أثر نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري

م.د. محسن عبدالقادر صالح محمد
م.م. جوان ناصح أمين
كلية القلم الجامعة/قسم القانون

المقدمة

إن العقد إذا ما انعقد صحيحاً وذلك باقتران الإيجاب بالقبول على نحو ثبت أثره في المعقود عليه، وتوافرت أركانه وشروط صحته فإنه سيرتب آثاره ولا يمكن لأحد المتعاقدين أن يخل بتنفيذ التزاماته، والعقود إما أن تكون فورية التنفيذ بحيث لا يعد الزمن عنصراً أساسياً فيه، فهذا النوع من العقد يرد على أداء يمكن تنفيذه في الحال، أو تكون عقوداً مستمرة التنفيذ فيتراخى مدة التنفيذ فيها إلى أجل طويل ويعتبر الزمن عنصراً جوهرياً فيه.

وقد تقع أثناء تنفيذ العقود المستمرة ظروف لم تكن في حسبان المتعاقدين وقت إبرام العقد، وتؤدي هذه الظروف إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً أو مستحيلاً في بعض الأحيان وقد تقلب اقتصاديات العقد مما يتطلب بالتالي إعادة التوازن المالي للعقد استناداً إلى أحكام خاصة، هذه الأحكام تتمثل في نظرية (الظروف الطارئة)، فالنطاق الطبيعي لهذه النظرية هي العقود المستمرة التنفيذ.

إن لهذه النظرية دور مهم في العقود وخاصة تلك العقود التي تتعلق بالأنشطة الاقتصادية والتي تتأثر بالظروف التي قد تمر بها الدولة الأمر الذي يهددها بالخسارة المالية الجسيمة، الأمر الذي يفترض تطبيق أحكام هذه النظرية استناداً إلى اعتبارات العدالة ومبدأ حسن النية في التعاقد.

وتطبيق أحكام نظرية الظروف الطارئة لا تتم بصورة عشوائية، فهذه النظرية لها مميزاتها وخصائصها ولا بد من توافر معايير واضحة عند وضعها موضع التطبيق.

أهمية البحث:

تظهر أهمية البحث في أن نظرية الظروف الطارئة هي استثناء ترد على قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) المعروفة في قواعد القانون الخاص وإن كان تطبيق هذا المبدأ لا يتناسب مع طبيعة العقود الإدارية التي تتصل تنفيذها بالمصلحة العامة إلَّا أنَّ الإدارة لابد من أن تساهم في تغطية الأثر الضار للظرف الطارئ ليتسنى للمتعاقد الاستمرار في تنفيذ العقد لضمان سير المرفق العام بانتظام وإطراد، ولكن هل تعتبر هذه النظرية من النظام العام؟ وهل يمكن لغير المتعاقدين التمسك بأحكام هذه النظرية؟

تساؤلات البحث:

يثير موضوع الدراسة العديد من التساؤلات تقتضي الإجابة عليها وهذه التساؤلات هي:

في حالة حدوث ظرف طارئ مستقل عن إرادة المتعاقدين على النحو المتقدم ذكره، هل يملك المتعاقد مع الإدارة الحق في المطالبة بتعديل حقوقه التعاقدية استناداً إلى فكرة التوازن المالي للعقد الإداري؟ وإذا ما تقرر ذلك فما هي الشروط الواجب توافرها في الظرف الطارئ ليحدث الأثر في تعديل حقوقه التعاقدية استناداً إلى فكرة التوازن المالي للعقد؟

وإذا ما توافرت هذه الشروط فما هي النتائج والآثار المترتبة على توفرها؟ وماهي الكيفية التي يتم فيها إعادة التوازن المالي للعقد؟ وما هو دور القضاء في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري؟ وما هو الأساس القانوني في الحق المقرر للمتعاقد في طلب إعادة التوازن المالي للعقد؟

مشكلة البحث:

الغرض من هذه الدراسة هو تحديد القواعد القانونية التي تحكم نظرية الظروف الطارئة وبيان ما إذا كان المتعاقد مع الإدارة يملك حق المطالبة بالتعويض عن الظروف الطارئة استناداً لفكرة التوازن المالي للعقد الإداري ودراسة الشروط الواجب توافرها في الظروف الطارئة ليحدث الأثر في تعديل حقوق المتعاقدين استناداً لفكرة التوازن المالي للمتعاقد وبيان كيفية إعادة هذا التوازن المختل إلى العقد الإداري نتيجة الظروف الطارئة

هيكلية البحث:

سيتم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري.

المبحث الأول: نظرية الظروف الطارئة

إن القاعدة العامة في تنفيذ العقد هي ان العقد شريعة المتعاقدين، فالواجب تنفيذ العقد في جميع ما اشتمل عليه، إلَّا أنَّ لهذه القاعدة استثناءات أهمها ما تقضي به نظرية الظروف الطارئة من جواز تعديل القاضي للعقد[١]، كقاعدة عامة على كل من المتعاقدين تنفيذ التزامه بحسن نية وبصورة تتفق وما توجبه الثقة بين الناس، ولا يجوز لاحدهما الرجوع عن العقد ولا تعديله إلا بمقتضى نص القانون أو التراضي بينهما، وهذا ما تضمنه الحديث الشريف (المؤمنون عند شروطهم ...)، كما أن العقد يجب ان يتم بالتعاون بين الدائن والمدين، إذ يجب ان لا يكون هناك تعسف من أحدهما في استعمال حقه في تنفيذ العقد، ويعبر عن ذلك بقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) [٢].

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أخذت بها مختلف التشريعات، حيث ينص القانون المدني العراقي[٣] على (اذا نفذ العقد كان لازما ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي). كما اكد المشرع العراقي ذلك في مادة أخرى[٤] بالقول (أياً كان المحل الذي يرد عليه العقد، فإن المتعاقد يجبر على تنفيذ التزامه)، وكذلك اخذ المشرع المصري بهذه القاعدة بالقول[٥] (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون).

وقد خرج القانون المدني عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين مرتين، الأولى، في عقود الإذعان والثانية في الظروف الطارئة [٦]، ونظرية الظروف الطارئة ليست إلا

---

(١) عبدالرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح: احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص٢٤٢.

(٢) عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، ط ٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠١٠، ص ١٦١.

(٣) الفقرة الاولى من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٤) المادة ١٤٥ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.

(٥) الفقرة الاولى من المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ النافذ.

(٦) عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ١٦١.

تطبيقاً لمبدأ العدالة في تحديد نطاق العقد، باعتبار ان هذه الحوادث ترتب في حالة حصولها، إرهاقا للمدين يخل بالعدالة الواجبة [١].

تعد نظرية الظروف الطارئة من مقتضيات التي تحتمها العدالة، ان العقد اذا كان من العقود المستمرة التنفيذ، أو فورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلا، وطرأت ظروف اقتصادية لم يتوقعها المتعاقدان عند إبرام العقد أدت إلى اختلال التوازن الاقتصادي الذي كان موجودا عند إبرام العقد اختلالا خطيرا وجعلت تنفيذ المدين لالتزامه يهدد بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في المعاملات، فالمدين لا يجبر على تنفيذ التزامه كما ورد في العقد بل ينقص هذا الالتزام إلى الحد الذي تقتضيه العدالة [٢].

المطلب الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة

يسعى المتعاقدان في العقود الملزمة للطرفين للجانبين إلى إيجاد نوع من التوازن والتعادل بين الالتزامات المتبادلة التي تقع على عاتق كل منهما، والحقوق التي سيتلقاها من المتعاقد الآخر، ولا يثير تقدير التوازن الاقتصادي مشكلة اذا كان العقد من العقود الفورية، إذ ان كل طرف يستطيع ان يقدر موقفه في الحال ويتم تنفيذه بصورة فورية بحث لا يكون للزمن دور في عدم الاستقرار لهذا التقدير، لكن المشكلة تكمن في بعض العقود وخاصة التي تقتضي طبيعتها تنفيذها على مراحل زمنية متعاقبة تتوالى على مر الأيام، كما هو الحال في العقود المستمرة أو الزمنية [٣].

إن كل عقد يتضمن شرطا ضمنيا مفاده ان التزام المتعاقد بما تعاقد عليه لا يبقى إلا اذا ما بقيت الظروف الاقتصادية التي تم العقد في نطاقها، فإذا تغيرت تغيرا كبيرا ترتب عليه إرهاق احد المتعاقدين واستفاد الآخر من هذا الإرهاق، ويؤدي ذلك إلى فقدان التوازن بين التزامات الطرفين، ووجبت إعادة التوازن المختل بحيث نضمن بقاء المساواة بين التزامات المتعاقدين، وهو ما يسمى بنظرية الظروف الطارئة[٤].

إن الحادث الطارئ لو أدى إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلا لكان قوة قاهرة، وينقضي الالتزام في هذه الحالة، ولكن في نظرية الظروف الطارئة، يُفترض من جهة ان تنفيذ الالتزام لم يصبح مستحيلاً، ومن جهة أخرى ان تنفيذه يعود بخسارة على المدين تخرج

(١) الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج٢، ط٣، ٢٠٠٧، ص ٣٣١.
(٢) عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ١٦١.
(٣) محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٤، ص ١٤.
(٤) عصمت عبدالمجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، الدائرة القانونية في وزارة العدل، بغداد، ١٩٩٣، ص ٢٧.

عن الحد المألوف، وان كل هذا لم يكن قائما وقت نشوء العقد، بل جد عند تنفيذه، فاذا كان قائما وقت نشوء العقد لبقي في تكوين العقد ولم تخرج إلى تنفيذه[١]. أما اذا كانت الخسارة لا تتجاوز الحد المألوف لما كان هناك وقف للتنفيذ أو تعديل للالتزام، لأن الخسارة المعقولة امر متوقع في تنفيذ العقد[٢].

على الرغم من وجود الظروف الاستثنائية التي لم يكن في الإمكان توقع حدوثها، يجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية وكذلك ليس من صالح الإدارة أن يتأثر تنفيذ العقد، وما يترتب على ذلك من آثار على سير المرفق العام الذي يخدمه هذا العقد[٣].

المطلب الثاني: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة لم تكن سابقا بالشكل الذي نراها فيه، إذ ان هذه النظرية قد مرت بمراحل متعددة، فهي ليسا وليدة اليوم بل معروفة منذ زمن بعيد، وتمتد جذور هذه النظرية إلى الفقه الإسلامي والفقه الروماني[٤].

إن تاريخ نظرية الظروف الطارئة يتصل بتاريخ الالتزام وتطور مفهومه، وتأثير مبدأ العدالة فيه، هذه النظرية كانت نتاج تغلب مبدأ العدال ة على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، لأنها تعمل على إعادة التعادل في الالتزام، بالإضافة إلى ذلك فإن تنفيذ العقد لا يقتصر على ما ورد فيه بل يتناول كذلك كل ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام[٥].

لقد سلم الفقه الإسلامي بنظرية الظروف الطارئة، رغم اختلاف المسميات التي اطلقها الفقهاء المسلمون على النظرية، حيث اطلقوا تسميات مختلفة يمكن ان تندرج تحتها نظرية الظروف الطارئة، منها الفسخ للعذر، وضع الجوائح في بيع الثمار، تعديل العقد في حالة تغلب قيمة النقد، أحكام الطوارئ، وبالرغم من هذه التسميات المختلفة إلَّا أنَّ من الصعب القول بان الفقه الإسلامي قد شيّد نظرية عامة متماسكة للحوادث

(١) سامر مازن القبّج، مجلة الاحكام العدلية مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الاسلامي، دار الفتح للدراسات والنشر، عمّان، ٢٠٠٨، ص ٢١٩.
(٢) الياس ناصيف، المصدر السابق، ص ٢٢.
(٣) حسن محمد علي حسن البنان، اثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، العدد ٥٨، جامعة الموصل، ٢٠١٣، ص ١٥٩.
(٤) عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على اعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد ٣٨، ٢٠١٥، ص ٨٥.
(٥) محمود علي الرشدان، المصدر السابق، ص ٢٧.

الطارئة [١]. رغم ان الشريعة الإسلامية بمصادرها الرئيسية، القران الكريم والسنة النبوية والفقه الإسلامي، سبقت التشريعات الحديثة على عدم جواز الغبن مجافاته قواعد العدالة سواء في تكوين العقد أو في تنفيذه [٢]. إذ ان قدامى الفقهاء قد أتوا بهذه النظرية كفروع ومسائل في الفقه وليس كنظرية مؤصلة كما هو الحال عند القانونيين والفقهاء في الوقت الحاضر، كما هو الحال في أحكام فسخ عقد الإجارة بالعذر في المذهب الحنفي، سواء أكان العذر لاحقا بالمؤجر أم بالمستأجر، أم بالعين المؤجرة [٣].

ظهرت نظرية الظروف الطارئة أيضا في القرون الوسطى في القانون الكنسي، حيث كان رجال الكنيسة يرتبون أثرا قانونيا عن الحادث الطارئ الذي يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين، وقامت الصياغة الفنية للنظرية في القانون الكنسي على أساس تغير الظروف، فالعقد يفترض فيه شرط ضمني هو ان الظروف الاقتصادية التي عقد في ظلها تبقى عند تنفيذه ولا تتغير تغيرا جوهريا، فاذا تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائرا بالنسبة إلى احد العاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الحيف الناشئ من هذا التغيير المفاجئ في الظروف الاقتصادية [٤].

في بداية العصر الحديث، أهملت النظرية لانتعاش مبدأ سلطان الإرادة بشكل كبير وذلك لسيادة المذهب الفردي، والذي قوي تبعاً له القوة الملزمة للعقد، وهذا أدى إلى بقاء النظرية مهجورة لفترة زمنية طويلة، حيث رفضها القانون الفرنسي القديم، نظرا لسيادة الروح الفردية عند صدوره، وكذلك الأمر للقانون المدني الفرنسي، غير ان النظرية عادت إلى الظهور في نطاق القانون العام وبالتحديد في ظل القانون الإداري [٥].

لقد اخذ القضاء الإداري على عاتقه تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية نظرا لأنها تهدف إلى تحقيق الصالح العام، إضافة إلى ذلك كان الدافع لتبني القانون الإداري لهذه النظرية ان القضاء الإداري غير مقنن، ومن صنع القضاء، إذ انه غير مقيد بنصوص تشريعية كما هو الحال في القانون الخاص، مما يجعل أحكامه

(١) ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني، ج١، دار وائل للطباعة والنشر، عمّان، ٢٠٠٢، ص ٢٨٨.
(٢) كامل خير الله طراد، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن واثرها على عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد ١٧، بغداد، ٢٠١٥، ص ٢٧٨.
(٣) سامر مازن القبّج، المصدر السابق، ص ٢٢٠.
(٤) عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج٦، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧، ص ١٦.
(٥) ياسين محمد الجبوري ، المصدر السابق، ص ٢٨٧.

اقرب إلى التشريع وتفسح له الطريق لكي يساير الظروف، على العكس من القضاء المدني [١].

أما في التشريعات العربية فنلاحظ ان بعض القوانين العربية أخذت بهذه النظرية، إذ اخذ بها القانون المدني العراقي [٢] بالقول (على انه اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك). كما اخذ بها المشرع المصري[٣] والمشرع السوري[٤] والأردني[٥] والكويتي[٦] بالإضافة إلى التشريعات العربية الأخرى.

المطلب الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

هناك اختلاف بين الفقهاء في طبيعة العقود التي تنطبق عليها نظرية الظروف الطارئة، إذ ذهب فريق منهم إلى ان هذه النظرية لا تطبق إلا على العقود المستمرة أو الدورية التنفيذ، حيث إن طبيعة هذه العقود تحتم تأجيل التنفيذ، أما لأن العمل المراد تحقيقه يستغرق إتمامه مرور مدة من الزمن أو لأن الزمن ركن أساسي في تنفيذ الالتزام، أما غالبية الفقهاء فترى ان هذه النظرية تطبق على العقود المستمرة والعقود ذات التنفيذ المؤجل، إذ ان العبرة بوقوع حادث استثنائي عام غير متوقع بعد إبرام العقد، وان يؤدي الحادث إلى اختلال التوازن الذي كان موجودا عند إبرام العقد[٧].

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، يجب توافر أربعة شروط، وكما يلي:

الفرع الأول: أن يكون العقد من العقود المستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلا

مفهوم نظرية الظروف الطارئة يفترض ان حادثا وقع بعد انعقاد العقد وقبل تنفيذه،

(١) سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد ١، العدد ٧، جامعة الكوفة، ٢٠٠٨، ص ١٤٨.
(٢) الفقرة الثانية من المادة ١٤٥ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.
(٣) الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ النافذ.
(٤) الفقرة الثانية من المادة ١٤٨ من القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٨ النافذ
(٥) المادة ٢٠٥ من القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ النافذ.
(٦) المادة ١٩٨ من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ النافذ.
(٧) عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص ١٧.

وان الحادث أدى إلى انهيار التوازن الاقتصادي الذي كان قائما وقت انعقاد العقد، ومقتضى ذلك ان تكون بين الانعقاد والتنفيذ فترة زمنية، بالاستناد إلى هذا، فإن العقود التي تشكل محورا لارتكاز النظرية عليها، هي العقود التي يكون تنفيذها متراخيا، أي ليس فوريا، من قبيل هذه العقود، عقود المدة، شواء أكانت مستمرة التنفيذ كعقد الإيجار، أم كانت من العقود ذات التنفيذ الدوري كعقد التوريد، أم العقود الفورية ولكن التنفيذ فيها مؤجل إلى زمن معين، لأي سبب من الأسباب، كالبيع بثمن مؤجل(١).

لتطبيق نظرية الظروف الطارئة يجب ان لا يكون العقد احتماليا بطبيعته أو بالاتفاق، لأن من يعقد عقدا احتماليا عليه ان يتوقع كل الحوادث، حتى الاستثنائية منها يحتمل ان تؤثر في مدى التزاماته، وكما هو معلوم بالعقد الاحتمالي، هو عقد لا يعرف فيه وقت إبرامه مقدار الغرم بالنسبة للغنم، أو مقدار الاحتمال الذي يتعرض له كل من المتعاقدين، ولا يستبين هذا إلا فيما بعد وفقا لمجرى الحوادث (٢).

الحادث الطارئ يكون حادثا استثنائيا يندر وقوعه، ويكون في الوقت ذاته حادثا عاما ولو لطائفة من الناس لا خاصا بالمدين وحده، فالحوادث الاستثنائية الخاصة بالمدين وحده، كإفلاسه أو اضطراب أعماه أو حريق محصوله، لا تكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة (٣).

الفرع الثاني: أن تجد في أثناء تنفيذ العقد ظروف أو حوادث استثنائية عامة

يراد بالحادث الاستثنائي، ان يكون الحادث مما لا يتفق مع السير الطبيعي العادي للأمور، أي ان يكون بعيدا عما ألفه الناس واعتادوا عليه، ويعتبر الحادث استثنائيا اذا نَدَر وقوعه (٤)، ويجب ان يكون الحادث الاستثنائي عاما فلا يمكن لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ان يكون الحادث الاستثنائي الذي وقع خاصا بالمدين وحده، مهما كانت فداحته كإفلاسه أو موته، فلا يسوغ له ان يتذرع بذلك في سبيل الوصول إلى تعديل العقد، وكذلك لا يلزم ان يكون شاملا للناس جميعهم، فكل ما يتطلبه ان يكون المدين قد شارك طائفة من الناس في كونه ضحية الحادث الذي وقع (٥).

الفرع الثالث: أن لا يكون في الوسع توقع هذه الظروف والحوادث الاستثنائية عند إبرام العقد

(١) ياسين محمد الجبوري ، المصدر السابق، ص ٢٩٠.
(٢) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ط٧، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٧، ص ٣٠٠.
(٣) عبدالرزاق احمد السنهوري، الوجيز، المصدر السابق، ص ٢٥١-٢٥٢.
(٤) عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص ٢٨.
(٥) محمود علي الرشدان، المصدر السابق، ص ٧٣.

إن مجرد وقوع حادث استثنائي بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه، لا يكفي لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، بل لابد من عدم إمكانية توقع حدوث مثل هذا الظرف أو الحدث الاستثنائي، غير ان عدم إمكانية توقع هذا الظرف الاستثنائي، لا يعني انه مستبعد تماما وبشكل مطلق، فكل شيء جائز الوقوع والحدوث، وإنما يجب ان لا يكون الحدث متوقعا، فاذا كان المدين يتوقع حصول الحادث، أو انه لم يتوقعه ولكن كان في استطاعة وفي وسع الشخص المعتاد، وفي مثل هذه الظروف ان يتوقعه، فإن الحدث لا يعد حدثا غير متوقعا، ومن ثم لا تتحقق نظرية الظروف الطارئة [١].

يلزم ان يقع الحادث الاستثنائي بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه، فاذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد فانه لا ينهض سببا لتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إذ انه من المفترض هنا ان المتعاقدين قد علما به، وارتضيا بالنتائج المترتبة على إبرام العقد في ظل هذه الظروف، وكذلك لا تطبق النظرية اذا وقع الحادث بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل آثاره، فاذا كان العقد عند وقوع الحادث قد تم تنفيذ بعض آثاره دون بعضها فإن النظرية تسري على القسم الذي لم ينفذ دون سواه [٢].

وتجدر الإشارة ان معيار تحديد كون الحادث متوقعا أم غير متوقع، هو معيار موضوعي، والذي يتمثل بمعيار الشخص المعتاد المجرد[٣]. ومما يدعم اعتماد هذا المعيار، ان اعتماد المعيار الشخصي يتنافى مع العدالة التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة، ويكافئ المهمل غير المتبصر على إهماله وعدم تبصره، ويعاقب الحريص على حرصه [٤].

الفرع الرابع: أن تجعل هذه الظروف والحوادث تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين لا مستحيلا

وهناك ثمة فرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة، فهما وان كانا يشتركان في ان كل منهما لا يمكن توقعه وليس بالمقدور دفعه، إلا انهما يختلفان في ان القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، أما الحادث الطارئ فيجعل التنفيذ مرهقا فحسب، ويترتب على هذا الفرق في الشروط فرق في الأثر، إذ ان القوة القاهرة تجعل الالتزام ان ينقضي فلا يتحمل المدين مسؤولية عدم تنفيذه، أما الحادث الطارئ فلا يقضي الالتزام

(١) ياسين محمد الجبوري، المصدر السابق، ص ٢٩٣.
(٢) محمود علي الرشدان، المصدر السابق، ص ٧٦.
(٣) عمار محسن كزار، المصدر السابق، ص ٩٣.
(٤) عصمت عبدالمجيد بكر، المصدر السابق، ص ٣٦.

بل يرده إلى فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن ويتحمل المدين شيئا من تبعة الحادث[١].

من ناحية أخرى عندما يؤدي تنفيذ الالتزام إلى الحاق خسارة بالمدين، وان كانت تلك الخسارة من النوع المألوف، فلا يمكن القول بان المدين تعرض إلى إرهاق نتيجة لتنفيذ التزامه، لأن التجارة والتعامل عادة يتعرض فيها المدين للربح والخسارة، لكن لو كان المدين يتعرض إلى خسارة فادحة لو انه اجبر على تنفيذ التزامه، فانه يمكن القول بان الإرهاق يتحقق، وهو يتحقق اذا بلغ حدا يصبح معه من الظلم إجبار المدين على الوفاء بما التزم به كاملا [٢].

اذا توفرت الشروط المتقدمة فللمحكمة ان ترفع الإرهاق عن المدين، وقد عبر القانون المدني العراقي عن ذلك بالقول (تنقص الالتزام إلى الحد المعقول)، ولعل تعبير (ترفع الإرهاق) خير من تعبير (تنقص الالتزام)، ذلك ان القاضي قد يرى ان الإرهاق قد يزول اذا منح المدين مهلة للتنفيذ، كما هي الحال اذا تعهد شخص بتوريد سلعة ثم توقف استيرادها فارتفع سعرها ارتفاعا فاحشا ولكن هذا الارتفاع طارئ لا يلبث ان يزول عند فتح باب الاستيراد من جديد، فاذا كان منح المدين هذه المهلة لا يلحق بالدائن ضررا جسيما فللمحكمة ان تمنحه هذه المهلة[٣]. وقد يرى القاضي انقاص الالتزام المرهق إلى الحد الذي يزيل الإرهاق أو قد يرى زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق[٤].

المبحث الثاني: أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري

من المعروف ان القانون الإداري مغلق ومرتبط بالمصلحة العامة وذلك لأن الغاية منه ومن خلال العقود الناشئة بموجبه كعقود التوريد وعقود الإذعان وعقود الأشغال العامة والنقل وغيرها وهي إسداء الخدمات العامة لأكبر عدد من الناس.

ولهذا فالقانون الإداري يوصف دائما بأنه قانون قضائي وان الطابع القضائي يلازم قاعدة القانون الإداري ويوصف بانه قانون قضائي وان الطابع القضائي يلازم قاعدة القانون الإداري منذ نشأتها وحتى نهايتها، فالقضاء هو يخلق القاعدة القانونية وهو الذي يفسرها وهو الذي يستدل بها غيرها فقضاء الإداري يختلف اختلافا جوهريا عن القضاء

(١) عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، دار احياء التراث العربي، بيروت، ص ٦٤٤.
(٢) ياسين محمد الجبوري، المصدر السابق، ص ٢٩٦.
(٣) عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، المصدر السابق، ص ١٦٣.
(٤) عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق ، المصدر السابق، ص ٢٠، ٢١.

العادي، فيما تنحصر مهمة القضاء العادي في تطبيق القانون وتلمس فيه المشرع وبالتالي تأمين مصلحة خاصة أو منفعة للطرفين المتعاقدين، فإن القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي بل هو في الغالب قضاء إنشائي يبين الحلول المناسبة للروابط القانونية التي تنشأ بين الإدارة في تفسيرها للمرافق العامة وبين الأفراد وهي روابط تختلف بطبيعتها عن روابط القانون الخاص.

وفيما سبق رأينا كيف نشأت النظرية وطبقت القواعد المدنية وشروطها وفي هذا المبحث سوف نتناول أثر هذه نظرية في تنفيذ العقد الإداري وذلك ضمن ثلاثة مطالب نتناول في الأول نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري، وفي الثاني أثر نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، أما في المطلب الثالث فسنتناول سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة.

المطلب الأول: نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري

لقد سبق وان بينا وفقا لقواعد المسؤولية التعاقدية المدنية وان العقد شريعة المتعاقدين أو بنص القانون ولا يتحرر أي متعاقد من التزامه، إلا بتنفيذ أو باستحالة التنفيذ بسبب قوة قاهرة، هذه القاعدة لا يمكن الأخذ بها إطلاقا في العقود الإدارية، فقد أنشأ مجلس الدولة الفرنسي بين الحالة التي يستطيع فيها المتعاقد مع الإدارة ان ينفذ التزامه بصورة طبيعية، وبين القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ التزامه بصورة مطلقة مركزا و وسطا، يستطيع فيه الملتزم ان ينفي التزامه لأن الوفاء بهذا الالتزام ممكن في ذاته، ولكن ينال من تنفيذه خسارة مالية فادحة ذلك المتعاقد مع الإدارة يطلب منه ان ينفذ التزامه حتى يستطيع الإدارة الحرص على المرفق العام ومتطلباته وحسن سيرته بحيث يؤدي خدماته على افضل وجه أو بصورته المعتادة، وهذا لا يمكن تحقيقيه في ظل الظروف الصعبة والإرهاق الذي أصاب المتعاقد إلا بتقديم العون له، مما افسح المجال أمام مجلس الدولة الفرنسي تطبيق هذه النظرية على العقود الإدارية لتصبح من مبادئ القانون الإداري ومن خصائص العقد الإداري[1].

ولقد استقرت احكما القضاء الإداري والعادي على الأخذ بنظرية الظروف الطارئة وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد ومن ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير الصادر في عام ١٩١٦ في قضية بودرو والتي تدل وقائع هذه القضية في ان شركة الغاز للإضاءة كانت ملزمة بأن تقوم بتوريد الغاز للمدينة ونتيجة لذلك ارتفع سعر الفحم ووجدت الشركة ان الأسعار التي تتقاضاها من الجهة الإدارية لم توافق على ذلك

(١) مهنا محمد فؤاد، مؤسسة شباب الجامعة للطباعة والنشر، الاسكندرية ، ١٩٧٣، ص ٢٩٢-٢٩٣.

استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فاتجهت الشركة إلى مجلس الدولة الفرنسي التي قضى بتعديل العقد بين الجهة الإدارية والشركة بما يناسب والأسعار الجديدة [١]،حيث اصدر قراره الشهير نظمت في حيثياته مبدأ جديد مستمد من قاعدة دوام سير المرافق العامة ذلك انه اذا وجدت ظروف لم تكن في الحسبان، وكأن من شأنها ان تزيد الأعباء الملقاة على عاتق الملتزم إلى حد الإخلال بتوازن العقد إخلالا جسيما فلملتزم الحق في ان يطلب من الإدارة ولو مؤقتا المساهمة إلى حد ما في الخسائر التي تلحق به[٢].

وبذلك نجد ان مجلس الدولة الفرنسي في قضية غاز بوردو السالفة الذكر قد أسهم في صياغة الحكم وضمنه الشروط التفصيلية التي تقوم عليها احكما نظرية الظروف الطارئة، إلا ان المرفق العام كان هو الدافع لتأسيس هذه النظرية من قبل مجلس الدولة الفرنسي[٣]، وعلى الرغم من اعترافات القضاء الإداري الفرنسي

بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا ان محكمة النقض الفرنسية قد أحبطت كل المحاولات التي أقدمت عليها المحاكم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة الموجودة في القانون الخاص[٤].

أما في مصر ففي النظام القانوني المصري نجد ان محكمة النقض في البداية كانت ترفض تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك استنادا إلى انه مادام تنفيذ العقد ممكن فأنه ينبغي على المتعاقد مع جهة الإدارة القيام به ولو كان تنفيه مرهقا، وأستمر الحال لحين صدور قانون رقم ٢٩لسنة ١٩٤٧بشأن الزام المرافق العامة حيث نصت المادة السادسة منه على انه اذا طرأت ظروف لم يكن من المستطاع توقعها ولابد لمانع الالتزام أو الملتزم فيها وأدت إلى الإخلال بالوازن المالي، جاز لمانع الالتزام إلى تعديل كيانه الاقتصادي كما كان مقدورا وقت منع الالتزام جاز لمانع الالتزام بتعديل قوائم الأسعار، واذا اقتضى الحال ان يعدل أركان تنظيم المرافق العامة وقواعد استقلاله ذلك لتمكين الملتزم بالعقد الاستمرار بالتزامه أو انخفاض الأرباح إلى الحد المعقول[٥]، وبهذا يكون

(١) سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الإدارية، ط٤، دارالفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٤، ص٦٠١-٦٠٢ .

(٢) علي محمد علي عبد المولي، الظروف التي تطرأ اثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، ص٣١.

(٣) محمود علي الرشدان، المصدر السابق، ص١١٧.

(٤)عصام عبدالوهاب البرزنجي، مهدي ياسين، مبادئ واحكام القانون الإداري، مديريةالنشر، بغداد، ١٩٩٣، ص ٥١٢. .

(٥) سليمان الطماوي، الاسس العامةللعقودالإدارية، ط٥، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص٦٣١.

المشرع المصري قد أجاز تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الإدارية انطلاقا من أعمال النظرية في مجال القانون الخاص[١].

أما في العراق فقد اقر القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ في المادة(٢/١٤٦)على "اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي . وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين، اذ يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول

ان اقتضت العدالة ويقع باطلا كل اتفاق خلاف ذلك" لذلك أصبحت نظرية الظروف الطارئة بموجب احكما هذه المادة مقررة في العراق سواء بالنية للعقود المدنية أم العقود الإدارية[٢].

ولهذا نرى ان النظرية في مجال القانون الإداري تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري وان هدفها هو تحقيق المصلحة العامة، ومن مميزات السلطة الإدارية هو كفالة حسن سير المرافق العامة وانتظامها وتقديم خدماتها على الوجه المطلوب الأكمل والأسرع.

المطلب الثاني: آثار تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري

ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في الامتناع عن الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري بحجة ان تنفيذ الالتزام اصبح مرهقا له فعليه ان يستمر في تنفيذ التزامه تحقيقا لمصلحة المرفق العام والذي يعتبر من المبادئ المهمة في سير انتظام المرافق العامة حتى تستطيع بذلك جهة الإدارة الوقوف بجانبه لتخطي تلك المرحلة لذلك فإن بحث آثار هذه النظرية على العقود الإدارية يقتضي منا ان نقسم هذا المطلب إلى فرعيين، ففي الفرع الأول نبحث عن كيفية الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري، أما في الفرع الثاني فنبحث عن حق المتعاقد في الحصول على التعويض.

الفرع الأول: الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري

يرجع المبرر الأساسي لالتزام المتعاقد مع جهة الإدارة بتنفيذ التزاماته العقدية إلى فكرة المرافق العامة ومقتضيات سير المرفق العام بانتظام واطراد، مما يستلزم بذل أقصى جهد من جانب المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية والتي تتمثل في المقام الأول

(١) المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري الصادر في ٢٩.
(٢) ماهر صالح الجبوري، الوسيط في القانون الإداري، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، ٢٠٠٩، ص٤٥١ .

تحقيق النفع العام للمستفيدين من خدمات المرفق العام، وذلك باعتبار ان ذلك هي الغاية التي من أجلها خلقت هذه النظرية لذلك يلتزم المتعاقد الذي أصابته خسارة فادحة من جراء وقوع الظرف الطارئ غير متوقع لا دخل لإرادته ان يستمر في تنفيذ التزاماته لان الظروف الطارئة في العقود الإدارية لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا حتى زان كان مرهقا للمدين[١]،وذلك لأن توافر شروط هذه النظرية أمر مستقل عن تنفيذ العقد لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة ان يمتنع عن الاستمرار في تنفيذه وذلك لأن تلك العقود كما أشرنا اليه سابقا مقررة لمصلحة سر المرفق العام وان توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته العفوية في حالة توفر الظرف الطارئ يعد خطأ عفويا يعطي لجهة الإدارة الحق في توقيع الجزاء المناسب على المتقاعد بالإضافة إلى تقليل نسبة التعويض الذي يمكن ان يحصل عليه جزاء حدوث الظروف الطارئة[٢].

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه" ليس لمؤدي تطبيق هذه النظرية بعد توافر شروطها ان يمتنع المتقاعد فورا عن تنفيذ التزاماته الواردة في العقد وللمتقاعد ان يدعو الإدارة المتعاقدة للمشاركة في نصيب من الخسارة التي لحقت به نتيجة تنفيذ العقد في تلك الظرف فإذا رفضت الإدارة ذلك يستطيع المتعاقد ان يلجأ إلى القضاء ودور القاضي يكون بالزام الإدارة بالتعويض المناسب[٣].

وجاء في حكم آخر لمحكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٩٨٣ لسنة ٩ جلسة ١٩٥٧/٦/٣٠ ما يلي "بأنه لا شبهة في ان قيام الحرب يعتبر من الحوادث الاستثنائية العامة الخارجية التي لم يكن في الوسع توقعها، والتي يترتب عليها انه اذا اصبح تنفيذ الالتزام اشد إرهاقا واكبر كلفة كان للمتعاقد مع الإدارة مطالبتها بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على ازدياد الأعباء الناشئة عن تلك الظروف وذلك بتعويضه جزئيا على الخسارة الواضحة المحققة التي لحقته يستوي في ذلك ان تكون المطالبة بهذا التعويض أثناء سريان العقد أو بعد انتهاء مدته مادام المتعاقد مع الإدارة لم يتوقف عن تنفيذ التزاماته التعاقدية والأساس في ذلك نظرية الظروف الطارئة[٤] .

ويترتب عن ذلك ان يقوم المتعاقد الذي يريد الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة بمواصلة تنفيذ التزامه مادام ذلك في مقدوره ولم يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا فإذا توقف المتعاقد عن الاستمرار في التزامه استنادا إلى الظروف الطارئة فإن ذلك يعرضه

(١)علي محمد عبد المولي، مصدر سابق، ص ٤٠٧.
(٢) جبارجاد نصار، عقود والتطور الحديث لعقدالالتزام، دارالنهضةالعربية، ص١٨٣.
(٣)حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٥/١١/١٣، لسنة ٢٩ .
(٤)صادق سمين، العقد الإداري في المبادئ الإدارية العليا، مطبعة الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٩١، ص٦٣ .

إلى الجزاءات المشروطة في العقد لاسيما عقوبة التأخير وعلى المتعاقد المحتج بنظرية الظروف الطارئة اللجوء إلى المطالبة بالتعويض[١].

لذلك يمكن القول بأن العقد الإداري يعد وسيلة من الوسائل الإدارة لضمان سير المرفق العام.

الفرع الثاني: حصول المتعاقد على التعويض

الواقع ان فكرة استدامة سير المرافق العامة بانتظام واطراد لا تكفي لوحدها كأساس لتعويض المتعاقد عن وقوع الظروف الطارئة وخاصة في الحالات التي يستحق فيها المتعاقد التعويض على الرغم من فسخ العقد وانتهائه، ولذا فأننا نرى ان أساس التعويض هنا يكون على أساس مزدوج تمثل في ضرورات سير المرافق العامة بانتظام واطراد وقواعد العدالة وهذا الأساس المزدوج بالتزام جهة الإدارة المتعاقد معها على الرغم من عدم حدوث خطأ منها وفي حالة انتهاء العقد بفسخه لاستحالة أعادة التوازن المالي للعقد[٢].

بالإضافة إلى ذلك فأنه تم إقرار نظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الخاص إعمالا لقواعد العدالة، ومنعا لاستغلال احد الطرفين للمتعاقد الآخر، وبالتالي فإن النظرية تكون أولى بالتطبيق في مجال العقود الإدارية لوحدة العلة في الحالتين، زيادة على الاعتبارات المستمدة من ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام[٣].

فقد قضت المحكمة الإدارية العليا بأن نظرية الظروف الطارئة تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري، كما ان هدفها تحقيق المصلحة العامة فاتجاه جهة الإدارة هو كفالة حسن سير المرفق العام بانتظام واطراد[٤].

لذلك فإن التعويض الذي يحصل عليه المتعاقد مع جهة الإدارة ما هو إلا تعويض جزئي فالمتعاقد مع جهة الإدارة يتحمل جزءا من هذه الخسارة حتى ولو كان جزءا يسيرا بحيث تراعي سلوك المتعاقد مع الإدارة ومدى المجهودات التي بذلها لمواجهة الظرف الطارئ[٥]، وبما ان الظروف الطارئة الذي تطرأ تنفيذ العقد الإداري ليست بفعل الإدارة ولا بفعل أي سلطة من السلطات العامة وترتب عليها نتائج من شأنها ان

(١) محمود علي الرشدان، مصدر سابق، ص ١٢٩.
(٢)عزيز الشريف، نظرية العقد الإداري، دارالنهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٤٤.
(٣) سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٦٩٧.
(٤) حكم المحكمة الإدارية العليا، رقم ٤٦، سنة، ١٤ف، ١٩٧٢/٦/٢٧.
(٥) محمد ابو بكر عبد المقصود، اعادة التوازن المالي للعقد الإداري في ظل الازمة المالية العالمية، دار النهضة العربية.

يعجز المتعاقد عن تنفي العقد أو ان يصبح التنفيذ مرهقا بما يؤدي إلى إطالة التوازن المالي بشكل ظاهر وواضح[١].

لذلك فإن اثار نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري تختلف عن القانون المدني، ففي القانون الإداري تنحصر سلطة القاضي بالتعويض فقط ويجوز للقاضي الإداري ان يدعو المتعاقدين الى اجراء تعديل وابرام عقد جديد، اما اذا تقرر الحكم بالتعويض فانه لايغطي الا الخسائر التي نجمت نتيجة للظرف الطارئ، اما القانون المدني فيستطيع القاضي ان يعدل من التزامات الطرفين المتعاقدين.

المطلب الثالث: سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة

القاضي الإداري لايملك سلطة تعديل العقد لأن ذلك من اختصاص القاضي المدني ومن ثم تنحصر سلطات القاضي الإداري في مواجهة الظروف الطارئة في الحكم بالتعويض، ويرجع عديد من الفقهاء لاسباب عديدة:

١-ان مهمة القاضي كقاعدة عامة هي تفسير العقود وتطبيق احكامها لاتعديل شروطها.

٢-القاعدة في القانون الإداري هي ان القاضي لايستطيع توجيه أوامر الإدارة بالقيام بعمل معين أو يد التعديل لالتزامات بمثابة توجيه أوامر للإدارة.

٣-يستهدف تضمين الإدارة لشروط معينة في العقد وتحمل بها التزامات على المتعاقد فأنها لتحقيق مصلة عامة وتدخل القاضي بتعديلها قد يعرض هذه المصلحة العامة للخطر لذا تقتضي مصلحة دواعي المصلحة العامة ان تظل شروط العقد نافذة حتى تقبل الإدارة مختارة بتعديلها لانها لن تفعل ذلك الا بد ان تتأكد من تحقيق المصلحة العامة لهذا التعديل[٢]، ونحلل المتعاقد من التزامه بالاضافة الى انه حدث خارجي يستقيل عن ارادة المتعاقد وجهة الإدارة فيؤدي بذلك الى اعفاء المتعاقد مع الإدارة عن التزاماته التعاقدية ويجعل له الحق في فسخ العقد ويحرم على الإدارة حقها في توقيع الجزاءات عليه لعدم تنفيذها ولاتنتج القوة القاهرة آثارها الا اثناء قيامها فأذا انتهت التزامات المتعاقد الى الظهور مرة اخرى، فإذا ماتحققت شروط انطباق نظرية الظروف الطارئة واشتركت معها القوة القاهرة فعندئذ يجب على القاضي ان يحكم بفسخ العقد وذلك لتعذر تجاوز الصعوبات الاقتصادية فالاضراب اذا كان

(١) محمد الشافعي ابو الراس، العقود الإدارية، بحث منشور على انترنت تاريخ الزيارة٢٠١٧/٤/١٢.www.pafactory.com

(٢) حسن محمد علي البنان، اثرالظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين، العدد٥٨، جامعة موصل، ٢٠١٣، ص٢١ .

من مصاريف القوة القاهرة الا ان القاضي قد يجد ان المتعاقد كان بإمكانه منع حصوله أو توظيف عمال جدد محل العمال المضربين[١].

وقد صدر من مجلس الدولة الفرنسي حكما في قضية تراموای عام ١٩٣٢(ان الشركة المذكورة واجهت عجزا ماليا خلال سنوات وثم المنحة المالية المقدمة لها من المدينة مانحة الالتزام في السنة الاخيرة عام ١٩٢٢ أقدمت لها منحة مالية،الا ان الشركة رأت كل ذلك ان تجوز الحد المعقول لتعريفة الركوب سيؤدي الى فقدان الزبائن وعندما طلب من مجلس المديرية التعويض رفضت ذلك المجلس الطلب،ونظر مجلس الدولة للموضوع استئنافا وقرر انه ثمة حلة من حالات القوة القاهرة حيث ان بأمكان الإدارة مانحة الالتزام ان تتخذ الاجراءات الضرورية لمساعدة الملتزم كي تؤمن له الاستمرار في أداء خدماته في المرافق الذي يديره ولاسيما المساعدات اللازمة للاستعانة بها في مواجهة الظروف الطارئة[٢].

وفي قرار آخر صدر عن محكمة التمييز العراقية اشار فيها الى "اذا تبين ان قرار سحب العمل من المقاول بالعمل وفي نفس الوقت اقام دعواه طالبا تنزيل من الكلفة فتكون الشروط الواردة في المادة ٨٧٨ من القانون المدني في الادعاء وعلى المحكمة الخوض في أساس الدعوى والتثبت من انهيار التوازن الاقتصادي بين التزامات المقاول في العمل فقط تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة وما أستقر عليه قضاء محكمة التمييز[٣].

أما بالنسبة للقضاء المختص في النظر بالمنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية فيعتبر القضاء العادي هو القضاء الاصيل بشكل عام، ففي فرنسا ومصر جعل المشرع اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود التوريد بهذا الصدد مطلقا، لكن الوضع في العراق جاء مختلفا فالنزاع هذا يدخل في اختصاص القاضي المدني وذلك اعتمادا على نص المادة٢٩ من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣لسنة ١٩٦٩ المعدل حيث نص على انه" تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الاشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة وتختص بالفصل في كافة المنازعات الا ما أستثني بنص خاص" حيث اوجد قانون التعديل الثاني لقانون مجلس الشورى الدولة محكمة القضاء الإداري ليدخل العراق ضمن قائمة الدول التي تمتلك قضاء المزدوج الا ان نص المادة ٧ من قانون المجلس لم يمنع تلك المحكمة اختصاص النظر في منازعات العقود الإدارية بل حصره

(١) سحر جبار يعقوب، المصدر السابق، ص١٥٣.
(٢) عبدالمجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٥، ص١٥٦.
(٣) قرار محكمة التمييزالعراقية في الدعوى المرقمة ١٣٨٦موسعة اولى/١٩٨٨، مجلة القضاء العراقية، بغداد، ١٩٩٠، ص١١٦ .

في أضيق نطاق الا وهو النظر في القرارات الإدارية وبذلك تبقى الولاية في النظر والمنازعات العقود بالتعويض في مجال القضاء المدني وولايته العامة المشار اليها[1].

وذلك فإن الولاية العامة للقضاء العادي في منازعات العقود الإدارية وذلك من حيث النظر في دعاوي التعويض عن الاضرار التي تصيب احد الاطراف اما بسبب الاجنبي أو قوة قاهرة أو بسب الظروف الطارئة، فتنظر بذلك محكمة بداءة يعتبر مخالفة لمنهج الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج فما دام المشرع العراقي قد أنشأ محكمة القضاء الإداري بالقانون رقم ١٠٦ لسنة١٩٨٩ وهو قانون التعديل الثاني لقانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٥فيجب في الحالة هذه ان تكون الولاية في نظر المنازعات العقود الحكومية معقودة لمحكمة القضاء الإداري، وهذا ما سار عليه كل من فرنسا ومصر ومايحتاج المشرع العراقي الى اعادة النظر بذلك وادخال العقود الحكومية التي نصت عليها تعليمات رقم ١ لسنة ٢٠٠٧ بوصفها حل صحي وجذري لمشكلة حسم المنازعات العقد الإداري فلا بد ان تتشكل من عناصر قضائية من جهة القضاء الإداري وتكون احكامها قابلة للطعن أمام الهيئة العامة لمجلس الشورى الدولة وهذا ما يحتاج الى التفات جديد من جانب المشرع العراقي.

لذا فإن سلطات القضاء الإداري في ظل الظروف الطارئة تتقبل بالكم بالتعويض فقط دون الحق في تعديل أو فسخ العقد وأعطى ذلك الاختصاص للقضاء المدني.

ونوصي المشرع العراقي توسيع صلاحيات محكمة القضاء الإداري كي تشمل النظر في المنازعات والعقود الإدارية أيضا اذ يجب ان يمنح القاضي الإداري حق تعديل أو فسخ العقود الإدارية في ظل الظروف الطارئة وأن لاتقتصر سلطته على التعويض فقط.

(١) قرار محكمة التميز العراقية في الدعوى المرقمة١٣٨٦موسعةأولى/١٩٨٨، مجلة القضاء العراقية، بغداد، ١٩٩٠، ص١١٦.

الخاتمة

تعد نظرية الظروف الطارئة استثناءً من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، هذه النظرية تلعب دورها أثناء تنفيذ العقود المستمرة اذا استجدت ظروف لم تكن في الحسبان المتعاقدين وقت ابرام العقد، وتؤدي هذه الظروف الى ان يصبح تنفيذ الالتزم مرهقا أو مستحيلا في بعض الاحيان مما يتطلب بالتالي اعادة التوازن المالي للعقد استنادا الى احكما خاصة.

بعد ان اكملنا بحثنا نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، أستخلصنا جملة من النتائج والتوصيات نجملها بما يلي:

أولاً: النتائج :

١- خرج القانون المدني عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين مرتين، الاولى في عقود الإذعان والثانية في الظروف الطارئة.

٢- لايمكن تطبيق نظرية الظروف الطارئة الا في العقود المستمرة التنفيذ او فورية التنفيذ وكان التنفيذ مؤجلا.

٣- إن قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين) المقررة وفق قواعد المسؤولية المدنية لا يمكن الأخذ بها إطلاقا في مجال العقود الإدارية .

٤- إن نظرية الظروف الطارئة في نطاق القانون الإداري تقوم على فكرة العدالة المجردة التي هي قوام القانون الإداري وهدفها تحقيق المصلحة العامة .

٥- تطبيق هذه النظرية لا يعطي للمتعاقد مع الإدارة الحق في الامتناع عن الاستمرار في تنفيذ العقد الإداري بحجة إن تنفيذه أصبح مرهقا ، فعليه أن يستمر في تنفيذ التزامه لتحقيق المصلحة العامة.

٦- القاضي الإداري لا يملك سلطة تعديل أو فسخ العقود الإدارية لأن ذلك من اختصاص القاضي المدني ، فسلطة القاضي الإداري تنحصر في الحكم بالتعويض فقط.

ثانياً: التوصيات :

١- نوصي المشرع العراقي أن يمنح القاضي الإداري سلطة فسخ أو تعديل العقود الإدارية في ظل الظروف الطارئة وأن لا تقتصر سلطاته على الحكم بالتعويض فقط .

٢- نقترح على المشرع العراقي توسيع صلاحيات محكمة القضاء الإداري كي تشمل النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية أسوة بالقرارات الإدارية وذلك لأن إعطاء صلاحية النظر في المنازعات العقود الإدارية للقضاء العادي يعتبر مخالفة لمنهج الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج ومن بينها العراق الذي أنشأ محكمة القضاء الإداري.

المصادر

أولا : الكتب

١. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج٢، ط٣، ٢٠٠٧.
٢. سامر مازن القبّج، مجلة الأحكام العدلية مصادرها وأثرها في قوانين الشرق الإسلامي، دار الفتح للدراسات والنشر، عمّان، ٢٠٠٨، ص ٢١٩.
٣. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، تنقيح: احمد مدحت المراغي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٤.
٤. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع.
٥. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٦، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٩٧.
٦. عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، ط٤، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة،٢٠١٠.
٧. عصمت عبدالمجيد بكر، نظرية الظروف الطارئة ودور القاضي في تطبيقها، الدائرة القانونية في وزارة العدل، بغداد،١٩٩٣.
٨. محمود علي الرشدان، نظرية الظروف الطارئة، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠١٤.
٩. وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، ط ٧، دار الفكر، دمشق، ٢٠٠٧.
١٠. ياسين محمد الجبوري ، المبسوط في شرح القانون المدني، ج ١، دار وائل للطباعة والنشر، عمّان، ٢٠٠٢.

ثانيا: البحوث العلمية

١. حسن محمد علي حسن البنان، اثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة الرافدين للحقوق، العدد ٥٨، جامعة الموصل، ٢٠١٣.
٢. سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، مجلة مركز دراسات الكوفة، المجلد ١، العدد ٧، جامعة الكوفة، ٢٠٠٨.
٣. عمار محسن كزار، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقد، مجلة مركز دراسات الكوفة، جامعة الكوفة، العدد ٣٨، ٢٠١٥.
٤. كامل خير الله طراد، نظرية الظروف الطارئة في القانون العراقي والقانون المقارن واثرها على عقود التجارة الدولية، مجلة كلية التراث الجامعة، العدد ١٧، بغداد، ٢٠١٥.

ثالثا: القوانين:

- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ.
- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ النافذ.
- القانون المدني السوري رقم (٨٤) لسنة ١٩٤٨ النافذ.
- القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ النافذ.
- القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ النافذ.