جامعة الشرق الأوسط
MIDDLE EAST UNIVERSITY
Amman - Jordan

جائحة كورونا وأثرها على العقد الإداري
(دراسة مقارنة)

Corona Pandemic and Its Impact on the Administrative Contract
(A Comparative Study)

إعداد

لبنى عصام شحاذه

إشراف

الدكتور محمد علي الشباطات

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير

في القانون العام

قسم القانون العام

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط

حزيران، 2022

تفويض

أنا **لبنى عصام شحاذة**، أفوّض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخٍ من رسالتي ورقياً وإلكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها.

الاسم: لبنى عصام شحاذة.

التاريخ: 12 / 06 / 2022.

التوقيع:

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة والموسومة بـ : **جائحة كورونا وأثرها على العقد الإداري / (دراسة مقارنة ما بين التشريع العراقي والأردني والمصري)**.

للباحثة: لبنى عصام شحاذة.

وأجيزت بتاريخ: 12/ 6 / 2022.

أعضاء لجنة المناقشة

الاسم	الصفة	جهة العمل	التوقيع
د. محمد علي الشباطات	مشرفًا	جامعة الشرق الأوسط	
د. أيمن يوسف الرفوع	عضوًا من داخل الجامعة ورئيسًا	جامعة الشرق الأوسط	
د. بلال حسن الرواشدة	عضوًا من داخل الجامعة	جامعة الشرق الأوسط	
٤. د. نعمان أحمد الخطيب	عضوًا من خارج الجامعة	جامعة عمان العربية	

شكر وتقدير

* بداية اتقدم بعظيم الشكر إلى **بلدي الثاني المملكة الأردنية الهاشمية** (ملكاً... وحكومة ... وشعباً) على ما قدّموه ليَ من الدعم والرعاية وحُسن الضيافة.

* وفي نهاية هذا الإنجاز العلمي **الحمد والشكر لله تعالى** الذي وفقني لإكمال مسيرتي العلمية ويسّر ليَ طريقي في العلم والمعرفة.

*وخالص شكري وتقديري إلى **الدكتور محمد علي الشباطات** بإشرافه على رسالتي وعلى نصائحه وتوجيهاته التي كان لها الأثر الفعال في إكمال هذه الرسالة.

*كما أتقدم بخالص الشكر إلى **جامعة الشرق الأوسط وإلى كليتي (كلية الحقوق)** عمادةً ومدرّسين ومُنتسبين لتوفيرها الفرصة الملائمة والمكان المناسب والخبرات العظيمة التي وجهت لخدمة البحث العلمي، وسهلت الطريق لنا في مسيرتنا العلمية والأكاديمية.

* ولا يسعني في النهاية إلا أن أتقدم بخالص شكري إلى **أعضاء لجنة المناقشة** الكرام لتفضلهم قبول مناقشة رسالتي، وكان لتوجيهاتهم الأثر في ظهور هذه الرسالة بأفضل صورة.

الباحثة

الإهداء

إلى الأب والسند والصديق صاحب القلب الطيب والشجاع

والدي الغالي ... حفظك الله

إلى التي أفنت عُمرها في وصولنا إلى الكمال

والدتي الغالية (القائدة التربوية الست انتصار) ... حفظك الله

إلى صاحبة الابتسامة المشرقة ذات القلب الصافي

حبيبتي الخالة فاطمة.... حفظك الله

إلى المرأة الطموحة القوية الساعية إلى سُلّم النجاح ... **الباحثة**

فهرس المحتويات

الموضوع **الصفحة**

العنوان.....أ
تفويض .....ب
قرار لجنة المناقشة .....ج
شكر وتقدير ..... د
الإهداء ..... هـ
فهرس المحتويات.....و
الملخّص باللغة العربية .....ح
الملخّص باللغة الإنجليزية ..... ي

الفصل الأول: خلفية الدراسة وأهميتها

أولاً: المقدمة 1
ثانياً: مشكلة الدراسة.....2
ثالثاً: اسئلة الدراسة 3
رابعاً: أهمية الدراسة 3
خامساً: أهداف الدراسة 3
سادساً: منهجية الدراسة.....4
سابعاً: الدراسات السابقة ذات الصلة 4
ثامناً: حدود الدراسة 6
تاسعاً: محددات الدراسة.....7
عاشراً: مصطلحات الدراسة 7
حادي عشر: الإطار النظري للدراسة 9

الفصل الثاني: ماهية العقد الإداري

المبحث الأول: مفهوم العقد الإداري ومعيار تمييزه عن غيره من العقود 11
المطلب الأول: التعريف بالعقد الإداري 12
المطلب الثاني: معيار تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود..... 15
المبحث الثاني: انواع العقد الإداري وحقوق المتعاقد مع الإدارة 20
المطلب الأول: انواع العقد الإداري 20
المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة..... 26

الفصل الثالث: الظروف التي تطرأ على العقد الإداري أثناء تنفيذه

المبحث الأول :نظرية الظروف الطارئة 31
المطلب الأول :مفهوم الظروف الطارئة وشروط تطبيقها..... 31
المطلب الثاني: الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة 40
المبحث الثاني: نظرية القوة القاهرة 52
المطلب الأول: مفهوم القوة القاهرة وشروط تطبيقها..... 52
المطلب الثاني: بعض التطبيقات العملية للقوة القاهرة..... 60

الفصل الرابع: ماهية الجائحة وانعكاساتها على العقد الإداري

المبحث الأول: ماهية الجائحة والطبيعة القانونية لها وآثارها على التوازن المالي للعقد الإداري . 72
المطلب الأول: مفهوم الجائحة 72
المطلب الثاني: آثار الجائحة على اقتصاديات العقد الإداري..... 82
المبحث الثاني: تأثير التشريعات الوطنية على العقود الإدارية اثناء جائحة كورونا 86
المطلب الأول: القواعد القانونية الواردة في قوانين تنفيذ التعاقدات الحكومية ومدى تطبيقها على العقود الإدارية أثناء الجائحة 87
المطلب الثاني: القرارات الصادرة عن الجهات المختصة للتصدي للجائحة ولحماية العقود والمشاريع العامة من آثار وتداعيات الجائحة..... 92

الفصل الخامس: الخاتمة، النتائج، التوصيات

أولاً: الخاتمة 98
ثانياً: النتائج 99
ثالثاً: التوصيات 100
قائمة المراجع 102

جائحة كورونا وآثرها على العقد الإداري (دراسة مقارنة)

إعداد:

لبنى عصام شحاذة

إشراف:

الدكتور محمد علي الشباطات

الملخّص

هدفت الدراسة إلى بيان تأثير التدابير والقرارات غير معهودة التي اتخذتها الحكومات عقب تفشي جائحة كورونا على العقد الإداري وبالتالي اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة هذه التدابير للوقاية من الفايروس ، وللحفاظ على الصحة البشرية والسلامة العامة فقد تم اغلاق معظم المرافق الحيوية في البلاد وفرض حظر التجوال وهذا ما أدى بدوره إلى تعطل وشلّ حركة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وبالتالي جعلت المتعاقدين مع الإدارة العامة يتعرضون لخسارات فادحة إضافة إلى جعل تنفيذ التزاماتهم العقدية وان لم تكن مستحيلة جاءت مرهقة لهم ، لذا استدعى الوضع البحث في تكييف الآثار التي خلفتها الجائحة والطبيعة القانونية لها والتعرض للقرارات التي اتخذتها الجهات المختصة للوقاية من الفايروس والتي تركت آثاراً سلبية على التوازن المالي للعقد الإداري.

وبينت هذه الدراسة آثار جائحة كورونا على العقد الإداري في حدود نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وتقدم هذه الرسالة دراسة تحليلية مقارنة عن طريق إسقاط القواعد العامة للظروف الطارئة والقوة القاهرة على الجائحة وتسلط الضوء على التشريعات ذات الصلة بالعقود الإدارية بما تضمنته من أحكام تخص الظروف الطارئة والقوة القاهرة وتناول الشروط القانونية لها وإبراز الآثار المترتبة عليها، ودور القاضي في معالجة الاختلال الذي احدثته الجائحة على التوازن المالي للعقد الإداري وموقف التشريعات ذات الصلة بموضوع الدراسة مع التعرض لبعض التطبيقات العملية والتطرق لبعض قرارات المحاكم ذات الصلة.

وقد خلصت الرسالة إلى أن آثار وتداعيات الجائحة على العقد الإداري تتفاوت فيما إذا كانت ظرف طارئ ام قوة قاهرة، وان هذه الآثار تقاس وفقاً لمعايير موضوعية تتعلق بالناحية الاقتصادية للعقد الإداري الذي اختل توازنه من جراء الجائحة، إضافة إلى أنه يجب أن تعامل كلّ علاقة عقدية على حدة وفق ظروف إبرام كل عقد، وبالتالي فللقاضي سلطة تقديرية في تكييف آثار وتداعيات الجائحة على العقد الإداري فيما إذا كانت ظرف طارئ ليحكم برفع الارهاق على المتعاقد المتضرر بعد لجوء المتعاقد إلى القضاء ومطالبته بذلك وفيما إذا كانت قوة قاهرة فينفسخ العقد قانوناً وأن أهم ما يمكننا بيانه من توصيات: توسيع اختصاصات القضاء الإداري في كل من العراق والأردن بحيث

تشمل العقود الإدارية لانه الاقدر على معرفة مكونات العقد الإداري وطبيعة اهدافه ، واضافة نصوص تشريعية تشكل الإطار العام للجوائح وكيفية معالجة آثارها الاقتصادية ، وتضمين العقود الإدارية بند الجوائح والأوبئة ليسهل الأمر لأطراف النزاع في معرفة الآثار القانونية التي تترتب عليها.

كلمات دالة: الجائحة، العقد الإداري، التوازن المالي للعقد الإداري، القوة القاهرة، الظروف الطارئة.

Corona Pandemic and Its Impact on the Administrative Contract
(A Comparative Study)

Prepared by: Lubna Essam Shehada

Supervised by: Mohammed Ali Al-Shabat

Abstract

The unfamiliar decisions and measures have been conducted by governments after the widespread of corona virus has affected the administrative contracts as well as disrupting its financial balance as a result of these preventive measures which had been taken to preserve human health and public safety. Many basic utilities has been closed and curfew has imposed as well which in its turn led to paralyzing the constant and steady workflow of basic utilities. Consequently, this has exposed the contractors with the public administration to massive losses in addition to turning the implementation of their contractual obligations into stressing if it's not impossible ones. Therefore, the situation called for examining the adaption of the effects of the pandemic, the legal nature, and exposure to the decisions taken by the concerned authorities to prevent the virus, which left negative effects on the financial balance of the administrative contract.

The subject of this thesis is to determine the effects of the Corona pandemic on the administrative contract within the limits of the theories of emergency conditions and force majeure. Moreover, it present a comparative analytical study by projecting the general rules of emergency conditions and force majeure on the pandemic, shedding a light on the provisions of the civil law in the Iraqi, Jordanian and Egyptian legislation, including provisions related to emergency circumstances and force majeure its legal conditions, its main implications, the role of the judge in addressing the financial imbalance of the administrative contract caused by the pandemic and the of the legislation stance related to the subject of the study. As well as exploring some practical applications and addressing some relevant court decisions.

The study concluded that the effects and implications of the pandemic on the administrative contract vary, whether it is an emergency circumstance or a force majeure, and that these effects are measured according to objective criteria related to the economic aspect of the administrative contract whose balance has been disrupted by the pandemic. Moreover, each contractual relationship must be treated separately according to the circumstances of the conclusion of each contract, and therefore the judge has the

discretion to adjust the effects and implications of the pandemic on the administrative contract whether it is an emergency circumstance and thus eliminating the pressure on the aggrieved contractor after his legal remedy and claiming. In case of force majeure, the contract is legally annulled.

The study recommended the unification of jurisprudence and the appointment of an independent judicial body to settle disputes arising from pandemics and epidemics in order to guarantee the rights of the parties to the conflict, adding up legislative provisions that constitute the general framework for pandemics and how to address their economic effects and appending pandemics and epidemics legal clause to administrative contracts so the parties to the conflict will easily know the legal effects .

Keywords: Pandemic, Administrative Contract, Financial Balance in Administrative Contract, Force Majeure, Theory of Unforeseeability.

الفصل الأول
خلفية الدراسة وأهميتها

أولاً: المقدمة

مع بداية عام 2020 شهد العالم كارثة صحية عالمية، تمثلت بظهور فايروس كورونا (كوفييد-19) في مدينة ووهان الصينية ليصبح بعد ذلك وباءً انتشر في كافة أنحاء العالم تمخض عنه إصابة أعداد كثيرة ووفاة البعض الآخر بالإضافة إلى انعكاساته السلبية على المجتمع في كافة النواحي الصحية والاقتصادية والاجتماعية.

وعقب إعلان منظمة الصحة العالمية من أن هذا الفايروس يُعدّ جائحة صحية عالمية عابرة للحدود سارعت الدول كافة إلى اتخاذ التدابير والقرارات غير المعهودة لمواجهة هذه الجائحة وتهدف إلى الحفاظ على صحة البشرية والسلامة العامة، وتمثلت هذه التدابير بإعلان الحظر الجزئي أو الكلي ومنع التجمعات في بعض من الدول وإغلاق بعض المرافق الحيوية وإعلان حالة الطوارئ في بعضها الآخر وذلك تبعاً لتردي الواقع الصحي ومدى انتشار الفايروس وانعكاساته على كافة مجالات الحياة وهذا ما كان له آثر واضحٌ على الالتزامات العقدية وخاصة تلك التي تبرمها الإدارة بهدف سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ومن الناحية القانونية فإن مهمة حماية الانسان وخدمته كانت ولازالت الهدف الأساسي لأي تشريع أو قرار تنفيذي وتبعاً لذلك فإن جائحة كورونا قد أثارت العديد من التساؤلات ذات الصلة بالقضايا التي تتصل بالقانون الوضعي بشقيه العام أو الخاص وذات الصلة بحق المجتمع والافراد بالتمتع بواقع صحيٍّ سليمٍ وما يقابله من مساسٍ اضطراري لهذه الحقوق من جراء تدخل القضاء المختص واتخاذه التشريعات اللازمة لمواجهة هذه الجائحة.

وغالباً ما تستخدم الإدارة عند ممارسة نشاطها لتسيير المرفق العام اساليب للتعاقد منها ما بين الهيئات الإدارية ذاتها أو بينها وبين الافراد أو الشركات الخاصة، والقواعد القانونية التي تحكم العقود الإدارية تختلف عن تلك التي تحكم عقود القانون الخاص، فالنظام الذي يحكم العقود الإدارية تتجلى فيه امتيازات السلطة العامة، والتي لا نظير لها في علاقات الافراد فيما بينهم نظراً لمقتضيات سير المرافق العامة.

وتعد جائحة كورونا من أهم الأسباب المؤثرة على الالتزامات العقدية وخاصة على مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد الذي يُعدّ من المبادئ المهمة والأساسية التي يقوم عليها القانون الإداري ولقيمة العقود الإدارية ولأطرافها، والتي سببت الكثير من الخسائر الاقتصادية، فان موضوع هذه الدراسة يعالج جانباً مهماً من جوانب تدخل السلطة العامة في العقود الإدارية عندما تختل اقتصاديات العقد الإداري اختلالاً جسيماً بسبب ظروف استثنائية لم يكن بالوسع توقعها عند إبرام العقد والتي تؤدي بدورها إلى جعل الالتزام وان لم يكن مستحيلاً، جاء مرهقاً على المتعاقد مع الادارة وبالتالي يقع على الادارة واجب حسن تنفيذ العقد الإداري والتعاون مع المتعاقد من أجل دوام سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

ثانياً: مشكلة الدراسة

تتمحور مشكلة الدراسة حول تكييف آثار جائحة فايروس كورونا على تنفيذ العقد الإداري وبيان تأثير التدابير المتخذة لتقليل انتشار الفايروس على التوازن المالي للعقد وماهي الحلول القانونية التي تؤطر العلاقة بين أطراف العقد عند تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف إبرامه في العقود الإدارية وفقاً للتشريع العراقي والأردني والمصري.

وعليه؛ ستكون دراسة هذه المشكلة من خلال التطرق إلى الاساس القانوني للظروف الاستثنائية وشروط تطبيقها والاساس القانوني الذي يبرر وقوف الإدارة إلى جانب المتعاقد معها لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل هذه الظروف.

ثالثاً: اسئلة الدراسة

1-ماهي الظروف التي تطرأ على العقد الإداري أثناء تنفيذه؟

2-ما الطبيعة القانونية لجائحة كورونا؟

3-ماهي الآثار القانونية للجائحة على التوازن المالي للعقد الإداري؟

4-هل حققت التدابير المتخذة في ظل الجائحة الحماية القانونية لأطراف العقد الإداري؟

5-ما هي الآثار القانونية التي تترتب بعد العمل بالتدابير المتخذة في ظل الجائحة على العقد الإداري؟

رابعاً: أهمية الدراسة

أهمية هذه الرسالة هي تسليط الضوء على جائحة كورونا التي تعد تأثيراتها سلبية وكثيرة وتعد من الموضوعات الأكثر أهمية في الوقت الحالي وأصبحت موضوعاً له أهمية بالغة عالمياً لتأثيرها على جميع النواحي الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في مختلف القطاعات والأنشطة بالإضافة إلى التوصل إلى مجموعة من الحلول وعلاج الآثار التي ترتبها وتسهيل الاطلاع لأطراف العقد الإداري وللإدارة.

خامساً: أهداف الدراسة

تهدف الرسالة إلى ما يلي:

1-بيان آثار الجائحة على العقد الإداري والالتزامات الناشئة عنه.

2–بيان القواعد القانونية الواردة في التشريعات ذات الصلة ومدى تطبيقها على العقد الإداري أثناء الجائحة .

3–الموازنة بين تأثير جائحة فيروس كورونا على المتعاقد مع الإدارة وبين احترام مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد وذلك بإيجاد اقضى درجات الحماية الممكنة لتنفيذ الالتزامات العقدية.

سادساً: منهجية الدراسة

ستعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن وذلك من خلال عرض وشرح التشريعات المتعلقة بالعقود الإدارية وتنفيذها في العراق ومقارنتها مع التشريع الأردني والمصري والتي لها صلة بموضوع دراستنا والبحث فيها والقيام بتحليلها للتوصل إلى نتائج وتوصيات مرجوة وتفي بالغرض.

سابعاً: الدراسات السابقة ذات الصلة

1- الإفتيحات، ياسر عبد الحميد (2020) بعنوان جائحة فايروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية (دراسة تحليلية في مناقشة مفهوم الجائحة وتأثيراتها من خلال طرح الآراء الفقهية الراجحة في الفقه الاسلامي وبيان الآراء الفقهية والقرارات القضائية لمحكمة النقض المصرية وتحليلها لمفهوم نظريتي القوة القاهرة والظرف الطارئ) كلية القانون –جامعة الغرير – الامارات العربية المتحدة.

تهدف هذه الرسالة إلى الموازنة بين تأثير جائحة فيروس كورونا على المدين وبين احترام مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وذلك بإيجاد أقصى درجات الحماية الممكنة لتنفيذ الالتزامات العقدية.

تتفق دراستي مع هذه الدراسة في ان كلا منهما يتناول أثر الجائحة على الالتزام العقدي وتنفيذه.

لكن تختلف دراستي عن هذه الدراسة من ناحية ان دراستي تختص ببيان آثار الجائحة على العقد الإداري بشكل خاص وعلى الالتزامات الناشئة عنه في كل من التشريع العراقي والأردني والمصري اما هذه الدراسة تناولت آثار الجائحة على الالتزام العقدي بشكل عام في كل من الفقه الاسلامي والتشريع الفرنسي.

2- صادقي، عباس (2020) بعنوان (آثار التدابير الوقائية لمواجهة جائحة كورونا على تنفيذ العقود في الجزائر) المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد -دراسة تحليلية مقارنة-العدد02- المجلد5.

الباحث في هذه الدراسة يسلط الضوء على مدى تأثير التدابير الوقائية لجائحة كورونا على تنفيذ الالتزامات العقدية وإظهار الترابط والتبادل بين القانون المدني والإداري في كل من الجزائر ومصر وفرنسا وبحث مدى قبول إدراج جانب من تدابير الوقاية من جائحة كورونا ضمن نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

تتفق دراستي مع هذه الدراسة في ان كلاً منها يتناول آثر جائحة كورونا على الالتزام العقدي وآلية التعامل مع العقود الإدارية في ضل الجائحة.

تتميز دراستي عنها في انها جاءت متخصصة في آثر جائحة كورونا على العقد الإداري وعلى التوازن المالي للعقد الإداري في كل من العراق والأردن ومصر.

3- موسى، علياء غازي (2020) بعنوان (آثر جائحة كورونا على التوازن المالي للعقد الإداري) مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية المجلد 9-العدد خاص -جامعة تكريت -العراق.

تهدف هذه الدراسة إلى التدخل واحداث التوازن بين الاعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يروم الحصول عليها من خلال تعويضه بناء على نظريات معينة كالظرف الطارئ

وجائحة كورونا وبيان اوجه الشبة والاختلاف في كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي من حيث مفهوم وضوابط الظرف الطارئ والاثر المترتب عليها أثناء تنفيذ العقد وبيان مفهوم التوازن المالي ومفهوم جائحة كورونا عند بعض الفقهاء ومدى تأثيرها على الزامية العقد، وبينت الأثر المترتب على الإدارة والمتعاقد والغير على اعتبار أن جائحة كورونا تعد ظرفاً طارئاً وان استمرارها بالتنفيذ أو التعويض يرفع الضرر عن المتعاقد المتضرر.

تتفق دراستي مع هذه الدراسة في تناول موضوع الجائحة وتأثيرها على العقد الإداري وتحقيق التوازن الاقتصادي.

تتميز دراستي عنها في بيان آثر استمرار الجائحة على تنفيذ العقود الإدارية وتكييفها وآثار القرارات الصادرة والتدابير والتي اتخذتها الحكومة على التزامات طرفي العقد والموازنة بين تأثير جائحة فيروس كورونا على المتعاقد مع الإدارة وبين احترام مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد وذلك بإيجاد اقضى درجات الحماية الممكنة لتنفيذ الالتزامات العقدية في ظل الجائحة في كل من التشريع العراقي والأردني والمصري.

ثامناً: حدود الدراسة

أولاً: الحدود الزمانية: ستتم اجراء هذه الدراسة وفق التشريعات والقوانين والانظمة والتعليمات النافذة في كل من العراق والأردن ومصر لغاية اجراء هذه المناقشة.

ثانياً: الحدود المكانية: ان دراستي بشكل رئيسي، تقتصر على التشريع العراقي والأردني والمصري والاحكام المعمول بها في ظل قوانين هذه التشريعات واحكام القضاء والكيفية التي يجب التعامل بها مع هذه الجائحة.

ثالثاً: الحدود الموضوعية :هذه الدراسة تبحث عن آثر استمرار جائحة كورونا على العقود الإدارية وبيان مفهومها والآثار الناتجة عنها وبيان طريقة التعامل معها والبحث في بعض المعوقات التي قد تواجه الجهة المختصة بتطبيق القواعد القانونية في كل من التشريع العراقي والأردني والمصري المتعلقة بأبرام العقود الإدارية قبل الجائحة ومدى ملائمة تطبيقها والموازنة بين تأثير جائحة فيروس كورونا على المتعاقد مع الإدارة وبين احترام مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد وذلك بإيجاد اقضى درجات الحماية الممكنة لتنفيذ الالتزامات العقدية.

تاسعاً: محددات الدراسة

هذه الدراسة تتناول وتبحث في موضوع بالغ الأهمية من الناحية القانونية وليس هنالك ما قد يحد من نشرها أو يمنع من الأخذ بما توصلت اليه من نتائج وتوصيات في جميع المجالات القانونية والإدارية.

عاشراً: مصطلحات الدراسة

1- **الجائحة:** الجائحة " هي النازلة العظيمة التي تجتاح المال من سَنَةَ أو فتنة، فهي شدة، والجوح تعني الاستئصال"، فكل معاني الجائحة تدور في فلك الهلاكّ [1]، ويمكن تعريف الجائحة "الوباء الذي ينتشر بين البشر في مساحة كبيرة مثل قارة أو قد تتسع لتضم كل أرجاء العالم مع عدم وجود علاج أو لقاح يقي منه". [2]

1- عادل مبارك المطيرات، أحكام الجوائح في الفقة الأسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة 2001، ص3-4.

2- عنادل المطر، مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة على العقود الملزمة للجانبين والآثار المترتبة عليها وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، الكويت ،2021، ص100-101.

2- **العقد الإداري:** هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك بأن يتضمّن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو ان يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام. [1]

3- **التوازن المالي للعقد الإداري:** يعني ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه. [2]

4- **القوة القاهرة :** يقصد بالقوة القاهرة هي "هي حدث خارجي غير متوقع لا يمكن دفعه ومستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وهو يحول دون تنفيذ الالتزامات العقدية (بين المتعاقد والإدارة) في مجموعها أو أحد هذه الالتزامات [3].

5- **الظروف الطارئة:** كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلاف بيِّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً، ويتهدد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسارة التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع" [4].

1- الطماوي، سليمان ، الاسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة ،2017، ص58.

2- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية ،2010، ص601.

3- المرجع السابق نفسه، ص 654.

4- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الألتزام، المجلد الأول، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي، بيروت، 2015، ص705.

حادي عشر: الإطار النظري للدراسة

في ضوء ما سبق؛ فإن الإطار النظري لهذه الدراسة سيبحث عن آثار جائحة كورونا على العقد الإداري، وذلك من خلال تقسيم الدراسة إلى خمسة فصول رئيسية يتناول **الفصل الأول** مقدمة الدراسة والإطار العام للدراسة وتشمل المقدمة، مشكلة الدراسة، وأسئلتها، وأهميتها، وهدفها، ومنهجيتها، والدراسات السابقة، وحدود الدراسة، ومحدداتها، ومصطلحاتها.

أما **الفصل الثاني** في المبحث الأول سيتناول مفهوم العقد الإداري ومعايير تمييزه عن غيره من العقود، والمبحث الثاني نتناول فيه انواع العقد الإداري وحقوق المتعاقد مع الإدارة بشكل رئيس في حقين (الحقوق المالية، التوازن المالي للعقد).

ويتناول **الفصل الثالث** الظروف التي تطرأ على العقد الإداري أثناء تنفيذه والتمييز بين هذه الظروف (الظرف الطارئ والقوة القاهرة)، ففي المبحث الأول سيتم التطرق فيه إلى مفهوم الظروف الطارئة وشروط تطبيقها والآثار القانونية المترتبة عليها، والمبحث الثاني نتناول فيه مفهوم القوة القاهرة والشروط الواجب توافرها لإعمالها والتطبيقات العملية لها.

ويتناول **الفصل الرابع** في المبحث الأول ماهية الجائحة والطبيعة القانونية لها، وآثارها على التوازن المالي للعقد الإداري، والمبحث الثاني سيخصص لبيان تأثير التشريعات الوطنية على العقود الإدارية اثناء الجائحة.

وأما **الفصل الخامس** ستتناول فيه الباحثة أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها هذه الدراسة.

الفصل الثاني
ماهية العقد الإداري

تلجأ الإدارة العامة في تنفيذ المهمات والمسؤوليات التي تقع على عاتقها إلى وسائل قانونية أخرى غير القرارات الإدارية التي تعد من الوسائل البديهية لنشاط الإدارة العامة ومن هذه الوسائل اسلوب العقد لكن لا تعد جميع العقود التي تبرمها الإدارة إدارية فمنها عقود إدارة كالعقود التي يبرمها الافراد فيما بينهم والتي تخضع لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي يحكم العقود الإدارية اذ يتضمن هذا النظام العديد من مظاهر السلطة العامة وللإدارة في العقود الإدارية سلطات استثنائية واسعة لا مثيل لها في عقود القانون الخاص التي تضع الإدارة في مركز اقوى من مركز المتعاقدين معها تبعاً لمقتضيات الصالح العام، وأهمها سلطة التعديل والانهاء الفردي للعقد الإداري وغيرها من الصلاحيات المقررة للحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، ولما كان هدف الإدارة من إبرام العقود الإدارية تحقيق المصلحة العامة فإن المتعاقد مع الإدارة يروم إلى تحقيق مصلحته الخاصة وإن كان في الوقت ذاته يعمل على تحقيق الصالح العام حيث تبقى الأرباح الغاية الأولى للمتعاقد مع الإدارة وتتمثل هذه الأرباح بالمقابل الذي يحصل عليه المتعاقد نتيجة لتنفيذه لالتزاماته العقدية إضافة إلى حقه في إعادة التوازن المالي للعقد الذي اختلت اقتصادياته نتيجة الظروف الاستثنائية.

من خلال ما تقدم يتم تقسيم الدراسة في هذا الفصل إلى مبحثين، المبحث الأول لبيان تعريف العقد الإداري ومعايير تمييزه عن غيره من العقود، اما المبحث الثاني ستتطرق الدراسة فيه انواع العقد الإداري وحقوق المتعاقد مع الإدارة بشكل رئيس في حقين (المقابل المالي، التوازن المالي للعقد).

المبحث الأول

مفهوم العقد الإداري ومعيار تمييزه عن غيره من العقود

يعتبر العقد الإداري من اهم واكثر وسائل الإدارة فاعلية في تحقيق اهدافها وتنظيم سير المرافق العامة ،حيث تلجأ الإدارة إلى طريقة الاتفاق الودي مع الافراد فهي لا تستطيع التصرف بأموالهم أو الاستعانة بخدماتهم قسراً عنهم وبصورة مطلقة بل تعمد إلى إبرام عقد بينها وبين الافراد يتم بموجبه تحديد حقوق والتزامات كل من الإدارة والطرف المتعاقد معها، فالإدارة تسعى إلى تسيير المرافق العامة والمحافظة على ديمومتها والحفاظ على الصالح العام وتحقيقه، بينما يروم الطرف المتعاقد مع الإدارة بالحصول على المقابل المادي أو المنفعة المتوخاة من خلال إبرام العقد مع الإدارة وتبعاً لذلك فان العقد الإداري تحكمه قاعدة عدم المساواة بين أطرافه من حيث الهدف الذي يتوخاه كل من الإدارة والمتعاقد معها.

والعقد الإداري تتجلى فيه امتيازات السلطة العامة التي تمارسها الإدارة في مواجهة المتعاقدين معها وذلك لتحقيق الصالح العام للجمهور وصالح المرافق العامة مما يقتضي منها التمتع بسلطات واسعة لا مثيل لها في عقود القانون الخاص إذ نجد ان المصلحة العامة في ظل عقود القانون العام تتميز بالأولوية إذ تتقدم المصلحة العامة للإدارة على المصلحة الخاصة للأفراد.

وللتعليق على ذلك ستقسم الدراسة في هذا المبحث إلى مطلبين، ينفرد المطلب الأول بالتعريف بالعقد الإداري، والمطلب الثاني معيار تمييزه عن غيره من العقود.

المطلب الأول
التعريف بالعقد الإداري

أولاً: العقد لغةً: العقد، نقيض الحل عقدة، يعقده عقداً [1].

ثانياً: العقد اصطلاحاً: هو عبارة عن توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني من إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إلغائه. [2].

ثالثاً: العقد قانوناً: لما كان القضاء العادي هو صاحب الولاية العامة في العراق فقد عرفت المادة (73) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل العقد بأنه " ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت آثره في المعقود عليه " [3].

وفي التشريع المصري فيقصد بالعقد في المادة (89) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 " يتم العقد بمجرد تبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد "[4].

اما العقد في التشريع الأردني فقد عرفته المادة (87) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 بأنه " ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت آثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر "[5].

1- ابن المنظور، معجم لسان العرب، الجزء الثالث، ص296.

2- السنهوري عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، ط5، 1998، ص138.

3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

4- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.

5- القانون المدني الارني رقم 43 لسنة 1976 المعدل.

وتجدر الإشارة إلى انه لم تقم اي من التشريعات اعلاه بوضع تعريف محدد للعقد الإداري لعدم وجود قانون إداري مختص، فالتشريعات اعلاه اناطت الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية بالمحاكم العادية.

رابعاً: العقد الإداري قضاءً

قد حاول القضاء الإداري في العراق ومصر تحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية، ولما كان القضاء العادي هو صاحب الولاية في العراق، حيث جاء تعريف العقد الإداري في قرار لمحكمة التمييز (ان العقد المبرم بين الطرفين ينطبق عليه وصف انه عقد إداري لان الإدارة قصدت به تسيير مرفق من مرافق الدولة وسلكت في ذلك طريق المناقصة بشروط خاصة) [1].

وعرفت المحكمة الإدارية العليا في مصر العقد الإداري بأنه " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص " [2].

وقد ايد جانب كبير من الفقهاء في مصر هذا الاتجاه، منهم الدكتور سليمان محمد الطماوي الذي ذهب إلى أن العقد الإداري " هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً

1- عبد، لؤي كريم (2011). الاسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري واهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى، العدد الثالث والخمسون، ص4.

2- حكم المحكمة الادارية العليا الصادر في 31/مارس/1962، اشار اليه الطماوي، سليمان (2017). الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص59.

استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام " [1].

ويبدو ان الرأي الغالب في مصر ام العراق على ان العقد يكتسب صفته الإدارية إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر هي: [2]

1- ان يكون أحد طرفي العقد شخص معنوي عام.

2- ان يتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام.

3- ان تضمن الإدارة العقد اساليب القانون العام.

ولم يتطرق القضاء في الأردن لتعريف العقد الإداري، وعليه أناط المشرّع الأردني الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بالعقود بالمحاكم العادية وهذا يتضح من احكام محكمة العدل العليا السابقة على انشاء المحكمة الإدارية التي أكدت بقولها في حكم لها بهذا الخصوص " إن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بعقود إدارية، ذلك لأن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت على سبيل الحصر ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها " [3].

وفي ضوء ما تقدم نرى بأن مناط العقد الإداري ان يكون أحد طرفي العقد الإدارة وان يتصل بنشاط المرفق العام بهدف تنظيمه وتسييره واشباع حاجات المنتفعين منه وفيه تغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد.

1- حسام مرسى (2012). اصول القانون الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص 411.

2- راضي، مازن ليلو، القانون الإداري، المرجع السابق، ص320.

3- القبيلات، حمدي (2016). القانون الإداري، ط2، دار وائل للنشر، عمان، ص99.

وترى **الباحثة** ان العقد الإداري: هو العقد الذي يتصل بنشاط المرفق العام ويمثل أحد طرفي العقد الإدارة العامة والطرف الآخر المتعاقد مع الإدارة فرداً ام شركة ويكون الغرض منه المحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد وإقامة المنشآت العامة وذلك بهدف تحقيق الصالح العام.

المطلب الثاني
معيار تمييز العقد الإداري عن غيره من العقود

بينت الباحثة في المطلب الأول من هذا الفصل ان العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر في نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام.

ويتضح من ذلك ان معايير تمييز العقد الإداري يقوم على ثلاثة خواص وهي[1] :

1- ان تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد.

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام.

3- اتباع اسلوب القانون العام (الشروط الاستثنائية).

1- ان تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد: يشترط لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد أشخاص القانون العام (الدولة أو أحد أجهزتها) طرفاً فيه، أو الأشخاص المعنوية الاقليمية كالمحافظات أو الأشخاص المصلحية كالهيئات العامة [2]، في حين قد يكون الطرف الآخر من أشخاص القانون العام أو الخاص.

1- الجبوري، محمود خلف (2017). العقود الإدارية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص35.

2-حسام مرسى، اصول القانون الإداري، المصدر السابق، ص420.

فشرط ان تكون الإدارة طرفاً في العقد لكي يعتبر العقد إدارياً تمييزاً له عن العقود التي يبرمها الافراد فيما بينهم والتي تعتبر من عقود القانون الخاص حتى ولو تعلقت بعقد إداري كالعقود التي يبرمها المقاول مع الموردين.

كما انه ليس كل عقد تكون الإدارة تكون طرفاً فيه يكون عقداً إدارياً، فيجب ان يكون العقد الذي تبرمه الإدارة متعلق بمرفق عام وان يحقق مصلحة عامة وان تكون فيه الإدارة صاحبة سلطان وإرادة وفي هذه العقود تخضع للقانون العام وليس للقانون الخاص [1].

2- اتصال العقد بنشاط مرفق عام: ويقصد بالمرفق العام هو" النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الاخرى مباشرة أو تعهد به إلى جهة أخرى تحت اشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام " [2].

وهذا الشرط يُعدّ لازماً لإسباغ الصفة الإدارية على العقد فلا يكفي ان يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً بل لابد ان يتصل العقد بمرفق عام، ويأخذ اتصال العقد بأحد المرافق العامة عدة صور منها ما يتصل باستغلال المرفق العام كعقد الامتياز، أو يتعلق بأنشاء مرفق عام كعقد الاشغال العامة [3].

وعليه لا يعتبر العقد إدارياً إذا كان موضوعه لا يتصل بتسيير المرفق العام أو تنظيمه فاذا ما انقطعت هذه الرابطة أو الصلة بين العقد والمرفق العام نكون امام عقد خاص.

1- الخلايلة، محمد علي (2012). القانون الإداري، ط1، دار الثقافة، عمان، ص266.

2-حسام مرسى، اصول القانون الإداري، مرجع سابق، ص 69.

3- الخلايلة، محمد علي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص267.

ويترتب على اشتراط اتصال العقد بنشاط المرفق العام لكي يعتبر عقداً إدارياً ان العقود المتعلقة بأملاك الدولة الخاصة سواء بالبيع أو التأجير لا تعد عقوداً إدارية حتى ولو تضمن العقد نصاً يحيله إلى أحد كراسات الشروط العامة [1].

ومن العقود التي تعتبر عقود إدارية لارتباطها بالمرفق العام، العقود التي تعهد الإدارة بمقتضاها إلى الافراد بمهمة سير المرفق العام والمحافظة على ديمومته كعقد الامتياز، وعقد الأشغال العامة وهذه الصفة تتحقق إذا ما ارتبط العقد بالمساهمة في سير المرفق العام عن طريق توريد مواد أو تقديم خدمات (عمل) للمنتفعين من المرفق العام ومن تطبيقات ذلك في القضاء الإداري المصري اعترافه بالصفة الإدارية لعقد استغلال عربات الأكل بالقطارات وذلك لأن موضوع العقد ينصبّ على تقديم خدمة للمنتفعين من المرفق العام. [2]

3- إتباع اسلوب القانون العام: وضحنا اعلاه ان العقد الذي تبرمه الإدارة للمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد لا يكون إدارياً في جميع الاحوال فاتصال العقد بنشاط المرفق العام لا يُعدّ معياراً كافياً لإسباغ الصفة الإدارية على العقد بل يستلزم أيضاً ان يتبع الطرفان المتعاقدان اسلوب القانون العام، وأية ذلك ان تقوم الإدارة بتضمين العقد شروط غير مألوفة وتخرج عن نطاق الشروط التعاقدية في العقود الخاصة وسواء كانت هذه الشروط واردة في نفس العقد أو مقررة بمقتضى القوانين واللوائح، ومن امثلة الشروط الاستثنائية أن يتضمن العقد شروطاً تخول الجهة الإدارية الحق

1- عوض، ثامر مبارك (2011). تعسف الادارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، عمان، ص15.

2- القبيلات، حمدي، مرجع سابق، ص101.

في تعديل التزامات المتعاقد معها دون اخذ إرادته بعين الاعتبار وكذلك حق الجهة الإدارية في تغيير طريقة التنفيذ [1]، وكذلك سلطة الإدارة في توقيع جزاءات على المتعاقد معها.

وتجدر الاشارة إلى أن هذا الركن من أركان العقد الإداري لا يعني أن يتضمن العقد عدة شروط غير مألوفة وإنما يكفي إن يتضمن العقد شرط استثنائي واحد ليعبر عن نية الإدارة في اتباع اساليب القانون العام واحكامه في ابرام العقود الإدارية وتنفيذها [2].

خلاصة ما تقدم يمكن القول بأنه يجب توافر هذه الشروط اعلاه مجتمعة لتمييز العقد الإداري عن غيره من العقود وهي ان تكون الإدارة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد، واتصال العقد بنشاط المرفق العام، واتباع اساليب القانون العام في العقد وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص ويعد هذا التمييز هام لمعرفة القضاء المختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية.

فالمعايير جميعها تشكل شبكة مجتمعة يكمل بعضها البعض، ويمكن ان نشير إلى موقف **القضاء العراقي** المتمثل بمحكمة التمييز التي تبنت المعيار المزدوج في الكثير من أحكامها فقررت في حكمها الصادر في 1966/7/28 (... تبين ان العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري لأنه يستهدف إدارة مرفق عام من مرافق الدولة ويحتوي على شروط غير مألوفة وتجري فيه الحكومة على اسلوب القانون العام وتخضع فيه بحكم القوانين والانظمة ...) [3].

1- حسام مرسى، اصول القانون الإداري، المرجع السابق، ص 431.

2- القبيلات، حمدي، المرجع السابق، ص101.

3- عبد، لؤي كريم، الاسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري واهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، المرجع السابق، ص14.

وتحرص احكام **مجلس الدولة المصري** على ابراز هذه الحقيقة الجوهرية في موضوع العقود الإدارية ومن ذلك قول محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في 16 ديسمبر 1956 "ومن ثم فأن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور ... مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد " [1].

وفي الأردن اعترف القضاء الأردني بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وبنظامها القانوني الخاص لتعلقها بإدارة المرافق العامة إلا أنه أناط الاختصاص بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود بالمحاكم العادية ومن ذلك حكم محكمة العدل العليا في الأردن بقولها "...إن النزاع على الحقوق يعود للمحاكم العادية ولو كان متعلقاً بعقود إدارية، وذلك لأن اختصاصات محكمة العدل العليا قد وردت على سبيل الحصر، ولا تشمل المنازعات المتعلقة بالعقود على اختلاف أنواعها " [2].

1- الطماوي، سليمان (2017). الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص85.

2- كنعان، نواف (2010). القانون الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص316.

المبحث الثاني

انواع العقد الإداري وحقوق المتعاقد مع الإدارة

تختلف انواع العقد الإداري حسب حاجة الإدارة اليها ، وللإدارة في العقود الإدارية سلطات استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص ومنها سلطة تعديل العقد وسلطة انهاء العقد ، وفي مقابل هذه السلطات لا بد للإدارة ان تسعى للحفاظ على حقوق المتعاقد معها عند تنفيذه لالتزاماته العقدية، وتتجلى أهمية الحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة وذلك للحفاظ على الصالح العام وسير المرافق العامة، وإلا قد يؤدي عدم المحافظة على هذه الحقوق من قبل الإدارة إلى عزوف الأفراد عن التعاقد مع الإدارة وعرقلة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

في ضوء ما تقدم؛ ستتحدث الباحثة عن صور العقد الإداري، وحقوق المتعاقد مع الإدارة بشكل رئيس في حقين (الحقوق المالية ، التوازن الاقتصادي للعقد).

ولبيان ذلك سوف اقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: انواع العقد الإداري

المطلب الثاني: حقوق المتعاقد مع الإدارة (الحقوق المالية، التوازن الاقتصادي للعقد)

المطلب الأول

انواع العقد الإداري

سنعرض في هذا المطلب أبرز صور العقود الإدارية

1-عقد امتياز (التزام) المرافق العامة: ويعرف بأنه عقد إداري يتولى فيه صاحب الامتياز فرداً كان أم شركة إدارة واستغلال مرفق عام اقتصادي مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين من هذا المرفق

لمدة محددة من الزمن مع خضوعه للضوابط المقررة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة لعقد الامتياز. [1]

ويسود عقد الامتياز فكرتان الاولى: ان موضوع هذا العقد إدارة مرفق عام بكل مايرتبه من نتائج، والثانية: قد تقوم هيئة خاصة بإدارة وتسيير هذا المرفق العام ويكون هاجسها الأول تحقيق الربح وتغليب مصالحها الخاصة وهاتان الفكرتان تحكمان سائر جوانب نظرية امتياز المرافق العامة. [2]

وترى **الباحثة** ان عقد الامتياز من أشهر العقود الإدارية وأهمها، كونه يخول صاحب الامتياز فرداً أم شركة الحلول محل السلطات العامة في تسيير وإدارة مرفق عام حيوي واستغلاله، وموضوع الالتزام قد يكون مورد من موارد الثروة الطبيعة الدولة أو المرافق العامة.

2-عقد الأشغال العامة: هو عقد إداري يتم إبرامه بين الإدارة وأحد الافراد أو الشركات بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار مملوك لشخص معنوي عام بغية تحقيق المصلحة العامة في مقابل ثمن محدد وارد في العقد طبقاً لشروط التعاقد. [3]

ومن هذا التعريف نجد ان عقد الأشغال العامة يتميز عن غيره من العقود بعدة خصائص:

1-يجب أن ينصب موضوع العقد على عقار وعلى هذا الأساس لا تعتبر العقود التي يكون محلها منقولات مملوكة للإدارة.

1- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ،2017، ص106.

2- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، ط3، 1966، ص339 نقلاً عن القبيلات، حمدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص102.

3- الجبوري، محمود خلف، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص24.

2-يتناول مضمون عقد الأشغال العامة أعمال البناء أو الترميم وإقامة الجسور والسدود وقد توسع قضاء مجلس الدولة الفرنسي في فكرة الأشغال العامة وشمل إعمال التنظيف والكنس والرش في الطرق العامة والعقود التي تتناول عقاراً بالتخصيص كإقامة خطوط تليفونية ومد الاسلاك تحت الماء. [1]

3- يجب أن تتم الأعمال التي يقوم بتنفيذها المتعهد لحساب شخص معنوي عام ويفهم من ذلك انه ليس ضرورياً ان يكون العقار محل الاتفاق مملوك لشخص معنوي عام، فقد يكون العقار محل الاتفاق عقار خاص لكن العمل المنفذ يتم لحساب شخص معنوي عام [2].

4- يجب ان يكون الغرض من موضوع العقد تحقيق النفع العام: اي يجب ان يستهدف عقد الأشغال العامة تحقيق نفع عام وليس مصالح ذاتية أو فردية حتى ولو كان العقار مملوك لاحد الافراد العاديين أو للدولة والتي تتم لحساب الشخص العام [3].

في ضوء ما سبق ترى **الباحثة** أن فكرة الأشغال العامة تتصل اتصالاً وثيقاً بالعقار، فعندما يقوم متعهد أو مقاول بعمل من اعمال البناء أو الترميم في مبنى أو منشأة تابعة لأحدى الجهات الإدارية مقابل اجر يروم الحصول عليه هو عقد أشغال عامة.

3-عقد التوريد: هو أحد العقود الإدارية الذي يتم بين الإدارة وبين المتعهد **(**فرداً أم شركة**)** يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بان يقوم بتوريد منقولات أو مواد معينة للإدارة، مقابل ثمن معين محدد في العقد، قد يتم التوريد على دفعة واحدة أو على فترة زمنية طويلة الأمد. [4]

1- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، 2017، ص123-124.

2- القبيلات، حمدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص109.

3- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ،2017، ص124.

4- كنعان، نواف، القانون الإداري، ط2، دار الثقافة، عمان ،2009، ص325.

فموضوع عقد التوريد ينصب على استمرار أشياءً منقولة كالبضائع أو مواد التموين أو السفن والآلات والاجهزة ... الخ ولا يمكن ان يكون محل عقد التوريد عقار بطبيعته أو بالتخصيص والا فنحن امام عقد أشغال عامة كما ذكرنا، ويتميز عقد التوريد بأنه عقد رضائي اي ان المورد في العقد الإداري يقوم بتسليم المنقولات المتعاقد عليها برضاه دون ان يكون مضطراً إلى ذلك، تمييزاً عن الاستيلاء الذي يتم بمقتضى قرار إداري صادر بالإرادة المنفردة للإدارة بأن يقوم المورد بتسليم المنقولات المطلوبة جبراً. [1]

4-عقد تقديم المعاونة : هو عقد يلتزم بمقتضاه أحد الافراد سواء كان شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص بالمساعدة أو المساهمة في نفقات المرفق العام نقداً أو عيناً ، كالمساهمة في إنشاء محطة للسكة الحديد أو توسيع ميناء من الموانئ العامة ، والاصل أن تكون هذه المعاونة أو المساهمة اختيارية من قبل المتطوع بها ولو جاء على آثر طلب من الإدارة أو بإغراء من قبلها ، كما ان هذا العقد لا يولد التزامات ويستطيع هذا المتقدم بالمعاونة ان يسحب عرض مساهمته قبل قبول الإدارة ، وفي حال قبولها ليس له ذلك واصبح الآمر لزاماً عليه، اما بالنسبة لجهة الإدارة فليست ملزمة بالقيام بالمشروع من قبل المتقدم بالمعاونة حتى عند قبولها العرض صراحة بل لها الحق في العدول عنه، وهذه هي طبيعة عقد المعاونة ثم ان هذا العقد عند تنفيذه قد يقوم بترتيب التزامات في جانب الإدارة وذلك إذا اقترنت المعاونة المقدمة بشروط مشروعة مثل تعليم بعض الناس بالمجان فهنا يتوجب على الإدارة احترام هذه الشروط وإلا توجّب مسؤوليتها التعاقدية إذا قصرت في اداء هذه الخدمة [2].

1- القبيلات، حمدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص110.

2- الطماوي، سليمان (2017). الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص124.

5-عقد النقل: هو أحد انواع العقود الإدارية بمقتضاه يتفق أحد الافراد أو الشركات مع الإدارة العامة على نقل أشياءً منقولة للإدارة وقد يكون موضوع العقد مقصوراً على مرة واحدة أو عدة مرات منتظمة، والأحكام القانونية لهذا العقد تتشابه إلى حد كبير مع احكام عقد التوريد، ولا تختلف إلا فيما يخص موضوع العقد [1]، فموضوع عقد النقل يخص أشياءً منقولة، اما موضوع عقد التوريد فهو القيام بتوريد منقولات.

ومثال عقد النقل هو تعهد صاحب السفينة بأن يقوم بنفسه وببحارته بنقل الجنود فيساهم بذلك في تسيير المرفق العام وعلى هذا الاساس يُعدّ عقد النقل عقد إداري لان صاحب السفينة مخول بموجب العقد في التدخل في مباشرة نشاط المرفق العام [2].

6-عقد القرض العام: هو عقد إداري بمقتضاه يقوم أحد الافراد أو شركة أو أحد البنوك بإقراض مبلغ معين من المال لشخص من أشخاص القانون العام مقابل تعهد هذا الشخص العام بالقيام بسداده في الموعد المتفق عليه ووفق نظام معين، وقد يكون القرض بفائدة أو بدونها مثلاً إذا تم تقديمه في إطار مساعدة المقترض للدولة حيث شروط الاتفاقية هي التي تحدد الصيغة التي يتخذها القرض [3]، والاصل ان يكون عقد القرض العام رضائي برضاء الأطراف المتعاقدة اختيارياً.

وضرورة موافقة البرلمان على عقد القرض العام، سواء تمت الموافقة في صورة إصدار قانون أو في غير صورة القانون، والسبب في اشتراط الدستور موافقة البرلمان على هذا العقد لما له من أهمية

1- الحلو، ماجد راغب (2004). العقود الإدارية والتحكيم، ط1، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص44.

2- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص137.

3- القبيلات، حمدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص109.

ولخطورة آثاره التي يرتبها، والتي تحمل الدولة اعباء والتزامات مالية لسنوات طويلة ووفق بنود مرهقة خاصة إذا ما ترتب على القرض العام فوائد على المبالغ المقترضة تضاف إلى رأس مال الدائن دون مشاركة في الأرباح والخسائر، وكل هذا يقضي بفرض ضرائب لأداء الدين والفوائد المترتبة عليه [1].

7-**عقد الوظيفة العامة:** هو عقد إداري يتم بمقتضى اتفاق بين الإدارة والفرد حيث يلتزم الفرد بتقديم خدماته الشخصية للإدارة في مقابل عوض معين ، فعقد الوظيفة العامة يشكل خروجاً على الاصل العام الذي يقضي بشغل الوظيفة العامة بموجب قرار إداري وهو قرار التعيين، فللإدارة ان تستعين بموظفين معينين بعقود إدارية لتسيير المرافق العامة ، وعادة يتم تحديد الحالات التي يجوز فيها للإدارة اللجوء إلى هذا العقد بموجب قوانين الخدمة المدنية ونظم الوظيفة العامة كحالات تعيين الخبراء الاجانب واصحاب الكفاءة والخبرات النادرة من مواطني الدولة الذين يصعب استقطابهم للعمل في القطاع العام وفق سلم الرواتب المحدد في النظام.[2]

1- كنعان، نواف، القانون الإداري، ط2، المرجع السابق، ص328.

2- القبيلات، حمدي، القانون الإداري، المرجع السابق، ص112-113.

المطلب الثاني

حقوق المتعاقد مع الإدارة

ارتأت الباحثة تناول حقوق المتعاقد مع الإدارة وبشكل رئيس في حقين (الحقوق المالية، التوازن الاقتصادي للعقد) لما لها من علاقة وثيقة بموضوع الدراسة، وكما ذكرنا سابقاً ان هدف الإدارة من إبرام العقود الإدارية تسيير المرافق العام والمحافظة على الصالح العام، في مقابل ذلك يروم المتعاقد مع الإدارة إلى تحقيق مصلحته الخاصة وهو المقابل المالي وان كان في ذات الوقت يسعى للحفاظ على الصالح العام وذلك بمساهمته في إدارة وتسيير المرفق العام بانتظام واضطراد الذي ارتبط به العقد الإداري، فتحقيق الأرباح هي الهدف الأساسي للمتعاقد مع الإدارة ويمثل المقابل فيما يحصل عليه نتيجة تنفيذ التزاماته العقدية، وبالرغم من الصلاحيات المخولة للإدارة في العقود الإدارية والتي تعتبر استثنائية وغير مألوفة في عقود القانون الخاص فقد اعترف القضاء الإداري في وجود التزام يقع على عاتق الإدارة المحافظة عليه في مقابل هذه السلطات الاستثنائية وهو المحافظة على التوازن المالي للعقد الإداري والذي مرجعه اعتبارات العدالة فالمزايا والأعباء في العقد الإداري يجب أن تتوازى عند حدوث الوقائع الطارئة والتي لها آثار سلبية على تنفيذ الالتزامات العقدية محل العقد الإداري.

وعليه ستناول ماهية الحقوق المالية والتوازن الاقتصادي للعقد الإداري وكما يلي:

اولاً: الحقوق المالية

هو المقابل المادي الذي يحصل عليه المتعاقد نتيجة تنفيذه لالتزاماته العقدية محل العقد الإداري ويعد من الحقوق الأساسية والأولية للمتعاقد مع الإدارة، فهو يمثل الهدف الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه [1].

1- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص431.

فيعد هذا الحق من اهم حقوق المتعاقد على الاطلاق ويتخذ هذا المقابل المالي صوراً متعددة: فقد يكون مرتب شهري كما هو الحال في عقد الوظيفة العامة، وقد يكون ثمن للبضائع الموردة أو الخدمة المطلوبة أو الاشغال التي تم التعاقد على تنفيذها وفائدة في حالة عقد القرض، أما اذا كام المتعاقد يؤدي خدمة للجمهور المنتفعين من المرفق العام كعقد الامتياز فإن المقابل الذي يتقاضاه المتعاقد تأخذ صورة رسوم من المنتفعين وقد يصحب المقابل المادي المقرر للمتعاقد مع الإدارة مزايا مالية أخرى ، كضمان حد أدنى من الربح ، أو ضمانة لدى البنوك في الحصول على بعض القروض، والاصل العام ان الإدارة لا تستطيع ان تقوم بتعديل الشروط المتعلقة بالمقابل المالي لعدة اعتبارات منها الأول: **عملي** ويعود إلى احجام المتعاقدين مع الإدارة فيما لو كان باستطاعة الإدارة ان تعدلها، والثاني: **قانوني** ويعود إلى مقتضيات سير المرافق العام ورعاية الصالح العام [1].

ولما لهذا الحق من أهمية فيقع على عاتق الإدارة ان تلتزم بإدائه إلى المتعاقد بعد تنفيذه لالتزاماته التعاقدية، وايضاً يقع على عاتقها التزام آخر يتمثل بتمكين الإدارة للمتعاقد معها على تنفيذ العقد حتى يحصل على هذا المقابل المالي، فعلى الإدارة اتخاذ كافة الاجراءات اللازمة لكي يقوم المتعاقد بتنفيذ التزاماته دون عوائق.

ثانياً: التوازن الاقتصادي للعقد

إن الإدارة في العقود الإدارية تملك سلطات استثنائية تمكنها من القيام بإجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية سواء زيادة أو نقصان ، وبما ان هذه الالتزامات تتميز بطابع المرونة فيجب أيضاً اضفاء هذه الصفة على حقوق المتعاقد المستمدة من طبيعة العقد أيضاً نظراً للصلة الوثيقة بين التزامات المتعاقد وحقوقه، فالمتعاقد يقوم بتنفيذ التزاماته التعاقدية وفي هذا المقابل يروم الحصول

1- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق،2017، ص557-558.

على حقوقه ولاعتبارات العدالة وحفاظاً على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد يقتضي ان يكون هناك توازن شريف بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد وحقوقه وهذا ما يعرف **بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري.** [1]

في ضوء هذه الضوابط ترى **الباحثة** ان العقود الإدارية تقوم على وجود تناسب بين الالتزامات المفروضة وبين الفوائد التي يجبيها المتعاقدون منها ، وعليه عند قيام جهة الإدارة بإجراء اي تعديل أو تغيير في هذه الاعباء فإن هذه الفائدة تتغير، و تبعاً لذلك حتى يظل التوازن المالي للعقد قائماً لا بد للإدارة ان تتحمل مع المتعاقد الأضرار الناشئة عن التعديل لأنه ليس مما يتفق مع العدالة والمصلحة العامة أن يتحمل المتعاقد وحده عبء التعديل ويحرم عيه الاحتفاظ بالتوازن المالي للعقد ، فضلاً على ان امتناع الإدارة عن إعادة التوازن للعقد الذي اختلت اقتصادياته نتيجة تصرف الإدارة أو نتيجة وقائع أو ظروف خارجة عن إرادة الأطراف سيؤدي إلى عزوف الافراد عن التعاقد مع الإدارة وبالتالي ينعكس سلباً على سير المرافق العامة ويلحق ضرراً بالمصلحة العامة .

وقد ظهرت فكرة التوازن المالي في مجال العقود الإدارية لأول مرة بمناسبة تنفيذ عقود التزام المرفق العام، فقد قام المفوض (ليون بلوم) بتضمين تقريره المقدم امام مجلس الدولة الفرنسي في قضية"cie francis des tramways" ما يلي:

"من الأمور الجوهرية في عقود الالتزام، ضرورة أن يتحقق بقدر الامكان التساوي بين المزايا التي تقررت للملتزم وبين الاعباء التي تفرض عليه .... فالمزايا والأعباء يجب ان تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة ففي كل عقد التزام يتضمن كما لو كان حساباً التوازن

1- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص599.

الشريف بين ما يمنح للملتزم وبين ما يتطلب منه وهذا هو ما يطلق عليه التوازن المالي والتجاري والمعادلة المالية لعقد الامتياز" [1].

ووفقاً لما تقدم ترى **الباحثة** التوازن المالي للعقد الإداري يشمل كافة الحالات التي يحق فيها لمتعاقد مع الإدارة التعويض عن خسارته اما نتيجة تصرف الإدارة أو بسبب الظروف الخارجة عن إرادة طرفي العقد والغير متوقعة والتي على إثرها اختلت اقتصاديات العقد.

وعليه إن الفقه والقضاء الإداري قد ابتدعا النظريات والقواعد التي تساهم في تحقيق التوازن المالي، والتلازم بين مصالح أطراف العقد وتعادل كفة الميزان بينهما، وذلك بتعويض المتعاقد وفق احوال وبشروط يجب توافرها، وأياً كانت الحجج والاسانيد التي قامت عليها تلك النظريات والقواعد فإنها ترتد إلى أصل وحقيقة واحدة وهي فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري [2].

وفي ختام هذا المطلب وبعد تسليط الضوء على فكرة التوازن المالي للعقد الإداري، ارتأت الباحثة تناول النظريات التي لها صلة بموضوع الدراسة والتي من شأنها الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري وإحاطة المتعاقد بضمانات غير مألوفة في عقود القانون الخاص نتيجة لظروف غير متوقعة جعلت المتعاقد أمام أعباء اضافية وبالتالي انعكس سلباً على سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وكان مبتغى القضاء الإداري من ذلك الحفاظ على الصالح العام وعدم تعطل سير المرافق العامة وحتى لا يحجم الافراد عن التعاقد مع الإدارة وهذه النظريات (الظروف الطارئة، القوة القاهرة) سنعالجها في الفصل الثالث من الرسالة.

1- حكم المجلس الصادر في11 مارس سنة 1910، نقلاً عن نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص602.

2- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ،2017، ص590.

الفصل الثالث

الظروف التي تطرأ على العقد الإداري أثناء تنفيذه

وضحنا فيما سبق ان العقد الإداري يُعدّ من الوسائل البارزة التي تلجأ اليها الجهات الإدارية لإدارة وتسيير المرافق العامة حيث تكمن الغاية من إبرام العقود الإدارية في كفالة سير المرفق العام بانتظام واضطراد وكفاءة إداء الأعمال وتلبية خدمات المنتفعين من الجمهور وهذه الغاية لا تتحقق إلا بتنفيذ الالتزامات التعاقدية محل العقد الإداري تنفيذ سليم ووفق الشروط والمدة الواردة في العقد إلا إنه قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة إلى ظروف استثنائية ولم يكن من المستطاع توقعها عند إبرام العقد مع الإدارة حيث يترتب على حدوثها إن تنفيذ الالتزام التعاقدي محل العقد الإداري وان لم يصبح مستحيلاً للمتعاقد، جاء مرهقاً له ومن شأن هذه الظروف الاستثنائية ان تؤثر على تنفيذ العقد و يختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً.

وهنا يثور التساؤل عن الآثار القانونية التي تترتب نتيجة لهذه الظروف فيما يتعلق بحقوق والتزامات كل من الجهة الإدارية والمتعاقد معها؟ وعلى مبدأ سير المرفق العام بانتظام واضطراد؟

وتجد هذه التساؤلات اجابات لها في حدود نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة ولبيان ذلك سوف اقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة

المبحث الثاني: نظرية القوة القاهرة

المبحث الأول
نظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول
مفهوم الظروف الطارئة وشروط تطبيقها

ترتبط الظروف الطارئة بمدة تنفيذ العقد الإداري ، و تعد هذه النظرية من اهم النظريات التي تواجه آثار الطوارئ غير المتوقعة أو الظروف الطارئة ، ومفادها إنه اذا طرأت أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته ، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الاحداث انها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بل اثقل عبئاً واكثر كلفة مما قدره المتعاقدان التقدير المعقول ، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يتحملها اي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية ، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها فيعوضه تعويضاً جزئياً وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاماً جديداً لم يكن محل اتفاق بينهما [1].

وتعد هذه النظرية من ابداعات مجلس الدولة الفرنسي في حكم شهير عام 1916 م في قضية (غاز بوردو) فعلى أثر نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم إلى أكثر من ثلاثة أمثالها، وهي المادة الرئيسية التي يستخرج منها الغاز الذي كانت إحدى الشركات ملتزمة بتوريده لمدينة بوردو وبالتالي أصبح تنفيذ الشركة لالتزامها مرهقاً بدرجة غير متوقعة ، لجأت الشركة إلى مجلس الدولة الذي قرر مبدأ جديداً مفاده أحقية المتعاقد في قدر من التعويض بسبب هذه الظروف الطارئة التي

1- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ،2017، ص640.

يلتزم بالاستمرار في تنفيذ العقد في ظلها ، وعلى النحو الذي يرد الأعباء الجديدة إلى القدر المعقول [1].

فإن اساس هذه النظرية من ناحية هي العدالة فلا تترك المتعاقد مع الإدارة في مواجهة ظروف غير متوقعة تجعل من تنفيذ التزامه محل العقد مرهقاً له مع الاخلال الجسيم باقتصاديات العقد، ومن ناحية أخرى تستند هذه النظرية إلى مقتضيات سير المرفق العام بانتظام واضطراد وضمان حسن تنفيذ العقد الإداري.

في ضوء ما سبق كان لابد من تناول هذه النظرية بمفهومها اللغوي والاصطلاحي وذلك على النحو التالي:

اولاً: مفهوم الظروف الطارئة في اللغة

تعني مفهوم الظروف في اللغة: هي جمع ظرف، وهو ما يتم وضعه على وعاء الشيء [2]، اما مفهوم طارئة في اللغة فتعني: وهي اسم للفعل طرأ، ويدل على الحادث المفاجئ [3]، أما الطارئة وتعني الداهية [4]. وعليه؛ فالظروف الطارئة تعني الحوادث الاستثنائية العامة التي لم يكن في الوسع توقعها.

ثانياً: مفهوم الظروف الطارئة في الاصطلاح القانوني

لم تقم التشريعات العربية بوضع مفهوم واضح ومحدد للظروف الطارئة لذا يستدل على مفهومها من خلال نصوص القانون المدني.

1- البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة ،2007، ص301.

2- معجم المقاييس في اللغة، مادة ظرف، ص644.

3- المعجم الوسيط، مادة طرب، الجزء الثاني، ط3، دار عمران، القاهرة، ص572.

4- معجم المنجد في اللغة والاعلام، مادة طرأ، ص462.

عرف القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 الظروف الطارئة في الفقرة 2 من المادة 146 "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع اوقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " [1].

وقد عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية الظروف الطارئة بأنها "إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة، فرائد جهة الإدارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام وحسن أداء الاعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها كما أن هدف المتعاقد المعاونة في سبيل المصلحة العامة" [2].

وفي الأردن تعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظريات المقننة تشريعياً، سواء في مجال القانون المدني أو القانون الإداري، وذلك بعد أن ورد النص عليها في القانون المدني الأردني رقم(43) لسنة 1976 في المادة 205 بالقول: إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك" [3].

1- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 17 يونيو سنة 1972 منقول عن الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق،2017، ص643.

3- المادة (205) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

وقد عرف بعض فقهاء القانون الظروف الطارئة بأنها " كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلاف بيِّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً، ويتهدد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسارة التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع" [1].

اما عن اساس هذه النظرية فيرى أستاذنا الدكتور ماجد الحلو " ان هذه النظرية لا تقوم على أساس العدالة بقدر قيامها على أساس ضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واضطراد " ويبرر سيادته بأن المرفق الذي يساهم المتعاقد في تسييره يمكن أن يتعرض لخطر التوقف إذا أصبح تنفيذ العقد بفعل الظروف الطارئة مرهقاً للمتعاقد [2].

وان بعض الفقهاء قد أضافوا إلى فكرة تسيير المرافق العامة بانتظام واضطراد فكرة أخرى وهي العدالة، ومنهم الدكتور سليمان الطماوي حيث رأى بأن أساس هذه النظرية "هو تضحية من الطرفين المتعاقدين وليس إخلاء أيهما من التزامه بل يتحمل كل منهما شيئاً من الخسارة لا أن يتحملها أحدهم" [3].

1- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الألتزام، المجلد الأول، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي، بيروت، 2015، ص705.

2- الحلو، ماجد، العقود الإدارية، الدار الجامعية، بيروت،2007، ص188، منقول عن نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص743-744.

3- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، 2017، ص639.

وعلى ذلك فإن إلزام الإدارة بمشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسارة، التي لحقت به في فترة قيام الظروف الطارئة إنما يستهدف ضمان تنفيذ العقد الإداري واستمرار سير المرفق العام الذي يخدمه العقد [1].

ووفقاً لما تقدم نرى اعتماد المعيار المزدوج المتمثل بمقتضيات سير المرفق العام بانتظام واضطراد وفكرة العدالة كأساس للتعويض استناداً لهذه النظرية وبهكذا تحقق هذه النظرية مصلحة المتعاقد مع الإدارة، كما تحقق المصلحة العامة من خلال ضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام ومن هنا نرى التركيز في بعض أحكام القضاء الإداري على اعتماد المعيار المزدوج.

وحرصت **المحكمة الإدارية العليا في مصر** على أن تلقي الضوء على هذه الحقيقة الجوهرية فقالت " إن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري ، كما أن هدفها تحقيق المصلحة العامة ، فرائد جهة الإدارة هو كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام ، وحسن أداء الأعمال والخدمات المطلوبة وسرعة إنجازها ، كما أن هدف المتعاقد مع الإدارة هو المعاونة في سبيل المصلحة العامة ، وذلك بأن يؤدي التزامه بأمانة وكفاية لقاء ربح مجزٍ، وأجر عادل ، وهذا يقتضي من الطرفين التساند والمشاركة للتغلب على ما يعترض تنفيذ العقد من صعوبات وما يصادفه من عقبات " [2].

ثالثاً: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

ولتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية لا بد من توافر الشروط التالية:

1- البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص304.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 17 يونيو سنة 1972 منقول عن الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، 2017، ص643.

1- أن تجدّ بعد ابرام العقد ظروف لم يكن في الوسع توقعها لحظة ابرام العقد : عرف الفقه الظرف الطارئ بأنه" الحادث الاستثنائي هو الحادث الذي لا يندرج في عداد الحوادث التي تتعاقب وفقاً لنظام معلوم " [1]، ويعتبر هذا الشرط من الشروط الجوهرية لتطبيق هذه النظرية، فالحادث الذي يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد الإداري يجب أن يكون غير متوقع لحظة إبرام العقد حتى يمكن للمتعاقد الاستناد إلى تلك النظرية، ويشترط في الحادث الطارئ أن يكون حادثاً استثنائياً عاماً غير ممكن توقعه، ويخرج عن المألوف، ونادر الوقوع ويكون عاماً إذا انصرف أثره إلى عدد كبير من الناس، وقد ترجع الحوادث الطارئة إلى أسباب متعددة اقتصادية أو طبيعية أو من فعل الإدارة ومن أمثلتها: وقوع حرب، والاضطرابات المفاجئة، والكوارث الطبيعية كالزلزال والفيضانات غير المتوقعة، ووضع تسعيرة رسمية أو الغاؤها والارتفاع الباهظ في الأسعار أو التخفيض الفاحش فيها، وانتشار الأوبئة، وتخفيض قيمة العملة أو انخفاضها.[2]

وهذا هو الشرط الجوهري الذي سميت النظرية باسمه، ذلك أن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد، فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان. [3]

1- العطار، عبد الناصر توفيق، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة ،1997، ص219.

2- كنعان، نواف، القانون الإداري، ط1، المصدر السابق، ص369.

3- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق،2017، ص650.

وكل ما يمكن توكيده أن نطاق الظرف الطارئ متسع جداً في الوقت الحاضر، فقد يكون طبيعياً كالزلازل والفيضانات، وقد يكون اقتصادياً كارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، وقد يكون من عمل جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة وهو التوسع الأخير الذي أضفاه مجلس الدولة الفرنسي على النظرية [1]، كحالة تدخل الإدارة في السوق المشترية، لتنفيذ مشروعات عامة في أماكن مجاورة للأعمال محل التعاقد، فأن لم يمكن تطبيق نظرية عمل الأمير فإنه قد يسمح بتطبيق نظرية الظروف الطارئة [2].

وقد اشترطت التشريعات الوضعيه هذا الشرط صراحة حيث نص **المشرّع العراقي** ضمن القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 في المادة 146 " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع اوقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك" [3].

وأيضاً **القانون المدني المصري** رقم (131) لسنة 1948 حيث نص في الفقرة 2 من المادة 147 على انه " ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفيين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك " [4].

1- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص646.

2- المرجع السابق نفسه، ص648.

3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

4- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

و**القانون المدني الأردني** رقم (43) لسنة 1976 حيث نص على انه " إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة تبعاً للظروف، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن ترد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك" [1].

وترى **الباحثة** بأنه حسناً ما ذهبت اليه التشريعات اعلاه وذلك بالخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد واشتراط مبدأ الاستثنائية والعمومية والسماح لقاضي العقد بالتدخل في ظل هذه الظروف الاستثنائية العامة والتعديل في بنود العقد بما يتفق ومقتضيات سير العدالة والحفاظ على الصالح العام.

2- **أن يكون الظرف الطارئ مستقل عن إرادة الاطراف المتعاقدة:** فلا تعويض إذا كان الظرف من صنع المتعاقد، بعمده أو بإهماله لأنه يتحمل وحده نتيجة عمله أو تقصيره [2]، وإذا كان لإرادة الإدارة المتعاقدة أو تصرفها دخل في وقوع الظرف الطارئ فان الأمر في مثل هذه الحالة يتعلق بنظرية عمل الأمير (أو اجراءات السلطة العامة)، كأن تصدر الجهة الإدارية المتعاقدة تشريعات اقتصادية أو ضريبية أو عمالية، فكل هذه الأعمال نتيجة عمل الإدارة[3].

3- **أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد:** بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في جسامتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد أثناء التنفيذ، وينظر في ذلك إلى جميع عناصر العقد التي تؤثر في اقتصادياته ومنها كل كامل قيمته

1- المادة 205 من القانون المدني الأردني رقم43 لسنة 1976.

2- البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص304.

3- كنعان، نواف، القانون الإداري، ط1، المرجع السابق، ص369.

ومدته، فيعتبر وحدة واحدة ويكون تقدير قلب اقتصاديات العقد بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها إذ قد يكون بعض العناصر أو لفترات مجزياً ويعوض عن العناصر أو الفترات التي تستتبع الخسارة، كلياً أو جزئياً بحيث لا تتحقق خسارة خالصة أولا تكون خسارة فادحة، فلا تطبق النظرية أو قد تبقى الخسارة فادحة فيعوض عنها ولكن بعد تحديد حجمها على النحو المتقدم. [1]

4- **ان يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد:** يلزم لتطبيق هذه النظرية أن يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد الإداري وبعد ابرامه وبالتالي لا يعتد بالحدث الطارئ الذي يقع قبل ابرام العقد أو بعد انقضاء تنفيذه [2].

فإذا حدث الظرف الطارئ قبل أن يتم ابرام العقد فإنه لا يصلح سبباً لذلك أو لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك لعلم الطرفيين بذلك وارتضيا بذلك قبل أن تتم اتفاقية العقد، وبهذا لا يتم تطبيق نظرية الظروف الطارئة استناداً لذلك، أما في حالة وقوع الظروف الطارئة بعد ابرام العقد عندها يتم تطبيق النظرية على آثار العقد التي نفذت بالفعل قبل حدوث الظرف الطارئ [3].

وعليه فأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة تقتضي ان يصبح تنفيذ الالتزام أشد إرهاقاً وأكبر كلفه مما قدره المتعاقدان تقديراً معقولاً، وعليه للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل عبء الحادث الطارئ وذلك بتعويضه جزئياً عن الخسارة التي لحقت به، ويستوي ان تكون المطالبة بهذا

1- حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، منقول عن البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص305.

2- نصري نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص758.

3- العطار، عبد الناصر توفيق، مصادر الالتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، المصدر السابق، ص217-218.

التعويض أثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته ما دام المتعاقد مع الإدارة لم يتوقف عن تنفيذ التزامه محل العقد الإداري.

المطلب الثاني
الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية الظروف الطارئة

في ضوء ما سبق نلاحظ ان نظرية الظروف الطارئة تستهدف مصلحة المرفق العام التي تقتضي تمكين المتعاقد من تنفيذ التزامه محل العقد الإداري عن طريق المعاونة والمساهمة التي تقدمها له الإدارة للتخفيف من الصعوبات التي يواجهها في ظل هذه الظروف لذا فأنه من الطبيعي أن تترتب آثار قانونية على تطبيق هذه النظرية والتي يمكن البحث فيها من وجهة آثر هذه النظرية بالنسبة للمتعاقدين ويظهر هنا دور إرادة الأطراف في مواجهة هذه الظروف.

1- التزام المتعاقد بالاستمرار في التنفيذ: ان حالة الظروف الطارئة لا تجعل الاستمرار في تنفيذ العقد مستحيلاً، بل مرهقاً ولكنه ممكن، وغاية النظرية تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته خشية إلحاق الضرر بالمنتفعين من الخدمات المرفقية العامة، إذا تحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة دون التنفيذ، وذلك نتيجة لتفاقم الإرهاق والصعوبات التي قد تقود المتعاقد إلى التوقف عن التنفيذ [1].

وفي ضوء ذلك يتعين على المتعاقد الذي يريد أن يستفيد من نظرية الظروف الطارئة أن يواصل تنفيذ التزاماته رغم الظرف الطارئ، مادام التنفيذ في ذاته ممكناً، فإذا توقف المتعاقد عن الوفاء

1- العتوم، منصور إبراهيم، آثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مؤته للبحوث والدراسات (سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة عمان الاهلية،2008، ص21.

بالتزاماته استناداً إلى الظرف الطارئ، فإنه يتعرض لتوقيع الجزاءات من قبل الإدارة لاسيما عقوبة غرامات التأخير، ولا يجديه نفعاً الاحتجاج بهذا الظرف الطارئ [1].

وهذا ما أكد عليه **المشرّع العراقي** من خلال المادة (14) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008 بوجوب تنفيذ بنود العقد خلال المدة المحددة والمتعاقد عليها كما قامت من خلال الفقرات (أولاً، ثانياً) من نفس المادة بتحديد الضوابط التي تقوم على تمديد تلك المدة [2].

كما قام **المشرّع المصري** بتوقيع الغرامة على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته التعاقدية وهذا ما اكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية بخصوص توقف الشركة المتعاقدة عن توريد الزئبق لارتفاع أسعاره، فقضت بأن" الشراء على حساب الشركة يفترض استمرار العقد منتجاً لأثاره فيقع على عاتق الشركة غرامة التأخير والمصاريف الإدارية التي تكبدتها الوزارة في عملية الشراء" [3].

أما فيما اتجه إليه **المشرّع الأردني** فقد أقر على إمكانية فرض الجزاءات من قبل الإدارة وأن كانت غير منصوص عليها ضمن العقد. [4]

وبهذا المعنى قضت **محكمة التمييز الأردنية** بخصوص عقد توريد تجهيزات لجامعة اليرموك بقولها "فقد كان على المميز مراجعة القضاء لتخفيض حد الخسارة بسبب انخفاض قيمة الدينار وليس الامتناع عن تنفيذ التزامه التعاقدي [5].

1- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق،2017، ص662.

2- من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008، الوقائع العراقية، العدد 4075، ص37.

3- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق ،2017، ص663.

4- الزهيري، عيب عدم الأختصاص في القرار الإداري، مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، المجلد 28، الإصدار الأول، 2013، ص 57، منقول عن الكروي، مصعب اياد إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة وآثرها على العقد الإداري، المرجع السابق، ص99.

5- العتوم، منصور إبراهيم، آثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، المرجع السابق، ص21.

ويحدث في العمل أن يتحول الظرف الطارئ إلى قوة قاهرة خلال فترة قصيرة من الزمن وهذا ما تبناه مجلس الدولة المصري في أحد احكامه الصادر في 30 يونيو سنة 1932 بقوله " وحينئذ يكون للمتعاقد أن يتوقف عن التنفيذ خلال تلك الفترة، ويتعين عليه أن يعاود التنفيذ متى زالت القوة القاهرة، وإلا امتنع عليه الاستناد إلى نظرية الظروف الطارئة" [1].

وفي هذا الإطار نجد إشارة إلى مفهوم نظرية الظروف الطارئة **في بعض نصوص تعليمات تنظيم اجراءات العطاءات الأردني لسنة 2008 حيث اشارت المادة(82/ج)** من هذه التعليمات عن اعفاء المتعهد أو المقاول من الأضرار المترتبة على تأخره في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا ثبت أن سبب التأخير (القوة القاهرة المؤقتة) وذلك بالنص الآتي "تكون القوة القاهرة المؤقتة من مبررات التأخير ويجب الوفاء بعد زوالها وتكون القوة القاهرة الدائمة من مبررات عدم الوفاء" ، والاعفاء هنا بسبب التأخير يعني ترتيب أثر معين على حدوث الحادث القهري وهو وقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى تزول تلك الظروف المؤقتة دون أن يسأل المتعاقد عن هذا التأخير. [2]

وكما وجب الالتزام في استمرارية تنفيذ العقد في حال كان الظرف الطارئ عارضا مؤقتاً، أما في حالة تم استمراريته ولم يرجى زواله سمح لكلا طرفي العقد طلب فسخ العقد لأستحالة التنفيذ [3].

وعلى هذا الأساس يُعدّ استمرار الظرف الطارئ قوة قاهرة تسمح لأطراف العقد بطلب فسخ العقد، بالإضافة إلى تحرير المتعاقد من تنفيذ التزاماته وذلك لعدم قدرة الإدارة على دفع التعويضات لكلا

1- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص663.

2- تعليمات العطاءات الأردني رقم (1) لسنة 2008.

3- ابو ليفة، محمد عبد القادر، النظام القانوني للمرافق العامة في ليبيا، دراسة تحليلة مقارنة، رسالة ماجستير، منشورات مجلس تنمية الإبداع الثقافي، الجماهيرية، ط1، 2004، ص220.

المتعاقدين نتيجة للظرف الطارئ، ففي هذه الحالة ينفسخ العقد بقوة القانون ويعود كل طرف إلى حالته قبل التعاقد ولا محل للتعويض هنا وذلك لأن التزام المتعاقد انقضى بسبب القوة القاهرة.

وتجدر الإشارة هنا لا يسقط إلتزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية بمجرد طلب فسخ العقد وإنما يجب عليه الاستمرار في التنفيذ لحين صدور حكم القضاء بالفسخ، فإذا لم يحكم القاضي بالفسخ يتعرض المتعاقد للجزاءات التعاقدية إذا توقف عن تنفيذ التزاماته، وإذا حكم القاضي للمتعاقد بفسخ العقد فإن آثار الفسخ ترتد إلى تاريخ رفع الدعوى [1].

فتحقيق المصلحة العامة، كغاية تسعى إليها جهة الإدارة من خلال إبرام عقودها الإدارية، تحتم على المتعاقد معها باعتباره معاوناً لها في سبيل تحقيق هذه الغاية أن يستمر في تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد على الرغم مما قد يصادفه من صعوبات وما قد يعترضه من عقبات أثناء التنفيذ[2].

ومن ناحية أخرى فإن مسألة تقدير توفر شروط تطبيق النظرية من اختصاص القاضي، ولا يحق للمتعاقد الذي واجهته صعوبات في التنفيذ أن يتوقف عن ذلك بحجة تحقق شروط النظرية.

2- **التزام الإدارة بالتعويض:** إن نظرية الظروف الطارئة وإن لم يكن من شأنها إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامه التعاقدي، فإنها تعطيه الحق في الحصول على معاونة الإدارة لمواصلى تنفيذ التزامه، حتى لا يتعطل سير المرفق العام. ولذا يكون على الطرفين إعادة النظر في نصوص العقد وتعديلها على أساس الظروف الجديدة. [3]

1- عبد المولى، علي محمد علي، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1991، ص424.

2- اليوسف، سمير عثمان، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ،2009، ص118.

3- البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص305.

وفيما يتعلق بآلية التعويض في العقود الإدارية، فإن من واجبات الإدارة في حالة عدم وجود نص في العقد يعالج مسألة التعويض فإن القيمة يتم تحديدها بناء على نتيجة مستحقات الضرر التي تم الإصابة فيها نتيجة لإخلال المتعاقد في تنفيذه لالتزاماته بإرادته وبصورة منفردة، وأيضاً هنالك امكانية ترك تقدير قيمة التعويض للجهة القضائية، ويحق للمتعاقد أن يتنازعه في ذلك أمام القضاء [1].

إن التزام الإدارة بالتعويض بمساعدة المتعاقد معها هو التزام مؤقت ينحصر فقط في الفترة التي اختلت فيها اقتصاديات العقد نتيجة الظروف الغير متوقعة والتعويض على أساس نظرية الظروف الطارئة يكون جزئي ولا يشمل الخسارة كلها فيتحمل المتعاقد مع الإدارة جزء من الخسارة وتتحمل الإدارة الجزء الآخر، فالتعويض هنا يُعدّ معاونة من جهة الإدارة للمتعاقد معها في سبيل المصلحة العامة، إذ يتم تقدير التعويض بما يستحقه المتعاقد بناء على القواعد العامة للقانون الإداري.

وعليه إذا طرأت ظروف استثنائية ادت إلى تغيير ما تم الاتفاق عليه عند ابرام العقد الإداري ليصبح مرهقاً بالنسبة للمتعاقد مهدداً له بخسارة فادحة ففي هذه الأوضاع تقوم الإدارة العامة بدعوة كلا طرفي العقد (الإدارة والمتعاقد معها) للتفاوض لتعديل العقد وشروطه وتقديم ما يتناسب معهما لرفع ذلك الإرهاق الواقع على عاتق المتعاقد كإعادة النظر في شروط العقد وتغيير طريقة استغلال المشروع وتنظيم أركانه، وإذا لم يصل الطرفان إلى اتفاق فإن للقاضي أن يحكم بالتعويض الذي يقدره على الأساس المتقدم لمصلحة المتعاقد ، [2] .

ويلاحظ هنا إن سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري ليست مطلقة بل مقيدة بمراعاة مقتضيات سير المرافق العامة فلا يجوز للإدارة ان تقوم بفرض هذه التعديلات وجعل المتعاقد أمام أعباء جديدة

1- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة ،2005، ص210.

2- البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص305.

وتخل بالتوازن المالي للعقد، فدور الإدارة ينحصر بوضع الشروط التي تلائم سير المرفق العام بانتظام واضطراد في ظل هذه الظروف الجديدة.

هذا ويبدأ التعويض منذ تاريخ اللحظة التي تجاوزت فيها ارتفاع الأسعار الحد الأقصى الذي كان من الممكن توقعه عند إبرام العقد، ومادامت الأسعار في نطاق هذا الحد الأقصى فلا يمكن الحكم بتعويض، كما أنه عند حساب الخسائر التي لحقت بالمتعاقد من جراء الظروف الطارئة تستبعد من التقدير الأرباح المحتملة في المستقبل، والتي قد يجنيها المتعاقد عقب زوال الظرف الطارئ [1]، ويدخل في الجانب الإيجابي لحساب الخسائر جميع النفقات والإيرادات المتولدة عن أوجه النشاط الأصلي والفرعي المتصلة بموضوع العقد ففي حساب الإيرادات التي يحصل عليها المتعاقد كرسوم انتفاع المرفق العام الذي يجنيه من المنتفعين والأسعار التي يحصل عليها من الإدارة المتعاقدة وأيجار المعدات والآلآت، كما تشمل النفقات كل ما يتحمله المتعاقد بسبب تنفيذ التزاماته التعاقدية كأجور العمال والموظفين ونفقات التأمين العادية، والضرائب والرسوم المفروضة على المتعاقد. [2]

وفي تحديد مقدار التعويض يلاحظ أن الاتجاه الغالب في أحكام القضاء الإداري يقرر تحميل الإدارة المتعاقدة الجزء الأكبر من عبء الخسارة وهو عادة 90% من قيمة الخسارة وهذا ما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي وقد تزيد أو تنقص قليلاً عن هذه النسبة وهذا يرجع إلى ظروف العقد ويتحمل المتعاقد الباقي، أما مجلس الدولة المصري فقد أستقر على توزيع عبء الخسارة بين المتعاقدين مناصفة [3]، وهذا ما سار عليه المشرّع العراقي والأردني.

1- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية المرجع السابق،2017، ص670.

2- البنا، محمود عاطف، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص309.

3- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق،2017، ص674.

والسؤال هنا ماذا لو تضمن العقد أو دفاتر الشروط نصوصاً تعالج كيفية مواجهة الظروف الطارئ؟

قد يتضمن العقد أو دفاتر الشروط نصوص تنظم كيفية مواجهة الظروف غير المتوقعة التي تطرأ على العقد أثناء تنفيذه، فمن ناحية قد تشترط الإدارة على المتعاقد معها مقدماً بالنزول عن كل حق في المطالبة بالتعويض عن الظروف التي تطرأ بعد التعاقد إي إعفاء الإدارة من المسؤولية، ومن هنا ترى **الباحثة** إن الاصل العام للنظرية لا تعني مجرد حصول المتعاقد على المقابل المالي، ولكنها تستهدف تمكينه من التغلب على الصعاب المتولدة عن الظرف الطارئ والمواصلة في التنفيذ وعدم تعطل سير المرفق العام تحقيقاً للصالح العام وعلى هذا الأساس فأنها تتصل بالنظام العام ومما يؤيد ذلك أن كلاً من المشرّع العراقي في القانون المدني رقم رقم (40) لسنة 1951[1]، والمشرّع المصري في القانون المدني رقم 131 لسنة 1948[2]، والمشرّع الأردني في القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 [3] ، قد نصو صراحة على بطلان مثل هذه الاتفاقات بقولهم " ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

اما عن سلطة القاضي في مواجهة الظروف الطارئة في ظل التشريعات العربية نلاحظ إنها إذا كانت قد أجازت للقاضي سلطة تعديل العقد بإنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق، أو سلطة وقف تنفيذ الالتزامات المرهقة إلا إنها في الوقت ذاته لم تمنح القاضي سلطة فسخ العقد، حيث إن كلاً من المشرّع العراقي في القانون المدني رقم رقم (40) لسنة 1951[4]، والمشرّع المصري في القانون المدني رقم 131 لسنة 1948[5]، والمشرّع الأردني في القانون المدني

1- الفقرة 2 من المادة 146 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2- الفقرة 2 من المادة 147 من القانون المدني المصري قم 131 لسنة 1948 .

3- المادة 205 من القانون المدني الأردني رقم 42 لسنة 1976.

4- الفقرة 2 من المادة 146 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

5- الفقرة 2 من المادة 147 من القانون المدني المصري قم 131 لسنة 1948 .

رقم 43 لسنة 1976 [1]، قد نصوا على سلطة القاضي في رد الالتزام المرهق للحد المعقول فقط، ومن ثم فإم الالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي ولكن يرد إلى الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعية الظرف الطارئ بين الإدارة والمتعاقد المضار، ولا يتحملها المتعاقد وحدة بفسخ العقد.

وبناء على ذلك إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة جاز للقاضي متى ما طلب منه المتعاقد أن يخفف عنه عبء الالتزام إلى الحد المعقول الذي يراه متفقاً مع مقتضيات سير العدالة وحسن النية.

وعلى هذا الأساس فإن المقصود **برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول** هو" اما يكون بإنقاص الالتزام المرهق، وإما بزيادة الالتزام الآخر المقابل للالتزام المرهق ، وأما يكون الرد بوقف تنفيذ العقد إلى وقت لاحق"، ومن أمثلة إنقاص الالتزام المرهق من ناحية الكم ، أن يتعهد تاجر بتوريد كميات كبيرة من السكر لأحد مصانع الحلوى بالتسعيرة الرسمية ثم يحدث ظرف طارئ كحرب منعت من استيراد السكر أو إغلاق بعض مصانع السكر فيترتب عليه أن تقل كميات السكر المتداولة في السوق بدرجة كبيرة ويصبح التزام التاجر بتوريد جميع الكميات المتفق عليها لمصنع حلوى مرهقاً ففي هذه الحالة يجوز للقاضي أن ينقص من كمية السكر المتفق عليها إلى الحد الذي يستطيع التاجر القيام بتوريده [2].

1- المادة 205 من القانون المدني الأردني رقم 42 لسنة 1976.

2- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي، بيروت، 2015، ص725.

ولا تقتصر سلطة القاضي على تقليل الكمية الملتزم بها المدين فقط بل يجوز للقاضي أيضاً بالإضافة إلى انقاص الكمية إنقاص الثمن الذي يدفعه المتعاقد مع الإدارة [1] ، مثال ذلك أن ينخفض سعر الوحدة من السلعة المبيعة انخفاضاً فاحشاً بحيث يصبح السعر الذي التزم به المشتري مرهقاً له إرهاقاً يهدده بخسارة فادحة كأن ينخفض السعر من عشرة إلى ثلاثة فيستطيع القاضي في هذه الحالة أن ينقص من هذا الثمن أو ينقص من جملة الفوائد كل ذلك مدة بقاء أثر الظرف الطارئ فإذا انجلى هذا الأثر عادت للالتزام قوته الأصلية، وفقاً لما اتفق عليه الطرفان في بداية التعاقد. [2]

أما عن زيادة قيمة الالتزام المقابل، مثال ذلك أن يلتزم شخص بتوريد كمية من القمح بسعر 40 دينار للطن ثم تطرأ ظروف غير متوقعة تؤدي إلى ارتفاع ثمن الطن إلى مائة دينار هنا يجوز للقاضي أن يزيد الثمن إلى الحد المعقول على أن القاضي هنا لا يحكم بالضرورة بالزيادة إلى الحد الذي يجعل الثمن متناسباً مع السعر الحالي، أي إلى مائة دينار للطن، فعلى القاضي أن يحمل المتعاقد بالزيادة المألوفة العادية، كما لو أن الزيادة المألوفة في أسعار القمح تصل إلى عشرة دنانير للطن يجب على القاضي هنا أن يحمل المتعاقد بهذا المبلغ أما الباقي وهو خمسون دينار فيقوم بتوزيعه بين المتعاقدين وفقاً لمقتضيات سير العدالة ولا يلزم بالضرورة أن يكون مناصفة، وعليه إذا كانت الزيادة التي حكم بها القاضي للمتعاقد مرهقه له ولم يشأ تحملها فله طلب فسخ العقد دون أن يطالب بالتعويض [3].

1- عمر، نبيل اسماعيل، السلطة التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، مصر، 2002، ص652.

2- سليم، محمد محي الدين إبراهيم، نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقة الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجديدة الاسكندرية،2010، ص 442.

3- اليوسف، سمير عثمان، المرجع السابق، ص125-126.

وتجدر الإشارة هنا إلى إن القاضي عندما يقوم بزيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق لا يقوم برد الالتزام إلى الحد المعقول إلا بالنسبة للحاضر، ولا يسري على المستقبل لكونه غير معروف، فقد يزول الظرف الطارئ الذي أدى إلى الحكم بتعديل أثر العقد فيرجع العقد إلى ما كان عليه قبل ابرامه عندها وجب الحكم بانتهاء هذا التعديل وبالتالي الرجوع إلى ما كان يقضي به العقد من قبله مع قوته الملزمة للطرفين [1]، وللقاضي أن يجمع بين الطريقتين السابقتين في تعديل العقد بالنسبة للالتزام القائم بين الطرفين.

أما عن سلطة القاضي في وقف تنفيذ الالتزامات المرهقة؟

يُعدّ لجوء القاضي إلى وقف تنفيذ الالتزامات المرهقة نتيجة الظرف الطارئ هو أمراً بديلاً عن إنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق وهو أمر وجوبي عليه وليس جوازي إذا كانت طبيعة الظروف تتطلب ذلك، لأن التشريعات الوضعية حينما أعطت القاضي صلاحية رد الالتزام تبعاً للظروف، لا تعد سلطة مطلقة له للتدخل في تعديل العقد بل مقيدة وفقاً لظروف التعاقد أو التنفيذ، فلا يستطيع القاضي بتعديل المضمون المادي للالتزام إذا ما تبين له أن الظرف الطارئ مؤقتاً ولا داعي لأجراء التعديل في مضمون العقد وإنما مجرد تأجيل في تنفيذه [2].

ويرى بعض الفقه أن القاضي حينما يقضي بوقف تنفيذ الالتزامات المرهقة الواردة بالعقد، لا يؤثر على كم الالتزامات المنصوص عليها في العقد، لان هذا الوقف لا يمس في الواقع مضمون هذا العقد

1- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص726-727.

2- الرسول الشيخ الفزاري، أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة الجيزة، الأسكندرية،1979، ص621.

سواء من الناحية الموضوعية أو المادية، حيث تبقى هذه الالتزامات محتفظة بقيمتها ومقاديرها دون أن تتأثر بهذا الوقف المؤقت. [1]

وهذا يعني إنه عقب زوال آثر الظرف الطارئ مباشرة يعود العقد إلى قوته الملزمة ويتم التنفيذ وفقاً لما اتفق عليه الأطراف مقدماً وخلال المدد المتعاقبة الواردة في العقد ، حيث ترحل لمدد جديدة تساوي المدة التي أوقف الالتزام خلالها [2].

أما عن **سلطة القاضي في فسخ التعاقد** نرى أن التشريعات العربية وأن كانت قد أجازت للقاضي سلطة تعديل العقد بإنقاص الالتزام المرهق أو زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق ، أو سلطة وقف تنفيذ الالتزامات المرهقة ، إلا انها في الوقت ذاته لم تمنح القاضي سلطة فسخ التعاقد حيث إن كلاً من المشرّع العراقي في القانون المدني رقم رقم (40) لسنة 1951[3]، والمشرّع المصري في القانون المدني رقم 131 لسنة 1948[4]، والمشرّع الأردني في القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 [5]، قد نصوا على سلطة القاضي في رد الالتزام للحد المعقول فقط، ومن ثم فإم الالتزام المرهق يبقى ولا ينقضي ولكن يرد إلى الحد المعقول، فتتوزع بذلك تبعية الظرف الطارئ بين الإدارة والمتعاقد المضار، ولا يتحملها المتعاقد وحدة بفسخ العقد.

وترى **الباحثة** بأنه حسناً ما ذهبت إيه التشريعات أعلاه فأنه من غير العدالة ان يتحمل أحد طرفي العقد أعباء الظرف الطارئ ويعفى الآخر منها لأن من مقتضيات العدالة توزيع اعباء الظروف

1- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص725.

2- الرسول الشيخ الفزاري، المرجع السابق، ص703.

3- الفقرة 2 من المادة 146 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

4- الفقرة 2 من المادة 147 من القانون المدني المصري قم 131 لسنة 1948 .

5- المادة 205 من القانون المدني الأردني رقم 42 لسنة 1976.

الغير متوقعة على الطرفين المتعاقدين وليس إعفاء احدهما، هذا ومن ناحية أخرى فإن فسخ العقد يعني نهاية حياة العقد بشكل مطلق ولا فرصة لعودته إلى مسيرته الأولى في حال زوال الظرف الطارئ وهذا ما يجافي روح العدالة ومقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد حيث تكمن الغاية من النظرية تخفيف الالتزام المرهق الواقع على كاهل أحد المتعاقدين أثناء الظروف الغير متوقعة مع بقاء العقد ومضمون التزاماته كما هي.

ويتضح مما سبق أن القاضي يعمل على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري الذي اختلت اقتصادياته نتيجة الظروف الطارئة وكل ذلك يصب في سبيل تحقيق مقتضيات العدالة والمحافظة على استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

وهكذا نجد أن نظرية الظروف الطارئة تتصل بالنظام العام وهدف تقريرها هو ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد دون توقف أو انقطاع، وتقديم الخدمات للمنتفعين من المرفق العام من الجمهور وتحقيق الصالح العام وذلك بأن يتم تطبيق النظرية عندما يصبح المتعاقد امام ظروف من شأنها الاخلال باقتصاديات العقد وعندها تتجاوز أعباء المتعاقد في العقد الإداري اقصى حدود الزيادة المتوقعة لحظة ابرامه والتعويض الذي يتم تقريره بناءً على هذه النظرية اساسه مقتضيات العدالة والإنصاف.

المبحث الثاني
نظرية القوة القاهرة

المطلب الأول
مفهوم القوة القاهرة وشروط تطبيقها

وضحنا فيما سبق إنه أثناء تنفيذ العقد الإداري قد تطرأ ظروف معينة خارجة عن إرادة الأطراف المتعاقدة وغير متوقعة وتؤدي إلى الاخلال باقتصاديات العقد ومن شأنها جعل الالتزام مرهقاً على عاتق المتعاقد مع الإدارة (الظروف الطارئة) لكن وجه الخلاف هنا إن في حالة القوة القاهرة تعد مسألة تنفيذ التزامات التعاقدية مستحيلة ويتعذر معها استحالة متابعة تنفيذ العقد الإداري وتؤدي أيضاً إلى اعفاء المتعاقد من تنفيذ التزاماته العقدية وتفسح المجال له بالمطالبة بالتعويض عن الأضرار اللاحقة به عند توفر الشروط القانونية المطلوبة لذلك.

ولبحث مسألة القوة القاهرة لابد لنا من التعرض لتعريفها وشروطها والتطبيقات العملية ومن ثم التعرض لآثارها القانونية.

اولاً: مفهوم نظرية القوة القاهرة

يقصد بالقوة القاهرة هي "هي حدث خارجي غير متوقع لا يمكن دفعه ومستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وهو يحول دون تنفيذ الالتزامات العقدية (بين المتعاقد والإدارة) في مجموعها أو أحد هذه الالتزامات [1].

1- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص 654.

وقد تعرضت التشريعات العربية للقوة القاهرة حيث أشار **المشرّع العراقي** إلى القوة القاهرة في المادة (168) من القانون المدني رقم (40) لسنة 1951 بقوله " إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه " [1] ، ويتضح من النص أن المشرّع العراقي اعتبر القوة القاهرة صورة من صور السبب الأجنبي ولم يضع شروطاً لتحقق القوة القاهرة في هذا النص وإنما نص فقط على استحالة التنفيذ الناجمة عن السبب الأجنبي، أما عن **موقف المشرّع المصري** فقد نصت المادة (215) من القانون المدني رقم (131) لسنة 1948 على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ". [2]

يتضح مما سبق أن القانون المدني العراقي والمصري قد خلا كلاً منهم من أي نص خاص بتحديد مدلول القوة القاهرة وكل ما هو موجود هو بعض النصوص القانونية التي تشير إلى القوة القاهرة بوصفها صورة من صور السبب الأجنبي ووسيلة لدفع المسؤولية عن عاتق المتعاقد.

وموقف **المشرّع الأردني** يعتبر أكثر وضوحاً حيث نص على القوة القاهرة بدلاً من السبب الأجنبي وذلك في القانون المدني رقم 43 لسنة 1976 في المادة 247 على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد

1- المادة 168 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2- المادة 215 من القانون المدني المصري قم 131 لسنة 1948.

من تلقاء نفسه فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين " [1].

ويتضح من النص إن المشرّع الأردني بين انه يترتب على ثبوت القوة القاهرة انقضاء الالتزام وفسخ العقد حكماً، لكن لم يحدد بالدقة والتفصيل الظروف التي تشكل قوة قاهرة وإنما ترك ذلك لاجتهاد المحاكم والقضاء شأنه شأن المشرّع العراقي والمصري حيث اكتفى كلاً منهم بالإشارة إلى القوة القاهرة كسبب أجنبي دون تحديد مدلولها.

ثانياً: شروط القوة القاهرة

يتجلى لنا وبوضوح من تعريف القوة القاهرة أن ثمة شروط يجب اجتماعها في الفعل أو الحادث الذي يتصف بالقوة القاهرة وتتجسد هذه الشروط، بعدم إمكان توقع الحادث، واستقلال الحادث عن إرادة الأطراف المتعاقدة، واستحالة دفعه، ونتولى فيما يأتي استعراض كلٍ من هذه الشروط:

1- **عدم إمكان التوقع أو حدث غير مرتقب :** ويقصد بهذا الشرط أن يكون الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة غير متوقعة أو لم يكن في الوسع توقعها، أي أن لا يكون المتعاقد قد تصور إمكانية حدوثها عند إبرام العقد ويرجع تقدير عدم التوقع إلى الظروف التي تم فيها ابرام العقد وهو معيار موضوعي لا شخصي وهذا يتطلب ان يكون عدم الإمكان مطلقاً لا نسبياً [2]، فعلى سبيل المثال هناك بعض الأحداث التي تقع مثل البراكين إذا حدثت أول مرة تعتبر قوة قاهرة، ولكن في حالة حدوث تلك الظاهرة مرة ثانية لا تعتبر قوة قاهرة من قبل المحاكم، لأن شرط عدم التوقع لا يتحقق هنا فاحتمال ثوران البركان مرة ثانية متوقع كما في حالة ثوران

1- المادة 247 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

2- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص657-658.

بركان أيسلندا ففي المرة الأولى كان يعتبر قوة قاهرة ولكن ثورانه مرة أخرى متوقع، وعليه لا يعتبر ثوران بركان أيسلندا مرة أخرى غير متوقع. [1]

أما في حالة الظروف الجوية كالعواصف والأمطار التي تشكل قوة قاهرة إذ يجب أن تكون قوتها استثنائية، وفي حالة الاضراب يجب قياس كل حالة على حدة حيث يمكن عندها اعتبارها قوة قاهرة أم لا، ويقع على عاتق المحكمة عبء فض النزاع بين الأطراف حول هذه الإشكالية والمقصود بالاضراب " هو امتناع عن العمل بصفة جماعية ومنظمة، بقصد حمل اصحاب الاعمال على تحقيق المطالب التي يسعى اليها العمال والتي تتعلق بشروط العمل ويعد الاضراب من الحريات العامة الأساسية التي تقررها الدول الغربية لشعوبها وتتولى تنظيمه التشريعات الحديثة في تلك الدول. [2]

فمثلاً توقع المتعاقد يوم إبرام العقد حدوث إضراب ولكن لم يتوقع النتائج التي سوف تترتب عليه والتي تؤثر على التزامه العقد وبالتالي تمنعه من المتابعة في تنفيذه فهنا يعتبر قوة قاهرة لعدم توقع الأضرار التي خلفها الاضراب، ويمكن أن يكون الإضراب في بعض الأحيان متوقع من قبل الجهة الإدارية ولأن نتائجه أو مدته قد تكون غير معلومة وهذا ما حدث عندما قامت السلطات الفرنسية برفع أسعار المحروقات نهاية عام 2019، مما سبب إضراباً استمر لعدة أيام. [3]

1- Y. M. Laithier, Les sanctions de1inexction du contrat , RDC , n Hors-serie d avril 2016 ,paris, p.39.

2- منصور، محمد حسين، قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1995، ص 130.

3- هوازن عبد المحسن عبد الله، مفهوم القوة القاهرة وآثاره في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد الرابع والثلاثون، العدد 2، كلية القانون، جامعة صلاح الدين، 021، ص 515.

2- أن يكون الحادث خارجاً عن إرادة المتعاقدين: حيث يشترط في الحدث الذي يشكل القوة القاهرة أن يتجاوزه إرادة الأطراف المتعاقدة ، اي يجب ان لا يكون لمن يتخذه ذريعة أي دور في تحققه [1] ، لكن لا يعتبر الحادث الخارج عن إرادة الأطراف المعتادة قوة قاهرة إذا تبين ان المتعاقد قد قصر أو اهمل في اخذ الاحتياطات اللازمة لدرء الحادث الذي يتصف بالقوة القاهرة فلا يستطيع المتعاقد الاحتاج بالقوة القاهرة للإعفاء من التنفيذ هذا ويتبين من نصوص احكام القانون المدني في المادة (168) من **القانون المدني العراقي** رقم (40) لسنة 1951 بقوله " إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه " [2]، ومن خلال قراءة نص المادة السالفة الذكر نجد أن المشرّع العراقي لم يضع شروط لتحقق القوة القاهرة في هذ النص وإنما نص فقط على استحالة التنفيذ الناجمة عن السبب الأجنبي، وعليه فالحادث الخارجي إذا كان من غير صنع المتعاقد مع الإدارة أي لا يكون له يد فيه على حد تعبير المشرّع العراقي في النص اعلاه يعتبر قوة قاهرة كصورة من صور السبب الأجنبي ويقع عبء الاثبات على المتعاقد فعليه أن يثبت أن هذا الحادث نتج بصورة مستقلة عن إرادته ولم يهمل أو يخطئ في تنفيذ التزاماته العقدية.

كذلك **موقف المشرّع المصري** فقد نصت المادة (215) من القانون المدني رقم (131) لسنة 1948 على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء

1- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص661-662.

2- المادة 168 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه ، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " [1]، وموقف **المشرّع الأردني** يعتبر أكثر وضوحاً حيث نص على القوة القاهرة بدلاً من السبب الأجنبي وذلك في القانون المدني رقم (43) لسنة 1976 في نص المادة (261) بقوله " إذا ثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك " [2].

وعليه يوجد قصوراً واضحاً في موقف المشرّع العراقي والمصري ولذلك نناشدهم بتعديل نصوص المواد المادة (168) من القانون المدني العراقي اعلاه والمادة (215) من القانون المدني المصري اعلاه وذلك بالنص على القوة القاهرة بدلاً من السبب الأجنبي لأنها تعد من تطبيقاتها أيضاً ويكون نص المواد السالفة الذكر كالآتي " إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن قوة قاهرة لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه ".

هذا ويتبين ان التشريعات اعلاه قد اتفقت على ان المتعاقد إذا ثبت ان الفعل أو الحادث الخارجي الذي يتصف بالقوة القاهرة لا يد له فيه ومستقل عن إرادته فإن ذلك يُعدّ سبباً لإعفائه من التنفيذ مع تحقق باقي شروط القوة القاهرة مجتمعة.

1- المادة 215 من القانون المدني المصري قم 131 لسنة 1948.

2- المادة 261من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

3-**أن يكون الحادث مستحيل الدفع:** ومعنى ذلك ان يجعل الحادث تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً وهذه هو الفارق بين القوة القاهرة وحالة الظروف الطارئة [1]، فالمتعاقد هنا لا يلزم بمتابعة التنفيذ لاستحالته في حين انه في نظرية الظروف الطارئة يصبح الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً، واستحالة التنفيذ قد تكون مادية، كما إذا تلف محل الالتزام، وقد تكون معنوية كما إذا حظر القانون التعامل في موضوع الالتزام. [2]

أما الاستحالة الوقتية فليست من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء الالتزام، فإن موجب التنفيذ يبقى قائماً ولكنه يعلق حتى انتهاء القوة القاهرة، اي ان المتعاقد يستمر في تنفيذ التزاماته عند زوال الحدث المنتج للقوة القاهرة [3]، أما بالنسبة للاستحالة المطلقة فأنها تؤدي إلى الاعفاء النهائي من التنفيذ وينفسخ العقد بقوة القانون، فعدم إمكان درء الحادث هو الذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً كلياً أو جزئياً.

وبالرجوع إلى قرارات المحاكم للتأكد من كون هذا الشرط (استحالة الدفع)يعتبر من قبيل القوة القاهرة أم لا، نجد أن محكمة بداية عمان في الدعوى المرقمة 7562/2020 بعنوان (مطالبة مالية) تجد المحكمة أن العلاقة ما بين المدعي والمدعى عليها هي علاقة عقدية (عقد إقامة حفل زفاف) وهو عقد غير مسمى لأن المشرّع لم يخصه باسم أو تنظيم معين تم ابرامه بتاريخ2020/1/7 على ان يكون موعد الحفل بتاريخ 2020/6/25 ، وعليه فلا بد من تطبيق القواعد العامة للعقد على موضوع هذا النزاع وبقرار محكمة التمييز الموقرة رقم 78/1963 وبتطبيق شروط وأحكام السبب الأجنبي على واقعة النزاع : تجد المحكمة أن أوامر الدفاع الصادرة بخصوص إغلاق صالات الأفراح

1- راضي، مازن ليلو، القانون الإداري، المصدر السابق، ص299.

2- الحلو، ماجد، العقود الإدارية،2007، المرجع السابق، ص146.

3- راضي، مازن ليلو، القانون الإداري، المصدر السابق، ص299.

"أمر الدفاع رقم 16 لسنة 2020 الصادر بتاريخ 17/3/2020 ، المنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 2367 ، قرار وزارة السياحة والآثار الأردنية بإغلاق صالات الأفراح ومنع إقامة البرامج الفنية والحفلات استناداً إلى اوامر الدفاع والمادة 3/د من قانون السياحة " بسبب انتشار جائحة فايروس كورونا المستجد، إنما يشكل قوة قاهرة وتجتمع فيها جميع الشروط السبب الأجنبي الذي يؤدي إلى انفساخ العقد وبالتالي فإن الأثر القانوني المترتب على توافر شروط القوة القاهرة (جائحة كورونا) هو انفساخ العقد وذلك لسبب استحالة تنفيذ المدين لالتزامه سنداً للمواد 247 ،248،448 من القانون المدني[1]. ويكون الأثر القانوني للانفساخ هو إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، بحيث يتوجب على الجهة المدعى عليها إعادة المبلغ الذي قبضته من المدعي والبالغة (1500) ديناراً، وتغدو معه مطالبة المدعي بإلزام المدعى عليها بدفع هذا واقعاً في محله ومستوجبة للحكم قانوناً. [2]

يتبين من قرار المحكمة اعلاه ان تنفيذ العقد قد أصبح مستحيلاً والمتمثل (بإقامة حفل زفاف المدعي) وذلك لما أصاب العقد من قوة قاهرة تمثلت بصدور امر الدفاع الأردني (قطاع صالات الأفراح غير مستثنى من الحظر) وليس الجائحة ذاتها وبما أن العقد محدد المادة والمعول تنفيذه في 2020/6/25 فإن تنفيذ الالتزام هنا غير ممكناً بعد انتهاء العمل بقانون الدفاع لذا فإن الأثر القانوني للاستحالة المطلقة هو فسخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

1- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

2- حكم محكمة بداية حقوق عمان، رقم 2020/7562، مكتبة قسطاس القانونية.

ويتبين من الشروط اعلاه أن القوة القاهرة الإدارية تتحقق عندما تطرأ ظروف غير متوقعة تجعل تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلة نتيجة الحادث المتصف بالقوة القاهرة وتؤدي إلى خلل فادح في التوازن المالي للعقد الإداري، وتجيز معه للمتعاقد مع الإدارة بطلب فسخ العقد مع التعويض، وعلى المتعاقد إقامة الدليل على توفر شروط الحادث المفاجئ حتى يستطيع التذرع بعدم متابعته تنفيذ التزاماته في الآجال المحددة في العقد، وفي حال عجزه رغم توافر الشروط فإنه لا يمكنه الاستفادة من إعفاء تنفيذ التزاماته والتعويض إذا كان له محل [1].

وتجدر الإشارة إلى انه تبقى مسألة تقدير كون الحادث قوة قاهرة من عدمه مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع وذلك في ضوء توافر الشروط الثلاثة السابقة مجتمعة والتي تتمثل في استحالة توقع الحادث وأن يكون خارج عن إرادة الأطراف المتعاقدة وأخيراً جعله للالتزام مستحيلاً.

المطلب الثاني
بعض التطبيقات العملية للقوة القاهرة

تشكل الظواهر الطبيعية الغير متوقعة مثالاً شائع التطبيق من الناحية العملية للقوة القاهرة نظراً لعدم امكانية توقعها اضافة إلى الاضرار الناجمة عنها من ناحية أخرى، ان طبيعة القوة القاهرة هي حوادث من صنع الطبيعة لا دخل لإرادة البشر فيها ومنها: العواصف، الفيضانات، الأعاصير، الزلازل، البراكين، الأوبئة، وغيرها من الظواهر الطبيعية لكن يجب الاشارة إلى ان هذه الظواهر الطبيعية لا تشكل قوة قاهرة إلا إذا استحال دفعها ومقاومتها ودرء نتائجها وأصبح معها التنفيذ مستحيلاً.

1- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص669.

وايضاً تعد الحروب قوة قاهرة لما ينجم عنها من أحداث مادية ومن أزمات اقتصادية ما دامت مستحيلة الدفع غير متوقعة، وعليه يجب أن تكون نتائج الاحداث والاضطرابات التي تخلفها الظواهر الطبيعية والحروب غير ممكنة التوقع ومستحيلة الدفع [1]، فمن الطبيعي أن تنعكس هذه الاضطرابات والأوضاع الأمنية غير المستقرة على سلامة تنفيذ العقود الإدارية.

وقد قضى المجلس الأعلى العراقي في 1968/4/19 بمسؤولية الدولة باعتبارها ملزمة قانوناً بصيانة قنوات المياه، على الرغم من أن نتائج الأضرار التي لحقت إحدى الشركات على ضفة وادي كان سببها فيضان بسبب الأمطار وجاء في القرار "إذا كانت الأضرار اللاحقة بالشركة سببها الأمطار بغزارتها تكون حالة قوة قاهرة، فإن نتائج الفيضان الضارة شددتها رداءة صيانة القناة التي هي في حراسة الدولة "[2].

يتضح من نص القرار اعلاه ان الأمطار الغزيرة تشكل قوة قاهرة لكن اهمال الدولة بإجراء صيانة دورية لقنوات المياه التي هي بحراستها كانت السبب في تقرير مسؤوليتها لعدم إمكان تلافي الحدث.

أيضاً يجب التنويه إلى ان الأوامر القانونية الصادرة عن السلطات المختصة والتي لا يد لأطراف العقد فيها ولم تكن متوقعة لحظة إبرام العقد وتعتبر مستحيلة الدفع من قبيل القوة القاهرة ومن ذلك حكم محكمة بداية حقوق عمان بتاريخ 2022/1/31 " وحيث ان المدعي اتفق مع المدعى عليها على ان توفر المدعى عليها للرحلات السياحية التي ينظمها المدعي مقاعد على رحلات طيران متفق عليها على طائرات المدعى عليها وعلى وجهات معينة إلى تركيا خلال الفترة من 2020/5/23

1- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص670-671.

2- عبد الرزاق ايوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الأتفاقي، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، عدد5، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2003، ص20.

لغاية 2020/8/30 وان العقد موضوع الدعوى محدد المدة وينتهي بانتهاء مدته وحيث انه تعذر تنفيذ العقد بسبب صدور اوامر الدفاع عن رئاسة الوزراء وقرارات هيئة تنظيم قطاع الطيران المدني التي ادت إلى اغلاق المطارات للرحلات السياحية خلال المدة المقررة لتنفيذ العقد بسبب جائحة كورونا تعتبر قوة قاهرة بالمعنى القانوني لتوافر شروطها من حيث انها ظروف غير متوقعة ويستحيل دفعها وانها جعلت تنفيذ الالتزام بتسيير رحلات سياحية إلى تركيا خلال الفترة المتفق عليها مستحيلاً من جانب المدعى عليها فإن التزام المدعى عليها ينقضي وينفسخ العقد حكماً بقوة القانون " [1] ، ووفقاً لأحكام المادة 247 من القانون المدني رقم 43 لسنة 1976، وحيث ان الأثر المترتب على الانفساخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد عملاً بنص المادة (248) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 " إنه إذا انفسخ العقد أو فسخ اعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض "، وهنا يتوجب على المدعى عليها ان تعيد ما قبضته من المدعي من مبلغ لغايات تنفيذ العقد. [2]

يتبين من قرار المحكمة اعلاه ان تنفيذ العقد قد أصبح مستحيلاً والمتمثل (حجز مقاعد على طائرات الجهة المدعى عليها لتغطية صيف 2020 بتسيير رحلات سياحية إلى تركيا خلال الفترة المتفق عليها) وذلك لما أصاب العقد من قوة قاهرة تمثلت بصدور امر الدفاع الأردني رقم 2 لسنة 2020 (حظر تنقل الأشخاص وتجوالهم في جميع مناطق المملكة ابتداء من يوم السبت 2020/3/21 واغلاق المنافذ الحدودية والمطارات اعتباراً من 2020/3/17 حتى اشعار آخر) وليس الجائحة ذاتها وبما أن العقد محدد المادة والمعول تنفيذه خلال الفترة من 2020/5/23 لغاية

1- حكم محكمة بداية حقوق عمان، رقم 8181 لسنة 2020، مكتبة قسطاس.

2- المادة 248 من القانون المدني الأردني رقم 43لسنة 1976 .

2020/8/30 فإن تنفيذ الالتزام هنا أصبح غير ممكناً بعد انتهاء العمل بقانون الدفاع كون ان العقد موضوع الدعوى ذو طبيعة خاصة يرتبط بالموسم السياحي مع الإشارة ان الأطراف اتفقوا على ان العقد ينتهي إذا حدثت قوة قاهرة استمرت أكثر من عشرة ايام وان القوة القاهرة نتيجة جائحة فايروس كورونا استمرت اكثر من عشرة ايام وطيلة الفترة المحددة لتنفيذ العقد لذا فإن الأثر القانوني للاستحالة المطلقة هو فسخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد وعليه فإن المدعي يستحق استرداد ما دفعه على حساب العقد.

وكذلك الحرب تعد من قبيل القوة قاهرة ففي قضية لمحكمة التمييز الاتحادية في بغداد ، اعتبرت المحكمة في قضية متعلقة بمستأجر أن ظروف الحرب على التنظيم الإرهابي (داعش) في مدينة الرمادي غربي العراق تشكل قوة قاهرة بالنسبة للمستأجر، يتحلل من خلالها من عقد الإيجار، ويستوجب على المؤجر إرجاع مبلغ الإيجار الذي استلمه منه مقدماً، وتتلخص وقائع القضية في " قيام المستأجر لبناية سكنية بمدينة الرمادي بالطعن ضد حكم لمحكمة الاستئناف أمام محكمة التمييز الاتحادية في بغداد، ثم قبلت المحكمة هذا الطعن من قبل المستأجر الذي قام باستئجار البناية السكنية الواقعة في مدينة الرمادي مركز محافظة الأنبار، إلا انه وبسبب الأوضاع الأمنية في المدينة لاحتلالها من قبل التنظيم الإرهابي (داعش) لم ينتفع المستأجر من العين المؤجرة مما دفعه للمطالبة برد ما دفعه من بدلات الإيجار مقدماً" [1].

1- قرار محكمة التمييز الاتحادية نقلاً عن هوازن عبد المحسن عبد الله، المرجع السابق، ص513.

يتضح مما سبق ان المشرّع العراقي اعتبر أن الأوضاع الأمنية والحرب قوة قاهرة تدفع المسؤولية عن المتعاقد طبقاً للمادة (168) من **القانون المدني العراقي** رقم (40) لسنة 1951 [1].

وفيما **يتعلق بالعقود طويلة الأمد، ومنها بصورة خاصة عقد امتياز المرافق العامة** والمقصود به "عقد إداري يتولى الملتزم فرداً كان أو شركة بمقتضاه وعلى مسؤوليته، إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة فضلاً عن الشروط التي تضمنها الإدارة عقد الامتياز "[2]. فإن القوة القاهرة تشكل في غالب الأحيان سبباً لتعليق العقد أو وقف تنفيذه عندما تكون الاستحالة مؤقتة وليست مطلقة، بحيث تعود الالتزامات العقدية محل العقد كما كانت بعد زوال القوة القاهرة [3]. وفي هذا الشأن على القاضي البت في تقدير مسألة الاستحالة في ضوء ظروف كل قضية معروضة عليه وما يتوافر لديه من أدلة بشأن تعذر تنفيذ الالتزام والمطالبة بالحقوق.

الآثار القانونية للقوة القاهرة:

إذا تحققت شروط القوة القاهرة السابق ذكرها فإنه يترتب عليها أن يعفى المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية مع التعويض إذا كان له محل وهذا ما سنبينه في الوجهتين الآتية:

1-الإعفاء من التنفيذ: عند تحقق شروط القوة القاهرة في الحادث أو الفعل الذي طرأ على المتعاقد أثناء تنفيذه لالتزامه العقدي فإنه يترتب على ذلك إن يعفى المتعاقد من التنفيذ، وليس باستطاعة الإدارة ان تفرض عليه اي من الجزاءات التي تقررها الإدارة العامة لعدم تنفيذه

1- "إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه"

2- الطماوي، سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية ،2017، المصدر السابق، ص106.

3- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص677.

التزاماته تجاهها أو التأخر فيها، هذا وبإمكان المتعاقد أن يلجأ للقضاء والمطالبة بفسخ العقد[1]، فإعفاء المتعاقد هنا لا يتم إلا إذا ترتب على الحادث الذي يتصف بالقوة القاهرة أن أصبح تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً وليس مرهقاً.

فإذا اتضح ان آثر القوة القاهرة وقتياً، فلا يترتب عليها الإعفاء من التنفيذ وإنما الأثر يكون موقوتاً بالفترة التي توجد فيها اي يترتب عليها وقف تنفيذ الالتزام حتى زوال القوة القاهرة وبعدها يرجع العقد مع التزاماته كما كان. [2]

خلاصة ما تقدم ان الاستحالة التي تنجم عن القوة القاهرة وتؤدي إلى اعفاء المتعاقد من التنفيذ لالتزاماته العقدية هي الاستحالة المطلقة سواء كانت مادية ام قانونية ، إلا ان الكثير من النظم القانونية لا تستعمل صراحة مصطلح الاستحالة المطلقة وتكتفي باستعمال مصطلح استحالة التنفيذ ومن ذلك القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 في المادة (168) بقوله " إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه " [3]، كذلك القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 في المادة (373) بقوله " ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه "[4].

نلاحظ ان كلاً من المشرّع العراقي والمصري استعمل مصطلح استحالة التنفيذ الذي لا يدل إلا على الاستحالة المطلقة فالمصطلحان مترادفان لا تمييز بينهما.

1- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص684.

2- إبراهيم محمد علي، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 214.

3- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

4- القانون المدني المصري قم 131 لسنة 1948.

أيضاً موقف **المشرّع الأردني** في القانون المدني رقم (43) لسنة 1976 فقد نصت المادة (247) على أنه " في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل ومثل الاستحالة الجزئية الاستحالة الوقتية في العقود المستمرة وفي كليهما يجوز للدائن فسخ العقد بشرط علم المدين " والمادة (448) بقوله "ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه" [1] .

وباستقراء نصوص المواد اعلاه نجد أن السبب الاجنبي من صور القوة القاهرة وهو امر لا يمكن توقعه وإلا فيعتبر الشخص مقصراً إذا لم يتخذ الاحتياطات الضرورية لتلافي نتائجه، وان يكون مستحيل الدفع والمقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة عندها ينقضي التزام المتعاقد ويفسخ العقد حكماً بقوة القانون، أما إذا كانت الاستحالة وقتية فلا ينقضي الالتزام وإنما يقف مؤقتاً ويستأنف المتعاقد تنفيذ التزاماته عند زوال القوة القاهرة الوقتية ولا أثر على قيام العقد خلال فترة الاستحالة. ويلاحظ على نص المادة (247) من القانون المدني الأردني اعلاه، أن المشرّع اعطى للمتعاقد مع الإدارة الذي يتحمل تبعة استحالة تنفيذ الالتزام التعاقدي نتيجة القوة القاهرة ان يتحلل من التزامه بعد أن أصبح الوفاء به غير ممكن وطلب فسخ العقد.

2-الحكم بالتعويض : استناداً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني في التشريعات الثلاث السابق ذكرها فإن تحقق القوة القاهرة في العقد المدني يوجب انقضاء الالتزام وفسخ العقد لاستحالة التنفيذ ، لكن الوضع في العقود الإدارية يختلف لأنها تتعلق بالصالح العام وبتسيير المرافق العامة فإن الإدارة العامة تسعى على المحافظة على التوازن المالي للعقد الإداري

1- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

ومراعاة مقتضيات العدالة والانصاف فلا تترك المتعاقد معها ان يواجه الظروف السيئة التي تطرأ على العقد أثناء تنفيذه دون اي تعويض وذلك بهدف المحافظة على سير المرافق العامة بانتظام دون توقف أو انقطاع وحتى لا يشكل اهدار الإدارة لحقوق المتعاقدين معها نفورهم من التعاقد معها مما ينعكس على الصالح العام.

والتعويض عن الأضرار الناتجة عن الحادث الذي يتصف بالقوة القاهرة يكون على الأضرار المادية التي لحقت بالمتعاقد من جراء القوة القاهرة أي ما لحقه من خسارة وليس ما فاته من كسب وبالتالي لا يشمل التعويض هنا الربح الفائت ولا الضرر المعنوي أو الفوائد القانونية وذلك لأن الضرر المتحقق هنا نتيجة القوة القاهرة وليس خطأ الإدارة أو عن قرار قانوني من الإدارة كقيامها بفسخ العقد أثناء التنفيذ وذلك لمتطلبات الصالح العام، فالتعويض هنا وضع لإعادة التوازن المالي للعقد الذي اختلت اقتصادياته نتيجة القوة القاهرة [1].

فعقود امتياز المرافق العامة تتصف بانها طويلة الأمد، وعليه فإن القوة القاهرة التي تطرأ عليه إذا اعتبرت سبباً لتعليق التزاماته، أي استحالة التنفيذ مؤقتة وعليه فإن الشركة التي استثمرت الامتياز بشكل طبيعي استمر مدة معينة من الزمن ثم طرأت قوة قاهرة كحرب أو وباء وكان سبباً لتعليق تنفيذ العقد عندما أدت هذه الأوضاع إلى تعذر تنفيذه بشكل طبيعي ومستمر بحيث صعب على الشركة إدارة واستثمار امتيازها خلال فترة القوة القاهرة لوجود هذه الصعوبات التي ولدت ارتباكاً واضراباً بحسن سير المرفق العام موضوع الامتياز على نحو طبيعي مع غايات الاستثمار ففي ظل هذه الظروف فإن الأثر القانوني يكون بتعليق مدة الاستثمار خلال فترة هذه الظروف التي تعتبر قوة قاهرة مؤقتة ومن ثم يستعيد العقد مسيرته بعد زوالها ويقضي بتمديد مدة الامتياز بفترة مساوية لمدة هذه

1- نابلسي، نصري منصور، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص693-694.

الظروف التي تعتبر بمثابة قوة قاهرة لإعادة التوازن المالي للعقد الذي اختل ، وذلك بالتعويض على المتعاقد المستثمر بالمدة المضافة.

وعليه؛ نرى ان تمديد مهلة استثمار المرفق العام مدة إضافية يؤدي إلى إعادة الاستثمار في ظل ظروف واوضاع طبيعية وبشكل مستمر ومن ثم إعادة تحقيق الربح المعول عليه من قبل الشركة المستثمرة تعويضاً لها عن الخسائر التي لحقت بها خلال هذه الظروف التي تتصف بالقوة القاهرة وذلك بعد التثبت من توافر شروطها من قبل قاضي الموضوع واعتبارها قوة قاهرة حالت دون تنفيذ الشركة المستثمرة لالتزاماتها ومن ثم العمل بشكل طبيعي ومستمر.

الخلاصة إنه يقع على عاتق المتعاقد الذي يتذرع بالقوة القاهرة عبء اثبات توافر الشروط الثلاث السابق ذكرها في الفعل أو الحادث الذي طرأ على التزامه العقدي وعلى قاضي الموضوع التحقق من توافر الشروط قبل أن يستند إليها للقضاء بإعادة التوازن المالي للعقد أو إعفاء المتعاقد من التنفيذ.

بعد ان بينا مفهومي الظروف الطارئة والقوة القاهرة التي تعد من أبرز النظريات من أجل تحقيق التوازن المالي للعقد الإداري والتي كان الهدف منهما الحفاظ على مبدأ استمرارية سير المرفق العام بانتظام واضطراد بالإضافة إلى اعتبارات العدالة وتحقيق الصالح العام، ومساعدة المتعاقدين مع الإدارة في تنفيذ التزاماتهم وحتى لايؤدي اهدار الإدارة لحقوقهم إلى احجام الأفراد عن التعاقد معها. لذا سوف اختم هذا الفصل ببيان أوجه الشبه والخلاف بين النظريتين وكالآتي:

1–تشترك القوة القاهرة مع نظرية الظروف الطارئة في أن تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف غير متوقعة، مستقلة عن إرادة المتعاقد والإدارة ن وغير ممكنة الدفع.

2– القوة القاهرة من شأنها جعل تنفيذ الالتزامات التعاقدية **مستحيلة** وبالتالي إعفاء المتعاقد من تنفيذ التزامه، في حين إذا كانت القوة القاهرة مؤقتة فإن الأثر المترتب وقف تنفيذ العقد لحين

زوال الحادث القاهر وبعدها يرجع العقد إلى مسيرته الأولى، أما الظروف الطارئة يكون من شأنها الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري وجعل تنفيذ الالتزام **التعاقدي مرهقاً للمتعاقد وليس مستحيلاً** وهذا ما يؤدي إلى عرقلة سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

3- وفق القواعد العامة الواردة في القانون المدني فإن تحقق شروط القوة القاهرة يؤدي إلى انقضاء الالتزامات الواردة في العقد لاستحالة التنفيذ، ولكن الاستثناء الوارد في القانون العام والذي يقضي بتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الضرر الناتج عن الحادث القاهر، وذلك لان من مقتضيات العدالة والإنصاف إلا يترك المتعاقد في مواجهة هذه الظروف السيئة دون معاونة أو مساهمة من جانب الإدارة للمحافظة على سير المرفق العام دون انقطاع أو توقف ومن جانب آخر حتى لا يؤدي اهدار الإدارة لحقوق المتعاقدين معها إلى احجام الافراد من التعاقد معها خوفاً من الخسائر الناتجة عن هذه الأوضاع مما ينعكس سلباً على الصالح العام، في الظروف الطارئة فإن هدف النظرية إعادة التوازن المالي للعقد الذي اختلت اقتصادياته نتيجة الظرف وذلك بتمكين المتعاقد مع الإدارة متابعة تنفيذ التزاماته للمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد ولمقتضيات العدالة والإنصاف وليس تعويضه عن الخسارة التي لحقت به بسبب تلك الأوضاع.

ومن خلال استعراض مفهوم النظريتين السابق ذكرها فإننا بحاجة إلى لتحديد مدى اعتبار الجائحة (فايروس كورونا) قوة قاهرة أم ظرف طارئ للموازنة بين تأثير الجائحة على المتعاقد وبين الحفاظ على مبدأ استمرارية سير المرفق العام بانتظام واضطراد مع البحث عن الآثار المترتبة عليها وهذا ما سأتناوله في الفصل الرابع من الرسالة.

الفصل الرابع
ماهية الجائحة وانعكاساتها على العقد الإداري

إن اجتياح فايروس كورونا (كوفييد-19) اواخر عام 2019 العالم بأسره بعد ضهوره في مدينة (ووهان الصينية) يُعدّ كارثة صحية تمخض عنها العديد من الانعكاسات السلبية على مختلف الاصعدة القانونية والاجتماعية والصحية والاقتصادية هذا ما ادى إلى شل كافة الأنشطة المهمة في الحياة اليومية ، فقد سارعت الدول عقب إعلان منظمة الصحة العالمية عن خطر هذه الوباء وآثاره السلبية على الصحة البشرية إلى اتخاذ جملة من القرارات غير المعهودة تمثلت بإعلان حالة الطوارئ في مختلف دول العالم والبعض اخذ يفرض حضر التجوال وإغلاق بعض المرافق الحيوية المهمة كالمطارات وغيرها من التدابير الوقائية المتخذة لمواجهة هذه الجائحة للحفاظ على صحة البشرية والسلامة العامة، وهذا ما كان له آثر واضح على الالتزامات العقدية وخاصة تلك التي تبرمها الإدارة بهدف سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

فالعقد الإداري يُعدّ من أبرز الوسائل التي تلجأ إليها السلطات العامة لتسيير المرافق العامة تحقيقاً للصالح العام وهذه الغاية لا تحقق إلا بتنفيذ الالتزامات العقدية محل العقد، واستناداً للجانب القانوني فإن الجائحة تعد حدث استثنائي خارج عن إرادة المتعاقدين وغير ممكنة التوقع ومن شأنها وإن لم تجعل تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلة، جاءت مرهقة للمتعاقد وتهدده بخسارة غير مألوفة تخرج عما قدره المتعاقدان تقدير معقول وقت إبرام العقد، والتي تعتبر من تطبيقات نظريتي (الظروف الطارئة والقوة القاهرة) السابق ذكرها والتي وفق القواعد المقررة في القانون المدني والمطبقة ذاتها في القانون الإداري تعد من الحالات التي يسمح فيها القانون بإجراء تعديل في بنود العقد أو انقضاء الالتزام وفسخ العقد حكماً، وذلك مراعاة لمقتضيات العدالة والإنصاف من جهة، ومن جهة أخرى

إعادة التوازن المالي للعقد الذي اختلت اقتصادياته نتيجة الظرف الاستثنائي وذلك بتمكين المتعاقد مع الإدارة متابعة تنفيذ التزاماته للمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

في ضوء ما سبق يلزم معرفة مفهوم الجائحة والطبيعة القانونية لها وآثرها على العقد الإداري وهذا ما ستتناوله الباحثة في مبحثين كالآتي:

المبحث الأول: ماهية الجائحة والطبيعة القانونية لها وآثارها على التوازن المالي للعقد الإداري.

المبحث الثاني: القواعد القانونية الواردة في تعليمات ولوائح تنفيذ التعاقدات الحكومية ومدى تطبيقها على العقود الإدارية أثناء الجائحة وتأثير التشريعات ذات الصلة في كل من العراق والأردن ومصر مع التطرق للقرارات التي صدرت عن الجهات المختصة للتصدي للجائحة ولحماية العقود والمشاريع العامة من آثار وتداعيات الجائحة.

المبحث الأول

ماهية الجائحة والطبيعة القانونية لها وآثارها على التوازن المالي للعقد الإداري

لما كان الهدف من الدراسة هو معرفة آثار الجائحة على العقد الإداري فقد ارتأت الباحثة تناول وصفها القانوني بدءاً من المقصود بها والطبيعة القانونية لها كمطلب أول، وأثرها على اقتصاديات العقد الإداري كمطلب ثاني.

المطلب الأول

مفهوم الجائحة

اولاً: المقصود بالجائحة

للوقوف على المقصود بجائحة كورونا يكون لزاماً التطرق إلى تعريفها من أكثر من جانب.

الجائحة في اللغة هي " النازلة العظيمة التي تجتاح المال من سَنةَ أو فتنة، فهي شدة، والجوح: تعني الاستئصال، فكل معاني الجائحة تدور في فلك الهلاك [1].

الجائحة في الاصطلاح: فهي كما يرى بعض الفقه بأنها " كل شيء لا يستطاع دفعه لو علم به، كالبرد والحر والمطر والجراد " [2].

ومصطلح **الجائحة أو** "**Pandemic**" والتي هي عنوان البحث يتعلق بالانتشار الجغرافي، ويستخدم في وصف المرض الذي يصيب البلدان أو قارات أو العالم بأسره، فهو أمر أكبر وأعلى من

1- المطيرات، عادل مبارك، أحكام الجوائح في الفقة الأسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، المرجع السابق، ص3-4.

2- الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، داراحياء الكتب العربية، القاهرة،1309 هـ، ص168.

الوباء لأنه مرتبط بانتشار جغرافي واسع [1]، وهذا المصطلح الذي استخدمته منظمة الصحة العالمية في الاعلان عن فايروس كورونا (كوفييد-19) لسرعة تفشيه وانتشاره في كافة ارجاء العالم، ويمكن تعريف الجائحة "الوباء الذي ينتشر بين البشر في مساحة كبيرة مثل قارة أو قد تتسع لتضم كل أرجاء العالم مع عدم وجود علاج أو لقاح يقي منه" [2].

وعليه ترى **الباحثة** بأنه يمكن تعريف **جائحة كورونا:** جائحة عالمية أصابت العديد من دول العالم ولازالت مستمرة سببها الفايروس المسبب للالتهاب الرئوي الحاد (كوفييد-19) وهو الاسم الذي أطلقته منظمة الصحة العالمية على فايروس كورونا، سببت الجائحة اضراراً عالمية بالغة صحية واجتماعية واقتصادية وعلى كافة نواحي الحياة.

والجائحة اصطلاحاً: آفة لاصنع للآدمي فيها كالريح الشديدة، والبرد القارس، والحر الشديد والجراد وانقطاع المطر والقحط والأوبئة، ونحو ذلك من الجائحات السماوية، على عكس الجائحات البشرية التي تصيب الزروع والثمار من صنع الانسان والتي يفترض إمكانية دفعها مثل السرقة وهجوم جيش العدو، فهناك رأي لا يعدها جائحة. [3]

وعليه تكمن العبرة بما يتمخض عن الجائحة من نتائج، فتأتي الجائحة بصورة غير متوقعة بعد إبرام العقد يتعذر معها المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية، وهنا ينبغي على قاضي الموضوع التدخل في تعديل بنود العقد استناداً للصلاحية التي سمح له المشرّع بها وبما يتفق ومقتضيات العدالة والانصاف.

1- https://www.sasapost.com/corona-pandemic-and-other-terms/

2- المطر، عنادل، مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة على العقود الملزمة للجانبين والآثار المترتبة عليها وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ص100-101.

3- الإفتيحات، ياسر عبد الحميد، جائحة فايروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الغرير، كلية القانون، ملحق خاص، العدد 6، الإمارات العربية المتحدة، 2020، ص774.

ثانياً: الطبيعة القانونية للجائحة

من خلال استعراض مفهوم الجائحة فقهاً وقانوناً، فإننا بحاجة لمعرفة مدى طبيعة فايروس كورونا والذي اعتبر جائحة، سبباً في تعديل بنود العقد الإداري فهل يكون ذلك تلقائياً، أي أن يطالب المتعاقد المتضرر من جراء الجائحة بإعادة النظر في الالتزامات العقدية التي اختل توازنها؟ أم يتطلب الامر تدخل قاضي الموضوع وفض النزاع في ضوء كل علاقة عقدية على حدة؟

واستناداً للجانب القانوني فإن الجائحة تعد حدث استثنائي خارج عن إرادة المتعاقدين وغير ممكنة التوقع ومن شأنها وإن لم تجعل تنفيذ الالتزامات العقدية مستحيلة ، جاءت مرهقة للمتعاقد وتهدده بخسارة غير مألوفة تخرج عما قدره المتعاقدان تقدير معقول وقت إبرام العقد، والتي تعتبر من تطبيقات نظريتي (الظروف الطارئة والقوة القاهرة) السابق ذكرها والتي وفق القواعد المقررة في القانون المدني والمطبقة ذاتها في القانون الإداري تعد من الحالات التي يسمح فيها القانون بإجراء تعديل في بنود العقد أو انقضاء الالتزام وفسخ العقد حكماً ، وذلك مراعاة لمقتضيات العدالة والإنصاف من جهة ، ومن جهة أخرى إعادة التوازن المالي للعقد الذي اختلت اقتصادياته نتيجة الظرف الاستثنائي وذلك بتمكين المتعاقد مع الإدارة متابعة تنفيذ التزاماته للمحافظة على سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

– ويثور التساؤل هنا حول الطبيعة القانونية لآثار جائحة كورونا ومنها الإجراءات المتخذة من جانب الدول للتصدي للجائحة والحد من تفشيها على العقد الإداري فهل هي قوة قاهرة ام ظرف طارئ مما يستدعي تطبيق احدى النظريتين (الظروف الطارئة، القوة القاهرة) السابق ذكرها؟

وعليه إن تكييف الجائحة هل هي ظرف طارئ أم قوة قاهرة؟ يستلزم النظر في العقد من عدة نواحي، فلا توجد اجابة واحدة تغطي جميع العقود، بل يستلزم الامر النظر إلى طبيعة العقد ومدته

ومحله فالعقود القصيرة المدة التي تقوم بإبرامها شركات التوريد لبضاعة انقطعت بسبب جائحة كورونا يمكن للشركة ان تحتج بالقوة القاهرة لفسخ العقد وانقضاء الالتزام ، في حين أن نفس هذه العقود طويلة الأمد كشركة توريد لمدة غير محددة يمكن للشركة هنا أن تستند إلى نظرية الظروف الطارئة والاحتجاج بها لوقف تنفيذ العقد لمدة الظرف الطارئ، أو تقوم بتنفيذ جزء من العقد حتى زوال آثر الجائحة ، وفي النهاية يبقى لقاضي العقد السلطة التقديرية في تكييف الأثر القانوني للجائحة على الالتزامات العقدية بعد النظر في ظروف كل عقد [1].

1- ويفهم من ذلك **أن تكييف الجائحة في عقد إداري ما بالقوة القاهرة** ستعطي المتعاقد حق فسخ العقد لتعذر تنفيذ الالتزام، على **عكس الظرف الطارئ** حيث للمتعاقد الحق في طلب إعادة التوازن المالي للعقد الذي اختل نتيجة الجائحة وجعلت الالتزام مرهق للمتعاقد يهدده بخسارة فادحة، مع استمراه بالتنفيذ، ويقع على القاضي مراعاة حصول الإرهاق واختلال الأسعار نتيجة الجائحة لحين زوال الظرف وعود العقد إلى مسيرته الأولى.

وفي ضوء ما سبق؛ ترى **الباحثة** أن تكييف الجائحة بالقوة القاهرة من المسائل التي تدخل ضمن نطاق السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع والتي تعتبر من المبادئ التي استقرت عليها نصوص القانون المدني، ومنها نص المادة (168) من **القانون المدني العراقي** رقم (40) لسنة 1951 بقوله " إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه " [2]. ومن خلال قراءة نص المادة السالفة الذكر نجد أن المشرّع العراقي نص على

1- الإفتيحات، ياسر عبد الحميد، جائحة فايروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، المرجع السابق، ص791.

2- المادة 168 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

استحالة التنفيذ الناجمة عن السبب الأجنبي، وعليه فالحادث الخارجي إذا كان من غير صنع المتعاقد مع الإدارة أي لايكون له يد فيه على حد تعبير المشرّع العراقي في النص اعلاه يعتبر من صور السبب الأجنبي ويقع عبء الاثبات على المتعاقد فعليه أن يثبت أن هذا الحادث نتج بصورة مستقلة عن إرادته ولم يهمل أو يخطئ في تنفيذ التزاماته العقدية، ولا يمكنه دفعه.

كذلك **موقف المشرّع المصري** فقد نصت المادة (215) من القانون المدني رقم (131) لسنة 1948 على أنه "إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " [1]، وموقف **المشرّع الأردني** في القانون المدني رقم (43) لسنة 1976 في نص المادة (261) بقوله " إذا ثبت الشخص ان الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك " [2].

ويتضح من نصوص المواد أعلاه أن تحديد وتقييم الجائحة بالقوة القاهرة سيتوقف على على أساس وقائع كل حالة على حدة، وفق تحقق شروط القوة القاهرة وهي شروط نسبية تتغير بظروف الزمان والمكان التي طرأت فيها، فلايكفي ان تكون الجائحة غير متوقعة لحظة إبرام العقد بل لابد من أن تكون مستحيلة الدفع ومستقلة عن إرادة المتعاقدين، ويقع على المتعاقد عبء اثبات ما يدعيه من إن الجائحة جعلت تنفيذ التزامه التعاقدي مستحيلاً وعلى قاضي الموضوع التحقق من ذلك لإعادة النظر في الالتزامات العقدية.

1- المادة 215 من القانون المدني المصري قم 131 لسنة 1948.

2- المادة 261 من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

وللوقوف على الشروط التي يلزم توافرها لتكييف الجائحة بالقوة القاهرة لابد من استعراضها:

1- **شرط الخارجية:** يقصد بهذا الشرط إن تكون استحالة تنفيذ الالتزام العقدي ناتجة عن آثار جائحة كورونا وليس من فعل المتعاقد، أي تتوافر علاقة إسناد مباشرة بين استحالة تنفيذ العقد الالتزام محل العقد الإداري وبين تداعيات الجائحة ولا يد للمتعاقد فيها، ويقع عبء الاثبات على المتعاقد فعليه ان يثبت بشتى الطرق استناداً إلى القواعد العامة المقررة في قانون الإثبات إن استحالة التنفيذ ناتجة عما خلفته الجائحة من آثار. [1]

وهذا معناه انه حتى لا يتم إسناد تعذر تنفيذ الالتزام العقدي إلى المتعاقد، فيجب ألا يكون قد قصر أو أهمل في اخذ التدابير اللازمة أو أخطأ في تنفيذ التزامة، اي لا يتسبب في استفحال نتائج الحادث القهري لعدم اتخاذه ما يلزم من اجراءات، فمثلاً في عقد النقل يترتب على الناقل أن يجهز الحمولة حسب ما هو متفق عليها في العقد وان يتخذ الاحتياطات اللازمة وان يكون على بينة باحوال الطقس المتوقعة أثناء نقل الحمولة وان يجهز وسيلة النقل تجهيزاً كاملاً لتنفيذ التزامه بالشكل المتفق عليه والمحافظة على الحمولة [2].

وترى **الباحثة** أن على المتعاقد الذي يحتج بإستحالة التنفيذ الناجمة عن تداعيات كورونا أن لا يكون قد أهمل أو تأخر في تنفيذ التزامه عن المدد المحددة للتنفيذ الواردة في العقد الإداري ففي عقد التوريد[3] ، فمثلاً لو طالبت شركة استيراد لبضاعة معينة بتعديل التزاماتها التعاقدية بسبب آثار

1- المطر، عنادل، مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة على العقود الملزمة للجانبين والآثار المترتبة عليها وفقاً للقانون الكويتي، المرجع السابق، ص110.

2- وليد محمد سعد، فايروس كورونا (كوفييد-19) والالتزامات العقدية، مجلة كلية الحقوق، المجلد الواحد والخمسون، العدد1، جامعة آسيوط ،2021، ص61.

3- يعرف عقد التوريد" بأنه عقد إداري يتم بين الإدارة وفرد أوشركة (متعهد) يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بأن يورد للإدارة منقولات أو مواد معينة تلزمها، مقابل ثمن معين يحدد في العقد، وقد يتم توريد المواد المتفق عليها دفعة واحدة وقد يتم توريدها علة مدى فترة طويلة الأمد"، كنعان، نواف، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة، عمان ،2009، ص325.

الجائحة المتمثلة باوامر قانون الدفاع بغلق المعابر الحدودية بين الدول وفرض الحضر الكلي ، فعلى الشركة ان تثبت انها لم تهمل أو تتأخر في تنفيذ التزامها التعاقدي عن المدة المحددة للتنفيذ ، وأن الجائحة هي التي أخرت التنفيذ بسبب التعليمات الصادرة بغلق المعابر الحدودية وفرض حضر التجوال ، وتقدير ذلك يعود للسلطة التقديرية لقاضي الموضوع وذلك بالتحقق من الوقائع في كل حالة على حدة وإذا تحقق من أن المتعاقد ليس له صلة بإستحالة التنفيذ فإنه سيلزم إعادة النظر في الالتزامات العقدية محل العقد الإداري وذلك بعد توافر الشرطيين التاليين أيضاً وهما إستحالة توقع الجائحة لحظة إبرام العقد، وعدم إمكانية دفع آثر الجائحة.

2- **عدم إمكان توقع الجائحة:** ومؤدى هذا الشرط ان لايكون باستطاعة المتعاقد توقع الجائحة لحظة إبرام العقد الإداري، فإذا امكن توقعها حتى ولو استحال دفعها لا تعد الجائحة قوة قاهرة، بل يجب ان تكون الجائحة من غير المستطاع توقعها، ويرجع تقدير ذلك للمعيار الموضوعي وليس الذاتي، فلا يكفي أن يكون المتعاقد غير متوقع للجائحة بل يجب أيضاً أن لم يكن بوسع الرجل العادي توقع الجائحة عندما يكون في الظروف نفسها، فعدم إمكان التوقع يتطلب أن يكون مطلقاً وليس نسبياً، فلا يتم الاعتداد بالظروف الشخصية للفرد المتعاقد وإنما يعتد بالظروف الاستثنائية العامة [1] .

فمثلاً لو طرأت الجائحة بعد إبرام عقد التوريد وكان مكان تصدير البضاعة في بلد انتشرت فيه الجائحة وتم إعلان حالة الطوارئ فيه واتخاذ جملة من القرارات غير المعهودة من قبل السلطات الإدارية كمنع الاستيراد مؤقتاً وكان العقد محدد المدة، فللشركة أن تحتج بعدم التوقع بقرار منع

1- الإفتيحات، ياسر عبد الحميد، جائحة فايروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، المرجع السابق، ص787.

الاستيراد الذي جاء نتيجة لتفشي الجائحة في عموم البلاد، وعليه يُعدّ عدم التوقع هنا سبب لانقضاء الالتزام وليس تعديله على اعتبار ان العقد محدد المدة.

وعليه ترى **الباحثة** أن الاجراءات والتدابير التي اتخذتها العديد من دول العالم للتصدي للجائحة بعد الإعلان عن سرعة تفشي فايروس كورونا إضافة إلى تداعياته الخطيرة وآثاره السلبية على التوازن الاقتصادي للعقد يعتبر امر غير ممكن التوقع، وللتحقق من توافر هذا الشرط من عدمه فإن ذلك يُعدّ من قبيل السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

3-**عدم القدرة على دفع الجائحة : لا** يكفي القول بتحقق القوة القاهرة على جائحة كورونا توافر شرط خارجية الجائحة، واستحالة التوقع بلا بد للمتعاقد أن يثبت استحالة دفع آثر الجائحة، والاستحالة هنا يجب ان تكون مطلقة بحيث لا يمكن دفع آثر الجائحة بأي وسيلة كانت، وهذا ما كرسته القواعد العامة الواردة في القانون المدني إذ اشارت إلى ان الحادث الذي يجعل من تنفيذ الالتزام مرهقاً لا يعتبر قوة قاهرة ، وإن كانت يعتبر ظرف طارئ، وينظر إلى هذا الامر من وجهتين الأولى: عدم القدرة على منع نشوء القوة المعتبرة قوة قاهرة، والثانية عدم إمكانية التصدي للآثار التي تتمخض عن الواقعة بعد تحققها. [1]

وهذا ما قضت به المادة (425) من **القانون المدني العراقي** رقم (40) لسنة 1951 بقوله " ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه " [2] ،وعلى النهج ذاته سار **المشرّع المصري** في المادة (373) من القانون المدني رقم (131) لسنة 1948

1- Moury J. Force majeure: éloge de la sobriété, Revue trimestrielle de droit civil, dalloz revues, Paris, 2004, p. 471.

2- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

بقوله " ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه " [1]، وقضت المادة (448) من **القانون المدني الأردني** رقم (43) لسنة 1976 بذات الموقف أيضاً بقولها "ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلاً لسبب اجنبي لا يد له فيه " [2].

ويتبين من نصوص المواد اعلاه أن الاستحالة في التنفيذ التي تعفي المتعاقد، يجب أن تكون استحالة مطلقة راجعة إلى الجائحة وليست لسبب متعلق بالمتعاقد كامتناعه عن التنفيذ، وترى **الباحثة** أن شرط استحالة دفع الجائحة سيتحدد وفق ظروف كل علاقة عقدية على حدة، وهو ما يجعل من تحديد النطاق الزمني الذي تم فيه الإعلان عن تفشي الجائحة من العناصر الأساسية لتحقق شرط استحالة دفع الجائحة وخاصة في ظل عدم وجود لقاح أو دواء للفايروس، ويقع على عاتق محكمة الموضوع السلطة التقديرية في استخلاص شروط تحققها وفق المبادئ العامة.

الخلاصة انه إذ ما تحققت شروط القوة القاهرة على الجائحة بعد قيام العقد الإداري فإن العقد سيكون أمام قوة قاهرة وعليه سوف تكون سبباً موجباً لإعادة النظر في الالتزامات العقدية.

2-**تكييف الجائحة بالظرف الطارئ:** بينا في المطلب الأول من الفصل الثالث من الرسالة المقصود بالظروف الطارئة بأنها " كل حادث عام لاحق على تكوين العقد، وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد، ينجم عنه اختلاف بيِّن في المنافع المتولدة عن عقد يتراخى تنفيذه إلى أجل أو آجال، بحيث يصبح تنفيذ المدين لالتزامه كما أوجبه العقد يرهقه إرهاقاً شديداً،

1- القانون المدني المصري قم 131 لسنة 1948.

2- القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

ويتهدد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في خسارة التجار، وذلك كخروج سلعة تعهد المدين بتوريدها من التسعيرة، وارتفاع سعرها ارتفاعاً فاحشاً غير مألوف ولا متوقع" [1].

فقوام الظرف الطارئ إن يكون استثنائياً وغير متوقع الحصول وقت إبرام العقد **وفرق الخلاف بين الظرف الطارئ والقوة القاهرة إن الحادث الاستثنائي من شأنه جعل التزام المتعاقد مرهقاً له يهدده بخسارة غير مألوفة وليس جعل تنفيذ التزامه مستحيلاً**، وايضاً لايترتب على الظرف الطارئ انفساخ العقد والإعفاء من التنفيذ بل للقاضي رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فالهدف هنا هو التخفيف عن العبء الذي وقع على عاتق المتعاقد من جراء الجائحة بعد تحقق توافر شروط الظرف الطارئ في آثارها أو تداعيات انتشارها.

ويثور السؤال هنا متى يمكن للمتعاقد ان يحتج بالجائحة كظرف طارئ لتعديل التزاماته وإعادة النظر في بنود العقد؟

إن العبرة بوقت إبرام العقد فهو يُعدّ من العناصر الأساسية لتطبيق نظرية الظروف الطارئة على التدابير المتخذة للوقاية من الجائحة ، فالعقود الإدارية التي تم إبرامها قبل ضهور الفايروس وباشر المتعاقد فيها التنفيذ فإنه يمكن تطبيق النظرية بعد توافر شروطها في تداعيات الجائحة وآثارها ، أما العقود التي ابرمت بعد الإعلان عن ضهور الفايروس في مدينة (ووهان)الصينية وقبل سرعة تفشيه في كافة دول العالم فلا يمكن لأطرافها الاحتجاج بعدم توقع تفشي الفايروس في البلد الذي تم إبرام العقد فيه ومكان تنفيذه كسبب لتطبيق النظرية، لأن وقت إبرام العقد قد تزامن مع التدابير المتخذة من قبل السلطات العامة كالحجر المنزلي، وغلق الحدود والمطارات والعديد من المرافق العامة

1- السنهوري، عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، المرجع السابق، 2015، ص705.

الحيوية، فهذه التدابير تجعل من ظروف تنفيذ العقد معلومة وممكنة التوقع ولو بشكل عام من قبل طرفي العقد. [1]

وعليه ترى **الباحثة** إذ ما تحققت شروط نظرية الظرف الطارئ على الجائحة بعد قيام العقد الإداري فإن العقد سيكون أمام ظرف طارئ وعليه سوف تكون سبباً موجباً لإعادة النظر في الالتزامات العقدية ليرد القاضي الالتزام المرهق إلى الحد المعقول دون إعفاءه من التنفيذ كلياً أما بتأجيل التنفيذ أو تمديد فترة التنفيذ لمدد لاحقة، أو بقبول التنفيذ على مراحل.

المطلب الثاني
آثار الجائحة على اقتصاديات العقد الإداري

تتفاوت آثار الجائحة على التوازن المالي للعقد الإداري حسب التكييف القانوني لها، في ظل نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، فهي إما تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً بسبب استحالة التنفيذ فينقضي الالتزام وتنقضي معه ما يقابله من التزامات إن وجدت وينفسخ العقد حكماً بسبب الاستحالة الكلية، اما في الاستحالة الجزئية للمتعاقد أن يتمسك بتنفيذ التزامه الممكن وله فسخ العقد برمته، وقد تكون الاستحالة وقتية اي وفقاً للظروف والاحوال التي تشير إلى ان هذه الجائحة مؤقتة وستزول بعد فترة زمنية قد تطول أو تقصر وهنا يقف تنفيذ الالتزام مؤقتاً لحين زوال الجائحة وعودة العقد إلى مسيرته الأولى هذا في حالة اعتبار الجائحة **قوة قاهرة**، اما في حالة تكييف الجائحة **بالظرف الطارئ** فالأثر المترتب هنا على اقتصاديات العقد ستجعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً للمتعاقد

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 15-04-2022 à l'heure 12:00) Lien : http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=3175.

ويهدده بخسارة تخرج عما قدره المتعاقد مع الإدارة وقت إبرام العقد تقدير معقول وهنا يقع على عاتق الإدارة تقديم المعاونة والمساهمة له في ظل هذا الظرف ورد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فالهدف هنا هو التخفيف عن العبء الذي وقع على عاتق المتعاقد من جراء الجائحة بعد تحقق توافر شروط الظرف الطارئ في آثارها أو تداعيات انتشارها.

في سياق ما تقدم يثور التساؤل هنا حول مصير الالتزامات العقدية التي اختل توازنها نتيجة الجائحة؟

ان المتعاقد حتماً سيلجأ في دعواه إمام القضاء إلى إحدى النظريتن (الظروف الطارئة –القوة القاهرة) لإعادة التوازن المالي للعقد الذي اختلت اقتصادياته نتيجة الجائحة، وهنا يقع على المتعاقد عبء إثبات ما يدعيه، اي يجب عليه ان يثبت توافر شروط احدى النظريتين التي يتذرع بها للمطالبة بإعادة النظر في التزاماته التعاقدية فهدفه هو إعادة التوازن المالي للعقد الذي هو أحد أطرافه.

وعليه؛ فإن الجائحة إما من شأنها جعل تنفيذ الالتزام التعاقدي مستحيلاً سواء كان كلياً أو جزئياً، أو جعل تنفيذ التزام المتعاقد مرهقاً له يهدده بخسارة غير مألوفة، ويجب التنبيه إلى ان النطاق العملي لإعمال احدى النظريتن السابق ذكرها لإعادة التوازن المالي للعقد يستند إلى عدة امور منها طبيعة العقد ومدته، وعليه فان المجال الطبيعي العقود الممتدة التنفيذ أو مستمرة التنفيذ كعقد التوريد، وتطبيقاً لذلك، فإنه في عقود التوريد قد يدفع المورد بوجود الجائحة كقوة قاهرة في مجال توريد ما يلزم من بضاعة، استناداً إلى ما اتخذ من قرارات إدارية أدت إلى الاغلاق الكلي والتي بدورها جعلت تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً، أو قد يدفع بالجائحة كظرف طارئ كونها جعلت تنفيذ التزامه ممكناً لكن

فيه إرهاقاً له، أما إذا كان العقد فوري اي تنفيذه يتم على اساس دفعة واحدة فيكون مجالاً لأعمال نظرية القوة القاهرة بعد التحقق من توافر شروطها في آثار وتداعيات الجائحة [1].

ان فكرة التوازن المالي للعقد الإداري تكمن الغاية منها تحقيق توازناً بين الاعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي يروم الانتفاع بها، وعليه إذا طرأت ظروف من شأنها قلب اقتصاديات العقد، فليس من العدل ولا المصلحة العامة ان يتحمل المتعاقد وحدة نتيجة هذه الظروف بل يكون له الحق في مقابل ذلك أن يطالب بإعادة التوازن المالي للعقد.

في سياق ما تقدم ترى **الباحثة** أن مطالبة المتعاقدين مع الإدارة بإعادة النظر في التزاماتهم وإجراء التعديل عليها بسبب آثار الجائحة وتداعياتها تتطلب تحديد عدة مسائل، فالمبدأ الأساسي الذي يقع على عاتق محكمة الموضوع هو ان تعامل كل علاقة عقدية على حدة وفق ظروف إبرام كل عقد، فعليها التحقق من تاريخ إبرام العقد، وطبيعة هذه الالتزامات، ومقدرتهم على إمكان توقع تأثير الجائحة على التدابير التي تم اتخاذها من قبلهم لضمان حسن تنفيذ التزاماتهم العقدية، فبعد إجراء المفاوضات من قبل طرفي العقد وعدم توصلهم لحل، يلجأ المتعاقد إلى القضاء مطالباً اياه بإعادة التوازن المالي للعقد وفق توافر شروط إحدى النظريتين بعد تحقق محكمة الموضوع منها وهل الوضع يشكل قوة قاهرة ام ظرف طارئ؟ وذلك لاثبات التدابير والقرارات غير المعهودة التي اتخذتها العديد من الدول كالحجر، وغلق المطارات وبعض المرافق الحيوية المهمة وغيرها وما لحق بالمتعاقد من ضرر نتيجة هذه القرارات، ويقع عبء الاثبات على المتعاقد والتمسك بتطبيق احدى النظريتين.

وتطبيقاً لذلك، وفي رأيي ان توقف الانشطة من جراء التدابير المتخذة من قبل الجهات المختصة للتصدي للجائحة وآثارها سيتراوح تكييفها القانوني فيما إذا كانت بمثابة القوة القاهرة ام ظروف طارئة،

1- وليد محمد سعد، فايروس كورونا (كوفيد-19) والالتزامات العقدية، المرجع السابق، ص95.

وكما اشرنا يرجع تقدير كل حالة على حدة في ظروف كل عقد إلى السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، فإذا ثبت انه يستحيل على المتعاقد تنفيذ التزاماته التعاقدية يعفى من المسؤولية استناداً لنظرية القوة القاهرة، أما اذا كان باستطاعته الاستمرار بالتنفيذ لكن فيه ارهاق له سيكون تطبيق نظرية الظروف الطارئة هي الحل الأمثل ، وذلك حماية للأطراف المتعاقدة وخاصة الطرف المتضرر.

خلاصة القول ان للقاضي سلطة تقديرية في تقدير آثار وتداعيات الجائحة على العقد الإداري فيما إذا كانت قوة قاهرة ام ظرف طارئ، وفقاً لطبيعة كل عقد وظروفه ودرجة ومدة تأثره بالجائحة، ومن ثم ان الحكم باعتبار آثار الجائحة على عقد معين قوة قاهرة ام ظرف طارئ لا يعني القياس مطلقاً بهذا الأثر على العقود المشابهة، حتى وان كانت بعض العناصر متحدة في هذه العقود لأن لكل عقد ظروفه وملابساته.

المبحث الثاني

تأثير التشريعات الوطنية على العقود الإدارية اثناء جائحة كورونا

ارتأت الباحثة تناول نصوص التعليمات واللوائح القانونية لتنفيذ التعاقدات الحكومية، حيث لها أهمية كبيرة في بيان القواعد العامة المتعلقة بإبرام العقود الإدارية والكيفية التي يتم بها التنفيذ، وحالات إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير والاسباب الموجبة للفسخ، والتي لها صلة بموضوع الدراسة في إطار احكام نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة التي تطرأ على العقد الإداري أثناء تنفيذ والتي تعد سبباً موجباً لإعادة النظر في الالتزامات العقدية وترتيب الأثر القانوني لها.

ولما كان للتدابير التي اتخذتها الحكومات للتصدي في مواجهة آثار وتداعيات الجائحة أهمية في رعاية الصالح العام فقد ارتأت الباحثة بالتطرق لها لمعرفة ما إذا كانت قد قررت الحماية للأطراف المتعاقد ام لا.

لذا سيتم تناول هذا المبحث في مطلبين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: القواعد القانونية الواردة في قوانين تنفيذ التعاقدات الحكومية ومدى تطبيقها على العقود الإدارية أثناء الجائحة.

المطلب الثاني: القرارات الصادرة عن الجهات المختصة للتصدي للجائحة ولحماية العقود والمشاريع العامة من آثار وتداعيات الجائحة.

المطلب الأول

القواعد القانونية الواردة في قوانين تنفيذ التعاقدات الحكومية ومدى تطبيقها على العقود الإدارية أثناء الجائحة

ارتأت الباحثة تناول القواعد الواردة في قانون تنفيذ التعاقدات الحكومية بخصوص احكام تنفيذ العقود الحكومية في محاولة منا لمعرفة هل اشارت إلى الحادث الفجائي والظروف الطارئة ام لا.

تناولت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم (1) لسنة 2008 في المادة(14) [1].

شروط تمديد مدة تنفيذ العقد بقولها تلتزم جهات التعاقد عند تمديد العقود ما يأتي:

أولاً: على المتعاقد تنفيذ بنود العقد خلال المدة المتعاقد عليها على ان تحتسب تلك المدة من تاريخ المباشرة أو من تاريخ توقيع العقد أو اي تاريخ آخر ينص عليه في شروط التعاقد وتراعى عند تمديد العقود ما يأتي:

ج–إذا استجدت بعد التعاقد ظروف استثنائية لا يد للمتعاقدين فيها ولا يمكن توقعها أو تفاديها عند التعاقد وترتب عليها تأخير في إكمال الإعمال أو تجهيز المواد المطلوبة بموجب العقد.

ويتضح من نص المادة اعلاه أن التعليمات تناولت مصطلح الظروف الاستثنائية فقط ولم توضح إذ ماكانت من قبيل القوة القاهرة أو الظرف الطارئ ولكن بينت شروطها لإعطاء مهلة للمتعاقد لتنفيذ العقد على مدد لاحقة، فنصت على عدم إمكانية توقع هذه الظروف وعدم إمكان دفعها، ومن شأنها جعل تنفيذ الالتزام في غير المدة المتفق عليها وبالتالي تأخير في التنفيذ ولكنها اشترطت على المتعاقد لأعمال بند هذه المادة ما يلي في البند الثاني:

1– تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008، الوقائع العراقية، العدد 4075.

ثانياً: يشترط لتطبيق إحكام البند (أولاً) من هذه المادة أن يقدم المتعاقد طلباً تحريرياً إلى جهة التعاقد أو من تخوله خلال مدة (15) يوما لعقود التجهيز و(30) يوم لعقود المقاولات والعقود الاستشارية تبدأ من تاريخ نشوء السبب الذي من اجله يطالب بالتمديد مبيناً فيه التفاصيل الكاملة والدقيقة عن أي طلب لتمديد المدة وعلى الجهة التعاقدية النظر في الطلب والبت فيه خلال مدة لا تتجاوز (30) يوماً في جميع أنواع العقود تبدأ من تاريخ تسلم الطلب ولا تقبل اية طلبات تقدم بعد صدور شهادة التسلم الأولي المذكورة في شروط العقد .

ويتضمن البند اعلاه أن التعليمات أجازت تمديد مدة تنفيذ العقود بشرط تقديم طلب تحريري من قبل المتعاقد إلى جهة التعاقد أو من تخوله خلا مدد تتفاوت بالنسبة لنوع العقد ففي عقود التجهيز (15) يوماً، وعقود المقاولات خلال 30 يوماً من تاريخ نشوء الظرف الذي جعل تنفيذ الالتزام العقدي غير ممكن في المدة المتفق عليها ويقع على عاتق الجهة التعاقدية النظر في الطلب خلال مدة اقصاها خلال 30 يوماً لجميع انواع العقود من تاريخ تسلم الطلب.

في ضوء ما سبق ترى **الباحثة** أن تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (1) لسنة 2008 النافذة في العراق نصت على وجوب تنفيذ بنود العقد خلال المدة المحددة والمتعاقد عليها كما قامت من خلال الفقرات (أولاً ،ثانياً) من نفس المادة بتحديد الضوابط التي تقوم على تمديد تلك المدة ، لكنها جاءت خالية من نص القوة القاهرة أو ما يعرف بالحادث الفجائي واكتفت بمصطلح الظرف الاستثنائي وعليه تبقى السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع في تكييف طبيعة الظرف الاستثنائي هل يشكل قوة قاهرة ام ظرف طارئ وبالتالي ترتيب الأثر القانوني على العقد موضوع النزاع .

اما الوضع في مصر، نجد ان اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (182) لسنة 2018 النافذ في المادة (98) [1]. نصت على انه " يتعين على مسؤول إدارة العقد، بقدر الإمكان العمل على إزالة اية عقبات أو مشكلات قد تؤدي إلى التأخير في تنفيذ العقد سواء كان بسبب راجع للجهة الإدارية أو المتعاقد وفي حالة حدوث تأخير في البرنامج الزمني، أو في تنفيذ العقد خارج عن إرادة المتعاقد فيجوز للسلطة المختصة لدواعي المصلحة العامة إعطاؤه مهلة لإتمام التنفيذ دون تحصيل مقابل تأخير منه، أما إذا كان التأخير راجعاً للمتعاقد فيحصل منه مقابل للتأخير يحسب من بداية المهلة وبما لا يجاوز النسب الواردة بالقانون".

ويتضح من نص اللائحة التنفيذية اعلاه انها اعطت للمتعاقد الذي تواجهه ظروف أو عقبات خارجة عن إرادته تؤدي إلى تأخيره في تنفيذ التزامه التعاقدي مهلة للتنفيذ وبدون تحصيل غرامة منه أو مقابل للتأخير ، لكنها لم تبين طبيعة هذه العقبات أو المشكلات ويبدو أنها تركت ذلك للقضاء ، على ان اللائحة بينت في المادة (101) بقولها " يتعين على المتعاقد بذل أقصى جهد للالتزام بتنفيذ التزاماته التعاقدية وفقا لما اشتمل عليه العقد، وفي حالة إخلاله بأي شرط جوهري تضمنته شروط العقد، فعلى إدارة التعاقدات استنفاذ كافة البدائل الممكنة للوصول إلى حلول تتفق مع شروط العقد، وفي حالة عد إمكانية التوصل إلى حلول منطقية فعلى الإدارة المذكورة بما يحقق المصلحة العامة اتخاذ أحد الإجراءين الآتيين:

1-فسخ العقد وفي هذه الحالة فلا يجوز إعادة طرح العملية في السنة المالية ذاتها المقرر تنفيذها.

1- اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (182) لسنة 2018، الوقائع المصرية العدد 244 (ب).

2-التنفيذ على حساب المتعاقد ما دام أن الحاجة إلى تنفيذ هذه العملية ما زالت قائمة على أن يتم التنفيذ بالشروط والمواصفات ذاتها المعلن عنها والمتعاقد على أساسها.

ويتضح من نص المادة اعلاه ان اللائحة التنفيذية نصت على وجوب بذل المتعاقد اقصى جهد لتنفيذ التزامه التعاقدي محل العقد وفي حال اخلاله بأحد شروط التنفيذ المتفق عليها عند إبرام العقد، يقع على عاتق الجهة المتعاقدة التوصل معه إلى حل تتفق وشروط العقد، وعند الاخفاق في التوصل إلى حل فإما الجهة المتعاقدة تفسخ العقد، وإما تستمر بالتنفيذ على حساب المتعاقد دام التنفيذ ممكن وفق الشروط المتفق عليها عند إبرام العقد.

ترى **الباحثة** هنا بأنه حسناً ما ذهب اليه القواعد القانونية الخاصة بتنفيذ العقود الحكومية في التشريع العراقي والمصري وأنها تتباين قليلاً مع نصوص القانون المدني بخصوص احكام التأخير في تنفيذ العقد وفي انهاء العقد حكماً ، فبخصوص التأخير في التنفيذ نلاحظ انها اجازت للمتعاقد تمديد مدة تنفيذ العقد في حال واجه المتعاقد ظروف أو عقبات خارجة عن إرادته ومن شأنها جعل اتمام تنفيذ الالتزامات العقدية غير ممكن في المدة المتفق عليها في العقد ، لكنها لم تبين طبيعة هذه الظروف أو العقبات وتركت ذلك للقضاء ، إما بخصوص إنهاء العقد فبينت القواعد اعلاه عند عدم إمكان تنفيذ الالتزامات العقدية بالشروط المتفق عليها وبالكيفية الواردة في العقد فإما تقوم الجهة المتعاقدة بفسخ العقد أو التنفيذ على حساب المتعاقد دام انه ممكناً له وهذا يختلف حسب ظروف كل علاقة عقدية على حدة ويقع على عاتق القضاء التحقق من ذلك .

وبالرجوع إلى نظام المشتريات الحكومية رقم (28) لسنة 2019 [1] في الأردن نجد أن المادة (96) نصت على:

1- نظام المشتريات الحكومية رقم (28) لسنة 2019، الجريدة الرسمية، العدد 2440.

(أ) على المتعهد تنفيذ العقد خلال المدة المتعاقد عليها وتحتسب تلك المدة من تاريخ المباشرة أو من تاريخ توقيع العقد أو أي تاريخ آخر منصوص عليه في العقد.

(ب) يجوز اعتبار المتعهد غير مسؤول عن تأخير تنفيذ العقد. حيث اشارت هذه المادة إلى الظرف الطارئ في البند الثالث منها وكالآتي:

3-إذا استجدت بعد التعاقد ظروف طارئة لا يمكن تجنبها ولم يكن بالإمكان توقعها وقت التعاقد.

وفي الفقرة (ج) نصت "للمتعهد الذي يدعي بوجود الظروف الطارئة المشار اليها في البند (3) من الفقرة (ب) من هذه المادة أن يقدم طلباً خطياً إلى لجنة الشراء عن نشوء تلك الظروف خلال مدة لا تتجاوز سبعة ايام من تاريخ وقوعها، مبيناً فيه أسباب تمديد العقد والوثائق التي تثبت ذلك.

نلاحظ ان نظام المشتريات الحكومية في الأردن كان واضح النص بوجوب تنفيذ المتعاقد لالتزامه خلال المدة المتفق عليها، واجازت إعفاء المتعاقد من جزاء التأخير في التنفيذ إذا طرأت ظروف طارئة لم يكن بالوسع توقعها عند إبرام العقد ولا يمكن دفعها على أن يقدم المتعاقد طلباً بخط اليد إلى الجهة العاقدة يبين فيه الظروف التي طرأت عليه أثناء تنفيذه لالتزامه وآثارها على اقتصاديات العقد كسبب لتمديد مدة التنفيذ مع تقديم الوثائق التي تثبت ذلك.

وفي المادة (102) من هذه التعليمات نجد انها بينت الأسباب التي يجوز بموجبها إنهاء عقد الشراء ومن بينها **الظروف القاهرة** المنصوص عليها في العقد المشار اليها في البند (ج) من الفقرة(2) من هذه المادة، لكنها لم توضح طبيعة هذه الظروف ويبدو انها تركت للقضاء استخلاص ذلك وفق ظروف كل علاقة عقدية حدة.

في ضوء ما سبق، **ترى الباحثة** أن القواعد الواردة في القوانين واللوائح لتنظيم التعاقدات الحكومية نصت صراحة على عدم فرض الجزاءات على المتعاقد مع الجهة الحكومية العاقدة لتأخيره في التنفيذ

إذا كان التأخير راجعاً لسبب خارج عن إرادة المتعاقد وليس من عمل الجهة العاقدة وذلك تحت مصطلح الظرف الاستثنائي أو الطارئ أو القاهر، وان يكون الظرف خارج عن إرادة المتعاقد وليس بالإمكان توقعه، وغير ممكن الدفع، وليس من عمل الجهة العاقدة، هذا ونجد ان هناك تباين ما بين نصوص القانون المدني الآنفة الذكر بخصوص نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة وبين نصوص التعليمات اعلاه رغم انها مفصلة بعض الشي في نصوص القانون المدني، وعليه يمكن أيضاً اضافة إلى نصوص القانون المدني الرجوع إلى نصوص التعليمات واللوائح لتنفيذ التعاقدات الحكومية والعمل بما اشارت اليه، لكن في النهاية يبقى على عاتق محكمة الموضوع تكييف طبيعة آثار الجائحة كواقعة مادية في ضوء ظروف وملابسات كل علاقة عقدية على حدة ويقع على عاتق المتعاقد اثبات ما يدعيه.

المطلب الثاني

القرارات الصادرة عن الجهات المختصة للتصدي للجائحة ولحماية العقود والمشاريع العامة من آثار وتداعيات الجائحة

– يثور التساؤل هنا هل حققت التدابير المتخذة في ظل الجائحة الحماية القانونية لأطراف العقد الإداري؟ ما هي الآثار القانونية التي تترتب بعد العمل بالتدابير المتخذة في ظل الجائحة على العقد الإداري؟

ارتأت الباحثة تناول القرارات التي صدرت عن الجهات المختصة للتصدي للجائحة ولحماية العقود والمشاريع العامة من آثار وتداعيات الجائحة والاجابة عن التساؤلات اعلاه في مدى حماية تلك القرارات لاصحاب العقود والمشاريع العامة، والآثار التي تترتب بعد العمل بها في ظل الجائحة.

وعلى ضوء تفشي الجائحة في العديد من دول العالم وما تمخض عنها، من اعلان حالة الطوارئ فعلى آثرها تم تفعيل العمل بقرارات اللجان والجهات المختصة لاتخاذ التدابير والقرارات الضرورية اللازمة للحفاظ على الصحة والسلامة العامة والتي كان لها آثر واضح في وقف الانشطة في كافة القطاعات الضرورية ومن ثم التأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية، من هنا كان لابد لنا من الخوض في معرفة طبيعة هذه القرارات وهل حققت الحماية للعقود والمشاريع العامة ام لا.

وعليه ففي **العراق وعلى ضوء انتشار جائحة كورونا** ، صدر الآمر الديواني[1] رقم (55) لسنة 2020 وتعد لجنة الامر الديواني " لجنة وزارية تضم ممثلين عن الامانة العامة لمجلس الوزراء ووزارة العدل ووزارة المالية لا تقل درجاتهم عن (مدير عام) "، وتعد هذه اللجنة الجهة المختصة في العراق عن اصدار القرارات اللازمة لمواجهة جائحة فايروس كورونا، هذه اللجنة حسمت الآمر عندما اعتبرت فترة جائحة كورونا قوة قاهرة بقولها "اعتبار فترة أزمة فايروس كورونا قوة قاهرة لجميع المشاريع والعقود ابتداء من تاريخ 2020/2/20 ولغاية اعلان وزارة الصحة انتهاء وباء كورونا" وذلك في الفقرة (12) من قرارات لجنة الامر الديواني رقم (55) لسنة 2020.

عند مراجعة نص القرار اعلاه نجد انه جاء شاملاً لجميع انواع العقود سواء كانت تجارية ام مدنية ام إدارية، وان العقود التي تدخل في نطاق هذا القرار العقود التي تم إبرامها قبل اعلان تفشي الجائحة ولازالت مستمرة، والعقود التي تخرج من نطاق هذا القرار هي العقود الفورية التنفيذ، التي انتهت مدة تنفيذها قبل 2020/2/20 حتى لو لم يقم المتعاقد بتنفيذ التزاماته العقدية، والعقود التي انتهت مدتها قبل هذا التاريخ وكان تنفيذ المتعاقد معيباً غير مطابق لما تم الاتفاق عليه في العقد.

1- https://www.ina-iraq.com/content.php?id=73027

وعليه ترى **الباحثة** ان قرار لجنة الامر الديواني ب اعتبار فترة الجائحة قوة قاهرة لجميع العقود والمشاريع العامة واعتبارها فترة توقف لغاية اعلان وزارة الصحة انتهاء وباء كورونا، يدل على انها فترة توقف مؤقتة اي قوة قاهرة مؤقتة لا ينفسخ معها العقد وإنما يترتب عليها اعفاء المتعهد أو المقاول من الأضرار المترتبة على تأخره في تنفيذ العقد أو عدم الوفاء به إذا ثبت أن سبب التأخير (القوة القاهرة المؤقتة) والاعفاء هنا بسبب التأخير يعني ترتيب أثر معين على حدوث الحادث القهري وهو وقف تنفيذ العقد مؤقتاً حتى تزول تلك الظروف المؤقتة دون أن يسأل المتعاقد عن هذا التأخير، وبالعودة إلى ماورد بالفقرة (اولاً/2/ج) من الضوابط رقم (6) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 [1]، والتي نصت على (اسباب التوقف :ج: العطل الرسمية والاستثنائية أو حالات حضر التجوال)، لما تقدم ترى **الباحثة** بأن فترة الجائحة تعتبر من الاسباب الرئيسية لمنح التوقف في العقود طالما تأثرت بحضر التجوال والتدابير المتخذة للتصدي للجائحة وهذا ما اكدته لجنة الامر الديواني بموجب قرارها المشار اليه أعلاه.

في ضوء ما سبق؛ ترى **الباحثة** ان قرار لجنة الامر الديواني جاء لحماية جميع العقود والمشاريع من آثار وتداعيات الجائحة، وذلك من خلال حسمها الامر بتكييفها لفترة الجائحة بإنها قوة قاهرة مؤقتة لجميع المشاريع والعقود، حيث تكمن الغاية من قرارها بالمحافظة على الصالح العام وبرعاية مصالح المتعاقدين.

اما الوضع في مصر، وعلى خلفية تفشي جائحة كورونا فقد قامت اللجنة العليا لإدارة ازمة الأوبئة والجوائح الصحية التي تم تشكيلها بموجب قانون رقم (152) لسنة 2021 [2] (وهي

1- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، الضوابط رقم (6)، الوقائع العراقية، العدد 4352.

2- قانون رقم (152) لسنة 2021 بشأن اجراءات مواجهة الاوبئة والجوائح في مصر، الجريدة الرسمية، العدد47.

اللجنة التي تتشكل برئاسة رئيس مجلس الوزراء وعضوية الوزراء المختصين بالصحة والسكان ،والعدل والدفاع والداخلية، والتعليم العالي ،والتربية والتعليم ، وكذلك السياحة والمالية والتنمية المحلية ،والتموين والتجارة الداخلية، التضامن الاجتماعي ورئيس هيئة الدواء المصرية للشراء الموحد والإمداد والتموين الطبي وإدارة التكنولوجيا الطبية) تعتبر اللجنة المختصة لمواجهة جائحة كورونا في الدولة ومن ابرز مهامها وضعها عدة قيود على حركة الأشخاص وتعطيل العمل لمدة محددة جزئياً أو كلياً في عدد من القطاعات والشركات العامة والقطاع الخاص وغيرها من المؤسسات، وقامت أيضاً بإصدار جملة من التدابير والقرارات اللازمة لمواجهة آثار وتداعيات جائحة كورونا والتي كان لها آثر سلبي واضح على الجانب الاقتصادي من جراء غلق بعض المرافق العامة الحيوية، وفرض حضر التجوال وغيرها من الاجراءات الاحترازية التي ادت إلى تدهور القطاعات المهمة وتوقف الحركة فيها ،اضافة إلى انخفاض نسب الصادرات الذي جاء نتيجة للقرارات التي صدرت من الجهات المختصة بإغلاق المنافذ الحدودية والحد من التنقل بين الدول وتنظيم وحضر بعض السلع والمنتجات وهذا ما كان له آثار سلبية ادت إلى وقف تنفيذ عقود مهمة كعقود التوريد وغيرها والتأخير في تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

وفي الأردن، وعلى ضوء انتشار جائحة كورونا فقد صدر امر الدفاع رقم (6) لسنة 2020[1] **والمنشور في عدد الجريدة الرسمية رقم 5631 الصادر بمقتضى قانون الدفاع رقم (13) لسنة 1992**، لغاية حماية الأردنيين وصحتهم وذلك من خلال اتخاذ جملة من التدابير والاجراءات غير المعهودة بفرض حضر التجوال وغيرها للتقليل من الآثار الاقتصادية السلبية على مختلف القطاعات ولغاية تمكين الاقتصاد من استعادة عافيته بعد انتهاء ازمة الجائحة، ففي البند (ثانياً) من امر الدفاع

1- امر الدفاع رقم (6) لسنة 2020، الجريدة الرسمية، العدد 5631.

رقم (6) لسنة 2020 نصت الفقرة (أ) منه على " تحدد القطاعات أو المؤسسات أو المنشآت المستثناه من القطاع الخاص أو من اي جهة أخرى خاضعة لقانون العمل من قرار التعطيل والتي سيصرح لها بالعمل بعد الحصول على موافقة من وزير الصناعة والتجارة والتموين ووزير العمل والصحة والوزير المختص مجتمعين "، وفي البند (خامساً) في الفقرة (ج) نصت على "لا تحتسب فترة وقف العمل من مدة عقد العمل"، والفقرة (د) تضمنت "تبقى جميع الالتزامات المالية والتعاقدية المترتبة على صاحب العمل قائمة خلال فترة الإيقاف بأستثناء أجور العاملين ".

وفي ضوء ما تقدم ترى **الباحثة** ان امر الدفاع في الأردن تضمن فترة توقف للقطاعات والمشاريع التي شملها بالتعطيل عن العمل في بلاغه رقم (6) لسنة 2020، واعتبر فترة وقف العمل غير محتسبة من مدة العقد اي ستضاف إلى مدد لاحقة يستأنف فيها تنفيذ العقد بعد الاعلان عن انتهاء فترة الوباء من قبل وزارة الصحة والجهات المختصة، وايضاً اشار امر الدفاع إلى بقاء جميع الالتزامات المالية والعقدية قائمة خلال فترة الوقف التي تترتب على المتعاقد، وهذا يعني انه فترة الجائحة عدت من قبيل القوة القاهرة المؤقتة التي تعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته التعاقدية ومن غرامات التأخير، على ان يستأنف التنفيذ بعد انتهائها ويعود العقد إلى مسيرته الأولى.

وتوالت القرارات والتدابير بشأن مواجهة آثار وتداعيات الجائحة بعدها، وفي هذا الصدد ترى **الباحثة** ان القرارات السابقة قد صدرت بهدف المحافظة على الصالح العام لمواجهة الآثار المترتبة على الجائحة، ويبقى لقاضي الموضوع السلطة التقديرية في النظر في ظروف كل عقد على حدة في حال نشوب الخلاف بين المتعاقد والجهة العاقدة، وتكييف الامر على انه ظرف طارئ ام قوة قاهرة، خاصة وان الكثير من الشركات حاولت الاختباء وراء الجائحة وطلب إبراءهم من مسؤولياتهم العقدية للتحلل من التزاماتهم.

اما بالنسبة للآثار القانونية التي تترتب بعد العمل بالتدابير المتخذة في ظل الجائحة على العقد الإداري؟

ففي ضوء ما سبق؛ ترى **الباحثة** يتفاوت الأثر القانوني الذي يترتب على الالتزامات الناشئة على العقد الإداري حسب طبيعة ونوع وظروف كل عقد على حدة، فمنها ما يمكن وقف تنفيذه لحين زوال تداعيات الجائحة ثم يستأنف تنفيذ العقد ويعود إلى مسيرته الأولى ولا تحتسب مدة الوقف من مدة العقد الواردة في العقد، ومنها ما يقتضي فسخه والتحلل من التزاماته، وللقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير ما إذا كانت الاجراءات الاحترازية المتخذة من قبل الحكومة للتصدي لآثار الجائحة تعد قوة قاهرة ام ظرف طارئ.

في ختام هذا المطلب وبعد البحث في آثار التدابير المتخذة للتصدي الجائحة على تنفيذ العقد الإداري، نرى ان هذه التدابير تم النص عليها بموجب تشريعات ملزمة، ويختلف تأثيرها على العقد الإداري حسب طبيعة ونوع العقد ومدى تأثره بالجائحة ومجال تنفيذه الزماني والمكاني، ووفقاً لهذا التفاوت يتراوح تكييف آثار الجائحة على العقد الإداري بين الظروف الطارئة إذا كان من شأنها جعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً للمتعاقد ، وبين القوة القاهرة إذا كان من شأنها جعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً، ويرجع تقدير الآمر إلى محكمة الموضوع في ضوء ظروف وملابسات كل دعوى على حدة مع الاشارة إلى ان الآثار التي تتمخض عن الجائحة تقاس وفق معايير موضوعية ترتبط بالجانب الاقتصادي للعقد الإداري الذي اختل توازنه.

الفصل الخامس

الخاتمة،النتائج،التوصيات

أولاً: الخاتمة

بعد أن وفقنا الله وانتهينا من دراسة موضوع جائحة كورونا وآثرها على العقد الإداري، فقد تناولت في البداية مفهوم العقد الإداري، ومعايير تمييزه عن باقي العقود وذلك من خلال التطرق إلى اراء الفقه وموقف التشريعات ذات الصلة بموضوع الدراسة وتطرقت إلى انواع العقد الإداري والحقوق التي يتمتع بها المتعاقد عند تنفيذه لالتزاماته العقدية وبشكل رئيس في حقين وهما الحقوق المالية الذي يحصل عليها المتعاقد عند اتمامه لالتزامه العقدي والحفاظ على التوازن الاقتصادي للعقد عند اختلاله نتيجة ظروف واحداث غير متوقعة، وبينت الظروف التي يتعرض لها المتعاقد مع الإدارة عند تنفيذ لالتزامه وطبيعة هذه الظروف والاساس القانوني لها في ظل التشريعات ذات الصلة، وهي الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مرهقاً للمتعاقد والشروط والآثار القانونية لها ومدى التزام الإدارة بتعويض المتعاقد المتضرر من جراء الظرف الطارئ، وكذلك بينت سلطة القاضي في مواجهة تطبيق الظروف الطارئة وإعادة التوازن المالي للعقد الذي اختلت اقتصادياته نتيجة هذه الظروف، وتناولت القوة القاهرة والاحكام المتعلقة بها مع بعض التطبيقات القضائية، وتناولت الجائحة من خلال التطرق إلى مفهومها والطبيعة القانونية لها في ظل نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، وآثارها القانونية على العقد الإداري وتفاوت الأثر القانوني لها فيما إذا كانت من قبيل الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد الإداري مرهقاً، وفيما إذا كانت من قبيل القوة القاهرة التي تجعل تنفيذ الالتزام العقدي مستحيلاً استحالة مطلقة ينفسخ معها العقد، أو استحالة مؤقتة يترتب عليها وقف تنفيذ العقد

مؤقتاً حتى زوال هذه الظروف ويرجع تقدير الآمر إلى محكمة الموضوع في ضوء ضروف كل عقد على حدة، وآخيراً تناولت تأثير التشريعات الوطنية على العقود الإدارية اثناء الجائحة.

ومن خلال ما سبق توصلنا إلى النتائج والتوصيات الآتية:

ثانياً: النتائج

1- ان فكرة الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري الذي اختلت اقتصادياته نتيجة الوقائع والاحداث الاستثنائية والطارئة مرجعه اعتبارات العدالة فالمزايا والأعباء يجب أن تتوازى بما يحقق التوافق بين الفوائد المحتملة والالتزامات المفروضة، ومن أجل تحقيق فكرة التوازن المالي للعقد الإداري فقد ابتدع مجلس الدولة الفرنسي النظريات التي من شأنها الحفاظ على ذلك التوازن وتبعه في ذلك القضاء المختص في العراق ومصر والأردن بالإضافة إلى اعتبارات العدالة تحقيق الصالح العام ومساعدة المتعاقدين في تنفيذ التزاماتهم محل العقد الإداري وحتى لا يحجم المتعاقدين عن التعاقد مع الإدارة ومن أبرز هذه النظريات والتي هي موضوع الدراسة: نظرية الظروف الطارئة، نظرية القوة القاهرة.

2- يتراوح تكييف الأثر القانوني للجائحة على الالتزامات العقدية فيما إذا كانت ظروف طارئة ام قوة قاهرة، وللقاضي سلطة تقديرية مطلقة في تقدير آثار وتداعيات الجائحة على العقد الإداري فيما إذا كانت قوة قاهرة ام ظرف طارئ، وفقاً لطبيعة كل عقد وظروفه ودرجة ومدى تأثره بالجائحة، ومن ثم ان الحكم باعتبار آثار الجائحة على عقد معين قوة قاهرة ام ظرف طارئ لا يعني القياس مطلقاً بهذا الأثر على العقود المشابهة، حتى وان كانت بعض العناصر متحدة في هذه العقود لأن لكل عقد ظروفه وملابساته.

3- لقد كان للتشريعات الوطنية، أهمية كبيرة في بيان القواعد العامة المتعلقة بإبرام العقود الإدارية والكيفية التي يتم بها تنفيذ العقد ومواجهة الظروف الاستثنائية التي لها آثر في عرقلة تنفيذ المتعاقد لالتزامه بالمدة المحددة الواردة في العقد، وبينت قواعد تمديد العقد وإنهاءه عند توافر الشروط القانونية المطلوبة لذلك، ويبقى للقضاء استخلاص ذلك وفق ظروف كل علاقة عقدية حدة.

4- لقد سعت الحكومات من خلال التدابير الصادرة من الجهات المختصة للتصدي لآثار الجائحة وتداعياتها إلى حماية جميع انواع العقود والمشاريع العامة من خلال تكييفها لفترة الفايروس على انها فترة توقف تنفيذ العقد مؤقتاً لحين اعلان زوال الجائحة من قبل وزارة الصحة والجهات المختصة ويستأنف التنفيذ بعدها حسب المتفق عليه في العقد، ويبقى لقاضي الموضوع تكييف تلك التدابير الاحترازية والقرارات لمواجهة الجائحة تعد قوة قاهرة أم ظروف طارئة في ضوء خصوصية كل عقد وطبيعته.

ثالثاً: التوصيات

1- توصي الدراسة بتوسيع اختصاصات القضاء الإداري في كل من العراق والأردن بحيث تشمل العقود الإدارية لأنه الاقدر على معرفة مكونات العقد الإداري وطبيعته واهدافه .

2- توصي الدراسة بإضافة نصوص تشريعية تشكل الإطار العام للجوائح والاوبئة لمعالجتها، متضمنة تعريفها وشروطها والطبيعة القانونية لها صراحة بدلاً من تركها للقواعد العامة، وخاصة وان جائحة كورونا ولما خلفته من آثار مدمرة صحياً واقتصادياً جعلت من الأطراف المتعاقدة يتحذروا من إمكانية تعرض التزاماتهم لآثار أي وباء آخر في المستقبل، وبالتالي

فإن وجود هذه النصوص سيسهل الأمر للأطراف ذات الصلة بالرجوع لها والعمل بما جاءت به.

3- توصي الدراسة بتضمين العقود الإدارية بند الجوائح والأوبئة لمساعدة الأطراف المتعاقدة في تحديد الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق كل منهما والآثر الذي يترتب على ذلك من حيث التراخي في التنفيذ والإعفاء منه.

قائمة المراجع

المصادر

ابن المنظور، معجم لسان العرب، الجزء الثالث.

معجم المقاييس في اللغة، مادة ظرف.

معجم المنجد في اللغة والاعلام.

المعجم الوسيط، مادة طرب، الجزء الثاني، ط3، دار عمران، القاهرة.

المؤلفات العامة

علي ، إبراهيم محمد (2003). آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.

البنا، محمود عاطف (2007). العقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة.

الجبوري، محمود خلف (2017). العقود الإدارية، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ص35.

حسام مرسى (2012). أصول القانون الإداري، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص 411.

الحلو، ماجد راغب (2004). العقود الإدارية والتحكيم، ط1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

الخلايلة، محمد علي (2012). القانون الإداري، ط1، دار الثقافة، عمان.

الدسوقي، شمس الدين محمد عرفة (1309هـ). حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، الجزء الثالث، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة.

سليم، محمد محي الدين إبراهيم (2010). نظرية الظروف الطارئة بين القانون المدني والفقة الإسلامي، دراسة مقارنة، دار المطبوعات الجديدة الإسكندرية.

اليوسف ،سمير عثمان (2009). نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية.

السنهوري عبد الرزاق (1998). الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، ط5.

السنهوري، عبد الرزاق (2015). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الألتزام، المجلد الأول، ط3 الجديدة، منشورات الحلبي، بيروت.

الطماوي، سليمان (2005). الأسس العامة للعقود الإدارية، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة.

الطماوي، سليمان (2017). الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط5، دار الفكر العربي، القاهرة.

أيوب ،عبد الرزاق (2003). سلطة القاضي في تعديل التعويض الأتفاقي، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، عدد5، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

العطار، عبد الناصر توفيق (1997). مصادر الإلتزام الإرادية في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، مطبوعات جامعة الإمارات العربية المتحدة.

القبيلات، حمدي (2016). القانون الإداري، ط2، دار وائل للنشر، عمان.

كنعان، نواف (2009). القانون الإداري، ط2، دار الثقافة، عمان.

كنعان، نواف (2010). القانون الإداري، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان.

مازن ليلو راضي، القانون الإداري، بدون دار وسنة نشر، الطبعة الثالثة.

نابلسي، نصري منصور (2010). العقود الإدارية، دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية.

نصور، محمد حسين (1995). قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت.

الرسائل والأبحاث

ابو ليفة، محمد عبد القادر (2004). النظام القانوني للمرافق العامة في ليبيا، دراسة تحليلة مقارنة، رسالة ماجستير، منشورات مجلس تنمية الإبداع الثقافي، الجماهيرية، ط1.

الإفتيحات، ياسر عبد الحميد (2020). جائحة فايروس كورونا وأثرها على تنفيذ الالتزامات العقدية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، جامعة الغرير، كلية القانون، ملحق خاص، العدد 6، الإمارات العربية المتحدة.

الزهيري (2013). عيب عدم الأختصاص في القرار الإداري، مجلة العلوم جامعة بغداد، المجلد 28، الإصدار الأول.

عبد المولى، علي محمد علي (1991). الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراة، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

العتوم، منصور إبراهيم (2008). آثر الظروف الطارئة على إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، دراسة مقارنة، مؤته للبحوث والدراسات (سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الرابع، كلية الحقوق، جامعة عمان الاهلية.

عوض، ثامر مبارك (2011). تعسف الادارة في استعمال صلاحيتها في تعديل العقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، عمان.

الفزاري، الرسول الشيخ (1979). أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، مطبعة الجيزة، الإسكندرية.

لؤي كريم عبد (2011). الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري واهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها، مجلة ديالى، العدد الثالث والخمسون، ص4.

المطر، عنادل (2021). مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة على العقود الملزمة للجانبين والآثار المترتبة عليها وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 2، الكويت.

المطيرات، عادل مبارك (2001). أحكام الجوائح في الفقة الأسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، كلية دار العلوم، قسم الشريعة الإسلامية، جامعة القاهرة.

عبد الله ،هوازن عبد المحسن (2201). مفهوم القوة القاهرة وآثاره في تنفيذ العقد، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، المجلد الرابع والثلاثون، العدد 2، كلية القانون، جامعة صلاح الدين.

وليد محمد سعد (2021). فايروس كورونا (كوفييد–19) والالتزامات العقدية، مجلة كلية الحقوق، المجلد الواحد والخمسون، العدد 1، جامعة آسيوط.

التشريعات

القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 المعدل.

قانون الدفاع الأردني رقم 13 لسنة 1992 .

القرارات

امر الدفاع رقم (6) لسنة 2020، الجريدة الرسمية، العدد 5631.

تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، الضوابط رقم (6)، الوقائع العراقية، العدد 4352.

تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008، الوقائع العراقية، العدد 4075.

الاحكام

حكم المجلس الصادر في11 مارس سنة 1910، نقلاً عن نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص602.

حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في 17 يونيو سنة 1972

حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، منقول عن محمود عاطف البنا، العقود الإدارية، المصدر السابق، ص305.

حكم محكمة بداية حقوق عمان، رقم 2020/7562، مكتبة قسطاس القانونية.

حكم محكمة بداية حقوق عمان، رقم 8181 لسنة 2020، مكتبة قسطاس القانونية.

المراجع الأجنبية

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 15-04-2022 à l'heure 12:00) Lien: http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=3175.

Moury J., Force majeure: éloge de la sobriété, Revue trimestrielle de droit civil, dalloz revues, Paris, 2004, p. 471.

Y. M. Laithier, Les sanctions de1inexction du contrat, RDC, n Hors-serie d avril 2016, Paris, p.39.

المراجع الإلكترونية

https://www.ina-iraq.com/content.php?id=73027.

https://www.sasapost.com/corona-pandemic-and-other-terms/