاهرة صراحة. أما في الجزائر نصت المادة 151 من قانون الصفقات العمومية على أنه: "...يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض". كما نصت المادة 27 من دفاتر الشروط الإدارية العامة، في فقرتيها الرابعة والخامسة، وبعد ذكرها لمسؤولية المقاول بشأن تدابير الوقاية والحرص على تأمين الورشة ومحتوياتها من الأخطار المتوقعة، على ما يلي: "4 -لا تدخل في عدد التدابير المتقدمة حالات القوة القاهرة، التي يقوم المقاول بالإعلام بها كتابيا في أجل عشرة أيام على الأكثر من حصولها، وفي هذه الحالة مع ذلك، لا يؤدى للمقاول تعويض ما إلا بمصادقة الإدارة ولا يقبل من المقاول أي مطلب بعد انقضاء أجل العشرة أيام...يجوز أن يتضمن دفتر الشروط الخصوصية بالنسبة للميزات ومختلف الحوادث الطبيعية كالجليد وسرعة الرياح وسرعة التيار واتساع الاضطراب البحري وارتفاع الفيضانات، تعيين حدود القوة القاهرة القصوى التي لا يمكن للمقاول التمسك في كل الأحول بها ".

والملاحظ من هذه النصوص (التشريعات الإدارية) أنها استعملت عبارات "القوة القاهرة، والظروف الخارجة عن إرادة المتعاقد..." ولكن لم تحدد بدقة شروط اللجوء إليها. لذلك كان للقضاء دور في توضيح هذه الشروط.

résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1 ".

[1] نصت عليها المواد التالية: القانون المدني المصري في المادة 373 منه، والتي تقابلها المادة 307، والمادة 159 من القانون المدني المصري يقابلها المادة 121 من القانون المدني الجزائري، والمادة 165 من القانون المدني المصري ويقابلها المادة 127 من القانون المدني الجزائري، والمادة 217 من القانون المدني المصري ويقابلها المادة 178 من القانون المدني الجزائري.

المطلب الثاني: التطبيق القضائي لنظرية القوة القاهرة ومدى تحقق شروطها على تدابير الوقاية من فيروس كورونا.

على الرغم من ورود شروط أعمال نظرية القوة القاهرة في نصوص القانون (المدني)، إلا أن تطبيق النظرية على أرض الواقع يكون على يد القضاء، فهو الذي يراقب مدى توافر شروطها. وعليه يتم التطرق لتطبيق القضاء المدني للنظرية (الفرع الأول)، ثم تطبيق القضاء الإداري لها (الفرع الثاني). ثم استخلاص مدى تطبيق هذه النظرية على تدابير الوقاية من فيروس كرونا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق القضاء المدني لنظرية القوة القاهرة.

عرفت محكمة النقض الفرنسية القوة القاهرة بأنها " الظرف الاستثنائي، الأجنبي على الشخص الذي ثبت في حقه، والذي نتج عنه منعه من أداء الخدمات المستحقة للدائن ". ولكي يكون للقوة القاهرة تأثير من هذا القبيل، من الضروري أن يلاحظ القاضي أن الحدث الذي يعتمد عليه المدين كان شديدًا لدرجة أنه لم يستطع مقاومته[1]. أما في مصر فقد قضت محكمة[2] النقض بأنه " من المقرر ... أنه يُشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ولا يلزم لاعتباره ممكن التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفى لذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله ولا يشترط أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على شخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوفر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي ". أما في الجزائر فقد قضت المحكمة العليا بأنه يُشترط لوصف التوقف عن النشاط بالقوة القاهرة " هو أن يكون مفاجئا وغير متوقع، لا يمكن تفاديه أو مقاومته أو التحكم فيه، خارجا عن نطاق إرادة المستخدم، وغير ناتج عن خطأ تعود مسؤولية ارتكابه إليه. مع الإشارة إلى أن التوقف الناتج عن أسباب اقتصادية لا يدخل في هذه الحالة، ويخضع للمواد 69، 70 و71 من القانون 90-11... "[3].

---

[1] "La "force majeure" est la circonstance exceptionnelle, étrangère à la personne de celui qui l'éprouve, qui a eu pour résultat de l'empêcher d'exécuter les prestations qu'il devait à son créancier. Pour que la force majeure entraîne un tel effet il est nécessaire que le juge constate que l'événement dont le débiteur se prévaut ait eu une intensité telle, qu'il ne pouvait y résister.". Serge BRAUDO, Définition de Force majeure, (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 20:00) Lien :
https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/force-majeure.php

[2] حكم محكمة النقض، مصر، جلسة 14 أبريل 1997، الطعن رقم 139 لسنة 60 قضائية، مجموعة أحكام محكمة النقض، الجزء 1، السنة 48، ص. 649.

[3] قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، بتاريخ 03-12-2009، رقم 534176، صادر بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، جوان 2011، ص ص. 169-172.

الفرع الثاني: تطبيق القضاء الإداري لنظرية القوة القاهرة.

تجدر الإشارة إلى قرارات مجلس الدولة الفرنسي، والتي فصل فيها حول الادعاء بالقوة القاهرة كسبب للتحلل من الالتزامات العقدية، والتي من خلال النظر إليها–مجتمعة ومتعاقبة(تراكمية)[1]–يمكن استخلاص شروط إقراره بالقوة القاهرة، ومن هذه القرارات القرار الصادر بتاريخ 29–01–1909 في قضية(Compagnie des) messageries maritimes): الذي أكد فيه أن من أهم شروط القوة القاهرة "أن تكون خارجة عن إرادة المدين، ولا يمكنه دفعها"[2]. ومنها أيضا القرار الصادر بتاريخ 17–12–1926 في قضية "Sté des chantiers de l'Adour" الذي أكد فيه شرط عدم توقع الحدث "عند إبرام العقد" لاعتباره قوة قاهرة[3]. وتماشيا مع هذا التطبيق، أصدرت محكمة الاستئناف الإدارية لمدينة Nantesحكمها بتاريخ 05–11–1998، وتتلخص وقائع النزاع في أن العاصفة التي ضربت المدينة ليلتي 15–16 أكتوبر 1987، أدت إلى تدمير أجزاء من مباني السوق المغطاة في المدينة، ورغم تحقق شروط عدم التنبؤ وبعدم امكانية دفع هذا الحادث، وهي شروط القوة القاهرة، فقد قضت المحكمة بمسؤولية من قام ببناء المباني والإشراف على عملية البناء... لما تأكد لها من " سوء الإنجاز"[4] ويتبين من هذا الحكم أن حالة القوة القاهرة لا تنفي إلزام المتعاقد المقصر بالتعويض، أي أنها لا تنفي قيام التعويض عند توفر من شروطه.

أما في مصر: قضت المحكمة الإدارية العليا بأن " القوة القاهرة تعفي من المسؤولية في نطاق القانون الإداري على النحو الذي عليه في ميدان القانون الخاص. ولا تتوفر حالة القوة القاهرة إلا إذ اتصفت الظروف محل البحث بأنها خارجة تماما عن إرادة المدين، وأنه ما كان يمكنه توقعها، وأنه أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ التزامه "[5]. وبخصوص ضرورة الجمع بين شروط "القوة القاهرة " قضت ذات المحكمة [6] بأنه " إن كان الإجراء الذى اتخذته مصلحة الآثار بمنع العمل في الموقع لمدة تسعة أشهر يستند إلى ما لهذه المصلحة من سلطة عامة في تنفيذ القوانين المتعلقة بالآثار، غير أنه مع ذلك لا يعتبر بمثابة القوة القاهرة أو السبب الأجنبي الذى يعفى جهة الإدارة المتعاقدة من تنفيذ التزامها المشار إليه، ذلك لأنه من الأمور المسلمة أنه يشترط في القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أن يكون غير ممكن التوقع

---

[1] Pascal GAREAU, Alima MIAL, L'impact de la crise sanitaire sur les marchés de travaux en cours d'exécution, p. 2. Mise à jour le 26 mars 2020, UNION NATIONALE DES FEDERATIONS D'ORGANISMES HLM, (Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 12:00) Lien : https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Mise+%99ORGANISMES+HLM

[2] Conseil d'Etat, du 29 janvier 1909, 17614, publié au recueil Lebon (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 13:00) Lien: https://www.legifrance.gouv.fr/affich... ETATEXT00000763516

[3] Conseil d'Etat, 17 Décembre 1926, "Sté des chantiers de l'Adour" (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 14:00) Lien : http://www.marche-public.fr/...s/Definitio /Force-majeure.htm

[4] Cour administrative d'appel de Nantes, 3e chambre, du 5 novembre 1998, 94NT00398, mentionné aux tables du recueil Lebon (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 17:00) Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT00000752988

[5] المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر بتاريخ 15–02–1962، الطعن رقم 1320، لسنة 12ق، المكتب الفني، ج14، مجلس الدولة، ص. 373.

[6] المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر بتاريخ 15–02–1962، الطعن رقم 1320، لسنة 12ق، المكتب الفني، ج14، مجلس الدولة، ص. 373.

مستحيل الدفع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه أو أمكن دفع الحادث ولو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة ولا يترتب عليه إعفاء المدين من التزامه، والذى يبين من الاطلاع على ... عقد الأشغال العامة المبرم بين المدعى وجهات الإدارة المدعى عليها أن العمل كان يجرى في منطقة أثرية وأنه كان من الأمور المتوقعة عند إبرام العقد توقف العمل فيه لوجود آثار في الموقع، و يترتب على ذلك أن تدخل مصلحة الآثار وإيقاف العمل كان أمراً متوقعاً و لذلك فلا يعتبر هذا العمل سبباً أجنبياً أو قوة قاهرة يترتب عليها أن يتحلل المدعى عليهم من التزامهم بتمكين المدعى من المضي في تنفيذ العمل المتعاقد عليه حتى يتم إنجازه...".

الفرع الثالث: مدى امكانية اعتبار تدابير الوقاية من فيروس كورونا قوة قاهرة.

يشير البعض إلى أن اجتهادات القضاء المدني الفرنسي في العقود الأخيرة لا تميل لاعتبار الإصابة أو الخشية من العدوى ببعض الأمراض والأوبئة (مثل: les épidémies de grippe H1N1, le virus la dengue ...)، من قبيل القوة القاهرة التي تمنع من تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وسندها في ذلك أن هذه الأوبئة والأمراض لم تبلغ من الخطورة والانتشار والتأثير الحد الذي يمكن القول فيه بأنها قوة قاهرة. وبعد استعراض جانب من هذه الاجتهادات[1] ومقابلتها بتدابير الوقاية من فيروس كورونا، واظهار أن العدوى به تبلغ من الخطورة والانتشار والتأثير ما لم تبلغه الأوبئة المذكورة، إرتأى هذا الرأي بأن هذه التدابير تشكل قوة قاهرة قد تمنع من تنفيذ العقد[2]. أما بالنسبة لوباء كورونا، فقد قضت محكمة الاستئناف في مدينة Colmar بتاريخ 12-3-2020 (سابق الإشارة إليه) بأن عدم حضور المتهم لمجريات المحاكمة بسبب الحجر الصحي يعد قوة قاهرة. وقد تساءل البعض[3] عن امكانية مد هذا الوصف للعلاقات التعاقدية، واعتبر أنه من الممكن قبول هذه التدابير باعتبارها قوة قاهرة وترتيب النتائج المعروفة لها على العلاقات التعاقدية[4].

---

[1] إشارة إلى الاجتهادات القضائية التالية:

*Cour de Cassation, Assemblée plénière, du 14 avril 2006, 02-11.168 (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 22:00) Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURIT000007051847/

*Paris, 25 sept. 1996, n° 1996/08159. *Besançon, 8 janv. 2014, n° 12/0229.

[2] Ludovic_LANDIVAUX, Contrats et coronavirus : un cas de force majeure ? Ça dépend…, Date de publication 20-3-2020, DALLOZ.actualité, (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 22:00) Lien: https://www.dalloz-actualite.fr/node/contrats-et-coronavirus-un-cas-de-force-majeure-ca fIU

[3] جان ثابت، وباء كورونا والقوة القاهرة: تعليق على قرار محكمة الاستئناف Colmar، منشور يوم 16-05-2020، موقع محكمة. نت، قسم دراسات وأبحاث، متاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 20-8-2020 الساعة 10:00):
https://www.mahkama.net/?p=19549

[4] "... وقد انتقد المستشار في محكمة التمييز اللبنانية سميح صفير قرار محكمة استئناف كولمار واعتبر أن شرطا من شروط القوة القاهرة غير متوفر ألا وهو شرط عدم التوقع. واعتبر أن قرارات المحكمة المذكورة هي الأكثر عرضة للنقض من بين باقي محاكم الاستئناف ... كما اعتبر أن القوة القاهرة غير متوفرة الشروط في حالة هبوب عاصفة فجأة وأن هذه الحالة أكثر دقة وخطورة على اعتبار أن الاعلام كان قد تحدث عن امكانية وقوعها..."ينظر: جان ثابت، المرجع المذكور، الفقرة رقم 11 من العنوان الثالث.

هذا ولم يتسنى معرفة موقف محكمة النقض المصرية أو المحكمة العليا في الجزائر[1] بصدد أثار تدابير مواجهة فيروس كورونا على تنفيذ العقود لعدم نشر ما يتعلق بهذا الأمر. وقد يعود السبب لحداثة الجائحة ولكون هذه الجهات هي جهات نقض لا تنظر في المنازعات إلا بعد استنفاذ الاجراءات القضائية أمام المحاكم الابتدائية وجهات الاستئناف، وهو ما لا يمكن التحقق منه حاليا.

المبحث الثاني: تدابير الوقاية من جائحة كورونا باعتبارها ظروفا طارئة أو عمل من أعمال السلطة.

تشترك العقود المدنية والإدارية في الخضوع لأحكام موحدة عند تنفيذها، مع مراعاة خصوصية وطبيعة كلا النوعين من العقود. فكلاهما يعرف نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة. وإذا كان من المألوف أن العقود الإدارية تستمد جانبا من مبادئها من القانون الخاص، فإنه وعلى خلاف ذلك فقد استمدت النظرية العامة للعقد المدني أحكام الظروف الطارئة من القانون والقضاء الإداريين. كما أن هذين الاخيرين قررا نظرية هامة تستقل بها العقود الإدارية عن نظيرتها المدنية وهي نظرية عمل الأمير. لذلك يتم التطرق لنظرية الظروف الطارئة ولمدى امكانية تطبيقها على تدابير الوقاية من فيروس كورونا عندما تؤدي لقلب اقتصاديات العقد (المطلب الأول)، ثم لنظرية عمل الأمير بالنسبة لتدابير الوقاية وأثرها على العقود الإدارية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: تدابير الوقاية من جائحة كورونا باعتبارها ظروفا طارئة.

تعبيرا عن التقارب بين مفهوم نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، يطلق البعض على الظروف الطارئة تسمية "القوة القاهرة الإدارية"[2]، كما ووصفت أيضا بأنها " مركز وسط "[3] بين الظروف العادية التي

إلا أنه يظهر لنا أن النقد الموجه لقرار المحكمة المذكورة. والقول بعدم توافر شرط عدم القدرة على التبوء كقيد لإعمال القوة القاهرة... فيه بعض الاطلاق غير المستساغ، حيث أن المسألة لا تتعلق بالعقود المبرمة عند بدء الجائحة حيث يكون من المعلوم للطرفين الظروف المتوقعة لتنفيذ العقد، ولكن المسألة تتعلق بالأساس حول العقود المبرمة قبل العلم بالجائحة وتحديدا قبل حلول سنة 2020 حيث كان الوباء منتشرا في بؤرته الأولى ومحدودا ضمن نطاق دولة محددة. واستمر تنفيذ تلك العقود بعد فشو الجائحة. وعندها ضهرت صعوبة أو استحالة التنفيذ.

[1] وقد اعتبر الرئيس الأول للمحكمة العليا في الجزائر بأنه "... وإذا كان من السهل إثبات القوة القاهرة لوجود مراسيم الحجر الصحي المذكورة، فإن إجراءات ممارسة هذه الحقوق (يقصد حقوق التقاضي) حسب أحكام هذه المادة (المادة 322 من قانون إ م إد) سيطرح . لا محالة . عدة إشكاليات من الناحية العملية ينبغي على القضاء التكفل بها من خلال الاجتهادات القضائية..." عبـد الرشيـد طبّـــي/ الرئيس الأول للمحكمة العليا، القوّة القاهرة وأثرها على التّشريع والقضـاء :فيروس " كوفيد . 19 " نموذجا، مقال منشور في جريدة الحوار يوم 12-6-2020، متاح على الرابط (تاريخ الاطلاع 12-8-2020 الساعة 16:00):

/https://www.elhiwardz.com/opinions/172513

[2] عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة-، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975. ص. 156. مذكور لدى: بشار رشيد حسن المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة مقارنة-المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018، ص. 80.

[3] سليمان الطماوي، المرجع لسابق، ص. 633.

يستطيع فيها المتعاقد تنفيذ التزاماته وبن القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام اطلاقا. على أن بعض الآراء[1]، تؤكد على " معنى الاستحالة " فهي: " تعني في القانون الخاص الاستحالة المادية المطلقة، أما في القانون الإداري فيمكن أن تكون الاستحالة اقتصادية "[2]. ولتوضيح المقصود بالقوة القاهرة يتم التطرق للتعريف بهذه النظرية (الفرع الأول)، وتنظيمها التشريعي (الفرع الثاني)، ثم للتطبيق القضائي لها، واستخلاص مدى ادراج بعضا من تدابير الوقاية من فيروس كورونا ضمن نطاقها (الفرع الثالث).

الفرع الأول: التعريف بنظرية الظروف الطارئة.

نظرية الظروف الطارئة (Théorie de l'imprévision) وكما يسميها البعض " تغير الظروف "[3] و" نظرية الطوارئ غير المتوقعة "[4]، فهي "أقرب ما يكون إلى نظرية القوة القاهرة من حيث هي تفترض طروء حادث مفاجئ أثناء العقد لم يكن يتوقعه المدين ولم يكن في طاقته دفعه. على أنها إذا اتفقت معها من حيث طبيعة الحادث وعدم نسبته للمدين فهي تختلف معها من حيث أثر الحادث: إذا كان الحادث يجعل التنفيذ **مستحيلا** فنحن في صورة القوة القاهرة ونفي مسؤولية المدين اطلاقا. أما إذا كان الحادث **يزيد كلفة المدين** فنحن في صورة تغير الظروف... ولا تعرض هذه النظرية إلا إذا كان تغير الظروف يؤثر في ميزان العقد
تأثيراً غير مألوف"[5].

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الآراء الفقهية ترى بأن الأسانيد التي تمت الاستعانة بها لتبرير نظرية تغير الظروف في القانون المدني " وإن توفر فيها حُسن المقصد إلا أنها لا تنجح في صياغة النظرية صياغة فنية سليمة "، فتنفيذ العقود بحسن نية لم يُشرّع لإجازة المطالبة بتعديل ميزان العقد تعديلا جوهريا، وإنما يتعلق بتحديد نطاق الالتزام العقدي وما يرتبط به من التزامات تبعية ... كما أن نظرية التعسف شُرّعت للحد من استعمال الحقوق بقصد إضرار الغير، والدائن في صورة تغير الظروف لا يقصد إضرار المدين عندما يطالب بتنفيذ العقد طبقا لأحكامه.... وانتهى هذا الرأي للقول: " بأن الحقيقة أن هذه النظرية لا يمكن إدخالها في حضيرة القانون المدني لا بإسنادها إلى نصوص القانون المكتوب ولا إلى المبادئ العامة التي تتحكم في هذا القانون. فهي على العكس تناقض هذه النصوص وتتعارض مع هذه المبادئ "[6]. وعلى الرغم من هذا الرأي، فقد تبنى القانون المدني المصري-الجديد-وكذا القانون المدني الجزائري، نظرية الظروف

[1] أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ط4، د م ج، الجزائر، 1986، ص. 393.
[2] وهذه إشارة إلى قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 9-12-1932. وسيأتي التعرض له.
[3] حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في: نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، مصر، 1943، ص. 460.
[4] سليمان الطماوي، المرجع لسابق، ص. 634.
[5] حلمي بهجت بدوي، المرجع السابق، ص. 460.
[6] حلمي ثروت بدوي، المرجع السابق، ص. 464.

الطارئة، كما تبناها المشرع الفرنسي بعد تعديل 2016. وفي مجال العقود الإدارية، تم تجسيد النظرية قضائيا، ثم تشريعيا.

الفرع الثاني: التنظيم التشريعي للظروف الطارئة.

تبنى القانون المدني المصري والقانون المدني الجزائري نظرية الظروف الطارئة منذ إصدارهما، أما المشرع الفرنسي فلم ينص عليها إلا بتعديل سنة 2016. أما التشريعات الإدارية في الدول الثلاث فقد أخذت بالنظرية ورتبت أثارها بين طرفي العقد الإداري.

1-الظروف الطارئة في القانون المدني.

قنن المشرع الفرنسي نظرية الظروف الطارئة وذلك في المادة 1195[1] والتي تنص على ما يلي: "إذا طرأت ظروف لم تكن متوقعة عند إبرام العقد من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بدرجة كبيرة للمتعاقد الذي لم يقبل تحمل المخاطر، جاز له أن يطلب من المتعاقد الآخر إعادة التفاوض .في حالة رفض أو فشل التفاوض يجوز للطرفين الاتفاق على فسخ العقد في الوقت وبالشروط التي يحددانها، أو أن يطلبا من القاضي تكييف العقد مع الظروف، فإذا لم يتفقا خلال مدة معقولة جاز للقاضي بنا ء على طلب أحدهما مراجعة شروط العقد أو انهائه في الوقت وبالشروط التي يحددها ".

وبعد أن ذكرا قاعدة " العقد شريعة المتعاقدين " نص القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة 147 منه على أنه: " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان 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 .ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك". كما نصت الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني الجزائري-على مضمون المادة السابقة من القانون المدني المصري وبصياغة متقاربة-على ما يلي: " غير أنه 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 مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق للحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك ". وينبغي بهذا الصدد ملاحظة ما قرره هذان النصان " ويقع باطلا..." ومقابلته بما تم ذكره أنفا " يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة ". إذ كيف يمكن الجمع بينهما ؟

[1] " Article 1195: Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ".

لقد أجابت محكمة النقض المصرية عن ذلك بقولها: "لما كان الحكم قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني، وانتهى من ذلك إلى تقرير ذات التخفيض تأسيساً على أن تطبيق هذه النظرية من النظام العام، في حين أن النص في الشطر الأخير من المادة المشار إليها على أن "يقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" يدل على بطلان الاتفاق مقدماً على استبعاد تطبيق هذه النظرية أما بعد وقوع الحادث الطارئ حيث تنتفي مظنة الضغط على المدين المرهق فيجوز له النزول عن التمسك بذلك التطبيق، مما مؤداه ألا يكون للمحكمة تطبيق هذه النظرية بغير طلب، لما كان ذلك وكان البين من أوراق الطعن أن المطعون ضده الأول لم يتمسك بتطبيق هذه النظرية ولم يؤسس دعواه عليها، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه وشابه قصور في التسبيب يوجب نقضه.."[1] وعليه، يُعدِّد بعض الفقهاء[2] ستة شروط للقول بتوافر الظروف الطارئة:

-أن يقع حادثٌ استثنائي، " وهو الذي يندر حصوله، بحيث يكون شاذا بحسب المألوف "،

-وأن يكون الحدث عاما، وليس خاصا بالمدين وحده، كانخفاض سعر العملة، ...الخ،

-وأن يكون الحادث غير متوقع الحصول وقت إبرام العقد، وخلاف هذا الشرط القول بعدم توقع نشوب حرب مع أن مؤشرات وقوعها معلومة للرجل العادي،

-وأن الحادث لا يمكن توقيه أو دفعه،

- وأن يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه،

- وأن يكون الحادث سببا لإرهاق بالغ للمدين عند تنفيذ التزامه.

ولقد ثار الخلاف حول تفسير هذه الشروط، خاصة شرط العمومية، الذي تم انتقاده من قبل البعض، على أساس أنه يضيق ويحصر نطاق تطبيق النظرية. كما كان للقضاء دورٌ بارز في تحديد هذه الشروط وبيان المقصود بها، كما سيتم التطرق له فيما يأتي.

2-الظروف الطارئة في القانون الإداري.

من المستحسن التذكير بأن نظرية الظروف الطارئة: "نظرية قضائية تسمح للشريك المتعاقد مع الأشخاص العامين، الذي يتحمل خطر اقتصادي بالحصول على مساعدة مالية من الإدارة لمواصلة تنفيذ العقد الإداري... ويبرر الأخذ بهذه النظرية، الحق في التوازن المالي للعقد ومبدأ استمرارية الخدمات العامة"[3].

[1] محكمة النقض المصرية بتاريخ 9 يناير 1984، الطعن رقم 269، لسنة 49 قضائية، المكتب الفني، ج 1، السنة 35، ص. 168.

[2] عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الثاني، نقابة المحامين، مصر، 1984، ص. 546-555.

[3] "Théorie jurisprudentielle permettant au cocontractant des personnes publiques, victime d'un aléa économique. D'obtenir une aide financière de L'administration, afin de poursuivre l'exécution du contrat administratif ... L'imprévision se justifie par le droit à l'équilibre financier du contrat et par le principe de continuité des services public" . Agathe VANG LANG & Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, Op.cit., p. 239.

وعليه، فإن كان تقرير النظرية في القانون المدني مبعثه تحقيق العدالة بين المتعاقدين، إلا أنه في القانون الإداري مستند أيضا على مبدأ استمرارية المرافق العامة. وبصدد نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري، يتجسد أحد أهم خصائص هذا القانون وهو أنه قانون قضائي، حيث تبنى القضاء الإداري الفرنسي هذه النظرية دون وجود أي نص في القانون المدني، أما القضاء الإداري المصري فقد "سلم بالنظرية منذ أن اختص بالنظر في العقود الإدارية، على أساس أنها من الأحكام الرئيسية التي تقوم عليها فكرة العقد الإداري. ومن ثم فقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية أن القانون رقم 129 لسنة 1947 في شأن –نظام المرافق العامة التي تدار عن طريق الامتياز–كاشف ومنظم لما ورد به من أحكام، وأنه مجرد تقنين لأحكام العقود الإدارية في خصوص عقد الامتياز"[1].

وفي مصر، لم ينص قانون تعاقدات الجهات العامة على الأحكام المتعلقة بحالة الظروف الطارئة صراحة، وإن نصت المادة 98 من اللائحة التنفيذية لهذا القانون على أنه: "...وفى حالة حدوث تأخير في البرنامج الزمنى، أو في تنفيذ العقد خارج عن إرادة المتعاقد فيجوز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل تأخير منه "، كما نصت تشريعات المشتريات العامة، في فرنسا ومصر والجزائر، على الأحكام الخاصة بمراجعة الأسعار، خاصة عند تغير الظروف الاقتصادية، مما ينتج معه حق المتعاقد في رفع سعر العقد عند ارتفاع المواد الأساسية المرتبطة بتنفيذه. كما نصت ذات التشريعات، على حالات اعفاء المتعاقد من التعويض عند تأخر التنفيذ لسبب خارج عن إرادته...[2]. وهذه الحالات تدخل في مجملها تحت مظلة نظرية الظروف الطارئة عندما تتوافر فيها الشروط المذكورة أنفا. لذلك وتبعا لتكفل المشرع بالنص على تطبيقات متعددة لهذه النظرية يقول البعض: " لقد أصبحت نظرية الظرف الطارئ ذات الأصل الاجتهادي نظرية تقليدية. وقد كرست النصوص وخاصة في العقود الإدارية التي تنص على بنود لتعديل الأسعار تبعا للهزات الاقتصادية. إن بنود تغيير الأسعار وتحديد التعريفات تجنب الطوارئ غيرالمتوقعة واللجوء لنظرية الظرف الطارئ التي أصبح استخدامها محدوداً حالياً "[3].

الفرع الثالث: التطبيق القضائي لنظرية الظروف الطارئة.

طبق القضاء المدني والقضاء الإداري نظرية الظروف الطارئة، وكان لهما دور مهم في توضيح شروطها وترتيب أثارها.

1–الظروف الطارئة في القضاء المدني:

عرف القضاء المدني الفرنسي تطورات ملحوظة بخصوص هذه النظرية، وغلى الرغم من مناداة جانب من الفقه إلى الأخذ بها، لم يتحقق ذلك تشريعيا إلا بعد تعديل سنة 2016، كما سبقت الإشارة إليه.

---

[1] سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 638.

[2] تنظر على سبيل المثال بشأن مراجعة الأسعار: المواد R2112–6 وما بعدها من قانون الطلب العمومي c.c.p الصادر سنة 2018 في فرنسا، والمادة 48 من قانون تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 في مصر، والمواد 100 وما بعدها من قانون الصفقات العمومية م ر 15–247 في الجزائر.

[3] أحمد محيو، المرجع السابق، ص ص. 394.

وعلى الرغم من ذلك أقرت محكمة النقض الفرنسية في عدة أحكام تدخل القاضي لمراجعة العقد والتخفيف على المدين المرهق بسبب ظروف خارجة عن إرادته، فاعتبرت بأن رفض الشركة مراجعة شروط العقد لتغير الظروف تعسفا في حق المدين (Cass. com. 3 novembre 1992)[1] كما ألزمت الطرفين بإعمال حسن النية وإعادة التفاوض لاختلال التزامات الأطراف الناتج عن تغير الظروف « Chevassus Marche » (Cass. com. 24 novembre 1998).[2]

هذا وقد طالب البعض ومنهم الأستاذ (Daniel Mainguy) بتطبيق المادة 1195 المستحدثة -كقانون جديد-حتى على العقود المستمرة التي تم إبرامها قبل نفاذها على اعتباره " من النظام العام " وأن استبعاده سيحرم المدين المُرهق من تحقيق العدالة التي يضمنها النص الجديد[3] إلا أن محكمة النقض الفرنسية وفي قرارها الصادر بتاريخ 19-09-2018 رفضت تطبيق النظرية على العقود المُبرمة قبل نفاذ النص الذي يقررها (المادة 1195)، ولو استمرت أثار العقد بالسريان على العلاقة بين الطرفين، وعززت المحكمة قرارها استنادا على مبدأ الأمن القانوني واستقرار العلاقات التعاقدية...[4].

أما في مصر قد تطرقت محكمة النقض المصرية لتفصيل شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وبيّنت المقصود بشرط "عمومية الحدث" ووقت اشتراطه، ومن الذي بيده تقدير توافره من عدمه: "تشترط الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني لإجابة المدين إلى طلب رد التزامه بسبب وقوع حوادث استثنائية عامة إلى الحد الذي يجعل تنفيذ هذا الالتزام غير مرهق له، أن تكون هذه الحوادث عامة غير متوقعة الحصول وقت التعاقد، والبحث فيما إذا كان الحادث غير عام وبما وسع الشخص العادي أن يتوقعه أو أنه من الحوادث العامة الطارئة الغير متوقعة هو مما يدخل في نطاق سلطة قاضى الموضوع ما دام يقوم على اسباب تؤدى إلى ما انتهى إليه..."[5].

---

[1] Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 novembre 1992, 90- 18.547, Publié au bulletin, (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 22:00) Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007029915

[2] Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 novembre 1998, 96-18.357, Publié au bulletin, (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 22:00) Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJ...stReqId=565834113&fastPos=1

[3] AloïseQuesne, Le changement de circonstances imprévisible, source de caducité du contrat ? Approche de droit transitoire et de droit substantiel, 16-01-2019 (Date de lecture 29-05-2020 à l'heure 22:00) Lien : https://www.actu-juridique.fr/civil/... -et-de-droit-substantiel/

[4] Arrêt n° 837 du 19 septembre 2018 (17-24.347) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2018:C100837(Date de lecture 27-05-2020 à l'heure 13:00) Lien : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/arrets_publies_...e_8937/837_19_40225.html

[5] ومما ورد في هذا الحكم " ...إن تدخل القاضي لرد الالتزام إلى الحد المعقول طبقا للمادة 147/ 2 من القانون المدني رخصة من القانون يجب لاستعمالها تحقق شروط معينة أهمها شرط الإرهاق المهدد بخسارة فادحة، وتقدير مدى الإرهاق الذى أصاب المدين من جراء الحادث الطارئ هو مما يدخل في السلطة التقديرية لقاضى الموضوع، ومناط هذا الإرهاق الاعتبارات الموضعية بالنسبة للصفقة ذاتها لا الظروف المتعلقة بشخص المدين، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد استخلص توافر الإرهاق من ظروف الصفقة وملابساتها ....مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني أنه متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ فإن للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرهقا إلى الحد المعقول، وهو حين يختار في حدود

أما بالنسبة للقضاء المدني الجزائري فلعل نقص أو ندرة الاجتهادات بصدد تطبيق النظرية قد ترد وفقا لبعض الآراء لهذا الشرط. حيث يقول: "ومن التأثيرات المترتبة على اشتراط وصف العمومية في الظرف الطارئ في نص المادة 107/3 مدني جزائري النقص لملحوظ في الأحكام القضائية والاجتهادات المحكمة العليا المتعلقة بتطبيق نظرية الظروف الطارئة. إذ كيف تطبق والقانون يشترط العمومية، لا شك أن قلة قليلة من الذين أصابهم إرهاق كانوا محظوظين بتوفر شرط العمومية وإلا أين هي هذه القرارات والأحكام القضائية"[1].

2-نظرية الحوادث الطارئة في القضاء الإداري:

لقد كان لمجلس الدولة الفرنسي السبق في تقرير النظرية وتطبيقها في نطاق العقود الإدارية، وقد كان ذلك في قراره الصادر بتاريخ 30 مارس 1916 في قضية Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux. الذي قرر فيه بأن الأحدث الطارئة غير المتوقعة والتي تجعل تنفيذ العقد مرهقا، تؤدي إلى الاستمرار في تنفيذه مع تحمل الإدارة المتعاقدة لجزء من الخسائر التي يتكبدها المتعاقد[2]. وهو ذات الاتجاه الذي دأب المجلس على اتخاذه في قراراته اللاحقة، كلما توفرت شروط عدم التوقع، وكون الحادث خارج عن إرادة الأطراف، ووقوع الارهاق للمتعاقد في تنفيذ التزاماته[3].

أما في مصر: وبشأن شروط وأثار تطبيق النظرية، قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن: "مناط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري ظروف طبيعية أو اقتصادية لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد ولا يملك لها دفعاً وأن تكون من شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالا جسيماً – ارتفاع أسعار الأصناف أو السلع التي تعهد المورد على توريدها ارتفاعا باهظاً يعتبر ظرفاً طارئاً – لم يكن في الحسبان توقعه عند التعاقد طالما أنه يترتب عليه زيادة أعباء المورد بتحمله خسائر فادحة –مقتضى تطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة هو إلزام جهة الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في الخسائر ضماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً، ويستوى أن يحصل التنفيذ من المتعاقد نفسه أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنه عند الشراء على حسابه"[4].

سلطته التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجه لا يرفع كل خسارة عن عائق المدين ويحملها للدائن وحده، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما ... لأن المشرع ... أضفى على نظرية الحوادث الطارئة ... وجعل معيارها موضوعيا". حكم محكمة النقض، مصر، جلسة 01 مارس 1970، الطعن رقم 580 لسنة 43 قضائية، مجموعة أحكام محكمة النقض، الجزء 1، السنة 28، ص. 600.

[1] شارف بن يحي، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي-، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 4، 2010، ص. 52.

[2] Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 22:00) Lien : https://www.conseil-etat.fr/ ...generale-d-e-de-bordeaux

[3] Conseil d'Etat, du 9 décembre 1932, 89655 01000 01001, publié au recueil Lebon (Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 15:00) Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuri..36689

[4] المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر بتاريخ 21-1-1984، الطعن رقم0877، لسنة 27 ق، المكتب الفني، ج29، مجلس الدولة، ص 505.

كما قضت هذه المحكمة بما يلي: " إن ارتفاع أسعار الزئبق لا يعتبر قوة قاهرة مانعة من تنفيذ التعهد بالتوريد، ولكنه يعتبر ظرفاً طارئاً لم يكن في الحسبان عند التعاقد، وقد ترتبت عليه زيادة أعباء الشركة بتحميلها خسائر فادحة إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالاً جسيماً.". كما قضت أيضا بأن: " مقتضى نظرية الحوادث الطارئة إلزام جهة الإدارة بمشاركة الشركة المتعاقدة في هذه الخسارة ضماناً لتنفيذ العقد الإداري تنفيذاً سليماً، ويستوى أن يحصل التنفيذ من الشركة نفسها أو تقوم به جهة الإدارة نيابة عنها عند الشراء على حسابها، كما أن تطبيق هذه النظرية لا يعفى الشركة من غرامة التأخير والمصاريف الإدارية وفقاً لأحكام لائحة المخازن والمشتريات، وأنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند توزيع الخسارة بين الشركة والوزارة الظروف التي أبرم فيها العقد من ارتفاع مفاجئ في أسعار الزئبق بسبب تهافت الدول الكبرى على شرائه واستمرار هذا الارتفاع طوال مدة التنفيذ، وما بذلته الشركة من محاولات للحصول على الزئبق بثمن محتمل وطلباتها المتعددة لإعفائها من التوريد وقيام الحكومة نيابة عنها بالشراء على حسابها بعد انتظار طويل حتى بلغت الأسعار أقصاها في الارتفاع "[1]. كما ذكر في قرارات أخرى أن تحقق نظرية الظروف الطارئة يكون بتوافر شروطها، وبأن أثرها تعويض المتعاقد "جزئيا" عن الأضرار والخسائر التي تلحقه نتيجة قلب اقتصاديات العقد[2].

وفي الجزائر: من القرارات التي أشارت لنظرية الظروف الطارئة، قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13-12-1968، الذي فصل في النزاع بين الدولة الجزائرية وشركة V.B " حيث عقدت صفقة لتوريد خيم للإدارة، وبعد الابرام فوجئت الشركة بزيادة على رسوم الانتاج بنسبة 2.5%، فطلبت تعويضا مقابل هذه الزيادة، ولكن بما أن الحدث ليس غير متوقع أو غير عادي. فقد رفض القاضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة "[3].

---

[1] المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر بتاريخ 09-06-1962، الطعن رقم 2150، لسنة 6 ق، المكتب الفني، ج7، مجلس الدولة، ص. 1024.

[2] "يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإدارى حوادث أو ظروف طبيعية أو إقتصادية من عمل جهة إدارية غير الجهة المتعاقدة أو ظروف من عمل إنسان آخر لم يكن فى حسبان المتعاقد عند إبرام العقد توقعها ولا يملك لها دفعاً - يشترط فى هذه الظروف أن يكون من شأنها إنزال خسائر فادحة تختل معها إقتصاديات العقد إختلالاً جسيماً - متى توافرت هذه الشروط أصبحت جهة الإدارة المتعاقدة ملزمة بمشاركة المتعاقد معها فى تحمل نصيب من خسائره ضماناً لتنفيذ العقد على الوجه الذى يكفل حسن سير المرافق العامة بإنتظام و إضطراد - فى تقدير مدى الإختلال الحادث فى العقد بسبب الظرف الطارئ يتعين الأخذ فى الإعتبار بجميع عناصره المؤثرة فى إقتصادياته و منها كامل قيمة العقد...- مؤدى ذلك - أن التعويض الذى تلتزم به جهة الإدارة لا يستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره أو الخسارة العادية المألوفة فى التعامل وإنما أساسه تحمل الجهة الإدارية المتعاقدة لجزء من خسارة محققة و فادحه تندرج فى معنى الخسارة الجسيمة بغرض إعادة التوازن المالى للعقد بين طرفيه فى سبيل المصلحة العامة". حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر بتاريخ 16-5-1987، الطعن رقم3562، لسنة 29 ق، المكتب الفني، ج32، مجلس الدولة، ص. 1235.

[3] قرار الحكمة العليا (المجلس الأعلى) الصادر بتاريخ 13-12-1968، الذي فصل في النزاع بين الدولة الجزائرية وشركة V.B، المجلة الجزائرية، عدد 4، سنة 1969، ص. 1284. مذكور لدى أحمد محيو، المرجع السابق، ص. ص. 392-393.

وهذا عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة بصفة عامة. ولكن التساؤل المقصود هو هل يمكن اعتبار تدابير الوقاية من فيروس ظروفا طارئة؟

إجابة على ذلك يرى البعض[1] بأن من النقاط الأساسية التي تؤخذ بعين الاعتبار لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو وقت إبرام العقد، فإذا كان من المقبول التسليم بتطبيق النظرية بالنسبة للعقود التي تم إبرامها قبل ظهور وباء كورونا، فإن العقود التي تم إبرامها مع بداية ظهوره وبعد تحوله إلى جائحة، قد لا يمكن لطرفيها التحجج بعدم التوقع كسبب للجوء لنظرية الظروف الطارئة، خاصة وأن ذلك تزامن مع بدأ اتخاذ تدابير معروفة كالحجر المنزلي والمنع من التنقل وغلق الحدود والأسواق والمنشأت والجامعات...مما يجعل ظروف تنفيذ العقد معلومة–ولو بشكل عام–بالنسبة للطرفين.

وبالنسبة للعقود الإدارية فإن نظرية الظروف الطارئة تتيح للمتعاقد المستمر في تنفيذ العقد رغم الصعوبات التي يواجهها باستثناء–القوة القاهرة–الحق في التعويض عما يلحقه من أظرار، بالاظافة إلى الاعفاء من عقوبات التأخير... وهي الأحكام القابلة للتطبيق على تدابير كورونا عندما تؤدي لصعوبة في تنفيذ العقد ولقلب اقتصادياته بشكل ملاحظ وفقا لما قال به البعض[2]. كما يظهر لنا بأنه وإن كانت العبرة بوقت إبرام العقد لتحديد ما يمكن للطرفين توقعه، وبالتالي إذا كان بالامكان اعتبار تدابير كورونا ظروفا طارئة أم لا. إلا أن المشاهد أن استمرار الجائحة وتطورها وظهور تشدد في اتخاذ التدابير أحيانا وتبسيطها أحيانا أخرى يثير صعوبة في تحديد ما يمكن للأطراف توقعه لحظة إبرام العقد، وما يقع من تطورات بعد ذلك.

المطلب الثاني: تدابير الوقاية من جائحة كورونا باعتبارها عمل من أعمال السلطة.

على الرغم من قلة الاهتمام الفقهي–حاليا– بنظرية عمل الأمير، إلا أن الآثار الناتجة عن تدخل السلطات العامة على تنفيذ عقود الدولة أدى لبحث مدى امكانية تطبيق هذه النظرية. وعليه يتم التطرق لتعريفها (الفرع الأول)، ثم بيان شروط وآثار تطبيقها وفقا لاجتهادات القضاء الإداري واستخلاص مدى امكانية تطبيقها على اجرادات وتدابير الوقاية من جائحة كورونا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعريف بنظرية عمل الأمير.

إذا كان العقد الإداري إنما أبرم ليحقق المصلحة العامة، " فإنه قد يصبح تنفيذه في بعض الأحيان غير ذي جدوى أو فائدة تعود على سير المرفق العام مما يتنافى والمصلحة العامة "[3]، وعلى هذا الأساس

[1] Mathias AMILHA, La commande publique face au COVID-19 : dans l'attente de mesures réellement efficaces, *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2020 ; Actions & réactions au Covid-19; Art. 282. (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 12:00) Lien : http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=3175

[2] Lionel Levain, Mathieu Prats-Denoix, Mike Gilavert, Evaluer et atténuer les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de Coronavirus sur les contrats administratifs en cours d'exécution, 1FLASH-INFO DROIT PUBLIC, 24-3-2020, p p.1-2. (Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 10:00) Lien: https://rmt.fr/wp-content/ACTU2020/PUBLIC/F.. 1858916.1%29.pdf

[3] عبد الحليم مجدوب، سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المجلد المجلد 2، العدد 2، 2017، ص. 259.

اعترف للإدارة العامة بإمكانية تعديل أو انهاء العقد، ليس من جانب الإدارة المتعاقدة فقط بل من السلطات العامة في الدولة أيضا، ويعبر عن هذه الصورة من التعديل بنظرية عمل الأمير.

وعلى الرغم من قِدم نظرية عمل الأمير (la théorie du fait du prince)، إلا أن الفقه والقضاء لم يتفقا على كلمة سواء في تعريفها وحصر الحالات التي تندرج تحت مضلتها؛ ولعل أول من أبرز هذه الحقيقة هو العميد Maurice Hauriou في تعليقه على قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ 11-03-1910 في قضية "Compagnie générale française des tramways"[1]، حيث اعتبر أن حالات تطبيق النظرية متباينة ولا تُمكِّن من ايجاد تصور موحد بشأنها، وأن الاجتهادات القضائية بصددها غير متجانسة...[2]. كما كان لأطروحة الدكتور ثروت بدوي Le fait du Prince dans les (administratifs contrats)[3] دورٌ بارز في التعريف بنظرية عمل الأمير، فأدرج تحتها مختلف حالات التعديل الانفرادي الذي يؤدي لانعدام التوازن المالي للعقد، سواء كان التعديل من الإدارة المتعاقدة، أو من سلطة أجنبية عن العقد، أو وقع كأثر لصدور قانون لاحق على إبرام العقد[4]. أما جورج فيدال وبيير دلفولفيه، فقد أدرجا تحت عنوان " نظريات التوازن المالي للعقد" حالات التعديل الانفرادي، وكذا الظروف الخارجية عن المتعاقدين، والتي تؤدي لتعديل العقد ولفقدان التوازن المالي[5].

هذا، ويرى البعض بأن المقصود بفعل الأمير " كل عمل مشروع يصدر من السلطة التي أبرمت العقد وينصب إما على ذات العقد أو على ظروف تنفيذه، فيؤدي إلى زيادة الأعباء المالية للمتعاقد، ويرتب له الحق في التعويض. وقد يظهر فعل الأمير في إجراء فردي يصدر بتعديل شروط العقد أو نظام المرفق المتعلق به، كما قد يكون إجراءً عاماً ولكنه يؤثر في موضوع العقد بتعديل الظروف التي وضعت في الاعتبار عند إبرامه. وذلك كما في حالة رفع أسعار السلع التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد أو رفع أجور العمال أو زيادة الضرائب"[6]. وفعل الأمير وفقا لبعض المعاجم "إجراء أو قرار يصدر من السلطة العامة يؤدي إلى زيادة أعباء تنفيذ الالتزام ويعتبر من حالات القوة القاهرة"[7]. والظاهر من هذه التعريفات أن أثار النظرية خاصة فيما يتعلق "بالحق في التعويض" أنها تقترب لحد ما من أثار إعمال بعض النظريات

---

[1] CE, 11 mars 1910, Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways (Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 12:00) Lien : https://fiches.dallozetudiant.fr/fileadmin/contenu_fiches/Public/Le_contrat_a_11mars1910.pdf

[2] Maurice HOURIOU, La double nature de la concession de tramways : à la fois réglementaire et contractuelle, Revue générale du droit on line, 2015, numéro 14928(Date de lecture 22-05-2020 à l'heure 16:00) Lien : : https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/02/11/..ois /

[3] Saroit BADAOUI, Le fait du Prince dans les contrats administratifs, thèse de doctorat, Faculté de droit et des sciences économiques, Université de Paris, France, 1954.

[4] Jean-Marie AUBY, S. Badaoui, Le fait du Prince dans les contrats administratifs [note bibliographique] Revue internationale de droit comparé. Vol. 8 N°1, Janvier-mars 1956, p 158.

[5] جورج فودال وبيير دلفولفيه، القانون الإداري، ج1، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008، ص ص. 353-357.

[6] ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2000، ص.597.

[7] عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية، ط1، عالم الكتاب ومكتبة النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987، ص. 351.

الأخرى كنظرية المخاطر مثلا[1]. وعلى ذلك، تظهر نظرية فعل الأمير من خلال تطبيقين مختلفين " يؤديان إلى نتائج مختلفة ". يتعلق الأول بتدخل السلطة العامة باعتبارها طرفا في العقد[2]. أما الثاني فهو تدخل السلطة العامة الأجنبية عن العقد[3]، إلا أن بعض الآراء تعتبر " أن الإجراء الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة هو الذي يدخل ضمن إطار نظرية عمل الأمير"[4].

ولقد كان للقضاء الإداري تطبيقات متعددة سعى فيها لتوضيح شروط وأثار تطبيق النظرية.

الفرع الثاني: شروط وأثار إعمال نظرية عمل الأمير ومدى امكانية تطبيقها على تدابير الوقاية من فيروس كورونا.

بتتبع اجتهادات القضاء الإداري، يمكن القول بأنه وضع شروطا متعددة لتطبيق نظرية فعل الأمير، على الرغم من " أن شروط التعويض كانت محل اجتهادات متناقضة من الصعب جمعها "[5]، ووُصِف بعضها بأنها " كانت معقدة ومتناقضة وضبابية "[6]. وقد اعتبر الأستاذ محيو بأن الشرطان الأساسيان لإعمال النظرية هما: الشرط الأول: أن يكون التعديل الانفرادي صادرا من السلطة المتعاقدة، بحيث أن التعديل الذي يكون بسبب تصرف السلطة الأجنبية عن العقد–والذي كان يندرج ضمن هذه النظرية–لم يعد كذلك بسبب تطور الاجتهادات، وانما الأخير يؤسس حق المتعاقد في طلب التعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة. والشرط الثاني: وهو محل جدل فقهي يمتد للخلاف حول الاعتراف للإدارة بسلطة التعديل الانفرادي، فمنكروها يعتبرون "ضمن عمل الأمير" كل الإجراءات التي تتخذها السلطة المتعاقدة باعتبارها سلطة عامة لا باعتبارها طرفا في العقد، كمسائل الشرطة وتنظيم المرفق. فوفقا لهذا الرأي "يجب الابتعاد عن الافتراض القائل بأن الشخص العام المتعاقد يتصرف في ممارسة الامتيازات التي يتمتع بها بالاستناد لبنود تعاقدية ولسلطته في التعديل"[59]. ويترتب على توافر هذه الشروط (أن يتعلق الأمر بعقد إداري، وأن يكون تصرف الإدارة مشروعا، وأن يؤدي لانعدام توازن العقد) تعويض المتعاقد " تعويضا كاملا " عن كل الأعباء والخسائر التي لحقت به والأرباح التي فاتته" [7]إذا كان في وسعه الاسمرار في تنفيذ

---

[1] ينظر في ذلك: خالد سرباح، المسؤولية الإدارية بدون خطأ وتطبيقاتها في القانون المقارن، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المجلد المجلد 3، العدد 1، 2018، ص. 573–574.

[2] حول حق الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري ينظر: عبد الحليم مجدوب، المرجع السابق، ص ص. 256–259.

[3] Patrice CHRETIEN & Nicolas CHIFFLOT & Maxime TOURBE, Op.cit., p. 521.

[4] "... ومن ثم فالظرف الطارئ الذي يبرر إعمال نظرية الظروف الطارئة يمكن أن يكون اقتصاديا أو طبيعيا أو سياسيا أو إداريا صادرا عن غير جهة الإدارة المتعاقدة، حيث يدخل الإجراء الصادر عن جهة الإدارة المتعاقدة في إطار تطبيق نظرية عمل الأمير". عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2009، ص. 186.

[5] أحمد محيو، المرجع السابق، ص ص. 388–389.

[6] جورج فودال وبيير دلفولفيه، القانون الإداري، ج1، ص. 356.

[7] ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص. 598.

العقد. أما إذا أدى تدخل الإدارة لاستحالة تنفيذ العقد، فللمتعاقد الحق في طلب فسخه والتعويض عن الخسائر التي لحقت به إن كان لطلب التعويض داع.

وفي فرنسا طبق مجلس الدولة نظرية عمل الأمير وفقا لطبيعة تدخل السلطات العامة وأثره على تنفيذ العقد، ورغم اقتضاء النظرية تعويض المتعاقد تعويضا كاملا، فقد قضى بالتعويض عن الأضرار الفعلية التي تلحق بالمتعاقد "دون ما فاته من ربح" في بعض قراراته، كقراره الصادر بتاريخ 22-1-1952 في قضية "secr. C champouvet" حيث قامت الإدارة بفسخ العقد نتيجة لغزو الألمان لجنوب فرنسا. وفي قرارات أخرى قضى المجلس بعدم تعويض المتعاقد تعويضا كاملا إذا ساهم بخطئه في إحداث الاضرار الناتجة عن اعمال نظرية عمل الأمير، كما في قراره الصادر بتاريخ 28-11-1924 في قضية " Tanti "[1].

أما في مصر فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بصدد مراقبتها لمدى توافر شروط تطبيق نظرية عمل الأمير بما يلي: " إن صدور القانون رقم 204 لسنة 1960 خلال فترة الامتداد هذه يترتب عليه أن تتحمل الهيئة، دون الشركة، بقيمة الزيادة في رسم الإحصاء الجمركي المقررة بموجب هذا القانون دون حاجة إلى الخوض في نظرية فعل الأمير لأن هذه النظرية إنما يلجأ إليها في حالة طلب التعويض عن أمر غير متوقع وقت إبرام العقد ولكن الثابت أن المتعاقدين قد توقعا، عند إبرام العقد، زيادة الرسوم الجمركية والضرائب وأجور النقل أو نقصها ووضعا نص البند الثالث عشر من الشروط العامة ليحكم هذه الحالة "[2].

وفي الجزائر قضت الغرفة الإدارية بمحكمة الجزائر في قرارها الصاد بتاريخ 11-12-1964 بأن تدفع بلدية " فوكة " تعويضا للشركة صاحبة الامتياز " شركة الكهرباء والغاز الجزائر". حيث أن البلدية المذكورة أرادت بناء مدرسة وطلبت من الشركة أن تنقل على نفقتها مكان الخطوط الكهربائية استنادا لما تنص عليه النصوص التنظيمية ودفتر الشروط. إلا أن حالة بناء مدرسة لم تكن حقيقة ضمن البنود المذكورة في دفتر الشروط الذي ذكر أسباب الأمن العام، أو لأجل شق الطرق...فبناء مدرسة لم يكن من بين الأسباب التي تسمح بالنقل على نفقة صاحب الامتياز، ولم تكن من بين الأمور المتوقعة عند إبرام العقد، فهي تعتبر عملا جديدا يخل بالتوازن المالي للعقد، لذلك قضت المحكمة بمنح تعويض للشركة لقاء نقلها لخطوط الكهرباء[3].

وهذا بالنسبة لنظرية عمل الأمير بشكل عام. ولكن التساؤل المطروح: هل يمكن أن تدرج بعض تدابير الوقاية من فيروس كورونا تحت غطاء هذه النظرية؟

---

[1] في التعليق على القرارين ينظر: سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 631.

[2] المحكمة الإدارية العليا، مصر، بتاريخ 11-01-1969، الطعن رقم 0147 لسنة 11 ق، المكتب الفني ج 14، مجلس الدولة، مصر، ص. 232.

[3] قرار الغرفة الإدارية بمحكمة الجزائر، المؤرخ في 11-12-1964، قضية شركة كهرباء وغاز الجزائر ضد بلدية فوكة. مذكور لدى: أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 389.

فقد ناقشت بعض الآراء الفقهية هذا التساؤل، واجابت عليه بالإيجاب، خاصة إذا أدت قرارات السلطات العامة لوقف تنفيذ أو فسخ العقود المبرمة والمقرر تنفيذها، عند انتشار الوباء[1]. كما كان لحكم محكمة القضاء الإداري في مصر الصادر سنة 2015 (المشار إليه سابقا)[2] مؤشر هام حول مشروعية تدخل السلطات العامة لفرض اجراءات وتدابير الوقاية من الأمراض المعدية، حيث أن الأمر كان يتعلق " بفيروس أنفلونزا الطيور" وحيث تدخلت السلطات لمنع بيع الطيور، ولإبادة المصابة منها، وقررت في نفس الوقت تعويض المتضررين من هذه التدابير وفق شروط محددة.

الخاتمة:

بعد البحث في أثار تدابير الوقاية الصحية العامة من فيروس كورونا على تنفيذ العقود، المدنية والإدارية، يمكن استنتاج عدة نتائج، أهمها:

1-أن تدابير الوقاية من فيروس كورونا تم النص عليها بموجب تشريعات مُلزمة، وهي تختلف في تأثيرها على تنفيذ العقود بحسب طبيعة كل عقد ومجال تنفيذه الزمني والمكاني، ووفقا لهذا التفاوت في التأثير يتراوح تكييف تدابير الوقاية بأنها ظروف قاهرة-إذا كان من شأنها أن تمنع تنفيذ الالتزام بشكل مطلق-أو ظروف طارئة-إذا كان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا-، أو باعتبارها من قبيل أعمال السلطة إذا كان من شأنها التأثير على العقود الإدارية سواء بتعديل التزامات الطرفين بشكل مؤثر على اقتصاد العقد، أو بإنهائه من جهة السلطة العامة.

2-إن اجتهادات القضاء العادي والإداري المرتبطة بالأوبئة-على ندرتها الشديدة-أو المرتبطة بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة أو بإعمال نظرية عمل الأمير، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تضع بين أيدي الباحث تصورا شاملا عمّا سيكون عليه وضع هذه النظريات في ظل تطور أزمة كورونا أو لا قدر الله أزمة مشابهة لها، فقد أظهر القضاء وفقا لاختلاف الظروف حلولا متعددة وتصورات متفاوتة وتفسيرات غير متطابقة في كل الحالات بشأن نفس النظرية،

3-أنه لا يمكن التنبؤ بمستقبل الوباء ولا بمدى تأثيره على العقود على نحو جازم، فحتى حالات القوة القاهرة والظروف الطارئة لا يزال تفسيرها على ضوء ما وقع من تطبيقاتهما سابقا، كالحروب والأوبئة التي عُرف مداها صحيا واقتصاديا... لذلك فإن ما اصدرته المحاكم بشأن تحقق القوة القاهرة او الظروف الطارئة لا يمكن تطبيقه بالضرورة بشأن وباء كورونا.

وإنطلاقا من هذه النتائج، يبدو أنه من الملح الآن ذكر التوصيات التالية:

[1] "Si des contrats précédemment conclus n'ont pu être exécutés comme prévu, dans la plupart des cas c'est en raison de ces décisions prises par les autorités publiques : elles constituent ce que l'on appelle un " fait du prince "… ". Laurent LEVENEUR, Le covid-19, la force majeure et le fait du prince, (Date de lecture 26-05-2020 à l'heure 20:00) Lien :
http://www.tendancedroit.fr/le-covid-19-la-force-majeure-et-le-fait-du-prince/

[2] ينظر الهامش رقم 5.

1-إعادة النظر بصفة خاصة في شرط " عمومية الحدث الخارجي " كشرط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك في التشريعين المصري والجزائري، من خلال الاستغناء عن هذا الشرط، أو-على الأقل-الأخذ بمفهوم موسع يستجيب لمبادئ التيسير والتضامن العقدي،

2-محاولة وضع حدود لشرطيّ "عدم امكانية التوقع وعدم امكانية الدفع" كشرطين أيضا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، في التشريعات محل الدراسة، وذلك لأن المفهوم الشائع فقها وقضاءا لهذين الشرطين قد يؤدي لحرمان المتعاقد المضرور من تقنية قانونية "تضامنية" قررت لصالحه،

3-إعادة تقييم شامل لأهم النظريات القانونية التي ووضعت لإعادة التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين، سواء في العقود المدنية أو الادارية، ودراسة مدى انسجام بعض أحكامها مع ما يفرضه الواقع خاصة الصحي والاقتصادي من مستجدات. وضبط المقصود خاصة بمصطلح "التوقع" واضفاء معنى معقول يكون في طاقة المتعاقد (العادي) تصوره، فإذا كانت الدول والمؤسسات الكبرى قد تعجز عن توقع تطور الأمور رغم ما يتوفر لديها من وسائل وتقنيات استشرافية، فلا يستغرب أن يعجز المتعاقد محدود الامكانات عن توقع ما يسفر عليه انتشار وباء أو مرض معدي وأن يكون بوسعه مسبقا معرفة الصعوبات التي قد تخل بتوازن العقد.

وفي الأخير يشار إلى أن الأزمات التي مرت بها البشرية، طالما كانت عاملا حاسما في تطور نظمها القانونية والسياسية والاقتصادية، وأن قيم التضامن والعدالة العقدية يحتاجان إلى تثبيت تقنيات التكافل على النحو الذي يحقق الأمن التعاقدي ويحافظ عليه.

قائمة المصادر والمراجع:

I-المصادر والمراجع باللغة العربية.

1-الكتب:

1-أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ط4، د م ج، الجزائر، 1986.

2-بشار رشيد حسن المزوري، المسؤولية التعاقدية للإدارة في تنفيذ العقود الإدارية-دراسة مقارنة-المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2018.

3- جورج فودال وبيير دلفولفيه، القانون الإداري، ج1، ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2008.

4-ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المُجدِّد، سطيف، الجزائر، 2011.

5-محمد رضا جنيح، القانون الإداري، ط2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008.

6-وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.

7-حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، الكتاب الأول في: نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، مصر، 1943.

8-سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط5، 2005.

9-ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2000.

10-مازن ليلو راضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2002.

11-حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

12-علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010.

13-عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام، "مصادر الالتزام: العقد – العمل غير المشروع – الاثراء بلا سبب – القانون"، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، مصر، 1952.

14-محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وآثارها القانونية دراسة مقارنة بين النظرية والتطبيق، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ط1، 1998.

15-عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري دراسة مقارنة-، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975.

16-عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي، الكتاب الثاني، نقابة المحامين، مصر، 1984.

17-عبد العزيز عبد المنعم خليفة، تنفيذ العقد الإداري وتسوية منازعاته قضاء وتحكيما، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، 2009.

18-عبد الواحد كرم، معجم المصطلحات القانونية (معجم عربي انجليزي فرنسي)، ط1، عالم الكتاب ومكتبة النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1987.

2-المقالات:

1-خالد سرباح، المسؤولية الإدارية بدون خطأ وتطبيقاتها في القانون المقارن، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المجلد 3، العدد 1، 2018.

2-شارف بن يحي، ضرورة إسقاط شرط عمومية الظرف الطارئ في القانون المدني الجزائري-دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي-، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، العدد 4، 2010.

3-عبد الحليم مجدوب، سلطة الإدارة في إنهاء العقد لدواعي المصلحة العامة، المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، المجلد 2، العدد 2، 2017.

3-الأحكام والقرارات القضائية:

3-1-الأحكام الصادرة عن القضاء المصري.

1-حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ 9 يناير 1984، الطعن رقم 269، لسنة 49 قضائية، المكتب الفني، ج1، السنة 35، ص. 168.

2-حكم محكمة النقض، مصر، جلسة 14 أبريل 1997، الطعن رقم 139 لسنة 60 قضائية، مجموعة أحكام محكمة النقض، الجزء 1، السنة 48، ص. 649.

3-حكم محكمة النقض، مصر، جلسة 01 مارس 1970، الطعن رقم 580 لسنة 43 قضائية، مجموعة أحكام محكمة النقض، الجزء 1، السنة 28، ص. 600.

4-حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، بتاريخ 22 فبراير 2015، الدعوى رقم 6112 لسنة 10 قضائية. منقول: محمد عبد الوهاب خفاجي، تشريعات الصحة الوقائية ووعي الأمة المصرية وتماسكها عبر تاريخها في مواجهة الأوبئة تحصين من فيروس كورونا وتأمين لصحة المواطنين، المحكمة الإدارية العليا، مصر، 28-03-2020، ص ص. 33-38.

5-حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر بتاريخ 21-1-1984، الطعن رقم0877، لسنة 27 ق، المكتب الفني، ج29، مجلس الدولة، ص. .505

6-حكم المحكمة الإدارية العليا، مصر، بتاريخ 11-01-1969، الطعن رقم 0147 لسنة 11 ق، المكتب الفني ج 14، مجلس الدولة، مصر، ص. 232.

7-حكم المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر بتاريخ 09-06-1962، الطعن رقم 2150، لسنة 6 ق، المكتب الفني، ج7، مجلس الدولة، ص. 1024.

3-2-القرارات القضائية الصادرة عن القضاء الجزائري.

1-قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، بتاريخ 03-12-2009، رقم 534176، صادر بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، جوان 2011، ص ص. 169-172.

2-قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13-12-1968، الذي فصل في النزاع بين الدولة الجزائرية وشركة V.B، المجلة الجزائرية، عدد 4، سنة 1969، ص. 1284. مذكور لدى أحمد محيو، المرجع السابق، ص. ص. 392-393.

3-قرار الغرفة الإدارية بمحكمة الجزائر، المؤرخ في 11-12-1964، قضية شركة كهرباء وغاز الجزائر ضد بلدية فوكة. مذكور لدى: أحمد محيو، المرجع السابق، ص. 389.

II-Les références en français.

1- <u>Ouvrages</u>:

-Agathe VANG LANG & Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUET-BRISSET, Dictionnaire de droit administratif, 7 me édition, DALLOZ, France, 2015.

-Patrice CHRETIEN & Nicolas CHIFFLOT & Maxime TOURBE, Droit administratif, T2, DALLOZ, Paris, France, 2016.

2- Articles:

-Jean-Marie AUBY, S. Badaoui, Le fait du Prince dans les contrats administratifs [note bibliographique] Revue internationale de droit comparé. Vol. 8 N°1, Janvier-mars 1956.

Mathias AMILHAT, La notion de contrat administratif face au nouveau droit de la commande publique : réflexions sur quelques évolutions récentes, Journal du Droit Administratif (JDA), chronique contrats publics 01 ; Art. 105, 2016.

3-Sites d'internet:

-Aloïse QUESENE, Le changement de circonstances imprévisible, source de caducité du contrat ? Approche de droit transitoire et de droit substantiel, 16-01-2019 (Date de lecture 29-05-2020 à l'heure 22:00) Lien:
https://www.actu-juridique.fr/civil/ de-droit-..re-et-de-droit-substantiel/

-Maurice HOURIOU, La double nature de la concession de tramways : à la fois réglementaire et contractuelle, Revue générale du droit on line, 2015, numéro 14928(Date de lecture 22-05-2020 à l'heure 16:00) Lien :
https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/02/11contractuelle/

-Laurent LEVENEUR, Le covid-19, la force majeure et le fait du prince, (Date de lecture 26-05-2020 à l'heure 20:00) Lien :
http://www.tendancedroit.fr/le-covid-19-la-force -fait-du-prince/

-Pascal GAREAU, Alima MIAL, L'impact de la crise sanitaire sur les marchés de travaux en cours d'exécution, p. 2. Mise à jour le 26 mars 2020, UNION NATIONALE DES FEDERATIONS D'ORGANISMES HLM, (Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 12:00) Lien :
https://www.google.com/search?client=firefox-b...%A0+jour+le+26+mars+2020+HLM

-Mathias AMILHA, La commande publique face au COVID-19 : dans l'attente de mesures réellement efficaces, *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2020 ; Actions & réactions au Covid-19 ; Art. 282. (Date de lecture 20-10-2020 à l'heure 12:00) Lien : http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=3175

-Lionel LEVAIN, Mathieu PARTS-DENOIX, Mike GILAVERT, Evaluer et atténuer les conséquences de la crise sanitaire liée à l'épidémie de Coronavirus sur les contrats administratifs en cours d'exécution, 1FLASH-INFO DROIT PUBLIC, 24-3-2020, p p.1-2. (Date de lecture 20-10-2020 à l'heure 12:00) Lien :
https://rmt.fr/wp-content/ACTU2020/PUBLIC/Flash%20info...858916.1%29.pdf

4- Jurisprudence:

-Conseil d'Etat, du 29 janvier 1909, 17614, publié au recueil Lebon (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 13:00) Lien :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007 63516

-Conseil d'Etat, 17 Décembre 1926, "Sté des chantiers de l'Adour" (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 14:00) Lien :
http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Definitions/Entrees/Force-majeure.htm

-Conseil d'État, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 22:00) Lien : https://www.conseil-etat.fr/ressources/dec..d-eclairage-de-bordeaux
-Conseil d'Etat, du 9 décembre 1932, 89655 01000 01001, publié au recueil Lebon (Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 15:00) Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007636689
-CE, 11 mars 1910, Ministre des travaux publics c/ Compagnie générale française des tramways (Date de lecture 20-05-2020 à l'heure 12:00) Lien : https://fiches.dallozetudiant.fr/f..Le_contrat_administratif___regime/GrandsArrets_..f
-Cour administrative d'appel de Nantes, 3e chambre, du 5 novembre 1998, 94NT00398, mentionné aux tables du recueil Lebon (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 17:00) Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007552988
-CA Colmar, 12 mars 2020, RG n°20/01098 (Date de lecture 27-05-2020 à l'heure 20:00) Lien : https://www.doctrine.fr/d/CA/Colmar/2020/C8A8F3A305EEEBB31F249
-Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 3 novembre 1992, 90- 18.547, Publié au bulletin, (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 22:00) Lien : https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007029915
-Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 24 novembre 1998, 96-18.357, Publié au bulletin, (Date de lecture 28-05-2020 à l'heure 22:00) Lien: https://www.legifrance.gouv.fr/affic&fastPos=1
-Arrêt n° 837 du 19 septembre 2018 (17-24.347) - Cour de cassation - Première chambre civile - ECLI : FR : CCASS : 2018:C100837 (Date de lecture 27-05-2020 à l'heure 13:00) Lien : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2.../837_19_40225.html