نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقود الإدارية في القانون العراقي

The theory of emergency circumstances and its impact on administrative contracts in Iraqi law

م.د.جلال جبار عليوي الماجري
كلية القانون-جامعة الاسراء

الملخص

يعد العقد الإداري من أهم المكنات القانونية التي منحها المشرع للإدارة لتنظيم المجتمع، وذلك عبر تنظيم المتطلبات التي تعبر عنها الجماعة من خلال بيان حاجاتها العامة، وعلى هذا الأساس يعد البرنامج الزمني مهم جداً في إطار العقد الإداري، وتفترض نظرية الظروف الطارئة وجود تراخي في التنفيذ من قبل المقاول من جراء الظرف الطارئ الذي واجهه أثناء التنفيذ، فضلاً عن الخسارة الفادحة التي تهدد المتعاقد من جراء زيادة التزاماته المالية من جراء ما هذا الظرف الغريب عن العقد الإداري.

وعلى هذا الأساس تقوم نظرية الظروف الطارئة على أساس تحقيق نوعين من المهام، تتجلى الأولى في إعطاء مبرر للجهات الإدارية عن التأخير في تقديم الخدمات العامة، وذلك في حال تعرض الإدارة للرقابة الشعبية أمام البرلمان، أو الرقابة القضائية أمام القضاء، أو حتى الرقابة الذاتية عبر رقابة الرئيس الإداري لمرؤوسيه، أما المهمة الثانية تتجلى في تحقيق العدالة القانونية المفترضة في العقد الإداري، وذلك عبر الموازنة بين كل من المصلحة العامة من جهة والمصلحة الخاصة من جهة أخرى، أذ لا يمكن أن تثري الإدارة على حساب المتعاقد، فضلاً عن أن المتعاقد ذاته غير مطالب بتحمل أعباء إضافية على عاتقه ولوحده لم يكلفه بها المشرع

وعلى هذا الأساس المتقدم كانت نظرية الظروف الطارئة مبدأ من المبادئ الاجتهادية التي طبقها القضاء الإداري في أطار منازعات العقود الإدارية لتحقيق الأهداف المتقدم ذكرها.

الكلمات المفتاحية: العقد، الإداري، الظروف، الطارئة، المرفق العام، حقوق، المتعاقد.

Abstract
The administrative contract is one of the most important legal tools that the legislator has granted to the administration to organize society, through organizing the requirements expressed by the group through stating its general needs, and on this basis the timetable is very important within the framework of the administrative contract, and the theory of emergency circumstances assumes the existence of laxity in implementation by the contractor as a result of the emergency circumstance he faced during implementation, in addition to the huge loss that threatens the contractor as a result of increasing his financial obligations as a result of this circumstance that is strange to the administrative contract.
On this basis, the theory of emergency circumstances is based on achieving two types of tasks, the first of which is to give administrative bodies a justification for delaying the provision of public services, in the event that the administration is subject to popular oversight before parliament, or judicial oversight before the judiciary, or even self-oversight through the administrative head's oversight of his subordinates. The second task is to achieve the legal justice assumed in the administrative contract, by balancing between the public interest on the one hand and the private interest on the other hand, as the administration cannot be enriched at the expense of the contractor, in addition to the fact that the contractor himself is not required to bear additional burdens on his shoulders and alone that the legislator did not assign to him. On this aforementioned basis, the theory of emergency circumstances was a principle of the jurisprudential principles applied by the administrative judiciary in the framework of administrative contract disputes to achieve the aforementioned goals. Keywords: Administrative contract, emergency circumstances, regular operation of the public facility, contractor rights.

مقدمة

أدى تطور الحياة الاجتماعية إلى ضرورة وجود جهاز متخصص يعمل على ضبط وتنظيم المجتمع وتلبية احتياجاته العامة التي تسهم في تطور الدولة واستمرارها، ويتمثل هذا الجهاز بالإدارة العامة التي تهدف من عملها إلى ضبط

وتنظيم العمليات الاجتماعية وفق ألية معينة يحددها المشرع سلفاً، الأمر الذي يسهم في تحقيق النفع العام والمصلحة العامة.
والحقيقة أن قيام الإدارة بدورها المتقدم لا يكون إلا ضمن أليات محددة أيضاً، أي أن المشرع حدد الهدف من النشاط الإداري، وحدد أليات تحقيقه بشكل مسبق، وأن مثل ذلك لا يقيد النشاط الإداري بل على العكس يسهم بضمان تحقيق الهدف بشكل مباشر وحقيقي، فضلاً عن أنه يعبر عن أهمية الهدف وجديته من جهة، ومن جهة أخرى فأنه يصون ويحمي الحقوق والمراكز القانونية الفردية التي يمكن أن تهدرها الإدارة في أطار سعيها لتحقيق هذا الهدف سواء كان ذلك عن قصد أم غير قصد.
ولعل من أهم الوسائل التي حددها المشرع لضمان تحقيق هذا الهدف هو العقد الإداري، والذي يعد وسيلة فعالة في ضمان سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وتجدر الإشارة أن المقصود بسير المرفق العام في هذا الاطار أي أنه يسهم بدوام واستمرارية تقديم المرفق العام للخدمات المعد لأجل تحقيقها، فعقد الاشغال العامة المنصب على صيانة مرفق عام يضمن تقديم الخدمات بأحسن طريقة ممكنه بعد هذه الصيانة عما قبلها، وتتنوع العقود الإدارية حسب حاجة المرفق العام ونوع الخدمة التي يقدمها، فمنها عقود التوريد، والاشغال العامة وغيرها من العقود الإدارية الأخرى.
وعلى الرغم من ان الإدارة تعد الطرف القوي في العقد الإداري، لأن المشرع خولها امتيازات استثنائية غير مألوفة في أطار عقود القانون المدني، الا أنه وبالتوازي من ذلك فأن حقوق المتعاقد مع الإدارة محفوظة، ولا يمكن المساس بها بحال من الأحوال، ولكن يحدث في بعض الأحيان أن يواجه المتعاقد أو الملتزم مع الإدارة ظروف استثنائية وحوادث فجائية لم تكن بالحسبان عند توقيع العقد والاتفاق مع الإدارة، وقد يكون من شأن هذه الظروف أن تزيد مدة العقد، أي تأخير في مدة التنفيذ بحسبان أن الإدارة تحدد أجلاً لانتهاء الاعمال، أو أنها تزيد في التكاليف المالية للعمل الأمر الذي يهدد المتعاقد بخسارة فادحة، فضلاً عن أنه يمكن أن تثري الإدارة على حساب المتعاقد .
وكما أسلفنا فأن حقوق المتعاقد محفوظة بالعقد الإداري لذلك فأن المشرع تدخل لتحقيق التوازن في العقد الإداري، وقنن نظرية الظروف الطارئة في التشريعات الإدارية، ومن قبلها المدنية، وذلك بهدف الحفاظ على حقوق طرفي العقد، ولكي لا يؤخذ المتعاقد بجريرة ظرف فجائي لا يد له فيه ولا سبيل لدفعه، إلا أن تطبيق هذه النظرية لا يتم إلا وفق شروط محددة منها ما هو محدد قانونا، وبعض الأخر حدده الاجتهاد القضائي.

وعلى هذا الأساس المتقدم فإننا نتناول أثر نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري في هذا البحث.

أهمية البحث : تظهر أهمية هذا البحث من خلال بيان أن تحقيق المصلحة العامة لا يكون بحال من الأحوال بالتعدي على المصلحة الخاصة للمتعاقد وإهمالها، والتقيد ضمن أطار بنود عقدية جامدة لا يمكن أن تساير واقع العمل، حيث أن نظرية الظرف الطارئة تبيح الخروج على العقد لتحقيق التوازن بين المصلحة الخاصة للمتعاقد والمصلحة العامة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فأن بحث مثل هذه النظرية وتفصيلها يعزز الثقة العامة بالإدارة الأمر الذي يدفع الأفراد للتعامل معها كونهم على علم مسبق بالحماية القانونية والقضائية الممنوحة لهم في حال حصول إشكال، وهو لا شك أمر يسهم في تحقيق الصالح العام.

إشكالية البحث : تظهر إشكالية البحث الرئيسة من عنوانه، حيث أن عنوان البحث يثير إشكالية بحد ذاته، بحيث أن الظروف الطارئة التي تواجه المتعاقد أثناء تنفيذ العقد تجعل من تنفيذه أمراً مرهقاً، فيمكن أن يتوقف المتعاقد عن العمل، أو يمكن أن يطلب زيادة المقابل المادي للعقد الأمر الذي يمكن أن ترفضه الإدارة، مما يجعله يلجأ للقضاء، وتتمثل هذه الإشكالية ببيان أثر نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري، وموقف المشرع العراقي منها، والتشريعات المقارنة، بحيث يمكن صياغة الإشكالية الرئيسة بالتساؤل التالي : ما أثر نظرية الظروف الطارئة على العقد الإداري في القانون العراقي ؟ وهل افاد المشرع العراقي من موقف التشريعات المقارنة؟

ويتفرع عن الإشكالية الرئيسة مجموعة من التساؤلات الفرعية نبينها على الشكل الأتية:

١. ما مفهوم العقد الإداري؟
٢. ما مفهوم نظرية الظروف الطارئة؟
٣. ما النهج الذي سار عليه القضاء العراقي بخصوص نظرية الظروف الطارئة؟ وهل كان دوره بهذا الخصوص مكملاً أم مفسراً وشارحاً؟

منهج البحث : يقوم هذا البحث على أساس اتباع المنهج التأصيلي حيث أنه يؤصل مفهوم العقد الإداري ومفهوم نظرية الظروف الطارئة بحيث يبين التعريف والخصائص والمقومات هذا من جهة، فضلاً عن أنه يقوم من جهة أخرى على المنهج المقارن حيث أنه يعمد إلى مقارنة التشريعات واجتهادات المحاكم العراقية بنظيرتها في الدول عينة المقارنة (فرنسا ـ مصر) بهدف الإفادة من جهة والاستفادة من جهة أخرى، إضافة إلى أنه يقوم على المنهج النقدي التحليلي القائم على أساس البحث والتقصي والشرح وبيان وجهة نظر الباحث الشخصية.

خطة البحث : يقوم هذا البحث على أساس التقسيم الثنائي، حيث تم تقسيم البحث إلى مطلبين، وتقسيم كل مطلب إلى فرعين وهكذا على الشكل التالي:

- **تمهيد**
- **المطلب الأول : ماهية الظرف الطارئ على العقد الإداري**
- **الفرع الأول : مفهوم نظرية الظروف الطارئة**
- **الفرع الثاني : اساس نظرية الظروف الطارئة**
- **المطلب الثاني : الأثار القانونية المترتبة على نظرية الظروف الطارئة**
- **الفرع الأول : المجال الموضوعي والشخصي لنظرية الظروف الطارئة**
- **الفرع الثاني : الضوابط القضائية لنظرية الظروف الطارئة**
- **خاتمة.**

تمهيد

حقيقة أن الأصل العام يقوم على عدم قيام المشرع بتعريف العقود الإدارية، حيث أن المشرع العراقي كغيره من التشريعات المقارنة لم يقم بتعريف العقود الإدارية، بل تتجه التشريعات لتحديد بعض أنواع العقود على أنها من العقود الإدارية بطبيعتها ومثال ذلك عقد الأشغال العامة، وعقد التوريد، على أنه على الرغم من ذلك قد يتجه القضاء لتضييق نطاق العقود الإدارية كما هو الحال مع مجلس الدولة المصري حيث ذهب إلى أن عقد التوريد ليس من العقود الإدارية على أطلاقه، بل لا بد أن يتوافر فيه شروط وخصائص العقود الإدارية الذاتية[١].

وعلى هذا الأساس المتقدم فأن الفقه والقضاء هما من تصدى لتعريف العقد الإداري، فعرف على أنه :"تصرف قانوني يتم بتلاقي أرادتين إرادة الإدارة من جانب وإرادة شخص قانوني أخر من جانب أخر، وذلك بقصد احداث أثر قانوني معين"[٢].

وعرفه لوبادير على أنه :"توافق إرادتين على أنشاء التزام ويتم هذا التوافق من خلال الاشكال والإجراءات المقررة في القانون الإداري"[٣].

ولعل التعريف الأقرب من الناحية الفقهية ما ساقه بعض الفقه العربي :"العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة بالأخذ بأحكام القانون العام، وأية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرةً في تسيير المرفق العام"[٤].

وعلى الصعيد القضائي عرفت المحكمة الإدارية العليا المصرية العقد الإداري على أنه :"العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد أدارة

مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر فيه نية الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص"[٥].

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز العراقية وإن كانت لم تعرف العقد الإداري إلا أنها بينت شروط اعتبار العقد أدارياً، ومن ذلك حكمها الذي جاء فيه :"لما كان هذا العقد أبرمته الإدارة مع المقاول من أجل أنشاء مرفق عام، متوسلة في ذلك أسلوب القانون العام، وبشروط غير مألوفة في العقود المدنية كإجراء مناقصة عامة، واشتراط تأمينات وغرامة تأخيريه، يكون عقداً أدارياً متميزاً عن العقود المدنية التي يحكمها القانون الخاص بسبب ما تستهدفه هذه العقود من تحقيق مصالح كبرى تعلو على مصالح الأفراد"[٦].

ويستنتج من حكم محكمة التمييز العراقية السابقة وحكم الإدارية العليا المصرية أن شروط اعتبار عقد ما من العقود الإدارية تكمن في أن يكون أحد طرفي العقد هو جهة عامة اولاً، وأن تكون الغاية المستهدفة من العقد تسيير مرفق عام ثانياً، وأن يطبق على العقد أحكام القانون العام ثالثاً، وأن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في أطار عقود القانون الخاص رابعاً وأخيراً.

وعلى هذا الأساس المتقدم يمكن القول أن العقد لا يكون أدارياً بمجرد أن تكون الإدارة العامة طرفاً فيه، لأن الإدارة يمكن أن تتغير من تصرفها وتعاملها مع الأفراد أسلوب القانون الخاص، على هذا الأساس يخضع النزاع مع الإدارة في هذا الإطار لقواعد القانون الخاص، لأن الإدارة تخلت عن مظاهر السلطة العامة في تصرفها من جهة، ولأنها لا تسعى لتحقيق خدمة عامة تتعلق بتسيير مرفق عام، وإنما يعد تصرفها في مثل هذه الحالة مجرد عمل مادي إجرائي فرضه واقع الحال، لذلك لا بد أن تكون غاية الإدارة من العقد الإداري تسيير مرفق عام[٧].

ويقصد بتسيير المرفق العام في هذا الإطار أن تكون الغاية من العقد الإداري إشباع الحاجات العامة، وذلك بأن يضمن العقد استمرار المرفق بتقديم خدمته المتوخاة منه، وبذلك لا يشترط أن يكون تقديم الخدمة العامة بشكل مباشر كبناء مدرسة أو شق طريق او بناء جسر، وإنما يمكن أن يكون بشكل غير مباشر وذلك في الحالات التي ينصب فيها العقد على ترميم وصيانة المرافق القائمة بشكل فعلي، حيث أن مثل هذه الأعمال تضمن استمرار المرفق بتقديمه خدماته على أفضل تسويه[٨].

أما المقصود بخضوع العقد للقانون العام لا يقتصر على نية الإدارة على تطبيق أحكام القانون العام على إجراءات التعاقد كالإعلان عن مناقصة أو مزايدة أو التعاقد بالتراضي بشكل مباشر، بل يتعد الأمر ذلك لتمنح الإدارة نفسها من خلال تطبيق أحكام القانون العام امتيازات استثنائية غير مألوفة في أطار عقود القانون

الخاص كحقها في الرقابة والتوجيه مثلاً، وحقها في إيقاع الجزاء المناسب في حال أخلال المتعاقد بالتزام من التزاماته العقدية كما بينت محكمة التمييز العراقية، فضلاً عن منح المتعاقد نفسه امتيازات خلال التنفيذ غير مألوفة في أطار القانون الخاص كأن تطلب الإدارة له تسهيلات من الجهات العامة الأخرى، وينتج عن ذلك خضوع النزاع الناشئ عن العقد الإداري لقضاء متخصص هو القضاء الإداري(٩).
ومن خلال ما تقدم يمكن لنا أن نعرف العقد الإداري من وجهة نظرنا على أنه : وسيلة من وسائل ممارسة النشاط الإداري، يستهدف تحقيق المنفعة العامة بتسيير المرافق العامة، تكون الإدارة أحد أطراف، ويتضمن شروط وامتيازات غير مألوفة في أطار القانون الخاص بالنسبة لطرفي العقد.

المطلب الأول: ماهية الظرف الطارئ على العقد الإداري.

The first requirement What is the emergency circumstance in the administrative contract?

يظهر سمو ورفعة الغاية (المنفعة العامة) التي يعمل العقد الإداري على تحقيقها أهميته، وهو الأمر الذي حدى بالمشرع للاعتراف للإدارة ببعض الامتيازات الاستثنائية غير المألوفة في أطار عقود القانون المدني، وعلى الرغم من هذه الامتيازات فأن العقد الإداري لا يخرج عن طبيعته الرضائية على اعتبار أنها أصل عام للعقود المدنية منها والإدارية، وعلى هذا الأساس فان تطبيق نظرية الظروف الطارئة في أطار العقود الإدارية ليس بالأمر الجديد أو المستحدث، وانما هو استيراد لهذه النظرية من أصلها العام في القانون المدني لتطبيقها في أطار العقود الإدارية، وذلك بعد تحويرها لتتناسب وطبيعة الرابطة العقدية الإدارية.
ومن ذلك فأننا سنتناول في هذا المطلب دراسة مفهوم نظرية الظروف الطارئة (الفرع الأول) أساس نظرية الظروف الطارئة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يعد العقد الإداري كغيره من عقود القانون الخاص لجهة وجوب تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، فهو لهذه الناحية لا يختلق عن غيره من العقود، الأمر الذي يوقع المتعاقد مع الإدارة تحت التزام قانوني مفاده وجوب تنفيذ العقد الإداري على نحو مقاصده وبنوده العقدية، تحت طائلة استعمال الإدارة الامتيازات الاستثنائية الممنوحة لها بموجب القانون، وهو لا شك الأمر الذي يؤدي إلى الأضرار بالمتعاقد سواء في ذمته المالية، أم للنواحي المعنوية الأخرى المتعلقة بالثقة العامة فيه، والاعتبارات الشخصية الأخرى التي تلجأ الإدارة في كثير من الأحيان لأخذها بالحسبان عند التعاقد(١٠).

إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن التزام التنفيذ الواقع على عاتق المتعاقد مع الإدارة قائم على أساس ترك مجال وسعة في الأمر لتحقيق المتعاقد لبعض الربح، فهو أولاً يسعى لتحقيق مصلحته الخاصة، ويحدث أحيانا أن يواجه المتعاقد اثناء التنفيذ حوادث فجائية وظروف طارئة لم تكن بالحسبان اثناء التعاقد سواء كان ذلك بالنسبة له أم بالنسبة للإدارة، كظهور مياه جوفيه في موقع البناء، أو الحاجة لبناء عوارض اسمنتية داعمة لمنع الانهيار، أو ارتفاع سعر السلعة المستوردة بشكل غير متوقع(١١).

والحقيقة أن تحميل المتعاقد لوحده كافة هذه الأعباء أمر يجافي العدالة، أذ أنه لم يقع بهذه الظروف بخطئه أو إهماله أو سوء تقديره، وإنما حدثت بسبب لا يد له فيه، الأمر الذي يجعل من اقتصاديات العقد غير متوازنة، وعلى هذا الأساس يحق للمتعاقد أن يطلب المعونة من الإدارة لمجابهة مثل هذه الظروف، على اعتبار أنها طرف في العقد الإداري، ولإعادة الحال لواقعه الأصلي، بمعنى أن نظرية الظروف الطارئة لا تسعى لأثراء الذمة المالية للمتعاقد لمجابهة الظرف الطارئ، بل أنها تسعى لجعل ظروف التنفيذ على النحو المتفق عليه ابتداءً في العقد الإداري، والتقليل من خسارة المتعاقد قدر الإمكان(١٢).

وتجدر الإشارة إلى أن نظرية الظروف الطارئة في أطار القانون والقضاء الإداري تعد من صنع مجلس الدولة الفرنسي، في قضية غاز بوردو الشهيرة عام ١٩١٦(١٣)، وقد علل مجلس الدولة الفرنسي حكمه في هذه القضية بضمان انتظام سير المرافق العامة، ألا أنه تجدر الإشارة بالمقابل أن فكرة انتظام سير المرفق العام تعد فكرة ضيقة، وذلك لأنها تقصر التعويض اثناء فترة التنفيذ فقط، ففي حال تم التنفيذ وانتهى الالتزام فلا يحق للمتعاقد طلب التعويض حتى ولو كان هناك ظروف طارئة واجهته خلال التنفيذ(١٤).

لذلك فأن مجلس الدولة الفرنسي طور هذه النظرية ووسع نطاقها لتكون غايتها إبقاء العقد متوازناً من الناحية المالية، فاتجه في عام ١٩٧٦ في أحد أحكامه أنه يحق للمتعاقد طلب التعويض بعد نهاية التزامه مع الإدارة، الأمر الذي يعكس الاعتبارات المالية التي حدت بمجلس الدولة الفرنسي لتطوير قضائه لهذه الناحية(١٥).

اما بالنسبة لمصر فتجدر الاشارة إلى أن مجلس الدولة المصري طبق نظرية الظروف الطارئة منذ اعلان اختصاصه بالعقود الإدارية بموجب قانون المجلس رقم ٩ لعام ١٩٤٩، حيث جاء في أحد اجتهادات المحكمة الإدارية العليا المصرية أنه :"أن مجال أعمال نظرية الظروف الطارئة أن تطرأ في تنفيذ العقد حوادث أو ظروف طبيعية أو اقتصادية سواء من عمل الجهة الإدارية أومن غيرها ولم تكن

بحسبان المتعاقد عند التعاقد، ولا يملك لها دفعاً، وأنه يترتب عليها خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً، وتؤدي هذه النظرية بعد توافر شروطها إلى الزام جهة الإدارة المتعاقدة مشاركة المتعاقد معها في تحمل نصيب من الخسائر التي لحقت به طوال مدة الظرف الطارئ"[١٦].

ويشي اجتهاد المحكمة المصرية المتقدم أنها للوهلة الأولى خلطت بين كل من نظرية عمل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، على اعتبار أنها عدت أن الظرف الطارئ يمكن أن يكون بفعل الإدارة ذاتها، إلا أننا نرى أن ذلك غير وارد في هذا الاطار، ومرد ذلك أن نظرية عمل الأمير تكون بفعل من أفعال الإدارة يمس طائفة غير محددة من الأفراد ومنها المتعاقد كرفع سعر سلعة استراتيجية محصورة كالنفط أو أحد مشتقاته، أما المقصود بعمل الإدارة الذي يخل بالتوازن الاقتصادي للعقد هو ذاك العمل الصادر عن الإدارة المتعاقدة بمواجهة المتعاقد .

أما في العراق فأن نظرية الظروف الطارئة تجد أصلها في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لعام ١٩٥١ وتحديداً في الفقرة الثانية من المادة ١٤٦[١٧]، كما لابد من بيان أن محكمة التمييز العراقية طبقت نظرية الظروف الطارئة في غير مرة، ويعد مبدأ الظروف الطارئة من المبادئ الاجتهادية الراسخة في قضائها، على اعتبار أن الخلافات الناشئة بين الإدارة والأفراد تدخل ضمن اختصاص القضاء العادي في العراق[١٨]، حيث جاء في قرارها رقم ٢٣٠ لعام ٢٠٠٧ :"إن العلميات الحربية بدأت على العراق في ٢٠٠٣/٣/٢٠ مما تكون معه السنة الثانية من تنفيذ العقد خلال الظروف الاستثنائية التي قذفتها الحرب المذكورة، والتي أثرت بشكل سلبي على الظروف الأمنية والاقتصادية والاجتماعية، وأصبحت معها مزاولة البيع والشراء والأنشطة التجارية الأخرى، وإن لم تكن معدومة باتت محدودة بحيث اصبح تنفيذ بعض العقود مستحيلاً او مرهقاً في أحسن الأحوال، لذلك استعانت محكمة الاستئناف بخبرة ثلاث خبراء مختصين لبيان مدى تأثير تلك الظروف على العقد بالنسبة للمدعي، الذين قدموا تقريرهم بتاريخ ٢٠٠٥/٧/٢٤ وملحقه بتاريخ ٢٠٠٥/٩/٢٨ تضمن أن العقد أصبح مرهقاً خلال السنة الثانية من تنفيذه، وحيث أن التقرير المذكور جاء معللاً ومسبباً ويصلح أن تتخذه المحكمة سبباً لحكمها استناداً للمادة ١٤٠ من قانون الاثبات، مما أصبح معه الحق للمدعي المطالبة بتنقيص التزامه بحدود المبلغ المذكور، وبالتالي تكون الدفوع المثارة من قبل المميز أضافة لوظيفته غير واردة، على اعتبار أنه ليس هناك أي مانع قانوني او عقدي يحرم المدعى عليه من اقامة دعوى تنقيص الالتزام سواء كان قبل انتهاء العقد بفترة قصيرة أم حتى بعد انتهاءه طالما أنه ثبت أن تنفيذ الالتزام اصبح مرهقاً

في السنة الثانية، وتوافرت الشروط التي حددتها المادة ١٤٦ الفقرة الثاني من القانون المدني"[١٩].

وتجدر الإشارة في معرض هذا الأمر إلى أن ذهب إلى توافر صفتي العمومية والاستثنائية في الظرف الحاصل ليعد من الظروف الطارئة، حيث قضت محكمة التمييز الاتحادية في أحد أحكامها رقم ٣٨٧٨ لعام ٢٠٢٠ بذلك فقضت على انه :"تطبيق نظرية الظروف الطارئة يتطلب توافر عدة شروط منها أن يكون العقد من العقود مستمرة التنفيذ أو الفورية التنفيذ وكان تنفيذه مؤجلاً، وأن تحصل عند التنفيذ ظروف أو حوادث استثنائية عامة ويقصد بصفة العموم ألا يكون الحادث خاص بالمدين..[٢٠]"

وعلى هذا الأساس المتقدم يلاحظ أن القضاء العراقي سار على ذات النهج الذي سار علية مجلس الدولة الفرنسي لجهة اباحة رفع الدعوى للمطالبة بالتعويض من جراء الظرف الطارئ، حيث أجازت محكمة التمييز العراقية مباشرة الادعاء أثناء فترت تنفيذ العقد وبعد انتهاء التنفيذ، بحسبان أن هدف النظرية الأساس هو المحافظة على التواز المالي للعقود.

وبناءً على ما تقدم يمكن أن نعرف نظرية الظروف الطارئة من وجهة نظرنا الشخصية على أنها : موجب من موجبات التعويض للمتعاقد مع الإدارة في حال ظهور ظروف طارئة جعلت من تنفيذ التزامه على النحو المتعاقد عليه مرهقاً وأن لم يكن مستحيلاً، هدفه إعادة التوازن المالي للعقد بالإضافة لضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

الفرع الثاني: أساس نظرية الظروف الطارئة

تقوم الفكرة العامة للعقود بشكل عام ومنها العقود الإدارية على أساس قانوني واحد ألا وهو فكرة وجود الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، حيث أن العقد يفرض التزامات متبادلة بين كل من طرفيه، ويفترض في هذه الالتزامات أن تكون متساوية قائمة على أساس فكرة العدالة، فلا يجب أن يؤدي أحد أطراف العقد أكثر مما يؤديه الطرف الأخر، ولعل من أهم الالتزامات التي يفرضها العقد على طرفيه هي تلك الالتزامات المتعلقة بالشأن المالي، ومثل هذه الالتزامات تحكمها قاعدة خاصة تقوم على أساس اشتراط وجود التوازن في مالية العقد، لذلك نرى المشرع قد رتب أحكام خاصة للغبن في عقود القانون الخاص[٢١].

وعلى هذا الأساس المتقدم فأن الاتجاه الغالب في فقه القانون العام يقوم على أساس أن نظرية الظروف الطارئة تجد أساسها القانوني في فكرة التوازن المالي للعقد، على اعتبار أن العقد يقوم وينعقد بين طرفيه متوازناً من الناحية المالية، إلا أن الظرف الطارئ والغير متوقع لأطرفه لحظة التعاقد يعمل على هدم هذا التوازن

جملةً أو الأخلال به على الأقل، مما يقلب اقتصاديات العقد فيجعل من أحد الطرفين خاسراً على حساب الربح الذي حققه المتعاقد الأخر من جراء هذا الظرف الطارئ[٢٢].

وعلى هذا الأساس تقوم هذه النظرية إلى أعادة أعمال مبدأ التوازن المالي للعقد الذي قام عليه العقد ابتداءً، فأما أن تزيد في الالتزامات المالية لأحد أطراف العقد ليوازي العمل المرهق الذي قام به الطرف الأخر نتيجة الظرف الطارئ، أو انها تنقص من التزامات الطرف الأخر على حسب الحال وطبيعة الظرف الطارئ، فالغاية واحدة

وعلى هذا الأساس المتقدم ذهبت المحكمة الإدارية العليا في مصر للتأكيد على ما تقدم حيث قررت أنه :"أن من طبيعة العقود الإدارية أنها تحقق بقدر الامكان توازناً بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة [٢٣]" كما أنها ذهبت في حكم أخر للقول :"أن التوازن المالي أمر مفترض في كل عقد"[٢٤].

وقد ذهبت محكمة التمييز الاتحادية بهذا الخصوص إلى القول على انه :"المشرع العراقي عالج نظرية الظروف الطارئة في المادة ١٤٦ من القانون المدني، ومن خلال مفهوم النص نجدر أن المشرع أولى أهمية كبيرة للظرف الاستثنائي وجعل منه طوق نجاة للمدين بوحي من العدالة والانصاف، أذ تنكف لزومية العقد ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين وتنهض أحكام هذه النظرية استثناءً من القواعد العامة، التي من خلالها اصبح القول الفاصل لسلطة القاضي التقديرية في مواجهة عناصر النظرية بموجب سلطته التقديرية في تقدير الإرهاق في الخسارة الفادحة وفي توقع الحادث الطارئ وفي أمكانية رده أم لا" [٢٥].

والحقيقة أنه ورغم رجاحة هذه النظرية إلا أنها لم تسلم من النقد، حيث أنه أخذ عليها أنها تؤدي إلى تعويض المتعاقد في مواجهة الإدارة تعويضاً كاملاً، ويتوجب أعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الظرف الطارئ، وهو الأمر الذي يجافي مبادئ العدالة والأنصاف أذا أنه من غير المبرر أن تتحمل الإدارة وحدة مغبة الظرف الطارئ كله، ولا يتحمل المتعاقد معها أي شيء بالمقابل .

وتجدر الاشارة إلى اننا نرى أن هذا النقد لا ينال من نظرية الظروف الطارئة، كما أنه بغير محله من القانون، فصحيح أن فحوى النظرية يقوم على أساس أعادة التوازن المالي للعقد من جراء الظرف الطارئ، ألا أنه من قال أن الإدارة تتحمل الظرف الطارئ وحدها، ومن قال أن فحوى نظرية الظروف الطارئة يقوم على أساس أعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانوا عليها قبل الظرف الطارئ، بل أن القاضي هو الذي يقوم بفحص مالية العقد بعد الظرف الطارئ ويرجع هذه الالتزامات إلى الحد المعقول الذي يتناسب مع طرفي العقد، بمعنى أن القاضي

يعمل على صياغة توازن مالي للعقد من جديد وذلك عبر تحكمه بمبلغ التعويض الذي يحكم به للمتعاقد، وأن ما يؤكد ذلك ويدلل عليه اجتهاد محكمة التمييز العراقية المتقدم، والذي بين صراحة دور القاضي الفعال في أعادة صياغة التوازن المالي للعقد من جديد، عن طريق دوره الإيجابي والفعال في هذا الإطار، حيث أشار اجتهاد محكمة التمييز المتقدم إلى السلطة التقديرية الكبيرة للقاضي في هذا المجال صراحة، فضلاً عن اعتماده على الوسائل الفنية التي يملكها لإعادة صياغة هذا التوازن كالخبرة وغيرها.

ثم من قال أن القاضي يحكم بالتعويض على الإدارة مطلقاً، لا بل أنه يتأكد أولاً من إمكانية رد الظرف الطارئ ومواجهته من قبل المتعاقد، ودوره في الوقوع فيه، وهل اتخذ الإجراءات المناسبة لرفعه أما لا، وهل استمر في العمل أم لا، فهذه الأمور تدخل كلها في حساب التعويض، وتقدير قيمته .

المطلب الثاني: الأثار القانونية المترتبة على نظرية الظروف الطارئة

The second requirement The legal implications of the theory of emergency circumstances

أسلفنا أن نظرية الظروف الطارئة تهدف إلى المحافظة على التوازن المالي للعقد (المطلب الأول)، إلا أنه في واقع الحال لا يعود أمر تقرير وجود الظرف الطارئ للمتعاقد أو للإدارة، على اعتبار انه هناك مجموعة من المتطلبات التي لا يمكن معها عد صعوبات التنفيذ العادية من قبيل الظروف الطارئة، بل لا بد أن يكون الحادث استثنائياً، ويعني ذلك أن الحادث يعد من الحوادث الفجائية الخطيرة غير المعتادة أو المعروفة في أطار موضوع الالتزام الذي ينصب عليه العقد، وحقيقة أن أمر تقدير ذلك يعود للقضاء، على افتراض عدم استجابة الإدارة لطلب المتعاقد التعويض جراء الظروف الذي يواجهها.

كما تجدر الإشارة إلى أن أي بند عقدي تشترطه الإدارة لإعفائها من أثار الظرف الطارئ يقع باطلاً، وهو ما أكدته المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي، حيث أنها بينت أنه لا يجوز الاتفاق على خلاف أحكامها، الأمر الذي يجعل من نظرية الظروف الطارئة من المواضيع التي تدخل ضمن أطار مفهوم النظام العام، حيث يمكن للقاضي أثارتها من ذاته ولو لم يدفع بها أحد الأطراف.

ومما تقدم ندرس الأثار القانونية المترتبة على نظرية الظروف الطارئة، ونبين المجال الموضوعي والشخصي لهذه النظرية (الفرع الأول)، والضوابط القضائية لهذه النظرية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: المجال الموضوعي والشخصي لنظرية الظروف الطارئة

على الرغم من استقرار نظرية الظروف الطارئة في أحكام القضاء الإداري في كل من مصر وفرنسا والعراق، إلا أن القول بأن هذه النظرية من النظريات التي تمتد لتطبق على كافة العقود الإدارية قول وان صح له تأصيله القانوني، وكذا الحال بالنسبة للمجال الشخصي لهذه النظرية على اعتبار أن المجال الشخصي أو الذاتي ينحصر بتعويض المتعاقد مع الإدارة، فما هو الحال بالنسبة للمتعاقد من الباطن؟

ومما تقدم نبين المجال الموضوعي لنظرية الظروف الطارئة (أولاً)، والمجال الشخصي لنظرية الظروف الطارئة (ثانياً).

أولاً- المجال الموضوعي لنظرية الظروف الطارئة: يقصد بالمجال الموضوعي لنظرية الظروف الطارئة حدود تطبيقها في أطار العقود الإدارية، بمعنى ابسط هل تمتد هذه النظرية لتشمل كافة العقود الإدارية، أم أنها تقتصر على عقود التزام المرفق العام كون أساس نشأتها في أطار عقد التزام المرافق العامة (قضية غاز بوردو عام ١٩١٦) [٢٦].

حقيقةً أن نظرية الظروف الطارئة نشأت في فرنسا في أطار عقد التزام المرفق العام، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقصر تطبيقها على هذا النوع من العقود فقط، بل أنه طورها ووسعها لتشمل كل العقود الإدارية، على اعتبار أنها غير مقننه ضمن قالب نص قانوني في القانون الفرنسي، إلا أنه تجدر الاشارة بالمقابل أن هناك اتجاه فقهي نادى بحصر تطبيق هذه النظرية على العقود قصيرة الأجل، محاولاً استبعاد العقود طويلة الأجل من أطار تطبيق هذه النظرية على اعتبار أن الظروف الاستثنائية متوقعة في أطار هذا النوع من العقود الإدارية [٢٧]، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بهذا الاتجاه، وهو ما نؤيده ويلامس وجداننا القانوني على اعتبار أن غاية هذه النظرية تحقيق العدالة الاقتصادية في العقود من جهة، وعلى اعتبار ان الظرف الطارئ لا يمكن توقعه سواء كان العقد قصير الأجل أو طويل .

أما في مصر فصحيح أن المادة السادسة من القانون ١٢٩ لعام ١٩٤٧ نص على تطبيق هذه النظرية في إطار عقود التزام المرافق العامة ألا أن مجلس الدولة المصري يطبقها على كافة أنواع العقود الإدارية، وكذا الوضع في العراق حيث أنها تطبق على العقود المدنية والإدارية بموجب نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي.[٢٨]

وتجدر الإشارة في معرض هذا الأمر أن فحوى نظرية الظروف الطارئة يقوم على أساس أن تنفيذ الالتزام أصبح مرهقاً وليس مستحيلاً، وعلى هذا الأساس

فيتوجب على المتعاقد أن يستمر في تنفيذ العقد الإداري على الرغم من الحادث الطارئ الذي قلب اقتصاديات العقد، وفي حال توقفه عن العمل بهذا المبرر فأنه يحق للإدارة أن تفرض عليه كافة الجزاءات العقدية الممنوحة له بموجب القانون، ويكون لها مبررها في معرض هذا الأمر، أي أنه لا يجوز للمتعاقد أن يتحجج بالظرف الطارئ لطلب الغاء الجزاءات المفروضة عليه قضائياً، فاذا استمر بالتوقف رغم فرض الجزاءات عليه يحق للإدارة سحب الأعمال منه والتنفيذ على حسابه.(٢٩)

على أنه أذا استمر الظرف الطارئ لفترة غير معلومة فأنه في هذه الحال يحق للمتعاقد طلب الفسخ القضائي والتعويض في حال تعذر الفسخ الاتفاقي، الأمر الذي يستنتج معه أن الظرف الطارئ من الظروف المؤقتة التي يمكن أن تنقلب لقوة قاهرة في حال استمر فترة طويلة غير معلومة.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي أكد على وجوب تنفيذ العقود ضمن أطار الفترة الزمنية المحددة لها في المادة السادسة من التعليمات رقم ١ لعام ٢٠٠٧، وفي ذات الإطار ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى القول:"...إذا كان الظرف الطارئ تنظمه مع القوة القاهرة فكرة المفاجأة والجسامة، إلا أنه يختلف عنها في أثرة في تنفيذ الالتزام، فهو لا يجعل هذا التنفيذ مستحيلاً بل يجعله مرهقاً بما يجاوز السعة دون أن يبلغ حد الاستحالة، ويستتبع ذلك قيام فارق يتصل بالجزاء، فالقوة القاهرة تفضي إلى انقضاء الالتزام، وعلى هذا النحو يتحمل الدائن تبعتها كاملة، أما الظرف الطارئ غير المتوقع يتشارك الدائن والمدين في تبعته".(٣٠).

وعلى هذا الأساس المتقدم فأنه لا يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض أذا توقف عن العمل بسبب الظرف الطارئ حيث أنه يتوجب عليه الاستمرار في التنفيذ وطلب التعويض في أن واحد معاً، كما يمكنه أن يتم العمل موضوع الالتزام ويسلمه للإدارة ومن ثم يطالب بالتعويض من جراء هذا الظرف الطارئ.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز العراقية ذهبت بهذا الخصوص إلى وجوب كون الالتزام أصبح مرهقاً بحق المدين وليس مستحيل التنفيذ، حيث قضت في حكمها المؤرخ بتاريخ ٢٠٠٨/٢/٢٠ على أنه :"طلب أنقاص الالتزامات المالية للظروف الطارئة التي أدت إلى اختلال التوازن المالي لطرفي العقد بحيث أصبحت الالتزامات مرهقة عليه استناداً لأحكام المادة ٢/١٤٦ مدني، ويجب أن يتم هذا الطلب ضمن مدة نفاذ العقد والا اعتبر راضياً بالتزاماته العقدية وتكون مطالبته بعد انتهاء العقد لا سند لها من القانون" (٣١).

وذهبت في قرار حديث لها بعام ٢٠١٧ على أنه :"أن أحكام نظرية الظروف الطارئة تطبق على الالتزام الذي لم ينقضي بعد لأن تنفيذ الالتزام يعتبر قرينة على أنه لم يكن مرهقاً للمدين" (٣٢).

ثانياً ـ المجال الشخصي لنظرية الظروف الطارئة : يقصد بالمجال الشخصي ضمن هذا الإطار الشخص الذي يمكن له أن يتعلل بالظرف الطارئ لطلب التعويض، بمعنى أدق يقصد به صاحب الصفة والمصلحة في طلب التعويض، وعلى العموم يحق للمتعاقد مع جهة الإدارة طلب التعويض من جراء الظرف الطارئ متى توافرت شروطه،

وتنحصر شروط الظرف الطارئ في الاتي(٣٣):

١. أن يواجه المتعاقد أثناء التنفيذ حادثاً مفاجئ لم يكن بالحسبان أثناء التعاقد.
٢. أن يكون الحادث من الحوادث المؤقتة التي تنتهي خلال فترة معلومة.
٣. أن يقلب الحادث التوازن المالي للعقد بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد، ويهدده بخسارة فادحة.
٤. أن يستمر المتعاقد في التنفيذ على الرغم من وجود الحادث الطارئ.

وتجدر الإشارة في معرض هذا الأمر إلى أنه في حال التنازل عن العقد، أو في حال وفاة المتعاقد الأصلي وانتقال الالتزامات الناشئة عن العقد للورثة يثور تساؤل مفاده من يحق له طلب التعويض من جراء الظرف الطارئ؟

حقيقةً أنه في مثل الحالات المتقدمة تطبق القواعد العامة، حيث أن العلاقة العقدية هي فيصل تشريع الحق بطلب التعويض، حيث يشترط فيها أن تكون قائمة أو أنها انتهت بالتنفيذ أو بسبب القوة القاهرة، ويجب التفرقة بين حالتين:

الحالة الأولى : الحالة التي يتم فيها انتقال العقد لشخص أخر بناءً على موافقة الإدارة، كموافقة الإدارة على التنازل، أو موافقتها على استمرار الورثة بالتنفيذ، أو في حال صدور قرار بسحب الاعمال والتنفيذ على حساب المتعاقد، فأن ذلك يعني أن الإدارة أنشئت علاقة عقدية جديدة يمكن على أساسها للمتعاقد الجديد أن يطالب بالتعويض من جراء الظرف الطارئ، وكذا الحال بالنسبة للورثة فأن حقهم بطلب التعويض ناجم عن علاقتهم العقدية مع الإدارة وأن كان تنفيذ العقد انتقل أليهم أرثاً، بمعنى أنهم الحق في طلب التعويض حق أصلي بالنسبة لهم، وليس حق من حقوق التركة.(٣٤)

الحالة الثانية : وهي الحالة التي لا توافق فيها الإدارة عن التنازل عن العقد كما في حال التعاقد من الباطن، حيث لا يحق للمتعاقد من الباطن أن يطلب التعويض من جراء الظرف الطارئ كونه هو القائم على التنفيذ، وذلك لأنه لا تربطه علاقة

عقدية مباشرة مع الإدارة وإنما يقتصر حقه بالرجوع مدنياً على المتعاقد الأصلي، الذي ينحصر حق التعلل بالظرف الطارئ به وحده.[٣٥]

الفرع الثاني: الضوابط القضائية لنظرية الظروف الطارئة

تعود مهمة الفصل في النزاع الناشئ عن العقد الإداري من جراء تعلل المتعاقد بنظرية الظروف الطارئة للقضاء الإداري، والحقيقة أن نظرية الظروف الطارئة كما أسلفنا يعود أصلها للقانون المدني، ألا أن هذا لا يعني أن القاضي الإداري يملك ذات الصلاحيات التي يملكها القاضي المدني، فعلى سبيل المثال يملك القاضي المدني تفسير العقد لفهم المراد منه في حال كان غامضاً، بمعنى أنه يملك تعديل العقد بين الأفراد لبيان مقصدهم الأساسي منه، كما أنه يملك اثارة نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسه لأنها تعتبر من النظام العام، إلا أن سلطات القاضي الإداري تقتصر على تقرير حق المتعاقد بالتعويض الناجم عن الخسارة التي أحدثها الظرف الطارئ.[٣٦]

ومما تقدم لا يملك القاضي الإداري اثارة نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسه، على الرغم من أنها من النظام العام، فلابد من أن يدفع المتعاقد بها ويطلب التعويض صراحةً، كما أنه لا يملك تعديل العقد الإداري، حيث أن دوره في النزاع بين المتعاقد والإدارة في أطار نظرية الظروف الطارئة يقتصر على تقرير حق المتعاقد بالتعويض، ويعود ذلك لعدة أسباب وهي[٣٧]:

١. اختلاف طبيعة الرابطة الإدارية العقدية عنها في القانون المدني، فضلاً عن اختلاف الهدف والغاية من التعاقد بين كل من العقد الإداري والمدني.
٢. يفرض مبدأ فصل السلطات على القاضي الإداري الوقوف عند حد معين فلا يمكنه أن يوجه أمر مباشر لجهة الإدارة .
٣. أن طبيعة دور القاضي الإداري تقتصر على الوقوف عند التأكد من أن التصرف الإداري يوافق مبدأ المشروعية فأما أن يجيز التصرف ويرد الدعوى المقدمة ضد الإدارة، أو أنه يبطل التصرف أو الجزء الباطل منه في حال صحت بقية أجزائه، وعلى هذا الأساس يدخل تقرير التعويض للمتعاقد من جراء التعلل بنظرية الظروف الطارئة ضمن الدور الأصيل للقاضي الإداري بمراقبة مبدأ المشروعية الإدارية.

ولابد من ذكر أن مجلس الدولة الفرنسي سار على أساس الاتجاه المتقدم، حيث أنه يقف دائماً عند الحد القاضي بتقرير التعويض للمتعاقد في حال توافر الظرف الطارئ، حيث أنه قرر في قضية تراموای عام ١٩٣٢ أنه :"يجب على الإدارة مانحة الالتزام أن تتخذ الإجراءات الضرورية لمساعدة الملتزم كي تؤمن له

الاستمرار في أداء خدماته للمرفق الذي يديره، ولا سيما المساعدات اللازمة للاستعانة بها في مواجهة الظروف الطارئة".[٣٨]

وهو ذات النهج الذي سارت عليه محكمة التمييز العراقية حيث قررت أنه :"أذا تبين أنه صدر قرار سحب العمل من المقاول، وفي نفس الوقت أقام دعواه طالباً تنزيل الكلفة، وحيث أن الشروط الواردة في المادة ٨٧٨ من القانون المدني متوافرة في الادعاء، فيتوجب على المحكمة الخوض في أساس الدعوى والتثبت من انهيار التوازن الاقتصادي في الالتزامات العقدية تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، وهو ما استقر عليه قضاء محكمة التمييز".[٣٩]

وتجدر الإشارة في معرض هذا الأمر أن دور القاضي الإداري في تقرير التعويض يقوم على أساس تحديد الفترة التي بدء فيها الظرف الطارئ، وتاريخ الفترة التي أنتهى فيها هذا الظرف، فضلاً عن تقدير حجم الخسارة المادية التي لحقت بالمتعاقد، وعلى الغالب الأعم يستعين القاضي الإداري لتحديد ما تقدم للخبرة الفنية على اعتبار ان المسائل المتقدمة تعد من المسائل الفنية البحتة التي تدخل ضمن اختصاص الخبرة، ويتبنى القاضي هذا التقرير في حال رأى أنه موافق للقانون والأصول.

على أنه تجدر الاشارة أن أساس نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني يقوم على تحميل الخسارة لطرفي الالتزام بالتساوي، وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد على نحو عادل، ألا أن الحال يختلف في أطار القضاء الإداري حيث أنه في الغالب الاعم تتحمل الجهة الإدارية النسبة الأكبر من الخسارة الناجمة عن الظرف الطارئة، مع الأخذ بالحسبان الإجراءات التي قامت بها الجهة الإدارية لتقديم التسهيلات للمتعاقد لمواجهة هذا الظرف، ويعود هذا التوجه على أن الجهة الإدارية لا تسعى لتحقيق الربح من العقد الإداري، بل تسعى لتحقيق مصلحة اسمى ألا وهي تحقيق النفع العام لعموم الأفراد، فضلاً عن المركز غير المتساوي لأطراف العقد الإداري حيث أن الإدارة هي الطرف الأقوى فيه لما منحها المشرع من امتيازات استثنائية بمواجهة المتعاقد.[٤٠]

خاتمة.

تعد نظرية الظروف الطارئة في أطار العقود الإدارية من النظريات الاجتهادية التي صنعها مجلس الدولة الفرنسي، وهي تجد جذورها الأولى في التقنين المدني، إلا أن القضاء الإداري حور هذه النظرية لتطبيقها على العقود الإدارية بما يتوافق مع طبيعة الرابطة الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها.

وهي تقوم على أساس مبدأين أثنين، أما الأول يتمثل بالمحافظة على سير المرفق العام بانتظام، ويتمثل الهدف الثاني بالمحافظة على التوازن المالي للعقد، وقد

طبقها القضاء في كل من فرنسا ومصر والعراق على أساس كل من المبدأين المتقدمين، وهو ما يوضح أن العقد الإداري على الرغم من طبيعته الخاصة إلا أنه لا يخرج عن الطبيعة العقدية المعرف عليها في القانون المدني.
وقد توصلنا من خلال البحث لمجموعة من النتائج والتوصيات نبينها على الشكل الاتي :

النتائج

١. تسهم نظرية الظروف الطارئة في تعزيز الثقة العامة بالإدارة، حيث أنها تشارك المتعاقد بالخسارة اللاحقة به من جراء الظرف الطارئة، مما يدفع الافراد للتعامل معها الامر الذي يحقق مفهوم سير المرافق العامة بانتظام واطراد.
٢. على الرغم من أن العراق يتبع نظام القضاء المزدوج إلا أن اختصاص النظر بالنزاعات الناشئة عن العقود الإدارية لا يزال ضمن اختصاص المحاكم المدنية .
٣. يعد الظرف الطارئ من الظروف المؤقتة التي تمتد لفترة معلومة من الزمن، ومتى استمر لفترة غير معلومة الانتهاء ينقلب لقوة قاهرة .
٤. لا يملك القاضي الإداري تعديل الالتزامات العقدية للمتعاقد مع الإدارة لتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد، ويقتصر دوره على تقرير التعويض المناسب، على أن الأمر يختلف في العراق حيث أن اختصاص المحاكم العادية بنزاعات العقود الإدارية يوسع سلطات القاضي إزاء الإدارة .
٥. تعد نظرية الظروف الطارئة من متطلبات النظام العام إلا أن القاضي الإداري لا يملك اثارتها من تلقاء نفسه، على أن الأمر في العراق يختلف لذات السبب في النتيجة الرابعة.
٦. أن قبول دعوى التعويض الناشئة عن الظرف الطارئ أمام القضاء الإداري لا تعد من الدعاوى الشخصية التي يكون هدفها تحصيل حقوق شخصية للمتعاقد، وإنما يكون أساسها الحفاظ على التزام الإدارة بمبدأ المشروعية الإدارية.

التوصيات

١. نوصي مجلس الدولة العراقي بمد اختصاصه ليشمل المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وعلى الخصوص أن العراق أخذ بنظام القضاء المزدوج أسوةً بفرنسا ومصر، فالاختصاص ينتزع ولا يوهب على اعتبار أن الإشكاليات التي تتولد عن أثر نظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري تعد من المنازعات الإدارية الصرفة التي يختص بها القضاء الإداري.

٢. نوصي القضاء في كل من مصر والعراق على الخصوص بأن يكون اجتهاده بخصوص الظروف الطارئة يتوافق مع طبيعة المجتمع العربي، وطبيعة التعاملات الإدارية في هذا المجتمع، الأمر الذي يسهم في تطوير هذا المبدأ القانوني.
٣. نوصي محكمة التمييز العراقية بأن تطبق المبادئ التي تتطلبها الرابطة الإدارية في إطار نزاعات العقود الإدارية ومنها النزاع المتعلق بالظروف الطارئة، فلا يمكن معاملة الإدارة على قدم المساوة مع الأفراد على عظم الغاية والمهمة التي تتولاها.
٤. ذهب البعض إلى ضرورة قيام محكمة التمييز العراقية بفسخ العقود في حال وجود ظرف طارئ، وألا يقتصر دورها على تقرير التعويض، وعليه نوصي بعدم الأخذ بهذا التوجه لأنه يؤدي إلى تعطيل المرفق العام، على الخصوص أن تعويض يحقق العدالة بإعادة التوازن لاقتصاديات العقد.

الهوامش

[١] ـ أحمد محمد البوشي عبده علي، مفهوم العقد الإداري وسماته، المجلة القانونية، دون عدد أو مجلد، مصر، ٢٠١٠، ص ٣٨٩٠

[٢] ـ مجدي مدحت النهري، مبادئ القانون الإداري في دولة الأمارات العربية المتحدة، جامعة الجزيرة، الأمارات، ٢٠١١، ص ٢٦٤

[٣] ـ زانا رؤوف حمه كريم، اختصاصات مجلس الدولة في نطاق العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة السليمانية، كلية الحقوق، العراق، ٢٠٢١، ص ١٤

[٤] ـ سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص ٥٩

[٥] ـ أورده عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣، ص ٥٢٨

[٦] ـ أورده انا رؤوف حمه كريم، اختصاصات مجلس الدولة في نطاق العقود الإدارية،مرجع سابق، ص ١٥

[٧] ـ سيف محمد سيف السويدي، فسخ العقد الإداري، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٨، العدد١، الأمارات، ٢٠٢١، ص ١٧٢

[٨] ـ المرجع السابق نفسه، ص ١٧٣

[٩] ـ أحمد محمد البوشي عبده علي، مفهوم العقد الإداري وسماته،مرجع سابق، ص ٣٨٩٣

[١٠] عبد رزيج أسود، جائحة كورونا وأثرها على العقود الإدارية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية،مجلد ١٢، عدد١، العراق، ٢٠٢٢، ص ١٦٠

[١١] ـ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ١٨٨

[١٢] ـ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص ١٨٩

[١٣] ـ تتلخص وقائع هذه القضية أنه بعد نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم بشكل كبير لدرجة أن الشركة المكلفة بإنارة مدينة بوردو الفرنسية وقعت بخسارة كبيرة، حيث أن المبلغ الذي تتقاضاه لم يعد يغطي نفقات الإنارة، فطلبت من الإدارة زيادة مبلغ الالتزام إلا أن الأخيرة رفضت بحجت أن العقد شريعة المتعاقدين، وانتهت النزاع أمام مجلس الدولة الفرنسي الذي أقر نظرية الظروف الطارئة لاعادة التوازن المالي للعقد.

[١٤] ـ علي يونس إسماعيل، التطورات الحديثة في الإنهاء القضائي للعقد الإداري بسبب الظرف الطارئ، مجلة جامعة تكريت للحقوق،المجلد السابع، العدد الثالث، الجزء الأول، السنة السابعة، العراق، ٢٠٢٣، ص ٦٤٣

[١٥] ـ المرجع السابق أعلاه، ص ٦٤٣

[١٦] ـ مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية للسنة ٣٠ قضائية، العدد الأول، ص ٢٥٠

[١٧] ـ تنص على أنه :"إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين إذ يهدده بخسارة فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أن اقتضت العدالة ذلك ويقع باطلاً كل اتفاق يقع خلاف ذلك".٤

[١٨] ـ تنص المادة ٢٩ من قانون المرافعات المدنية العراقي المعدل رقم ٨٣ لعام ١٩٦٩ على أنه :"تسري ولاية المحاكم المدنية على جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية بما في ذلك الحكومة، وتختص بالفصل في كافة المنازعات إلا ما استثني منها بنص خاص"، مع العلم أن نص المادة السابعة من قانون مجلس شورى الدولة حصرت اختصاص المجلس بمنازعات القرارات الإدارية.

[١٩] ـ علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية، قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨، ط٢، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٩٧-٩٨

[٢٠] ـ حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، ج٥، المكتبة القانونية، بغداد ٢٠٢١، ص ١٣

[٢١] ـ احمد سلامة بدر، العقود الإدارية وعقد البوت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٧٧

[٢٢] ـ أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٧٨

[٢٣] ـ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية لعام ١٩٨٩، مشار أليه لدى أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٨٠

[٢٤] ـ حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، مشار اليه لدى أحمد سلامة بدر، مرجع سابق، ص ٢٨٠

[٢٥] ـ حيدر عودة كاظم، المختار من قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، الجزء الخامس، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠٢١، ص ١٠

[٢٦] ـ رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دون دار نشر أو طبعه، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١٣١

[٢٧] محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، ط٢، دون دار نشر أو عاصمة نشر أوتاريخ نشر، ص ٤١٦

[٢٨] ـ حسن محمد على حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد١٦، العدد ٥٨، السنة ١٨، ٢٠١٣، ص ١٧٤

[٢٩] ـ محمد عبد العال السناري، الضوابط القانونية لنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٨، ص ٦٧

[٣٠] ـ حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم ٩٨٣ مشار أليه لدى مصعب أياد إبراهيم الكروي، نظرية الظروف الطارئة واثرها على العقد الإداري، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والأردني والمصري، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط الأردن، ٢٠٢١، ص ٩٥

[٣١] حكم محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٤٣ لعام ٢٠٠٨ مشار أليه لدى أسماء عبد الكاظم مهدي العجيلي و علي قاسم محمد الحمداني، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الأداري، مجلة رسالة الحقوق، العدد الرابع، السنة الرابعة عشر، العراق، ٢٠٢٢، ص ٤٩٥

[٣٢] قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم ١٥٧ / الهيئة الاستئنافية عقار لعام ٢٠١٧، مشار أليه لدى فوزي كاظم المياحي، مرجع سابق، ص ٢٣٩

[٣٣] ـ مصعب أياد إبراهيم الكروي، نظرية الظروف الطارئة واثرها على العقد الإداري، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والأردني والمصري، المرجع السابق، ص ٦٥

[٣٤] ـ حسن محمد على حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١٧٦

[٣٥] ـ حسن محمد على حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، المرجع السابق، ص ١٧٧

[٣٦] ـ صادق سمين، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، مطبعة الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٩١، ص ٦٣

[٣٧] ـ محسن عبد القادر صالح محمد، و جوان ناصح أمين، أثر نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة كلية القلم، كركوك، دون تاريخ نشر، ص ٢٠٠

[٣٨] ـ المرجع السابق نفسه، ص ٢٠٠

[٣٩] قرار محكمة التمييز العراقية في الدعوى ١٣٨٦ موسعة أولى /١٩٨٨، مجلة القضاء العراقية، بغداد، ١٩٩٠، ص ١١٦

[٤٠] ـ حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٥ ـ ٢٠٦

قائمة المراجع والمصادر

أولاً ـ الكتب

i. رشيد قباني، نظرية الظروف الطارئة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دون دار نشر أو طبعه، بيروت، ٢٠٠٢

ii. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة في العقود الإدارية، ط٥، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١

iii. صادق سمين، العقد الإداري في مبادئ الإدارية العليا، مطبعة الهيئة المصرية للكتاب، القاهرة، ١٩٩١

iv. عبد الغني بسيوني، النظرية العامة في القانون الإداري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣
v. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، الدار الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٧
vi. مجدي مدحت النهري، مبادئ القانون الإداري في دولة الأمارات العربية المتحدة، جامعة الجزيرة، الأمارات، ٢٠١١
vii. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، الجزء الأول، ط٢، دون دار نشر أو عاصمة نشر أو تاريخ نشر
viii. محمد عبد العال السناري، الضوابط القانونية لنظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية القاهرة، ١٩٩٨

ثانياً ـ الرسائل العلمية

i. إبراهيم الكروي، نظرية الظروف الطارئة واثرها على العقد الإداري، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والأردني والمصري، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، الأردن، ٢٠٢١
ii. زانا رؤوف حمه كريم، اختصاصات مجلس الدولة في نطاق العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، جامعة السليمانية، كلية الحقوق، العراق، ٢٠٢١

ثالثاً ـ الأبحاث القانونية

i. أحمد محمد البوشي عبده علي، مفهوم العقد الإداري وسماته، المجلة القانونية، دون عدد أو مجلد، مصر، ٢٠١٠
ii. حسن محمد على حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد١٦، العدد ٥٨، السنة ١٨، ٢٠١٣
iii. عبد رزيج أسود، جائحة كورونا وأثرها على العقود الإدارية، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية،مجلد ١٢، عدد١، العراق، ٢٠٢٢
iv. علي يونس إسماعيل، التطورات الحديثة في الإنهاء القضائي للعقد الإداري بسبب الظرف الطارئ، مجلة جامعة تكريت للحقوق،المجلد السابع، العدد الثالث، الجزء الأول، السنة السابعة، العراق، ٢٠٢٣
v. سيف محمد سيف السويدي، فسخ العقد الإداري، مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٨، العدد١، الأمارات، ٢٠٢١
vi. محسن عبد القادر صالح محمد، و جوان ناصح أمين، أثر نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري، مجلة كلية القلم، كركوك، دون تاريخ نشر

رابعاً ـ الدوريات

i. علاء صبري التميمي، المجموعة المدنية، قضاء محكمة التمييز الاتحادية للسنوات ٢٠٠٦، ٢٠٠٧، ٢٠٠٨، ط٢، بغداد، ٢٠٠٩
ii. مجموعة المبادئ التي أقرتها المحكمة الإدارية العليا المصرية للسنة ٣٠ قضائية، العدد الأول
iii. مجلة القضاء العراقية، بغداد، ١٩٩٠.