# نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة في القانون العراقي والشريعة الاسلامية

د. أميرة جعفر شريف- جامعة سوران د. كاوه ياسين سليم - جامعة اربيل التقنية
(كلية القانون والعلاقات الدولية- ومحاضر في جامعة بيان) (المعهد التقني خبات – قسم الادارة القانونية)
م. مصطفى رشيد – جامعة تيشك – كلية القانون

doi:10.23918/ilic2019.62

## المقدمة

ان وجود متغيرات اقتصادية تطرأ في عصرنا الحديث قد تخلف هذه التغيرات ظروف طارئة لا يتوقعها المتعاقدان التي تنتج آثار كثيرة تلقي اعباء على الادارة والمتعاقد أو كليهما، ويؤدي الى استحالة التنفيذ، وهذا ما يترتب على القوة القاهرة أو ارهاق تنفيذ التزام المتعاقد في الظروف الطارئة، وعلى الرغم من ان نشأتهما القضائية ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي إلا انهما قننت في نصوص القانون المدني في مصر والعراق واصبح العمل بها ظرورياً لضمان الحقوق والالتزامات اطراف العقد الاداري، فتقوم الإدارة بالتعبير عن إرادتها بنفسها وإبرام عقودها بمناسبة ممارسة وظيفتها الإدارية فانه من المقرر أيضا انه ليس كل ما تعقده الإدارة من تعاقدات تعد عقوداً إدارية وبالتالي تخضع لقواعد القانون الإداري. وهذا ما يؤكد ان القانون الخاص يبقى هو الأصل المعمول به في العقود لاسيما العقود المدنية، وما طرأ من نظرية العقد الاداري، وما رافقها من نظريات طبقت على ضوئها، منها نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، والتي هي موضوع دراستنا.

## أهمية البحث

تكمن أهمية هذه الدراسة في أن لموضوع نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة وأثرها على إعادة التوازن الاقتصادي المختل في العقود، أهمية كبيرة من الناحيتين العلمية والعملية، فمن الناحية العلمية فإن هذا المبدأ يعد من نتاج قواعد العدالة التي تهدف الى التخفيف من القوة الملزمة للعقد. ومن الناحية العملية فالكل يعلم بان الأوضاع الاقتصادية المتقلبة التي يمر بها العالم بصورة عامة والعراق بصورة خاصة، تحتاج الى وسائل تساعد على المحافظة على التوازن الاقتصادي الذي يتأثر بتلك التقلبات ومن أهم هذه الوسائل هي تطبيق نظريتي القوة القاهرة و الظرو ف الطارئة.

## هدف البحث

وقد تمثلت أهداف البحث في إلقاء الضوء على عدة محاور رئيسية تتمثل في بيان ماهية القوة القاهرة والظروف الطارئة، وهل تطبق على جميع العقود؟ وماهي شروط تطبيقهما، وكيف يمكن معالجة آثارهما بالنسبة للاطراف العقد، وأيضا.بيان مدى سلطة القاضي في تعديل العقد أو فسخه، استناداًالى هاتين النظريتين.

## مشكلة البحث

تبرز اشكالية البحث ومعالجاتها العادلة في المرحلة الراهنة على صعيد العراق، بشكل خاص، حيث أن العديد من العقود ذات الصلة بالأنشطة الاقتصادية المختلفة قد تأثرت أو تتأثر بتلك الظروف إذ ان نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، قد جاءت لحل عدة اشكاليات في عمومية ابرام العقود، وبذلك يرد عليهما العديد من الاستثناءات، ولهذا السبب لاتلقى القبول والتأييد بسهولة، حيث مرتا بتطور تاريخي حتى وصلتا إلى ماهما عليها آلآن، ومازال هنالك جدل واسع حول الأخذ بهما من عدمه، ويثار التساؤل كذلك بخصوص كونها متعلقة بالنظام العام من عدمه، كما أن المشرع وضع لتلك النظريتي شروطاً وأحكاماً معينة، وهذا يقتضي منا تناول كل ذلك من خلال هذا البحث.

## منهجية البحث

اعتمدت الدراسة على منهجين الأول هي المنهج الوصفي، عبارة عن مفهوم وموقف القوانين الوضعية من نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، مع الاشارة الى موقف الشريعة الاسلامية، والثاني المنهج التطبيقي عن طريق الاحكام القضائية، وموقف القضاء والفقه من ذلك.

## خطة البحث

تشهد ساحات القضاء العراقي تطبيقات لأحكام النظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة التي من المؤمل أن تتوسع مستقبلاً بفعل الازمات وبما يوفر إمكانية إعادة التوازن الاقتصادي بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين. وللاهميتهما في الوقت الراهن وآفاق تطبيقهما حالياً ومستقبلاً في العراق فقد أخترناها موضوعاً للبحث وعلى أساس الخطة الآتية، والتي سوف نستعرض في المبحث الاول مفهوم وشروط والطبيعة القانونية لنظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة في ثلاث مطالب، اما في المبحث الثاني فنستعرض آثار وتكيفهما القانونية، مع بيان موقف الشريعة الاسلامية وذلك في مطلبين. ونختتم دراستنا بخاتمة وجملة استنتاجات والتوصيات.

## المبحث الاول

## مفهوم نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة

تختل اقتصاديات العقد اختلالاً جسيماً لظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند ابرام العقد ورغم تعدد النظريات[1] والصعوبات المادية غير المتوقعة في هذا المجال وتداخل مفاهيمها، فقد يفي الهدف الاساسي من هذا التعدد والتنوع كفالة حسن سير المرافق العامة باستمرار وانتظام من جانب الادارة[2].

---

([1]) د. حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة- مجلة الرافدين، المجلد (١٦) ، (العدد ٥٨)، (السنة ١٨) كلية الحقوق، جامعة موصل، ص١٥٦.

([2]) محمود عبدالمجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية وآثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ١٩٩٨، ص٩.

وللمتعاقد الاخر حق المطالبة بالتعويض للتغلب على هذه الظروف كي تشاركه في تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به[١]، اذ يقتضي طبيعة العلاقة بين الادارة والمتعاقد بحسن النية والتعاظد والتساند والمشاركة[٢]،ومن اهم النظريات التي تواجه تنفيذ العقود هي نظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة، والتي سنستعرضها في مطلبين كالآتي:

## المطلب الاول
## نظرية القوة القاهرة

تملك الادارة انشاء تصرفات قانونية ومن بين تلك التصرفات القانونية التي تمارسها الادارة هو العقد الاداري، التي يقصد به تصرف قانوني صادر عن الإدارة، لذا تشترط ان تتحد إرادة الإدارة مع إرادة المتعاقد،وان يحدث اثر قانوني بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله بهدف تحقيق المصلحة العامة[٣].

القاعده العامه التي تحكم ابرام العقود هي قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومقتضى هذه القاعده أن ما اتفق عليه طرفا العقد من شروط وماضمنوه من بنود بإرداتهما ملزم لهما ويترتب على ذلك انه لايجوز لاحدهما او للقاضي الرجوع عن العقد أو تعديله اوتضمينه شروط وبنود خلافا لارادة عاقديه أو إلغائه أو وقف سريانه إلاّ باتفاق الطرفين وهذا نتيجة طبيعية لتطبيق مبدأ سلطات الارادة وحرية التعاقد بصورة مطلقة[٤]، أو بنص القانون بمعنى أن للعقد في حدود موضوعه قوة نفاذ مساوية لقوة القانون، ولا يكون ملزماً لطرفي العقد وحدهم وإنما يكون ملزماً بالنسبة للقاضي، فلا يستطيع القاضي تعديل العقد وإنهاءه لاعتبارات تتعلق بالعدالة إلاّ إذا ورد نص في القانون يجيز له ذلك ويكون التعديل في الحدود التي رسمها المشرع في النص[٥]

.

إلا أن اثناء تنفيذ العقود الإدارية قد تطرأ ظروف معينة أو تصطدم بصعوبات خارج عن إرادة الاطراف المتعاقدة وغير متوقعة تؤثر في تقرير مصير هذا العقد اما بجعله اكثر ارهاقاًPlus difficil أو اكثر كلفة plus onereuse أو يصبح مستحيلاً impossible [٦].

وان من اهم النظريات التي تواجه تنفيذ العقود هي نظرية القوة القاهرة، ونظرية الظروف الطارئة والتي نستعرضها في فرعين على النحو الاتي:

### الفرع الاول
### ماهية القوة القاهرة

القوة القاهرة هي حدث خارجي، غير متوقع، لايمكن مقاومته، مستقل عن إرادة الأطراف المتعاقدة وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية (بين الملتزم المتعاقد والإدارة) أو احدهذه الالتزامات[٧]،لا يلزم أحد بالمستحيل[٨].

هذه النظرية من خلق قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وترجع تطبيقاتها الى منتصف القرن التاسع عشر، ويمكن اجمالها فيما يلي: إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات ذات طبيعة استثنائية خالصة ولايمكن توقعها بحال من الاحوال عند ابرام العقد، وتؤدي الى جعل تنفيذ العقد مستحيلاً، فان من حقه ان يطالب بتعويض كامل عما تسببه هذه الصعوبات من اضرار[٩].

فلم يخرج تعريف القوة القاهرة في العقد الإداري من مفهومه في العقد المدني، فعرف الفقه الاداري الفرنسي القوة القاهرة، بأنها: "الحادث الخارجي عن إرادة الاطراف المتعاقدة، وغير المتوقع وغير المرتقب والذي ستحل دفعه، ويؤدي الى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية".

اما الفقه الاداري المصري، فعرف القوة القاهرة بانها الحادث غير المتوقع، الذي لايمكن دفعه والذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.وعرفها اخرون بأنها "حادث مستقل عن إرادة الاطراف المتعاقدة وغير ممكن توقعه، وهو يحول بصورة مطلقة دون تنفيذ مجموع الالتزامات العقدية أو احد هذه الالتزامات"[١٠].وهذا التعريف متفق عليه بين فقهاء القانون الاداري كما في هو مقررفي قانون المدني.

ويعرفها البعض من الفقه العراقي بأنها (الأمر الأجنبي عن المدين والدائن والغير كالحرب بما ينجم عنها من أحداث مادية وأزمات اقتصادية أو صدور تشريع أو أمر أجنبي واجب التنفيذ أو وقوع زلازل أو حريق أو فيضانات أو هبوب عاصفة أو

---

(١) د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص١٥٦.
(٢) محمود عبدالمجيد المغربي، المرجع السابق، ص١٠.
(٣) سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، بحث منشور مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٨، ص١٤٧.
(٤) مصطفى نجم عبد كشاش، اثر الظروف الطارئة عاى الالتزام التعاقدي، بحث، كلية القانون جامعة القادسية، ٢٠١٣، ص٩.
(٥) احمد طلال عبد الحميد، قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية)دراسة قانونيه مقارنه، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠١٢، ص٩.
(٦) محمود عبدالمجيد المغربي، المرجع السابق، ص١٢.
(٧) د. نصري منصور نابلسي، العقود الادارية، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢، ص٦٤٥.
(٨) آلان بينابنت، ترجمة منصور القاضي، القانون المدني الموجبات (الالتزامات)، مجد المؤسسة الجامعية لدراسات والنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٤، ص٢٥١.
(٩) د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ١٩٩١، ط٥، ص٧١٤. وكذلك انظر حكم المحكمة الادارية العليا الصادر بتاريخ ١٩٩٧/١١/١٥، في الدعويين ٤٦٦٩ و ٥٠٨٧.
(١٠) د.سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٨-١٩٩٩، ص٤١٠.

انتشار وباء)[١]. كما تُعرف بأنها (كل أمر يصدر عن حادث خارج إرادة المدين، لا تجوز نسبته إليه، من غير الممكن توقعه وغير الممكن دفعه، يجبر الشخص على الإخلال بالتزامه)[٢].

كما نجد أن المشرع العراقي يستعمل مصطلح (لا يد للمدين فيه) في معرض الحديث عن السبب الأجنبي والقوة القاهرة إحدى صوره. إذ تنص المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي على إنه: (إذا استحال على الملتزم بالعقد أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه مالم يثبت إن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه). وكذلك تنص المادة (٢١١) من القانون نفسه وفيما يتعلق بالمسؤولية التقصيرية على إنه:(إذا اثبت الشخص ان الضرر نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه).

ونصت المادة ١١٤٧ من القانون المدني الفرنسي على ان المدين يكون مسؤلاً، إلا إذا كان عدم تنفيذه لالتزامه راجعاً الى سبب خارجي ليس مسنوباً له. ونصت المادة ١١٤٨ على ان المدين لايكون مسئولاً عن التعويض إذا لم يقم بتنفيذ التزامه بسبب قوة قاهرة. وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها إلى أن القوة القاهرة (هي حدث خارجي يقع على نشاط التزام المدين)[٣].

كما نصتا المادتين ١٧٧/١٤٧ من القانون المدني المصري[٤] بأن مسؤولية المدين لا تترتب إلا إذا وجد تقصير في جانبه، ونص على ان التضمينات المترتبة على عدم الوفاء بكل المتعهد به أو يجز به أو المترتبة على تأخير الوفاء لايكون مستحقة زيادة على رد ما أخذه المتعهد الا إذا كان عدم الوفاء أو التـأخير منسوباً لتقصيرالمتعهد المذكور. ونص في المادتين ٢٤١/١٧٨ على أنه إذا صار الوفاء غير ممكن بتقصير المدين أو حدث عدم الامكان بعد تكليفه بالوفاء تكليفاً رسمياً الزم بالتضمينات. وذهبت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها إلى أن القوة القاهرة هي (حادث شاذ، غير عادي، لم يتوقعه المرء ولا كان في إمكانه درؤه، ويكون من نتيجته أنه ليس فقط يجعل الوفاء بالتعهد عسيراً بل مستحيلاً[٥].

لذا نرى إن الاسس المكونة لنظرية القوة القاهرة هي عينها في كلا القانونين. وهذا ما يؤكده بعض الفقهاء بالقول[٦]: "بصورة عامة فإن شروط القوة القاهرة والقانون الاداري هو ذاتها في القانون المدني".

## الفرع الثاني
## شروط القوة القاهرة

يتجلى لنا بوضوح من تعريف القوة القاهرة أن ثمة شروطاً يجب اجتماعها في الحدث لاكتسابه وصف القوة القاهرة. وتتجسد هذه الشروط، عموماً، باستقلال الحدث عن إرادة المدين، وعدم إمكان توقع الحدث، وعدم إمكان دفعه أو تجنب نتائجه الضارة. ونتولى فيما يأتي استعراض كلٍ من هذه الشروط وبالتتابع. علماً ان شروط القوة القاهرة في القانونين الاداري والمدني متطابقة، وتتخلص في :

### أولاً: عدم إمكان التوقع أو حدث غير مرتقب

أي أن لايكون المتعاقد قد تصور إمكانية حدوثها عند إبرام العقد. فالصفه الملازمة للقوة القاهرة انها غير مقدرة الوقوع[٧].إذ أن توقع الحدث أو عدم توقعه يمثل الفاصل بين قدرة المتعاقد على تحاشي وقوع الحدث من خلال الاستعداد السابق لمواجهته إذا كان يتوقعه، أو عدم قدرة المتعاقد على ذلك متى لم يكن ممكناً بالنسبة إليه توقع الحدث[٨].فالحرب والثورة والاضراب والحريق وانفجار الالات وغارات الجراد وآفة الدودة وزيادة عدد الركاب في فصل الصيف بسبب السياحة فيجب ان يكون غير متوقعة من قبل الشركات السياحية، كل ذلك تعتبر حوادث فجائية في الحالات التي تكون فيها غير ممكن تلافي وقوعها ولا درء نتائجها. أما في غير تلك الاحوال فيقع عبء اثبات توافر هذا الشرط على المدين الذي يدفع مسؤليته عن عدم التنفيذ بأن أحد الحوادث المذكورة قد حال دون قيامة بتنفيذ التزامه[٩].فشرط استقلال الحدث عن إرادة المدين، وشرط عدم توقع الحدث، وعدم امكانية دفعه، قد يتم تقديمها بأكثر من معيار وبطرق شتى. وقد يختلف معيار هذا التقدير من متعاقد الى آخر.

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، جـ١، مصادر الالتزام، ط٥، مطبعة نديم، بغداد، ١٩٧٧، ص٥٣٨. د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، جـ١، ط١، القاهرة، ١٩٨٠، ص٧٨٤. د. محمود جمال الدين زكي/ عقد العمل الفردي في القانون المدني المصري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص٢٦٣.

(٢) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٤٦، ص٥٧. د. حسن عكوش، المسؤولية المدنية العقدية والتقصيرية في القانون المدني الجديد، ط١، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٣، ص٢٢.

(3)Cass. Ien CIV, 26raai 1994 j.c.p. 94, 1,n011.

(٤) القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .

(٥) حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٧٧ لسنة ٧٢ القضائية، جلسة ٢٨ من نوفمبر سنة ٢٠٠٢، المكتب الفني، سنة ٥٣، ج٢، ص ١١٢٩.

(٦) د. محمود عبدالمجيد المغربي، المرجع السابق، ص١٥. حيث يرى الاجتهاد ان القوة القاهرة تتمثل في حادثة غير متوقعة على الوجه الطبيعي حصلت فجعلت وقوع الضرر محتوماً من غير أن يكون بالإمكان تداركه أو تجنبه. وكذلك في حادث من غير ترقب له ومن غير ان يكون للحارس ان يتغلب عليه، ولم يكن هو ذاته معزواً الى هذا الحارس او الى الشئ العائد اليه حراسته. أنظر: عاطف النقيب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن فعل الاشياء، منشورات عويدات، بيروت- باريس ١٩٨٠، ط١، ص٣٠٣.

(٧) د. علي عبدالامير قبلان، المرجع السابق، ص٢٨.

(٨) د. عادل جبري محمد حبيب، مصدر سابق، ص٣٩٢.

(٩) د. سليمان مرقس، احكام الالتزام، دار الكتب القانونية، شتات –مصر، ط٦، المنشورات الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨،ص١٥٣.

لذلك يكون من البديهي أن ينشب الخلاف بين الأطراف حول مدى توافر هذه الشروط مجتمعةً في الحدث[١]. ويقع عندئذٍ،على عاتق المحكمة او المحكم عبء فض النزاع بين الأطراف حول هذه الإشكالية[٢].

## ثانياً: أن يكون الحادث خارجاً عن إرادة المتعاقدين

ويقصد به أن يكون الحدث خارجاً عن إرادة المدين، فلا يتسبب في حدوثه ولا يسبقه أو يقترن به خطأ المدين، ولا ينجم عن إهماله وتقصيره يفترض ألا تكون من عمل الادارة[٣]، فإذا كان مرجعها الى فعل الادارة، فيعني بطبيعة الحال التزام الادارة بالتعويض، ويجب ايضاً ألايكون للمتعاقد يد في احداث تلك الصعوبات أو زيادة آثارها خطورة. وان يثبت انه لم يكن في وسعه توقي آثار تلك الصعوبات بما بين يديه من وسائل.

ويبدو جلياً مما تقدم أن هنالك تعارضاً واضحاً بين فكرة إهمال المدين وفكرة القوة القاهرة، حيث لا يمكن الجمع بينهما، فلا وجود للقوة القاهرة مع وجود إهمال ينسب لادارة، إذ أن تحقق الإهمال في جانب الادارة يهدم شرط استقلال الحدث عن إرادة المدين. ورغم ما تقدم، فإن هنالك بعض الحالات تنشأ من اتفاق الأطراف وتغطي فيها القوة القاهرة بعض الأحداث التي لا تبتعد كثيراً عن إرادة المدين في حدوثها. كما لو اتفق الأطراف على أن يعفى أحدهما من التعويض إذا تعذر عليه تنفيذ التزامه بسبب الإضراب. ففي مثل هذه الحالة يفسر القضاء مثل هذه الاتفاقات للإعفاء من المسؤولية على نحوٍ ضيق بحيث تحقق اقل فائدة للمدين المهمل وبالتالي لا يتوسع في تفسيرها كما لا يمكن القياس عليها[٤].

ويجب اخيراً ان يثبت ان المتعاقد لم يخرج عن شروط العقد اثناء قيامه بتنفيذ التزاماته[٥].مثل ذلك أن تخل صحيفةبالتزامها من نشر إعلان تعاقدت على نشره، ويكون السبب في اخلالها بالالتزام قوة قاهرة هو حكم بوقف الصحيفة، ولكن تبين ان الوقف كان مبنياً على مخالفة الصحيفة للقانون، فالقوة القاهرة هنا سبقها خطأ المدين فلا تعفيه من المسؤلية. كذلك إذا أعذر المدين، ثم هلك الشئ في يده بقوة قاهرة، فانه يكون مسئولاً عن الهلاك، لأن خطأ في جانبه سبق القوة القاهرة، إذا تأخر عن التسليم و ثبت هذا التأخير بالاعذار[٦].

## ثالثاً: استحالة الدفع (عدم امكانية تلافي الحدث)

لايكفي عدم امكان توقع حصول الامر، بل يجب ايضاً إذا حصل ألا يكون في الامكان دفعه، اي مستحيل الدفع. اما إذا امكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة، كما يجب ان تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً[٧].ويعد هذا الشرط، في الواقع، شرطاً بديهياً تقتضيه طبيعة الفكرة التي تقوم عليها القوة القاهرة. لذلك لم يدرج المشرع صراحةً، في تشريعات معظم الدول، هذا الشرط ضمن مقومات القوة القاهرة (والسبب الأجنبي عموماً). فالقانون المدني العراقي لم يشر بعبارة صريحة إلى شرط عدم القدرة على الدفع. وكذا موقف العديد من التشريعات العربية والأجنبية[٨].

ومن الملاحظ ان هذا الشرط يميز نظرية القوة القاهرة عن نظرية الظروف الطارئة، فالقوة القاهرة تعفي المتعاقد من متابعة التنفيذ لاستحاله التنفيذ، أما نظرية الظروف الطارئة فإن المتعاقد ملزم بمتابعة التنفيذ رغم الصعوبات التي تعترضه[٩].

خلاصة ما تقدم، إن الاستحالة التي تنجم عن القوة القاهرة وتؤدي الى انتفاء مسؤولية المدين هي الاستحالة المطلقة سواء كانت مادية او قانونية. إلا أن الكثير من النظم القانونية لا تستعمل صراحة مصطلح الاستحالة مطلقة. وتكتفي باستعمال مصطلح استحالة التنفيذ، من ذلك القانون المدني العراقي. حيث تنص المادة (١٦٨) منه على أنه: (إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه. وكذلك يكون الحكم إذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه). كذلك تنص المادة (٤٢٥) على أنه: (ينقضي الالتزام إذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه)[١٠].

فالمشرع العراقي، في النصوص المتقدمة، استعمل مصطلح استحالة التنفيذ الذي لا يدل إلا على الاستحالة المطلقة. فالمصطلحان مترادفان لا تمييز بينهما.

## المطلب الثاني
## نظرية الظروف الطارئة

ان الاصل في القواعد المدنية التقليدية، ان العقد شريعة المتعاقدين، ولا يعفي أحد المتعاقدين من التزاماته قبل الطرف الآخر إلا القوة القاهرة، التي تم ذكره سابقاً والذي يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً. هذه القاعدة لم يمكن الأخذ بها على اطلاقها فقد انشاء مجلس الدولة الفرنسي - بين الحالة العادية التي يستطيع فيها المتعاقد ان يفي بالتزامه، وبين القوة القاهرة التي يستحيل

---

(١) د. رضا محمد ابراهيم عبيد/ مصدر سابق ذكره/ ص٤٤٧.

(٢) وقد أكدت محكمة النقض المصرية، في الطعن رقم ١٥٦٥ لسنة ٨١ق، في جلسة ٢٠١١/١٠/٧، على هذا الأمر، حيث قضت بأن (شرطا توافر القوة القاهرة، عدم إمكان توقع الحادث، واستحالة دفعه، يعتبر استخلاص توافرها، واقع تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه).

(٣) علي ضاري خليل، السبب الأجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية/ رسالة ماجستير/ كلية القانون/ جامعة بغداد/ ١٩٩٩/ ص٤١.

(٤) د. محسن شفيق، نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، دار الإسراء للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ١٩٩٨، ص٧.

(٥) د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط٥، ، ص٧٢٣,١٩٩١

(٦) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨، ص٩٦٧.

(٧) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص٩٦٤.

(٨) ومنها القانون المدني المصري، والقانون المدني الفرنسي، والقانون المدني الجزائري، والقانون المدني المغربي.

(٩) د. ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠، ص١٤٦.

(١٠) نصوص المواد (٢١٥، ٣٧٣) مدني مصري، والمواد (١١٣٧، ١١٤٧) مدني فرنسي.

فيها تنفيذ الالتزام اطلاقاً - مركزا وسطاً[١].يستطيع فيه الملزم ولكنها ترتب زيادة الاعباء على المتعاقد مع الادارة مما ينتجالخلل في التوازن العقد[٢]. ولذا قسمنا هذا المطلب الى فرعين على النحو الاتي:

## الفرع الاول

## ماهية نظرية الظروف الطارئة

ان نظرية الظروف الطارئة مرت بمراحل متعددة حتى تم اقرارها بنص تشريعي، فعلى صعيد فقهاء القانون الخاص وفي ظل القانوني المدني القديم الذي لم يكن بين نصوصه مايسمح للقاضي نقض الالتزامات التي تضمنها العقد. ويقضي على وفق الأصل العام بأن العقد شريعة المتعاقدين، ولم يتقبل اغلب الفقهاء تدخل المشرع لإقرار تطبق نظرية الظروف الطارئة بنص عام وإنما يكون ذلك بصفة استثنائية عند وقت الحاجة بالقدر المناسب لمواجهة الحالات الاستثنائية الطارئة والمؤقتة[٣].

وبالرغم من ان نظرية الظروف الطارئة لها جذور تاريخية تمتد الى الفقه الاسلامي والفقه الروماني إلا انه اسس قواعد هذه النظرية حكم مجلس الدولة الفرنسي الشهير الصادر في ١٩١٦ في قضية Brodeaux الفرنسية – غاز بوردو[٤].

كما ظهرت نتيجة لانتشار الافكار الاشتراكية التي دفعت المشرع الى التدخل بالتنظيم في كثير من العقود حماية للمصلحة العامة أو الجانب الضيق في العقد، كرد فعل على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين[٥]. ومن البديهي ان العقد سواء كان مدنياً ام ادارياً، يمتاز بالتوازن في الالتزامات و الحقوق لكل من طرفيه في مرحلة تكوينه. ولكن تشاء الظروف في بعض الاحيان بسبب طوارىء تواجه التنفيذ ان تحل بهذا التوازن، وبالتالي فإن معالجة الاختلال و إزالة الضرر الناشىء عنه تتمان استناداً لهذه النظرية[٦].

فيقصد بنظرية الظروف الطارئة ان يحدث بعد ابرام العقد وخلال مرحلة تنفيذه ظروف استثنائية عامة غير متوقعة، من شإنها ان تجعل تنفيذ الالتزام العقدي اشد ارهاقاً وليس مستحلاً، وبالتالي يتولد لهذا المتعاقد الحق في مطالبة الادارة بتعويض جزئي يغطي ما أصابه من خسارة[٧]. وتطبق هذه النظرية عادة في العقود المستمرة وفي العقود الفورية المؤجلة، وذلك لأن امتداد التنفيذ مدة طويلة أو تأجيله الى مدة معينة قد يحل بالتوازن الاقتصادي الملحوظ في العقد[٨].

وقد أخذ به المشرع العراقي في المادة (٢/١٤٦) والمشرع المصري في المادة (٢/١٤٧).

فقد نصت المادة (٢/١٤٦) من القانون المدني العراقي[٩] على أنه (اذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جار للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن اغلب موضوعات القانون الإداري في العراق ومنها العقود الإدارية تبدو غير واضحة ويكتنفها الغموض سواء على صعيد التشريع أو القضاء، حيث أن موقف القضاء العراقي من مجمل مواضيع العقود الإدارية يبدو غير مستقر في إتجاه معين فنجده تارةً يطبق قواعد القانون الخاص على العقود الإدارية، وتارةً أخرى يطبق قواعد القانون الخاص والعام معاً أثناء نظر المنازعات المتعلقة بها، وتارةً ثالثة يطبق قواعد أو أحكـام القانون الإداري .

كما نصت المادة (٢/١٤٧) من القانون المدني المصري على أنه (إذا اطرأت حوادث استثنائية عامةلم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث هدد بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وسد الموازنة بين مصلحة الطرفين ان يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل التزام على خلاف ذلك)[١٠].

من خلال هذا النص يتضح ان المشرع اعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام لايجوز مخالفة احكامها وقد حال ذلك دون قام المتعاقد القوي بفرض شروطة على الطرف الاخر الضعيف باعفاء نفسة من تحمل تبعات الظرف الطارئه [١١].

## الفرع الثاني

## شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لكي تطبق نظرية الظروف الطارئة فإننا يجب ان تكون امام عقد من العقود المتراخية التنفيذ. والتي يستغرق بين العقد وتنفيذه فترةً من الزمن، ممكن أن تطرأ حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها و يترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي يصبح شاقاً للمدين و يهدده بخسارة فادحة، و لكي نكون امام تطبيق هذه النظرية نتناول شروط تطبيقها وعلى نحو الآتي :

---

(١) د. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص٦٦٠.
(٢) د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص٧٢٩.
(٣) د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص١٦٣.
(٤) سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص١٥٠.
(٥) د. عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة واثرها على اعادة توازان الاقتصادي المختل في العقد، جامعة الكوفة – كلية القانون، ٢٠١٥، ص٩.
(٦) د. علي عبدالامير قبلان، المرجع السابق، ص٧٠.
(٧) سحر جبار يعقوب، المرجع السابق، ص١٥٠.
(٨) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، ص٩٦٨.
(٩) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ١٤٦.
(١٠) عمار محسن كزار الزرفي، المرجع السابق، ص١١.
(١١) عمار محسن كزار الزرفي، المرجع نفسه،ص٨.

أولاً: حدوث ظرف طارىء – عام و استثنائي – خلال تنفيذ العقد الاداري: يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في العقود الادارية ان يقع حادث أو ظرف طارئ، وان يكون من الحوادث الاستثنائية العامة.يكون استثنائياً، عندما يكون نادر الوقوع، غير مألوف وغير داخل في حسبان الطرفين ونيتهما المشتركة عن التعاقد.وألايكون بالإمكان تركه أو دفعه، كالزلزال العنيف أو حرب طاحنة أو فيضان غير عادي، أو الازمات الاقتصادية[١].

ثانياً: ان يكون الظرف الطارئ عند ابرام العقد: يلزم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ان يقع الظرف الطارئ خلال تنفيذ العقد الاداري وبعد ابرامه وبالتالي لايعتد بالحدث الطارئ الذي يقع قبل ابرامالعقد أو بعد انقضاء تنفيذه[٢].

ويجب الا يكون العقد قد نفذ بمجرد نشوئه، بل وَكَلَ أمر تنفيذه الى المستقبل، سواء لأنه عقد مستمر أو لأنه عقد فوري مؤجل، لأن اختلال التوازن الاقتصادي هو محور النظرية، لا يكون إلا إذا تغيرت الظروف الاقتصادية مابين نشوء العقد وتنفيذه، فإذا نشاء العقد ونفذ في وقت واحد أو في وقتين متقاربين لم يعد هناك مجال لتغير الظروف، ويلاحظ ان العقود الاحتمالية وعقود المضاربة لاتطبق عليها النظرية، ولو وكل امر تنفيذها الى المستقبل، لأنها بطبيعتها تعرض احد المتعاقدين لخسارة جسيمة أو مكسب كبير[٣].

ثالثاً: عدم امكانية توقع الحدث وعدم امكانية دفعه: وهذا هو الشرط الجوهري الذي سميت النظرية باسمه، ذلك ان كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد حذر يقدر هذه المخاطر ويزنها عند ابرام العقد. فاذا قصد في ذلك فعليه ان يتحمل وزر تقصيره. اما ما يؤمن المتعاقد ضده فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن ان يتوقعه الطرفان المتعاقدان[٤]. وقد عبر عن الحادث غير المتوقع مفوض الدولة الفرنسي "Corneille" في تعليقه على حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية "Fromassol" بقوله: هو الحدث الذي تضاد مع كل الحسابات التي اجراها أطراف العقد اثناء إبرامه، والذي يتجاوز الحدود القصوى التي كان يتوقعها الاطراف،ويتفرع على كون الحادث غير متوقع أنه لايمكن دفعه، ذلك ان الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع[٥].

## المطلب الثالث

## الطبيعة القانونية لنظرية القوة القاهرة و الظروف الطارئة

يعد الخلل في توازن العقد خللاً ذا طابع اقتصادي مرتبط بعوامل التقلبات الاقتصادية، وقد يكون لهذا الخلل اسباب متنوعة،منها اسباب الاقتصادية وسياسية واحداث طبيعية واجراءات ادارية. وتأسيساً على ذلك قصد النظريتين حماية المتعاقد ضد المخاطر الاقتصادية[٦]. اذ يقتضي بيان طبيعتهما القانونية بحث في موقف القانون، ومن ثم نبحث في موقف القضاء وعلى النحو الاتي:

### اولاً: القانون

وتعبر العديد من النصوص القانونية عما تقدم صراحةً. من ذلك نص الفقرة ثانياً من المادة (٢٠٤) من قانون التجارة العراقي النافذ إذ تنص على أنه: (لا يسأل المودع لديه عما يلحق البضاعة من هلاك او تلف اذا نشأ عن قوة قاهرة. )[٧]. والأمر نفسه نجده في المادة (١١) من قانون النقل العراقي النافذ المتعلقة بعقد نقل الأشخاص التي تنص على انه: (لايجوز للناقل ان يدفع مسئوليته عن تعويض الضرر الذي يصيب الراكب إلا إذا اثبت ان ذلك الضرر يرجع الى خطأ الراكب او الى قوة قاهرة)[٨].وهي تنقطع إذا تداخلت قوة قاهرة بين عدم تنفيذ المدين لالتزامه وبين الضرر الذي أصاب الدائن[٩].

وقد تدارك مشروع القانون المدني العراقي لسنة ١٩٨٦ ذلك من خلال نص المادة (٤٠٧) منه والتي تنص على انه اولاً: (في العقود الملتزمة للجانبين إذا استحال تنفيذ الالتزام لسبب أجنبي انقضى هذا الالتزام وانقضى تبعاً لذلك التزام الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه، ثانياً: إذا كانت الاستحالة قد نشأت بفعل المدين كان للدائن ان يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر). ونفس الحكم تتبناه المادة (١٥٩) من القانون المدني المصري، حيث تنص على انه: (في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام المدين بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه)[١٠].

تنص بعض القوانين صراحةً على التزام الدائن بتخفيف ما يلحقه من ضرر نتيجة تعذر قيام المدين بتنفيذ التزامه بسبب وقوع حدث القوة القاهرة، ويجد الالتزام بتخفيف الضرر في القانون العراقي أساسه في نص الفقرة (٢) من المادة (١٦٩) من

---

(١) وقد ورد هذا الشرط في احكام القضاء الاداري سواء في فرنسا او في مصر او في العراق انظر على سبيل المثال:
- في فرنسا: الحكم الشهير في قضية غازبوردو، المشار اليه سابقاً.
- في مصر: حكم المحكمة الادارية العليا رقم ٨٤٣ في ١٩٨٢/١١/٢٠، س٢٦ق، المجموعة ص٣١٩.
- في العراق: جاء قرار محكمة التمييز في القضية رقم ٤٢ و ٦٥٤ / حقوقية / ٦٥ بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢٥

(٢) د. محمود عبدالمجيد المغربي، المرجع السابق، ص١٥٨.
(٣) د. عبدالرزاق احمد السنهوري، ص٩٧٠.
(٤) د. سليمان محمد الطماوي، ص٦٧٨.
(٥) د. نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص٧٥٤.
(٦) د. علي عبدالامير قبلان، المرجع السابق، ص٧٧.
(٧) هذه المادة متعلقة بأحد العقود التجارية التي نظمها قانون التجارة العراقي النافذ، وهو عقد الايداع في المستودعات العامة، تقابلها المادة (١٣٣) من قانون التجارة المصري.
(٨) تقابلها المادة (٢٦٦) من قانون التجارة المصري.
(٩) أشارت الى ذلك صراحة المادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي والتي تنص على انه: (إذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت ان استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه)، تقابلها المادة (٢١٥) مدني مصري.
(١٠) تقابلها المادة (١٦٠) من القانون المدني السوري، والمادة (٢٤٧) مدني أردني، والمادة (١٢١) مدني جزائري، والمادة (١٦١) مدني ليبي.

القانون المدني العراقي والتي تشترط لاستحقاق التعويض أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزامحيث تنص على انه: (ويكون التعويض عن كل التزام ينشأ عن العقد سواء كان التزاماً بنقل ملكية او منفعة او أي حق عيني آخر او التزاماً بعمل او امتناع عن عمل ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب بسبب ضياع الحق عليه او بسبب التأخير في استيفائه بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم وفاء المدين بالالتزام او لتأخره عن الوفاء به)[١].

ويتضمن قانون التجارة البحرية المصري رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ الإشارة الى الالتزام بتخفيف الضرر، حيث تنص المادة (٣٦٣) منه على انه: (على المؤمن له عند وقوع الخطر المؤمن منه أن يبذل كل ما في استطاعته لانقاذ الأشياء المؤمن عليها، وعليه ان يتخذ جميع الإجراءات للمحافظة على حق المؤمن في الرجوع على الغير المسؤول ويكون المؤمن له مسؤولاً عن الضرر الذي يلحق المؤمن بسبب إهمال تنفيذ هذه الالتزامات).

اذ يلتزم المؤمن له وفقاً للنص اعلاه، ببذل كل ما في استطاعته لتخفيف الضرر الذي أصابه نتيجة تحقق الخطر المؤمن منه. لذا فالموقف السلبي للمؤمن له، في هذا الفرض، غير مقبول منه طالما انه اول من يعلم بوقوع الخطر، وبالتالي فإنه أقدر، دون شك، من المؤمن على تخفيف الضرر.

كما نص القانون المدني الفرنسي على هذا الالتزام في المادة (١١٥٠) منه، والتي تلزم الدائن باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة والمعقولة للحد من الأضرار الناجمة عن تخلف المدين عن تنفيذ التزامه لقوة قاهرة.

يستهدف القانون حماية اطراف التعاقد، وخاصة الطرف الضعيف، ومن ثم، فأن مثل هذه القواعد تحد من ممارسة الطرف القوي لنفوذه الاقتصادي، وبالتالي تحد من حرية التعاقد، وعادة ماتكون هذه القواعد جزء من القانون الخاص في الدولة، بيد أنها - مع ذلك- تحمل من وسائل القانون العام ما يضمن تنفيذها، وقد زاع إنتشار هذا النوع من القواعد الحديثة[٢].

حرص المشرع العراقي على عدم ايراد امثلة تطبيقية لما يعد استحالة مادية مراعاة لفن وأصول الصياغة التشريعية السليمة، واكتفى بوضع الاطار العام للمسألة والمتمثل في انقضاء الالتزام إذا اثبت المدين ان الوفاء به اصبح مستحيلاً لسبب اجنبى لا يد له فيه[٣].

نظرية الظروف الطارئة من النظريات المقننة تشريعياً سواء في مصر عبر نص المادة (٦) من القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ الذي يتعلق بالتزامات المرافق العامة، ونصت المادة ٢/١٤٧ من القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٩.وفي العراق إذ نصت عليها المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ لذا تطبق النظرية سواء في العقود المدنية أو الادارية.

ويختلف الوضع في فرنسا إذ أن نشأة النظرية كانت قضائية بمناسبة الحكم في دعوى غاز مدنية (بوردو) إلا انها لم تندرج ضمن نص قانوني وظل مجال تطبيقها محصوراً في العقود الادارية فحسب. وعلى الرغم من أن مجال تطبيق نظرية الطارئة كانت بداية على عقد التزام المرافق العامة إلا أنه امتد ليشمل العقود الادارية كافة. ولقد ذهب بعض الفقهاء الى ان النظرية لاتطبق إلا على العقود التي تستغرق تنفيذها مدة من الزمن طويلة نسبياً مما يتيحه ذلك من ان يحد في فترة التنفيذ من الظروف غير المتوقعة ما يؤدي الى الاخلال باقتصاديات العقد. إلا اننا مع الرأي الذي يذهب الى وجود تطبيق هذه النظرية على العقود التي توفرت شروط تطبيقها إذ كان العقد غير متراخ التنفيذ وطرأت الحوادث الاستثنائية عقب ابرامه مباشرة، فالفيصل هو تحقيق الشروط المطلوبة، لذا يمكن ايضاً إعمال نظرية الظروف الطارئة في شأن العقود الفورية إذا ما طرأت الحوادث الطارئة فور ابرامها[٤].

ويستبعد بعض الفقهاء في فرنسا – وبحق – من مجال تطبيق النظرية مالا يتعلق بنشاط صناعي او تجاري بحجة عدم إمكان تحقق شرط قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب في مثل هذه الانشطة. ويظهر ذلك جلياً في عقود الاستخدام وتطبيق الخدمات[٥].

اجاز المشرع المصري تطبيق نظرية الظروف الطارئة على العقود الادارية، ثم انطلق الى اعمال ذات النظرية في مجال عقود القانون الخاص، حيث نصت المادة (١٤٧) من القانون المصري الصادر في ١٩٤٨/٧/٢٩، على أن : "١- العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للاسباب التي يقررها القانون، تبنى المشرع المصري هذه النظرية عند اصداره قانون مجلس الدولة المصري رقم ١١٢ لسنة ١٩٤٦ المادة ١٤٧. ٢- إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وتعد الموزانة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك[٦].

---

(١) تقابلها المادة (٢٢١) من القانون المدني المصري.

(٢) د. عمار محسن كزاز، المرجع السابق، ص٩٣.

(٣) المادة ٤٢٥ مدني عيراقي، وتقابلها المادة ٣٧٣ مدني مصري، في حين نجد ان بعض التشريعات قد ارجت امثلة تطبيقية لما يعد استحالة مادية، منها على سبيل المثال القانون المدني التونسي حيث تنص المادة ٢٨٣ منه على انه: (القوة القاهرة التي لا يتيسر معها الوفاء بالعقود هي كل شئ لا يستطيع الانسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ماء، وقلة امطار، وزوابع، وحريق و جراد، وهجوم جيش العدو).

(٤) د. ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، المرجع السابق، ص١٨٦.

(٥) د. حسن محمد علي حسن البنان، المرجع السابق، ص١٧٣-١٧٥.

(٦) محمد ابو بكر عبد مقصود، المرجع السابق، ص١٣.

## ثانياً : القضاء

يحضى القضاء بسلطة للازالة اختلال التوازن الاقتصادي في التزامات طرفي العقد فيما إذا توافرت شروط النظرية وبعد الموازنة بين الموازنة وبين مصلحة كل طرف من طرفي العقد، جاز للمحكمة معالجة أو إزالة الاختلال في التوازن وبما يؤدي الى رفع الارهاق الواقع على أي من الطرفين لتحقيق الهدف المبتغى[١].

لقد ارسى مجلس الدولة الفرنسي دعائم هذه النظرية في حكم الصادر في ٣٠ يونيه ١٩١٦[٢]، تسود نظرية الظروف الطارئة في العقود المستمرة التنفيذ او الفورية التي يؤجل تنفيذها، فخلال مدة تنفيذ العقد قد تطرأ ظروف من شأنها ان تجعل تنفيذ العقد مرهقاً للمتعاقد وقد عمل مجلس الدولة الفرنسي على تطبيق احكام هذه النظرية على عقد الامتياز والنقل والاشغال العامة والتوريد[٣].

كما توجد بعض النصوص القانونية التي تدل على اعتماد المشرع وإقراره لفكرة القوة القاهرة في مجال التقاضي و تصديه لمواجهتها حرصاً على مصالح الافراد الذين عجزوا عن ممارسة حقوقهم، وتنفيذ التزاماتهم بسبب حدوثها. ويلاحظ بخصوص هذه النصوص أمرين: الاول: ان المشرع لم يستخدم فيها جميعاً صراحة تعبير القوة القاهرة كما فعل بالنسبة للقانون المدني[٤]. والامر الثاني: يدور حول تنفيذ التزامات طرفي المتعاقدين.

هذا ويدور حكم المحكمه بانقاص الالتزام المرهق الى الحد المعقول مع الظرف الطارئ وجوداً وعدماً فاذا زال الظرف الطارئ زال معه الانقاص ورجع العقد الى ماكان عليه والعكس صحيح في حالة اشتداد وتفاقم اثار الظرف الطارئ [٥].فقد قضت محكمة التمييز العراقي بموجب قرارها ذي الرقم ٥٤/م/٧٨/٤ في ١٩٧٨/١/١٢بانه:"اذا استؤجرت كازينو في مصلحة المصايف لمدة سنتين ببدل سنوي فان اغلاقها بسبب انتشار مرض الكوليرا يستلزم تخفيض الالتزام للمدة المتعاقد عليها"[٦].

كما ان لمحكمة القضاء الاداري المصري قرارات واحكام مماثلة في هذا الشأن من ذلكحكم وقف قرار الحكومة بتصدير الغاز الطبيعي إلى عدة دول، بتاريخ ١٨ نوفمبر ٢٠٠٨م، ولوج في ٢٧-١١-٢٠٠٨ نسخة محفوظة 20 أغسطس ٢٠١١.

ان موقف القضاء العراقي من نظرية الظروف الطارئة لم يكن مستقراً، اي لم يكن لة موقف موحد ازاء هذه النظرية ففي قضية يذهب فيها القضاء الى وجوب ان يكون المدين قد نفذ جزء من الالتزامة التعاقدي لغرض رفع الارهاق عنة [٧].هذا وتقضي محكمة تمييز العراق بهذا الصدد بأنه: (أن الأمطار الغزيرة غير المتوقعة تعد ظرفاً طارئاً لأنها كانت استثنائية في غزارتها وشدتها فهي بمثابة الحدث الاستثنائي العام)[٨].

بينما يشترط العكس ذلك في قضية اخرى ويشترط عدم تنفيذ المدين لالتزامة، ففي القضية المرقمة ١٢٢٩/حقوقية ٩٦٧ذهبت محكمة التمييز في قرار له: "ان مفهوم نظرية الظروف الطارئة مؤداه ان يستمر المتعاقد الذي يشكو الارهاق في تنفيذ التزامة لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الارهاق فاذا امتنع من جانبة وتوقف عن تنفيذ الالتزامة التعاقدي كلة او بعضة فلا يكون بامكانه الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة ولا يحق لة المطالبة بالتعويض عن الارهاق".بينما ذهبت محكمة التمييز في قرار آخر انه: "لايجوز التمسك بنظرية الظروف الطارئة اذا كان المتعاقد قد نفذ التزامه".

وفي قضية اخرى ذهبت محكمة التمييز الى مايلي: "يعتبر قانون الاصلاح الزراعي من الظروف الطارئ هذا وقد ادى ذلك الى هبوط اسعار الارض الزراعية وهذا الظرف الطارئ يقتضي تدخل القضاء للموازنه بين مصلحة الطرفين وانتقاص الالتزام الى الحد المعقول"ثم ان الاتفاق الذي اقره الطرفان في الظرف الطارئ الطبيعيه لا يتنبئه عند نشوء الظروف الطارئه التي تجعل زمام الامر في تقدير للقضاء"ثم "يتعين على المحكمة الاستئناف ان توزع الضرر الناجم بين الطرفين بمراعاة الظروف الطارئه وخطا كل واحد منهما في عدم تنفيذ التزامة وتحمل كل طرف ما بصيبه حسب تقدير المحكمة"، وذلك بموجب قرار محكمة التمييز ذي الرقم ١٩٦٧/٢٩٣٧ في ١٩٦٧/٦/١٧ [٩].حكم المحكمة التمييز في اقليم كوردستان والمرقم ١٢٧/ب /٢٠١٧ والمؤرخ في ٢٠١٧/٨/٨ الصادر بالتأريـخ /١٨ / ١٠ /٢٠١٧ العـــدد/٣١٤/ س/٢٠١٧.

اما عن موقف القضاء الاداري العراقي فقد صدرت عدة قرارات تشير الى الاخذ بنظرية الظروف الطارئة منها القرار الصادر في ١٩٨٩/٤/٤، رقم ٢٢ و٢٣ /هيئه موسعه /١٩٨٩" اذا ثبت من الكتب والمستمسكات الرسمية ان انهيارا تماما حصل بين التزامات طرفي الدعوى بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدام بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير

---

(١) د. ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص١٦٩-١٧٠.

(2)C.E 30 Mars 1916 compagnie general D. Eclaivge de Bourdeou Rec.125-L.NE VILLE Brown j. FCARNER. French administrative law, third edition, London 1983,p.126.

(٣) من جهة اخرى قد يتحقق تطبيق مبادئ هذه النظرية استناداً الى صدور تشريع من شأنه أن يؤدي الى تحميل المتعاقد نفقات مالية كبيرة وغير متوقعة، وتطبيقاً لذلك جاء قرار مجلس الدولة الفرنسي عام ١٩٤٩ في قضية d,Elbeuf ville تطبيقاً لذلك.

(٤) حيث نصت المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي، على انه: إذا اثبت الشخص ان الضرر نشأ عن سبب اجنبي لايد له فيه كآفة سماوية أو حادث مفاجيء أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطاء المتضرر كان غير ملزم بالضمان مالم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك ، كما نصت المادة (١٦٥) مدني مصري على أنه: إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب اجنبي لايد له فيه، كحادث مفاجيء، أو قوة قاهرة أو خطاء من المضرور أو خطاء من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر. المادة (١١٤٨) فرنسي.

(٥)احسان ستار خضير، المرجع سابق، ص١٣.

(٦) لفتة هامل العجيلي، المرجع سابق، ص ٢٧ .

( ٧) د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة بين الفقة الاسلامي والقوانيين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام، ج١،عمان، دار الثقافه، ١٩٩٦ ، ص٢٨٤ .

( ٨) قرار محكمة تمييز العراق رقم ١٩٦٩/١٩٩ في ١٩٧٠/٤/٤.

(٩) د.منذر الفضل، المرجعنفسه، ص٢٨٥ .

المالي لعقد المقاولة فان لجوء المحكمة الى الاستعانة بالخبراء لزياده الاجور التي يستحقها المدعي من جراء هذا الانهيار عملاً بنص المادة ٨٧٨ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٠ من قانون الاثبات"[١].

الملاحظ أن القضاء العراقي ومن خلال ما أطلعنا عليه من أحكام قضائية ذات صلة بالموضوع، إنه قد اتجه إلى عدم جواز المطالبة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في حالة تنفيذ المدين لالتزامه[٢]. إذ أن تنفيذ العقد تماماً يعني إنه انقضها بالوفاء.

وفي قرار آخر قضت محكمة التمييز العراقي (... وجد أن المميز عليه كان قد أبرم عقد مقاولة مع المميز وبعد تنفيذ العقد أقام المميز عليه الدعوى بطلب الحكم بإلزام المميز بمبلغ ... تعويضاً عما أصابه من خسارة بسبب زيادة أسعار الحديد زيادة فاحشة أثناء تنفيذ العقد، فأصدرت محكمة البداءة حكماً بإلزام المدعى عليه بالمبلغ المدعى به، فاستأنف المدعى عليه الحكم البدائي فأيدت محكمة الاستئناف الحكم ... وحيث أن الذي تراه الهيئة العامة هو أن ما قررته المادة ٨٧٨/مدني هو تطبيق في عقد المقاولة لنظرية الظروف الطارئة التي تقرر مبدأها في المادة ٢/١٤٦ من القانون المدني، فشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في عقد المقاولة هي نفس شروط تطبيقها في مبدأها العام... ولما كان مفهوم الشرط الأول فيها هو أن تفصل فترة من الزمن بين إبرام عقد المقاولة وتنفيذه، وينبني على هذا أن انطباق نظرية الظروف الطارئة يمتنع إذا كان المقاول قد نفذ التزامه لأن النظرية ترد على التزام لم يتم تنفيذه فيستند إليها المقاول لرفع الإرهاق الذي حل به من جراء الحادث الطارئ وتنفيذ المقاول التزامه خير دليل على أن ما ترتب على الحادث الطارئ من ارتفاع الأسعار لم يكن مرهقاً له، ولما كان ذلك وكان عقد المقاولة المبرم بين الطرفين قد تم تنفيذه فليس للمميز عليه أن يستند إلى حكم المادة ٨٧٨/مدني للمطالبة بتعويض عن زيادة الأسعار لمادة الحديد ... وحيث أن شروط تطبيق المادة ٨٧٨/مدني لم تتوفر في دعوى المميز عليه إذ أنه أقام دعواه بعد أن نفذ التزامه التعاقدي...). كما ايدت ذلك حكم محكمة التمييز في اقليم كوردستان في حكم الصادر بتاريخ /١١/١٠/٢٠١٧ في العـــدد/٢٤٢/س/٢٠١٧.

ومن ذلك يتضح ويتأكد من التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز عدم أحقية المدين في المطالبة أو التمسك بنظرية الظروف الطارئة في حالة تنفيذه التزامه التعاقدي بالكامل.

ومن التطبيقات القضائية الاخرى لنظرية الظروف الطارئة ما ذهبت إليه محكمة التمييز الاتحادية في قرارها المرقم (٢٣٠)في (٢٠٠٧/٦/٢٠م) والذي جاء فيه (... أن العمليات الحربية على العراققد بدأت في (٢٠٠٣/٣/٢٠م) مما تكون السنة الثانية من تنفيذ العقد خلال الظروف الاستثنائية التي قذفتها الحروب المذكورة والتي أثرت بشكل سلبي على الظروف الأمنية والاقتصادية والاجتماعية وأصبحت معها مزاولة البيع والشراء والأنشطة التجارية الاخرى وإن لم تكن معدومة باتت محدودة بحيث أصبح تنفيذ بعض العقود مستحيلاً أو مرهقاً في أحسن الأحوال، لذلك استعانت محكمة الاستئناف بخبرة ثلاثة خبراء مختصين لبيان مدى تأثير تلك الظروف على تنفيذ العقد بالنسبة للمدعي(المستأجر) الذين قدموا تقريرهم المؤرخ (٢٠٠٥/٧/٢٤) وملحقه في (٢٠٠٥/٩/٢٨) تضمن بأن 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 الإثبات مما أصبح معه الحق للمدعي المطالبة بتنقيص التزامه بحدود المبلغ المذكور وبالتالي تكون الدفوع المثارة من قبل المميز (المدعى عليه) إضافة لوظيفته غير واردة لأنه ليس هنالك أي مانع قانوني أو عقدي يحرم المدعي من إقامة دعوى تنقيص الالتزام سواء أكان قبل انتهاء العقد بفترة قصيرة أم حتى بعد انتهاءها طالما أنه قد ثبت من وقائع الدعوى بأن تنفيذ العقد في السنة الثانية كان مرهقاً له وتوفرت الشروط التي حددتها الفقرة (٢) من المادة (١٤٦) مدني عراقي[٣].

## المبحث الثاني

## أحكام نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة وطبيعتهما القانونية

لغرض الاحاطة بموضوع الدراسة كان لابد من استعراض اثر القانون الخاص على تطور العقد الاداري، وما رافقتها من تطورات على صعيد المرافق العامة، وتشابك العلاقات الدولية والتجارية والاقتصادية، فكان لزاماً علينا ان نبين أثر هذه القانون، وذلك في مجال نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة من خلال بيان اثرهما في المسؤولية العقدية والتقصيرية وتحقيق شروطهما وبيان طبيعتهما القانونية، وذلك على النحو الآتي:

### المطلب الاول

### أحكام القانونية لنظرية القوة القاهرة والظروف الطارئة

يعد اختلال التوازن المالي في العقود طويلة الاجل من اهم الاثار التي تخلقها الازمات التي تجعل من الصعب تنفيذها دون الحاق ضرراً بالغاً بالمتعاقد. ويقصد بالتوازن المالي ان تكون حقوق والالتزامات الاطراف وقت انشاء العقد قد نشأت بطريقة تجعلها متوزانة مالياً، وتتجه الارادة المشتركة للمتعاقدين منذ لحظة ابرام العقد الى استمرار هذا التوازن المالي حتى تمام تنفيذ العقد.ينبغي ان تكون الالتزامات طرفي العقد متوازنة من الناحية الاقتصادية، فإذا حدث اختلال في التوازن الاقتصادي في مرحلة تنفيذ العقد بسبب وجود ظروف وحوادث استثنائية غير متوقعة، يؤدي الى ارهاق المدين أو يجعل تنفيذه مستحيلاً فلجاء

(١) سحر عباس يعقوب، فسخ العقد الاداري لاستحالة التنفيذ، جامعة الكوفة، كلية القانون لمركز دراسات الكوفة، بحث منشور في الموقع الالكتروني hppt//www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=29521 . تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٢/٢٧

(٢) انظر حكم محكمة تمييز العراقي الصادر بالتأريخ / ١٦/ ٢٠١٧/١٠ في العـــدد/ ٣٧٥/ س/٢٠١٧ الموحدة مع ٣٧٧/س/٢٠١٧.

(٣) انظر الى أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية) (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠١٢، ص ١٨٠ .

الى الاحكام الخاصة بنظريتي القوة القاهرة والظروف الاستثنائية، الى حد يتجاوز الضرر الطبيعي، لتحقيق سير المرافق العامة بانتظام وإطراد.

## الفرع الاول
## استحالة التنفيذ

إن القوة القاهرة التي تعيق تنفيذ العقود، عموماً، قد تكون دائمة وقد تكون مؤقتة. وينطلق هذا التقسيم للقوة القاهرة، في الواقع، من النظر إلى ميعاد زوالها. فإذا كانت القوة القاهرة، بطبيعتها، غير قابلة للزوال في المستقبل، أي أنها باقية على الدوام فإنها تعد قوة قاهرة دائمة تفضي الى استحالة دائمة في تنفيذ الإلتزام مما يترتب عليه انفساخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين[١]. أما إذا وجدت ثمة بوادر واحتمالات تشير إلى أن القوة القاهرة ستزول بعد فترة قد تطول او تقصر ولكن في كل الأحوال، فإنها ستزول قبل انقضاء الموعد المحدد لتنفيذ إلتزام المدين فإنها تعد، هنا، قوة قاهرة مؤقتة لا تؤدي إلى انفساخ العقد وانقضاء التزامات المتعاقدين. بل يبقى العقد قائماً ويتوقف تنفيذه فترة من الوقت لحين زوال القوة القاهرة[٢]، إذ أنها تؤدي الى مجرد استحالة مؤقتة في التنفيذ.

يترتب عن تحقق واقعة القوة القاهرة أن يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً،لذا نستعرض أهم آثار القوة القاهرة، ونميز من داخل هذه الأثر بين الاستحالة المطلقة والاستحالة الجزئية. ومن ثم يليه عرض لأهم آثار التي يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة وعلى النحو الآتي:

### اولاً: الاستحالة المطلقة

إذا استحال على المدين في التزام تعاقدي تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته يعزى إلى قوة قاهرة،فإن ذلك يشفع له في التحلل من مسؤوليته العقدية، ويشترط في هذه الاستحالة أن تكون مطلقة.

ويترتب من الناحية القانونية على استحالة تنفيذ الالتزام العقدي، مجموعة من الآثار التابعة لتلك الاستحالة نوجزها كالآتي:بانقضاء الالتزامات الأصلية يتحلل المدين من الالتزامات المتفرعة عن التزامه الأصلي:فالالتزام التابع يتبع الالتزام الأصلي وجوداً وعدماً،فإذا كان الالتزام العقدي مضمونا بكفالة شخصية أو عينية انقضت الكفالة وبرئت ذمة الكفيل.

### ثانياً: الاستحالة الجزئية

تطرقنا في النقطة السابقة لاستحالة تنفيذ الالتزام بشكل مطلق بسبب القوة القاهرة، لكن هناك حالات قد يقتصر فيها أثر القوة القوة القاهرة على جزء من الالتزام فقط،حيث تظل إمكانية تنفيذ الجزء الآخر قائمة،وتبرأ ذمة المدين في الوفاء فقط في الجزء الجزء الذي طالته القوة القاهرة،لكن قد لا يحقق التنفيذ الجزئي للالتزام الغاية المرجوة من التعاقد في عموميته،والأمر هنا متروك لتقدير قاضي الموضوع الذي قد يرى أن استحالة الوفاء بالجزء الآخر من الالتزام يبرر انقضاء الالتزام كله فيقضي بفسخ العقد إذا كان غير قابل للانقسام وإذا كان ما استحال تنفيذه هو الجزءالأهم من الالتزام،مع مراعاة كون الالتزام أصلياً أم تبعياً وما يكون لكل منهما من أهمية في كيان العقد حسبما يرى القاضي في كل حالة بذاتها،وفيما يحقق إرادة المتعاقدين التي تتضح من العقد أو تبين من تفسيره الصحيح بغير إهدار لتلك الإرادة[٣].

### اهم تطبيقات القوة القاهرة

سنحاول من خلال هذه الفقرة بيان أحد أهم تطبيقات القوة القاهرة الا وهو الحرب والازمات الاقتصادية، ثم نناقش بعدها وقائع قانونية والتي منها الإضراب، وهنا يثير التساؤل هل يعد الاضراب من قبيل الوقائع التي تنزل منزلة القوة القاهرة أم لا؟.

ان الحرب من أهم تطبيقات القوة القاهرة، اذ ينجم عنها من وأضرار مادية وأزمات اقتصادية، فإذا توفر في الحرب شرطا عدم التوقع واستحالة الدفع وكان لها تأثير على الالتزام اعتبرت قوة قاهرة،أما الشرط الثالث-أي خطأ المدين- من الناحية الواقعية ولا القانونية أن يكون للمدين دخل في قيام الحرب، لأن الحرب أصبحت من أعمال الدول لا الأفراد. والذي يجب أن يستحيل دفعه وتوقعه ليس الحرب بذاتها،وإنما ما خلفته من أحداث واضطرابات،فإذا دخل العدو بلدا فطرد سكانها كان هذا قوة قاهرة تعفي المشتري من التزاماته المترتبة عن عقد الشراء، والمودع لديه من التزامه بالمحافظة على الوديعة، وقد تكون الحرب سببا في تقلب سعر العملة وانقطاع المواصلات وغلاء الحاجيات والمواد الأولية، فتكون قوة قاهرة ترفع المسؤولية عن المدين في هذه الأحوال. وبالنسبة للمشرع العراقي فإنه بتوظيفه لمصطلح :"غارات العدو".

أما بصدد اعتبار الاضراب من قبيل الوقائع التي تنزل منزلة القوة القاهرة تكون الاجابة على تساؤل المشار اليه اعلاه بالايجاب، وذلك في حالة وقوع الاضراب القوي المفاجئ، بحيث تعلق تنفيذ العقد نتيجة للاستحالة المؤقتة التي تستمر طيلة فترة الاضراب. ولكن بمجرد انتهاء هذا الاضراب تزول الاستحالة ويتوجب على المتعاقد استئناف التنفيذ التزاماته[٤]،

ان طبيعة القوة القاهرة هي حوادث من صنع الطبيعة لا دخل لإرادة البشر فيها ومنها: العواصف، الفيضانات، الأعاصير، الزلازل، البراكين، انخفاض الحرارة أو ارتفاعها بشكل كبير، الأوبئة الجراد، وكل الحشرات المؤذية... وهذه الظواهر الطبيعية كما بينا لا تعد قوة قاهرة إلا إذا استحال دفعها ومقاومتها ودرء نتائجها وأصبح معها التنفيذ مستحيلا.

وقد قضى المجلس الأعلى العراقي في ١٩٦٨/٤/١٩ بمسؤولية الدولة باعتبارها ملزمة قانونا بصيانة قنوات المياه، على الرغم من أن نتائج الأضرار التي لحقت إحدى الشركات على ضفة وادي كان سببها فيضان بسبب الأمطار وجاء في القرار:

---

(١) وهذا الأثر للقوة القاهرة الدائمة، سنبحثه مفصلاً في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الثاني.

(٢) حامد الطائي، استحالة التنفيذ وأثرها على الالتزام العقد، رسالة ماجستي، كلية القانون، جامعة بابل، ٢٠٠٢، ص٥٠. د. عبدالحي حجازي، عقد المدة أو العقد المستمر والدوري التنفيذ، مطبعة جامعة فؤاد الأول، القاهرة، ١٩٥٠، ص١٦٠.

(٣) حسين عامر وعبد الرحيم عامر. المسؤولية المدنية التقصيرية العقدية. ط ٢. دار المعارف. القاهرة. ١٩٧٩، ص٢٦٥.

(٤) وهذا ما أكد عليه قرار مجلس الشورى الفرنسي الصادر في ٥ كانون الثاني ١٩٤٢. د. علي عبدالامير، المرجع السابق، هامش رقم ٦، ص٥٥.

"إذا كانت الأضرار اللاحقة بالشركة سببها الأمطار بغزارتها تكون حالة قوة قاهرة،فان نتائج الفيضان الضارة شددتها رداءة صيانة القناة التي هي في حراسة الدولة[١]".

ومثال ذلك ما ورد بنص المادة ٦٠٠ من القانون المدني العراقي التي تنص على حالة السرقة المعفية من المسؤولية التي تحدث بالفنادق والنزل التي ترتكب بالتهديد بالسلاح أو أي ظروف أخرى طارئة،وهي عبارة واسعة تمنح للقاضي سلطة في تقدير عناصر القوة القاهرة. أيضا نجد بخصوص حالة الحريق المادة ٤٩٦ من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولـى: "المستأجر مسؤول عن حريق العين المؤجرة إلا إذا ثبت أن الحريق نشا عن سبب ليس من فعله ".

وان الدفع المسؤولية بالقوة القاهرة يستلزم ان نبين الأحوال التي يعفى فيها المدين من المسؤولية بتوافر القوة القاهرة وعدم ارتكابه خطأ تسبب بعدم تنفيذ التزام، وهذا ما نبينه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

## الفرع الثاني
## تعريف الخطأ واثباته

تعريف الخطأ في الشريعة الاسلامية الخطأ لغة هو (مجاوزة حد الصواب ، يقال أخطأ إذا تعدى الصواب)[٢] ، أو بمعنى آخر هو (نقيض الصواب)[٣].

لم ينعقد أجماع الفقه على تعريف الخطأ، والسبب في ذلك يعود الى أن فكرة الخطأ فكرة نسبية تتأثر بظروف الحال والبيئة [٤] كما أن هذه الفكرة متصلة بالاخلاق، ولما كانت الافكار الاخلاقية تحتاج الى التحديد وتختلف من مكان الى مكان آخر ومن زمان الى زمان آخر، لذا نجد أن فكرة الخطأ غير محدودة ولا منضبطة[٥].

لذلك نجد أن تعريفات الفقهاء قد اختلفت بحسب تأثرهم بأحدى النظريتين ، فعلى سبيل المثال قال البعض بأن الخطأ هو العمل الضار غير المشروع [٦]. أما الاستاذ ايمانويل ليفي عرف الخطأ بانه: "إخلال بالثقة المشروعة" ويحلل ذلك بقوله انه لكي يعيش الناس بعضهم مع بعض في المجتمع فإنهم بحاجة إلى الثقة المتبادلة بينهم،لذا ينبغي أن يكون سلوك كل واحد منهم بحيث لا يخيب ما يجب أن يكون لدى الآخرين من ثقة فيه، وإلا كان مسؤولا عن عمله،لذا يجب أن يكون متأكدا مما يأتيه من أفعال حتى لا تعود عليه بالمسؤولية، وبمعنى آخر أن يكون واثقا أن عمله لن يضر أحداً[٧]. والمفهوم المستقر عليه قضاءا وفقها أن الخطأ هو إخلال الشخص بالتزام ما مع إدراكه لهذا الإخلال، فالخطأ في المسؤولية التقصيرية هو إخلال بالتزام قانوني وفي المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام عقدي سواء كان التزام بتحقيق نتيجة أو بذل عناية .أما التشريع فان المادة ١٢٤ من القانون المدني ذكرت الخطأ دون أن تعرفه اذ تنص: " كل فعل أياً كان يرتكبه الشخص بخطئه،ويسبب ضرراً للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض".أما المسؤولية التقصيرية فالخطأ دائما إخلال بالتزام بذل عناية .كما ورد النص على الخطأ في المادة ١٧٢ في فقرتها الثانية التي تنص: "وعلى كل حال يبقى المدين مسؤولا عن غشه،أو خطئه الجسيم"[٨]. يتبين مما سبق ان الفقهاء اختلفوا حول وضع تعريف جامع و مانع للخطأ وذلك لتعدد المعايير المعتمدة عليها. وبناء على ما تقدم يتضح ان للخطأ عنصران، عنصر مادي يتمثل في التعدي، وعنصر معنوي وهو الإدراك .

### اولاً: العنصر المادي

ومعنى التعدي هو انحراف المدين عن سلوك الرجل العادي مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف المكانية والزمانية،ويستبعد في ذلك الظروف الشخصية للمدين،غير أن الرجل العادي يؤخذ بالقياس لفئة المدين أو طائفته أو جنسه، فمثلا يعتد بتصرف الطبيب بالنظر لأمثاله من الأطباء العاديين ولا يعد هذا من قبيل الظروف الشخصية الداخلية التي تستبعد .وأكثر صور الانحراف في السلوك هي الإهمال وعدم الاحتياط،أي عدم توجه إرادة فاعله إلى الإضرار بغيره فلا أهمية في مجال المسؤولية التقصيرية للتمييز بين الخطأ العمدي وغير العمدي وبين الخطأ الجسيم واليسير فكلاهما واجب التعويض.

### ثانياً: العنصر المعنوي

لا يترتب على عنصر التعدي المسؤولية، إذ لابد أن يكون مرتكب التعدي مدركا لأفعاله حتى يسأل،فلا مسؤولية عليه دون أن يكون مميزًا، فالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه وفاقد الأهلية لعارض ما، هؤلاء أن ينسب إليهم خطا لأنهم يدركون اعمالهم .اما بصدد اثبات الخطأ فانه طبقاً للقواعد العامة للإثبات " البينة على من ادعى" فكل من تضرر من فعل عليه أن يثبت أركان مسؤولية الفاعل، وذلك بإثبات انحراف سلوكه عن سلوك الرجل العادي بكافة طرق الإثبات .

---

(١)عبد الرزاق أيوب، سلطة القاضي في تعديل التعويض الاتفاقي، دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، عدد ٥، الطبعة الأولى، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ٢٠٠٣، ص٢٠.

(٢) ابن الحسين احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٢، تحقيق عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩ هـ – ١٩٧٩م ، ص ١٩٨.

(٣) إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ج١، ط٢، تحقيق أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين، بيـروت، ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩م، ص٤٧.

(٤) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، ج١ / في مصادر الموجبات الخارجة عن الارادة، مطبعة صادر، بيروت، ١٩٧٥، ص١٣٣.

(٥) محمد ابراهيم الدسوقي، تقدير التعويض بين الخطأ والضرر، رسالة دكتوراه، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٢١٥ وما بعدها.

(٦) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٢، بند ٥٢٦، ص ٧٧٧ ؛ د. سليمان مرقس، المسؤولية المدنية، دروس لطلبة قسم الدكتوراه في جامعة القاهرة سنة ١٩٥٥، ص ١٨١ ؛ د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج٢، مصادر الالتزام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ص ٤٤٣-٤٤٤.

(٧) فريدة اليرموكي، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية بين رأي الفقه وموقف القضاء، دراسة مقارنة، الطبعة ١، ١٤٣٠- ٢٠٠٩ ، ص٧٨.

(٨) محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي العراقي، قانون الالتزامات والعقود مع آخر التعديلات. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء ، ٢٠١٠، ص١٤٧.

فبخصوص المسؤولية العقدية يثبت الدائن عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه،إما بعدم تحقق النتيجة المنتظرة إذا كان التزاما بتحقيق غاية،أو إثبات عدم بذل المدين للعناية الكافية في حالة الالتزام ببذل عناية،وعليه أيضا أن يثبت أن سبب الضرر الذي أصابه هو تخلف المدين عن تنفيذ التزامه أو عدم إتمام ذلك أو عدم تنفيذه كما يجب،و بمعنى اشمل على المدين إثبات العناصر الثلاث للمسؤولية من (خطا المدين، الضرر الذي أصابه، العلاقة السببية بين خطا المدين والضرر الحاصل) .

بعد بيان مفهوم الخطأ يطرح التساؤل حول علاقة القوة القاهرة بالخطأ؟، وهل إثبات القوة القاهرة يعني إثبات عدم وجود الخطأ؟، وهل يختلف مفهوم الخطأ بين المسؤولية العقدية و التقصيرية؟.

١-القوة القاهرة في المسؤولية العقدية

طبقا للمادة ١٠٦من القانون المدني العراقي العقد شريعة المتعاقدين، لذا فكل طرف يلتزم طبقاً لبنود العقد بما عليه من التزامات،وينفذها ضمن الآجال المتفق عليها، ولبلوغ ذلك دفع كل العقبات التي تواجهه،من اجل تذليل كل الإشكالات التي قد تحول الى عدم تنفيذ الالتزام، فالخطأ في مفهوم المسؤولية العقدية هو الإخلال بالتزام تعاقدي،سواء بعدم التنفيذ بالامتناع عن ذلك أو التنفيذ على خلاف ما اتفق عليه.ويثبت ذلك من خلال عدم تحقق النتيجة المرجوة في الالتزام بتحقيق نتيجة،وكذلك بعدم بذل العناية الكافية في الالتزام ببذل عناية فيعد هنا المدين مرتكبا لخطأ.

٢- القوة القاهرة في المسؤولية التقصيرية

فيما يتعلق بالمسؤولية عن الفعل الشخصي يكفي للمسؤول أن ينفي عن نفسه الخطأ كي يتخلص من المسؤولية،فان تعذر عليه ذلك يلجأ إلى إثبات السبب الأجنبي وهذا قلما يحدث. وهنا يستوجب علينا بيان كيفية اثبات القوة القاهرة ومدى سلطة القاضي في موضوع النزاع؟.

إذ عند طرح أي نزاع على القاضي يدفع فيه المدين بإعفائه من المسؤولية بناءً على توافر القوة القاهرة،نكون خلال الدعوى أمام عدة مراحل،منها إثبات القوة القاهرة،فكيف يتم ذلك؟ وعلى من يقع عبء الإثبات؟، ثم ما دور قاضي الموضوع في هذا النزاع ودور محكمة القانون؟، فهل القوة القاهرة هي مسألة موضوعية أو قانونية؟.

وقد يكون إثبات القوة القاهرة في محل الالتزامأوالفعل أو الحادث، الذي تسبب في استحالة التنفيذ، أن يثبت مثلاً المؤجر هلاك العين المؤجرة اثر حادث زلزال،مبيناً خلال ذلك توافر الشروط التي تجعل من الحادث قوة قاهرة على النحو السابق بيانه.وهذا طبقا للقواعد العامة للإثبات، التي تقتضي أن على المدعي إثبات ما يدعيه[١].

ففيما يتعلق بالمسؤولية العقدية، المتعاقدان يعرفان بعضهما مسبقاً،وبينهما عقد فيه بنود مفصلة تبين حقوق والتزامات كل طرف فلا موجب هنا لإثبات الالتزام فهو ثابت،فما على الدائن إلا إثبات وجود العقد ذاته،وهذا يكفي،ويبقى أن يثبت أن مدينه قد اخل بالتزاماته التعاقدية،وخطأ المدين في هذه الحال مفترض بمجرد عدم التنفيذ،وعلى المدين إثبات انه نفذ التزامه أو انه انقضى،بالتالي تنتفي العلاقة السببية بين فعله وبين الضرر الحاصل،والذي يجب أيضا أن يثبت انه راجع لسبب أجنبي[٢].

## الفرع الثالث

## اثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في تنفيذ الالتزام

فيما يتعلق بالظروف الطارئة فالاصل ان يتم اجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً، أما اذا كان في هذا التنفيذ ارهاقاً للمدين فله ان يطالب اعفاءه من تنفيذ التزامه، على ان يدفع للدائن تعويضاً نقدياً، ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في تقدير الارهاق والذي يختلف باختلاف المتعاقد[٣]. اما بالنسبة لآثار المترتبة على الظروف الطارئة، تكون عديدة منها ما يكون متعلقة بوجوب استمرارية التنفيذ، وحق المتعاقد بالمعاونة من قبل الادارة، وتقديم طلب من قبل المتعاقد الى الادارة لتعويضه او المعاونة.

أ- وجوب استمرار التنفيذ: لابد أن يستمر المتعاقد في تنفيذ العقد في ظل الظروف التي طرأت وجعلت هذا العقد مرهقاً له وقلبت اقتصاديات العقد حتى يستطيع المطالبة بمعاونة الادارة له، وأن تقوم الادارة بتحمل بعض ما لحق به من خسائر، بحيث توليه حق بالافادة من امتيازات نظرية الظروف الطارئة.

ب- حق المتعاقد في الحصول على معاونة الادارة: ان التزام المتعاقد مع الادارة بالاستمرار في تنفيذ العقد في ظل الظرف الطارئ، يقابله التزام من الادارة المتعاقد معه بتحمل جزء من الخسارة التي ألحقها به هذا الظرف، وذلك بهدف مساعدته للاستمرار في تنفيذ العقد ضماناً لاستمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد موضوع التعاقد.

لأن هذا البنود على الرغم من اهميتها فأنها تبقى غير قادرة على التنبؤ بكل ما قد يحدث من عوامل ومفاجأت خارجة عن إرادة طريق العقد، لذا يستحق المتعاقد مع الادارة الحصول على تعويض جزئي يقتصر على التعويض عن جزء من الخسارة الحاصلة، فنظرية الظروف الطارئة تهدف الى مشاركة الادارة مع المتعاقد في تحمل الخسارة الناجمة عن الظروف الطارئة بهدف تمكين المتعاقد من الوفاء بالتزاماته كاملة حتى لايضار المستفيدون من جراء العقد[٤].

---

(١) محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي العراقي، قانون الالتزامات والعقود مع آخر التعديلات. مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء، ٢٠١٠، ص١٢٦.

(٢) د.عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني. دار النهضة العربية. ١٩٦٤، ص١٤٣.

(٣) د. عصمت عبدالمجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني العربي الموحد، منشوارات الزين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧، ص١٧٩.

(٤) احمد يوسف عبدالرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الاداري في فلسطين، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، غزة، ٢٠١٧، ص١٦٨.

هكذا نخلص مما سبق انه في حالة توافر شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة, فانه على المتعاقد مع جهة الادارة ان يستمر في تنفيذ التزامه العقدية، وذلك لكي يستحق ان تمد له الادارة يد العون لتخرجه من حالة الارهاق التي لحقت به من جراء الظرف الطارئ.

## المطلب الثاني

## التكيف القانوني لنظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة

يتطلب بيان موقف القضاء العراقي والشريعة الاسلامية عرض اساس القانوني لكلا النظريتين وتكيفهما القانوني على النحو الآتي:

### الفرع الاول

### موقف القضاء العراقي والشريعة الاسلامية من نظرية القوة القاهرة

يذهب القضاء العراقي الى اعتبار أن القوة القاهرة حادث غير متوقع ومستحيل الدفع تجعل المدعى عليه غير ملزم بالضمان وهي صورة من أهم صور السبب الأجنبي التي أشارت إليها المادة (٢١١مدني عراقي) "اذا اثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كآفة سماوية أو حادث فجائي أو قوة قاهرة أو فعل الغير أو خطأ المتضرر كان غير ملزم بالضمان ما لم يوجد نص أو اتفاق على غير ذلك"كما أشارت المادة (١٦٨مدني عراقي) إلى "اذا استحال على الملتزم بالعقد أن 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 إذ تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه".

وهذا ما أشارت إليه المادة (٤٢٥مدني عراقي) بان "ينقضي الالتزام اذا اثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلاًعليه لسبب أجنبي لا يد له فيه ". ويظهر انه الالتزامات تنقضي بالسبب الأجنبي وان السبب الأجنبي يودي إلى انقضاء الالتزامات العقدية .لا بأصلها فحسب، بل بتوابعها فتنقضي جميع التأمينات العينية والشخصية التابعة للالتزام ومن ثم انفساخ العقد وذلك بانحلال العقد انحلالاً كاملا وذلك بعودة لطرفين إلى الحالة التي كانا عليها قبل صياغة المادة (١٥٩) مدني مصري مما يمتنع عليه إنتاج أثاره فضلا عن التزاحم في إنتاج الآثار وهذا ما أشارت إليه بدقة واقتصاد في التعاقد.

وأخيراً يجب أن لا يؤدي تطبيق فكرة الأثر الأقوى ذلك إلى تحميل العقد وجعله ينتج التزامات لم تتجه إليها إرادة الأطراف أو أن يقود العقد إلى تحقيق أثار غير عادلة حيث يعمل المشرع بموجب الأثر الأدنى دون الأكثر أو الأقوى تحقيقا للتوازن بين الالتزامات (انظر المادة ١٤٦/ ٢الظروف الطارئة ) ولسبق الحديث في ما يتعلق بالمادة ١٤٦ فنتحدث هنا عن ضرورة أن لا يؤدي ذلك إلى تحميل العقد نتائج لم تتجه إليها إرادة المتعاقدين

يرد في الفقة الاسلامي مصطلح الآفة السماوية وهي من الظروف الطارئة الخارجة عن ارادة المدين وبدون خطا منه مما تقتضي الترفق بمصطلح (الجائحة) ففي الحديث الشريف (ان بعت من اخيك ثمرا فأصابته جائحة فلا يحل لك ان تأخذ منه شيئاً، بم تأخذ من مال اخيك بغير حق). فمصطلح الآفة السماوية في نصوص الفقة الاسلامي يقابل مصطلح القوة القاهرة[١].

على ذلك كثرة التعديلات القانونية على نحو يكشف مدى قصورهم المشرع للواقع الاجتماعي[٢]، وهذه الحقيقة هي مشخصة بالفقة الاسلامي واعطى الفقة الاسلامي للقاضي سلطة في عملية الملائمة والموائمة بين النص التشريعي والوقائع العملية المستجدة، وان يكون لدى القاضي معيار مرن يسعى جاهداً الى معالجة المسألة ويجبر الضرر الذي لحق باصحاب العلاقة على وفق المفاهيم الاسلامية العريقة وبالشكل الذي يحقق اقصى درجة من درجات العدالة [٣].

وقد جاء قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ بمبادئ واهداف جديدة ومتطورة، ومن هذه الاهداف توسيع سلطة المحكمة في استكمال قناعتها ومن ثم على وفق هذه القناعة تربط الدعوى بالحكم المناسب على وفق القانون، وقد ذهبت محكمة التمييز في احد قراراتها الى مبدأ مفاده[٤] (حيث ان للمحكمة سلطة واسعة وصولاً الى الحكم العادل وهي ملزمة بتحري الوقائع لاستكمال قناعتها استناداً لنص المادتين (٣،١) من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩). كما يلاحظ ان المشرع العراقي لم يحدد في قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ( ١٠٦) لسنة ١٩٨٩ في المادة ( ٧ / ثانيا/ د) المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية عندما حدد اختصاصات محكمة القضاء الإداري. في حين أن العقود المذكورة تدخل في اختصاص القضاء الإداري في الدول التي يوجد فيها مثل هذا القضاء، لما لهذه العقود من خصائص تميزها من العقود المدنية، المادة- 2- من قانون مجلس الدولة العراقي رقم71 لسنة2017تسري أحكام قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979،على مجلس الدولة المنصوص عليه في المادة (1) من هذا القانون. وتحل تسمية (مجلس الدولة) محل (مجلس شورى الدولة) أينما وردت في التشريعات.

---

(١) الجوائح لغة: جمع جائحة وهي مأخوذة من الجوح وهو الهلاك والجوائح اما اصطلاحاً : فهي كل امر سماويلا صنع للآدمي فيه من ريح او برد او جراد اهلك نباتا او ثمرة.

(٢) د. ليلى عبدالله سعيد، تأثير قانون الاحوال الشخصية على نسبة الطلاق، بحث منشور في مجلة آداب الرافدين، كلية الآدابن جامعة موصل، العدد الثامن عشر،١٩٨٨،ص٢٩٥.

(٣) د. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقة الاسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الاردن، ٢٠٠٧، ص٣٣٧.

(٤) رقم القرار ٨/اداري تمييز/ ١٩٩٢ في ١٩٩٢/١/٢٦ القرار منشور في الموسوعة العدلية العدد (١٢) لسنة ١٩٩٢، ص٥.

## الفرع الثاني
## موقف القضاء العراقي والشريعة الاسلامية من نظرية الظروف الطارئة

لغرض الوقوف على موقف القضاء العراقي والفقة الاسلامي من نظرية الظروف الطارئه ينبغي ان نتناولها في فرعين حتى يمكن معرفه موقفهما حيال النظريه:

## الفرع الاول
## موقف القضاء العراقي من نظرية الظروف الطارئة

قبل صدور القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنه ١٩٥١ كان القانون المدني النافذ انذاك يمثل في مجلة الاحكام العدليه التي اخذت بنظرية الظروف الفسخ العذر في عقد الاجارة التي هي مشابهة الى حد كبير بنظرية الظروف الطارئه، وبعد ان صدر القانون المدني العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ النافذ بتاريخ ١٩٥٣/٩/٨[١]

حيث نص المشرع على نظرية الظروف الطارئه الظروف الطارئه في المادة ٢/١٤٦ على مايلي "على انه اذا طرات حوادث استثنائيه عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخساره فادحة، جاز للمحكمة بعد الموازنه بين مصلحه الطرفين ان تنقص الالتزام المرهق الى الحد المعقول ان اقتضت العدالة ذلك ويعد باطلً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك" .

من خلال هذا النص يتضح ان المشرع اعتبر نظرية الظروف الطارئة من النظام العام لايجوز مخالفة احكامها وقد حال ذلك دون قام المتعاقد القوي بفرض شروطه على الطرف الاخر الضعيف باعفاء نفسة من تحمل تبعات الظرف الطارئة.

ويتضح من خلال نص الماده ٢/١٤٦ ان هذه الفقره انها جاءت عامة مطلقه بالامكان انطباقها على كافة العقود اكانت مدنية ام ادارية بدليل ان المشرع قد اورد حكمها ضمن الاحكام العامة لنظرية العقد[٢]. كما ان المشرع العراقي قد اعتبرها من النظام العام كما فعل المشرع المصري عندما جاء في الشق الاخير من كلا النصين المصري والعراقي حيث قد اشارا هذين النصين الى بطلان اي اتفاق يخالفهما .

اما بصدد موقف القضاء العراقي من نظرية الظروف الطارئة لم يكن مستقراً، اي لم يكن له موقف موحد ازاء هذه النظرية، ففي قضية يذهب فيها القضاء الى وجوب ان يكون المدين قد نفذ جزء من الالتزامة التعاقدي لغرض رفع الارهاق عنه[٣]، بينا يشترط العكس ذلك في قضية اخرى ويشترط عدم تنفيذ المدين لالتزامة،إذ ان القضية المرقمة ١٢٢٩/حقوقية ٩٦٧ ذهبت محكمة التمييز الى القول "ان مفهوم نظرية الظروف الطارئة مؤداه ان يستمر المتعاقد الذي يشكو الارهاق في تنفيذ التزامة لكي يستفيد من تدخل القضاء لتخفيف حدة الارهاق فاذا امتنع من جانبة وتوقف عن تنفيذ الالتزامة التعاقدي كله او بعضه فلا يكون بامكانه الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة ولايحق له المطالبة بالتعويض عن الارهاق .بينما ذهبت محكمة التميز في قرار آخر انه "لايجوز التمسك بنظرية الظروف الطارئة اذا كان المتعاقد قد نفذ التزامة"[٤].

وذهبت محكمة التمييز العراقي في قضية اخرى الى مايلي:"يعتبر قانون الاصلاح الزراعي من الظروف الطارئة، هذا وقد ادى ذلك الى هبوط اسعار الاراضي الزراعية وهذا الظرف الطارئ يقتضي تدخل القضاء للموازنه بين مصلحة الطرفين وانتقاص الالتزام الى الحد المعقول"[٥].

اما عن موقف القضاء الاداري العراقي فقد صدرت عده قرارات تشير الى الاخذ بنظرية الظروف الطارئة منها القرار الصادر في ١٩٨٩/٤/٤، ورقم ٢٢ و٢٣ /هيئه موسعه /١٩٨٩[٦]."اذا ثبت من الكتب والمستمسكات الرسمية ان انهياراً تماما حصل بين التزامات طرفي الدعوى بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدام بذلك الاساس الذي قام علية التقدير المالي لعقد المقاولة فان لجوء المحكمة الى الاستعانة بالخبراء لزياده الاجور التي يستحقها المدعي من جراء هذا الانهيار عملاً بنص الماده ٨٧٨ من القانون المدني العراقي والمادة ١٤٠ من قانون الاثبات".

## الفرع الثاني
## موقف الشريعة الاسلامية من الظروف الطارئة

لقد عرفت الشريعة الاسلامية نظرية الظروف الطارئة قبل ان يعرفها القانون الوضعي السبب يرجع الى ان الركيزة الاساسيةللشريعة الاسلامية هي العدالة، لذا فعندما تعترض مبادى العدالة مع القوة الملزمة للعقد فيتم تطبيق احكام الظروف الطارئة والتخلي عن القوة الملزمة للعقد، وبغية رفع الضرر والمشقة عن احد العاقدين بسبب تغير الظروف العقد بحيث اصبحث مخالفة عن ظروف تكوينه فانهم عملوا على تقيد مبدأ العقد شريعة المتعاقدين مسترشدين ومستندين بما اقره القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة من خلال الحث على المساواة بين المتعاقدين في الحقوق والالتزامات ورفع الارهاق.

فقد جاء في سورة البقرة"لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا" " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ" وأيضاً في سورة الحج "وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ" ومعنى هذه الآيات ان الله عزوجل لايرضى لعباده الضيق والارهاق وضرر كما جاء في الحديث الشريف "لاضرر ولاضرار".

---

(١) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الثاني. دار النهضة العربية. ١٩٦٤، ص١٢٦.

(٢) احمد طلال عبد الحميد، قاعدة العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الادارية دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠١٢، ص١ .

(٣) احسان ستار خضير، المرجع السابق، ص٨.

(٤)احسان ستار خضير، المرجع نفسه، ص ٢٨٥ .

(٥) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٦٤، ص١٤٧.

(٦) سحر عباس يعقوب، فسخ العقد الاداري لاستحالة التنفيذ، جامعة الكوفة، كلية القانون بحث منشور في الموقع الالكتروني لمركز دراسات الكوفة: hppt//www.iasj.net/iasj?func=fulltext&ald=29521 (تاريخ الزيارة ٢٠١٩/٣/١٨)

## الفرع الثالث
## التكييف القانوني لنظرية الظروف الطارئة

ان اغلب النظريات القانونيه والفقهيه تقوم على اسس قانونية تضم مجوعه من المبادئ التي تجعلها نظريات قائمة بحد ذاتها متكاملة البناء ومحددة الملامح، ونظرية الظروف الطارئة لا تختلف عن غيرها من النظريات والانظمة القانونية حيث حاول الفقهاء تحليل هذه النظرية ووضع اسس قانونية لها حتى تلائم مع مقوماتها فهذه الاسس اما انها تكون مستمدة من القانون او من الفقة.

### اولا: مبدا العدالة كاساس للنظرية

ان مبدأ العدالة يعتبر من اكثر المبادئ القانونيه التي تصلح لاعتبارها اساساً لنظرية الظروف الطارئه لجملة من الاسباب من اهمامها ان هذا المبدا يعمل على ازالة الظلم، ويسعى لتكريس العدالة بين المتعاقدين عن طريق تسوية الالتزامات بين الطرفين وتوزيع عبء الخسارة الحاصلة نتيجه الظرف الطارئ بين المتعاقدين التي جعلت تنفيذ الالتزام للمدين مرهقاً.

فيرى انصار هذا المبد ان العدالة هي التي يجب الاعتماد عليها كاساس لنظرية الظروف الطارئه ويذهب انصار هذا المبدا الى القول ان العدالة كمبدا اخلاقي فهي فوق الارادة وما الارادة الا اداة لخدمة العدالة، وعلية فان احكام العدالة تقتضي تدخل المشرع لحماية مصلحة المدين، وقد اخذ الاجتهاد القضائي في سويسرا بتطبيق نظرية الظروف الطارئه على اساس مبدا العدالة وحسن النية[١].

### ثانيا:الارادة الضمنية للمتعاقدين كاساس للنظرية

يقصدبهذا الاساس ان كل عقد يتم ابرامة يتضمن شرط ضمني وهو ان تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد المبرم بين الطرفين معلق على شرط هو بقاء الظروف التي ابرم العقد في ظلها على حالها فاذا ما طرات ظروف ادت الى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد على نحو يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً يجب اعفائه من تنفيذه [٢].

وقد انتقدت هذا الاساس لأنه يقوم على افتراض واهم وغير موجود فكيف يفترض وجود نية مشتركة للمتعاقدين تهدف الى الاعفاء من الالتزام لوجود ظروف طارئه تجعل تنفيذه مرهقا اذ قد تكون مصلحة احد طرفي العقد في هذا الاعفاء مع ان مصلحة الطرف الاخر هي في استمرار الالتزام[٣].

### ثالثاً: حسن النية كاساس للنظرية

يعد الالتزام بمبدأ حسن النية من الالتزامات الشرعية والقانونية التي تتضمن إلزام المتعاقد بأن يكون صادقاً وأميناً ويلتزم بمساعدة الطرف الآخر في إطار احترام النظام وصدق التعهدات، ويشمل مبدأ حسن النية كافة المراحل التي يمر بها العقد، فهو يعرف في مرحلة التفاوض على العقد بمبدأ حسن النية قبل التعاقد، ويعرف أثناء مرحلة تنفيذ العقد بمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وهو مبدأ عام يشمل كافة أنواع العقود من أجل حماية مصالح الأفراد حسني النية ممن يستندون في أعمالهم وتصرفاتهم إلى ظواهر الأمور[٤].

### رابعاً: فكرة التوازن المالي للعقد

تفترض هذه الفكرة ضرورة تحقيق التوازن بين الالتزامات التي يفرضها العقد الاداري على المتعاقد مع الادارة وبين حقوقه بما ينتظره من ربح من وراء هذا العقد.

ولقد ذكرت المحكمة الاداريةة العليا المصرية في احدى احكامها هذه الفكرة فقالت "إن التعويض الذي تلتزم به جهة الادارة لايستهدف تغطية الربح الضائع أياً كان مقداره، أو الخسارة المألوفة في التعامل وإنما أساس تحمل الجهة الادارية لجزء من خسارة محققة وفادحة تندرج في معنى الخسارة الجسيمة بغرض إعادة التوازن المالي للعقد بين طرفيه في سبيل تحقيق المصلحة العامة[٥]".

### الخاتمة

تبين من البحث ان تطور احكام القانون المدني يؤثر في تطور العقد الاداري من خلال نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، وتتأكد أهمية هاتين النظريتين وتزداد كلما تقدم الزمن وتبعاً للتطورات التي تحصل في المجتمعات البشرية والتي تترافق معها ظروف طارئة غير متوقعة تؤثر بشكل مباشر على التوازن الاقتصادي للمتعاقدين إلى حد اختلاله وبما يؤدي إلى إلحاق الغدر المادي الجسيم بأحد أطراف العملية التعاقدية. فضلاً عن ذلك فان القوة القاهرة تعد صورة من صور السبب الأجنبي الذي ينفي علاقة السببية بين فعل المدين وبين الضرر الذي لحق بالمضرور. وهي كل حادث خارجي عن الشيء لايمكن للمدين توقعه، ولا يمكن له دفعه بما يؤدي الى احداث اختلال في التزامات طرفي العقد اذا يجعل المدين مرهقا ومهدد بخسارة فادحة اذا نفذ التزامة، مما يفرض على القاضي ان يتدخل لاعادة التوازن الاقتصادي للعقد.

### أولاً: الاستنتاجات

١- اساس تطبيق النظريتين هو اساس مزدوج بين فكرة استدامة سير المرافق العامة وقواعد العدالة، اذ تواجه قواعد العدالة تواجه الحالات التي يُثار فيه الشك حول الدور الذي تؤديه فكرة استدامة سير المرافق العامة.

---

(١) د. علي عبدالامير قبلان، المرجع السابق، ص١٠٨.
(٢)هبه محمد محمود الديب،المرجع سابق ، ص ٢٦ .
(٣) هبة محمود محمد الديب، المرجع نفسه، ص٢٦.
(٤) بكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئه في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير جامعة عبد الرحمن ميرة –بجاية، كليه الحقوق والعلوم السياسيه، ٢٠١٥ ، ص١٤ .
(٥) الطعن رقم ٣٥٦٢، س٢٩ ق جلسة ١٦-٥-١٩٧٨، الموسوعة الادارية الحديثة، ١٩٩٥، ج٣٥/٣٨٤.

٢- أن الشريعة الاسلامية قد سبقت القوانين الوضعية في نظرية الظروف الطارئة، وتتفق مع القوانين الوضعية في أن إعادة التوازن الاقتصادي للعقد يقوم على مبدأتحقيق العدالة الذي هو الغاية الاساسية في الشريعة الإسلامية.
٣- تؤدي الضرورة والظروف الاستثنائية والاستعجال الى التغاضي عن القواعد القانونية لظروف العادية، وتتخطاها منشئة قواعد جديدة، تتلائم مع الاوضاع الجديدة التي اوجدتها الظروف الاستثنائية، أودعت اليها الضرورة، أو استلزمتها حالة الاستعجال.
٤- ان التطور في القانون المدني والتوسع في العقود الادارية اصبح مجالهما يكاد ان يكون واحداً، وامست اطراف العقود الادارية كأنها تعيش في فضاء العقد المدني، اذ ان تطور القانون المدني يؤثر بشكل مباشر في تطور العقد الاداري.
٥- قد تبين من البحث أن القاعدة العامة في تطبيق نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني لا تجيز فسخ العقد وإنما تجيزتعديل العقد بإنقاص الالتزام المرهق إلى الحدالمعقول. اماتطبيق القوة القاهرة يترتب عليها جملة من النتائج، تتمثل بانتفاء مسؤولية المدين وانفساخ العقد، وما ينجم عن ذلك من آثار تتجسد في انقضاء التزامات المتعاقدين، مما يتطلب عودة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد.
٦- ان المشرع العراقي قد قصر سلطة ا لقاضي في انقاص الالتزامات المرهقه الى الحد المعقول وكان لامبرر لو وسع في سلطته التقديرية لتشمل الزيادة الالتزامات المتقابله او وقف تنفيذ العقد الى حين زوال اثر الظرف الاستثنائي.
٧- أن الطرف الذي يسعى إلى إعفائه من المسئولية في نظرية القوة القاهرة عليه أن يثبت أن التنفيذ أصبح مستحيلاً، من الناحية الفعلية أو القانونية، وليس مجرد أكثر صعوبة أو غير مربح.
٨- يتضح من الدراسةان المشرع العراقي لم يضع نصوصاً قانونية في مجال العقود الإدارية كمبدأ عام ، إلا انه قد حدد بعض أنواع العقود بنصوص قانونية لا تدع مجالاً للشك في كونها عقوداً إدارية مثل عقود تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى التي شملت بإحكام قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (٦٠) لسنة ١٩٨٥، وعقود بيع وإيجار أموال الدولة التي تنظمها أحكام القانون رقم (٣٢) لسنة ١٩٨٦.
٩- لقد خرج القضاء الإداري عن قاعدة إلزامية العقد للمتعاقدين، استجابة لمتطلبات المصلحة العامة وضرورة إدامة سير المرافق العام. نظرا لان التمسك الدقيق بهذه القاعدة من شانه، أن يؤدي إلى إحجام الأفراد والشركات عن إبرام العقود مع الجهة الإدارية ، وهذا ما ينعكس سلباً على سير المرفق العام.

## ثانياً: التوصيات

١- ندعو المشرع الى اعادة صياغة المادة(١٤٦)لان رفض الفسخ يعني الإبقاء على العقد كما هو بالرغم من عدم التوازن الاقتصادي الذي حدث فيه. لذا نرى إعادة النظر في النص المذكور حتى يمكن الفسخ إذا تطلب الأمر ذلك وحسب تقدير محكمةالموضوع .
٢- توسيع سلطة التقديرية للقاضي، لتشمل زيادة الالتزامات المتقابلة، او وقف تنفيذ العقد الى حين زوال اثر الظروف الاستثنائي وذلك لتحقيق العدالة بين الطرفين.
٣- نوصي مع من سبقنا إلى مد اختصاص محكمة القضاء الإداري للنظر في منازعات العقود الإدارية دون اقتصار اختصاصها في النظر بصحة القرارات الإدارية أسوة بمحاكم القضاء الإداري في القوانين المقارنة، مع تفعيل دورها في نظر كافة المنازعات الإدارية.
٤- تفعيل دور مجلس الانضباط العام فيما يخص النظر في النزاعات المتعلقة بهذا العقد وخاصة التي تحدث بين الإدارة والمتعاقد.
٥- ان تطبيق نظرية الظروف الطارئة يفتح المجال امام القانون المدني ليأخذ دوره بشكل فعال، ويعالج الازمات التي مرّ بها، ويساهم في ملاحقة التطور الهائل في المجتمع.
٦- ان تدخل المشرع من اجل تنظيم المصالح المتقابلة للطرفين في مجال العقود هو من الامور الضرورية، إذ ان ترك الامر لسلطان الارادة ليس بالامر المستحب، ولايمكن ان يؤدي الى تحقيق المصلحة العامة والعدالة في اكثر الاحوال.
٧- ضرورة انشاء محكمة ادارية في اقليم كوردستان بنظر منازعات العقود الادارية، كي تعمل على تكملة اختصاص محكمة القضاء الإداري في حالة عدم توسع اختصاص الاخيرة ليشمل منازعات العقود الادارية،على ان يتم الطعن في احكامها امام محكمة ادارية عليا.
٨- لم يحدد المشرع العراقي في قانون مجلس شورى الدولة رقم (٦٥) لسنة ١٩٧٩ المعدل بالقانون رقم ( ١٠٦) لسنة ١٩٨٩ في المادة ( ٧ / ثانيا/ د) المنازعات الخاصة بالعقود الإدارية عندما حدد اختصاصات محكمة القضاء الإداري. في حين أن العقود المذكورة تدخل في اختصاص القضاء الإداري في الدول التي يوجد فيها مثل هذا القضاء، لما لهذه العقود من خصائص تميزها من العقود المدنية ، المادة- 2- من قانون مجلس الدولة العراقي رقم71 لسنة2017تسري أحكام قانون مجلس شورى الدولة رقم (65) لسنة 1979،على مجلس الدولة المنصوص عليه في المادة (1) من هذا القانون. وتحل تسمية (مجلس الدولة) محل (مجلس شورى الدولة) أينما وردت في التشريعات.
٩- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة ( ٧ / ثانيا / د ) من القانون المذكور ، بشكل يسمح للمحكمة بنظر المنازعات الإدارية ومنها العقود الإدارية.

## قائمة المصادر


- آلان بينابنت، ترجمة منصور القاضي، القانون المدني الموجبات (الالتزامات)، مجد المؤسسة الجامعية لدراساتوالنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٤.
- د. عبدالرزاق احمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، ط٢، منشورات الحلبي الحقوقية، ١٩٩٨.

- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، جـ١، مصادر الالتزام، ط٥، مطبعة نديم، بغداد، ١٩٧٧. د. محمد كمال عبد العزيز، التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه، جـ١،ط١،القاهرة ، ١٩٨٠. د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل الفردي في القانون المدني المصري، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
- عصمت عبدالمجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ومشروع القانون المدني العربي الموحد، منشوارات الزين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٧.
- علي ضاري خليل، السبب الأجنبي وأثره في نطاق المسؤولية التقصيرية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٩٩.
- عمار محسن كزار الزرفي، نظرية الظروف الطارئة واثرها على اعادة توازان الاقتصادي المختل في العقد، جامعة الكوفة – كلية القانون، ٢٠١٥.
- د. سعاد الشرقاوي، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٨-١٩٩٩ .
- د. سليمان محمد الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، ط١٩٩١،٥.
- د. سليمان مرقس، احكام الالتزام، دار الكتب القانونية، شتات –مصر، ط٦، المنشورات الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
- فريدة اليرموكي، علاقة السببية في مجال المسؤولية التقصيرية بين رأي الفقه وموقف القضاء، دراسة مقارنة، الطبعة١، ١٤٣٠-٢٠٠٩.
- د. ماجد راغب الحلو، العقود الادارية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠.
- د. مجيد حميد العنبكي، قانون النقل العراقي – المبادئ والأحكام، مركز البحوث القانونية، بغداد، ١٩٨٤. وكذلك د. باسم محمد صالح، القانون التجاري - القسم الأول، ط٢، مطبعة جامعة بغداد، ١٩٩٢.
- د. محسن شفيق، نظرية الحرب كقوة قاهرة وأثرها في عقد البيع التجاري، دار الإسراء للنشر والتوزيع، عمان – الأردن، ١٩٩٨.
- محمد بفقير، قانون الالتزامات والعقود والعمل القضائي العراقيي، قانون الالتزامات والعقود مع آخر التعديلات،مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ٢٠١٠.
- د. محمود عبدالمجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الادارية وآثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس – لبنان، ١٩٩٨.
- د. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقة الاسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الطبعة الاولى، الاردن، ٢٠٠٧.
- د.منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات دراسة مقارنة بين الفقة الاسلامي والقوانيين المدنية الوضعية، مصادر الالتزام، ج١، عمان، دار الثقافه، ١٩٩٦.
- د. نصري منصور نابلسي، العقود الادارية، منشورات زين الحقوقية، ٢٠١٢.

رسائل الماجستير والدكتوراه

- أحمد طلال عبد الحميد، قاعدة (العقد شريعة المتعاقدين في مجال العقود الإدارية) (دراسة قانونية مقارنة)، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلِّيَّة الحقوق، ٢٠١٢.
- احمد يوسف عبدالرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الاداري في فلسطين، دراسة مقارنة بالشريعة الاسلامية، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الاسلامية، غزة، ٢٠١٧.
- بكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئه في القانون المدني الجزائري، رسالة ماجستير جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية، كليه الحقوق والعلوم السياسيه، ٢٠١٥ .
- حسن علي الذنون، النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة فؤاد الأول، مطبعة نهضة مصر، القاهرة، ١٩٤٦.

البحوث

- سحر جبار يعقوب، فسخ العقد الإداري لاستحالة التنفيذ بسبب الظروف الطارئة، بحث منشور مركز دراسات الكوفة، العدد السابع، ٢٠٠٨.
- حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري - دراسة مقارنة - مجلة الرافدين، المجلد (١٦) ، (العدد ٥٨)، (السنة ١٨) كلية الحقوق، جامعة موصل.
- مصطفى نجم عبد كشاش، اثر الظروف الطارئة عاى الالتزام التعاقدي، بحث، كلية القانون جامعة القادسية، ٢٠١٣.
- د. محمد ابوبكر عبد مقصود، اعادة التوازن المالي للعقد الاداري في ظل الازمة المالية العالمية، نظرية الظروف الطارئة، بحث – كلية الحقوق، جامعة المنصورة، ٢٠٠٩.

القوانين

القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المادة ١٤٦.
القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
القانون المدني الفرنسي.
القانون المدني السوري الصادربالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ لعام ١٩٤٩م.

قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.


## الملخص

وجدت نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة اصولهما في القانون المدني وانسحبت اثرهما على العقود الادارية لضرورات تسير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة. وانطلاقاً من ذلك نتلمس ان بصمات القانون الخاص تواكب العقد الاداري، وبالتالي فإن الضرورات تفرض حالها وتثبت ان اصول العقد الاداري تبقى مرتبطة باصوله المدنية. لما كان فصل العقد الاداري عن العقد المدني يعود الى اسباب سياسية وايديولوجية، ولا يعود الى اسباب قانونية أو ضرورات حياتية، وهذا ما يؤكده واقع الحال وفق تطورات الحاصلة في التشريعات.

ينبغي ان يمتاز العقد سواء كان مدنياً أو إدارياً، بالتوازن في الالتزامات والحقوق لكل من طرفيه في مرحلة تكوينه، بالرغم من ذلك تواجه تنفيذ العقد الاداري كما هو الحال في العقد المدني معوقات وصعوبات خلال تنفيذ العقد منها القوة القاهرة والظروف الطارئة، مما يؤدي الى استحالة تنفيذ العقد أو ارهاق المتعاقد.

ان القوة القاهرة التي تعيق تنفيذ العقد، عموماً، أما ان تكون دائمة، أو مؤقتة. ويستند هذا التقسيم على تحديد ميعاد زوالها، فإذا كانت بطبيعتها غير قابلة للزوال في المستقبل، أي باقية على الدوام فإنها تعد عندئذٍ قوة قاهرة دائمة، تفضي الى استحالة مطلقة دائمة في تنفيذ الالتزام. أما إذا وجدت ثمة بوادر واحتمالات تشير الى ان القوة القاهرة ستزول بعد مدة قد تطول او تقصر، بيد انها في كل الأحوال ستزول قبل فوات الجدوى من التنفيذ فتعد عندئذٍ قوة قاهرة مؤقتة بعبارة اخرى فانها تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، ويترتب عليها انتفاء مسؤولية المدين وانفساخ العقد. وهذا ما مييزها عن نظرية الظروف الطارئة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ١٤٦ من القانون المدني العراقي والتي لا تجيز فسخ العقد وإنما تجيزتعديل العقد بإنقاص الالتزام المرهق إلى الحدالمعقول. وقد شهدت ساحات القضاء العراقي تطبيقات لأحكام النظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة التي من المؤمل أن تتوسع مستقبلاً بفعل الازمات وبما يوفر إمكانية إعادة التوازن الاقتصادي بين حقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين.

وهنا تظهر أهمية نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة ومعالجاتها العادلة في إعادة التوازن الاقتصادي بين طرفي العقد بما ينعكس إيجابي على المعاملات الاقتصادية والتجارية حيث يشعر المتعاقد بالطمأنينة عند ابرام العقود وخلال تنفيذها.

## پوختە

**هەر دوو تێۆرەکە (القوه القاهره، بارووداوخی لەناکاو) لە یاسای شارستانی ڕێچکەیان دۆزراوەتەوە، وە کاریگەریان گەیشتۆتە گرێبەستە ئیداریەکان کە دامو دەزگا کانی گشتی پێوە بەڕێوە دەچێت بۆ بەدی هێنانی بەرژەوەندی گشتی.**

**لەم خاڵەوە هەست بە شوێنەواری یاسای تایبەت دەکرێت لە ڕێ ڕەوەکەی گرێبەستی ئیداری. بەدوای ئەوە وە پێویستیەکان خۆیان زاڵ کردووە وە سەلماندوویانە کەوا ڕێچکە و ریشەی گرێبەستی ئیداری خۆی ببستێتەوە بە ڕێساکانی یاسای شارستانی. کەوا بوو گرێبەستی ئیداری جیا بکرێتەوە لە گرێبەستی شارستانی بەهۆی هۆکارەکانی سیاسی و ئایدلوجی، وە نەگەڕێتەوە بۆ مەبەستەکانی یاسایی یاخود پێداویستیەکانی ژیان.**

**ئەمەش وەك سەلماندراوە وە دڵنیاکراوەتەوە لە واقعی ئێستا بە پێی بەڕەوە پێشبردنەکانی یاسا نووسراوەکان. دەبێت تایبەتمەندیەك ڕووبدات لە گرێبەستدا گەر چی شارستانی بێت یاخود ئیداری بەهێنانە دی بلانس لە ڕووی ئەرکەکان و مافەکانی لایەنی گرێبەست لە قۆناغی دروست بوونی دا.**

**لەگەڵ ئەوەشدا جێبەجێ کردنی گرێبەستی ئیداری ڕووبەڕووی ئاست تەنگ دەبێتەوە لە ڕێڕەوی جێبەجێکردنیدا وەك بەڕووی (القوه قاهره، بارووداوخی لەناکاو) ببێت وەك ئەوەی گرێبەستی شارستانی بەڕوو ڕووی دەبێت. کە بەئەنجام جێبەجێکردنی دووچاری مەحاڵ بوون دەبێت یاخود ئاستەنگ بوونی لایەنەکان.**

**بەگشتی ( قوه قاهره) کە ڕێگری لە جێبەجێکردنی گرێبەست دەکات، یان بەردەوامیی هەیە، یان بۆ ماوەیەکی کاتی دەبێت. ئەم دابەشکارییە بەستراوە بە دیاریکردنی کاتی کۆتایی هاتن بە قوه قاهرەکەوە هەیە. ئەگەر سروشتی وا بوو کە لە توانادا نەبوو کۆتایی پێ بێت لە ئایندەشدا ، واتا بۆماوە بوو بەشێوەیەکی بەردەوام ئەو کات بە قوه قاهرەی هەمیشەیی دادەنرێت. وە دەبێتە هۆی مەحاڵ بوونی هەمیشەیی لە جێ بەجێ کردندا.**

**بەڵام ئەگەر نیشانە و هەوڵی ئەوە هەبوو کە دەکرێت قوه قاهره کە ماوەیەکی زۆری پێ نەچێت پێش ئەوەی بگاتە لە دەست دانی هۆکارەکانی جێبەجێکردنی ئەرکەکانی گرێبەست لەو کاتەدا ( قوه قاهرەکە) کاتییە وە بە دارێژکراوێکی تر ئەمە جێبەجێکردنی ئەرك مەحاڵ دەکات. وە دەرئەنجامی دەبێت بەوەی کە بەرپرسیارێتی قەرزبار ناهێلێت و گرێبەست هەڵدەوەشێتەوە بە حوکمی یاسا. وە ئەوەیە جیاوازییەکەی لە ( پیۆری بارووداوخی نالەبار) کە برگەی دوو لە دەقی ١٤٦ لە یاسای شارستانی باسی کردووە. کە ڕێیی نەداوە بە هەڵوەشاندنەوەی گرێبەست بەڵکو ڕێیی داوە بە ڕاستکردنەوەی گرێبەست بە کەم کردنەوەی ئەرك لەسەر ئەو لایەنەی باری قورس بووە بەشێوەیەکی گونجاوو. وە دادگای عیراقی چەندین حوکمی لەسەر ئەم دوو تیورە دەرکردوە کە بێشبینی دەکرێت بەرو**

پێشتر بچێت لە داهاتوو بە هۆی بارودۆخی نالەبارو کە دەبێتە ئەوەی پێویست بە دوبارە رێکخستنی بەلانس لە نێوان مافەکان و پابەندبوونی لایەنەکانی گرێبەست بکات.

وە لێرەدا بۆمان دەردەکەوێت، گرنگی هەردوو تیۆرەکە (القوه قاهره، بارووددۆخی نالەبار) وە چارەسەرێکی دادپەروەرانە لەهەمان کاتدا گەرانەوە بۆ بلانسێکی دارایی لە نێوان لایەنەکانی گرێبەست بەشێوەیەك کاربکاتە سەر مامەڵەکانی ئابووری و بازرگانی بەشێوەیەکی ئیجابی و ئەرێنی ، کەوا گرێبەست بەست دڵنیابکاتەوە بەشێوەی گرێدانی گرێبەستەکان و جێبەجێکردنی.

## Abstracts

Founding the theories of force majeure and emergency circumstances their origins in the civil law and withdrew their impact on the administrative contracts for the necessities of the public utility and the public interest. Based on this, we feel that the fingerprints of the special law keep pace with the administrative contract, and therefore necessities impose its condition and prove that the assets of the administrative contract remain linked to the civil ownership. Since the separation of administrative contract from the civil contract is due to political and ideological reasons, and is not due to legal reasons or necessities of life, and this is confirmed by the reality of the situation according to improvement legislation.

The contract, whether civil or administrative, should be balanced by the balance of obligations and rights of both parties at the stage of its formation. However, the implementation of the administrative contract, as in the civil contract, faces obstacles and difficulties during the execution of the contract, including force majeure and emergency conditions, Contract or contract tiring.

The force majeure that hinders the implementation of the contract, in general, either is permanent, or temporary. This division is based on determining the date of its demise. If, by its very nature, it is irreversible in the future, that is to say, it remains a permanent force of force, leading to a perpetual impossibility in carrying out the obligation. If, however, there are signs and indications that the force majeure will disappear after a period that may be prolonged or shortened, but in any case it will disappear before the feasibility of the implementation is completed, then a temporary force of force is defined in other words, it makes the implementation of the obligation impossible. . This is what distinguishes it from the theory of emergency circumstances provided for in article 146, paragraph 2, of the Civil Code, which does not permit the dissolution of the contract, but allows the amendment of the contract to reduce the obligation that is exhausting to a reasonable extent. The Iraqi courts have witnessed the application of the provisions of the theory of force majeure and the contingencies that it is hoped will expand in the future due to the crises and thus provides the possibility of economic rebalancing between the rights and obligations of the contracting for all sides.

The importance of the theories of force majeure and emergency conditions and their fair treatment in the restoration of economic balance between the parties to the contract, which reflects positively on the economic and commercial transactions where the contractor feels safe when the conclusion of contracts and implementation part.