البحوث والدراسات

الآثار القانونية لجائحة كورونا المستجد على تنفيذ العقود الإدارية وفقاً للقانون الإداري الكويتي

د. ماجد ملفي الديحاني

ملخص

هدف الدراسة: يتمثل الهدف من هذه الدراسة في إيجاد الحلول القانونية التي تضمن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وتحقيق بيئة قانونية مستقرة في ظل جائحة كورونا المستجد؛ وذلك لضمان سير المرافق العامة بانتظام واطّراد.

منهجية الدراسة: اعتمدنا في الدراسة على المنهج الوصفي في بيان ماهية العقد الإداري وتعريف جائحة كورونا المستجد، والإجراءات الاحترازية التي قامت بها حكومة دولة الكويت لمواجهة هذه الجائحة، واعتمدنا كذلك على المنهج التحليلي في تناول التكييف القانوني لجائحة كورونا في مجال تنفيذ العقد الإداري؛ وذلك لإعطاء فكرة متكاملة تحيط بجميع جوانب موضوع الدراسة، وللوصول إلى النتيجة المرجوة من هذه الدراسة.

البيانات وعينة الدراسة: يقوم موضوع الدراسة على معالجة الآثار السلبية المترتبة على تداعيات جائحة كورونا المستجد، المتعلقة بالالتزامات التعاقدية بين الإدارة والمتعاقد معها في تنفيذ عقودها الإدارية، ومعالجة الإخلال في التوازن المالي للعقد الإداري الذي أحدثته هذه الجائحة، وذلك من خلال تطبيق نظرية القوة القاهرة أو نظرية الظروف الطارئة، بحسب توافر شروط أي من النظريتين، وذلك كله في إطار القانون الإداري الكويتي.

نتائج الدراسة: توصلت الدراسة إلى عدد من النتائج التي هدفت إلى وضع مقترحات تعالج الآثار السلبية لجائحة كورونا المستجد على تنفيذ كل عقد إداري على حدة بحسب نوعيته، بالنسبة لأي من طرفيه؛ أي علاج الحالة التي يصبح فيها الالتزام التعاقدي مستحيل التنفيذ بتطبيق نظرية القوة القاهرة، أو صعب التنفيذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

المصطلحات العلمية: جائحة كورونا، العقود الإدارية، القوة القاهرة، الظروف الطارئة.

– تم تسليم البحث في 2020/6/30، عُدّل في 2020/8/10، أجيز للنشر في 2020/12/14.

مقدمة:

تنص المادة (20) من دستور دولة الكويت لسنة 1962 على أن "الاقتصاد الوطني أساسه العدالة الاجتماعية، وقوامه التعاون العادل بين النشاط العام والنشاط الخاص، وهدفه تحقيق التنمية الاقتصادية وزيادة الإنتاج ورفع مستوى المعيشة وتحقيق الرخاء للمواطنين، وذلك كله في حدود القانون". فما جاء في الدستور هو ما حرصت دولة الكويت على تفعيله؛ حيث عملت الحكومة الكويتية، ممثلة في جهة الإدارة، على السعي الدؤوب إلى سدّ احتياجات المجتمع بنفسها، وقد تلجأ أحياناً إلى التعاقد مع الأفراد أو الشركات، بما يضمن حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وبما يكفل في النهاية أداءها لمهامها بالصورة المُثلى.

ولما كانت العقود الإدارية لخصوصيتها تتميز عن العقود المدنية؛ ومن ثم يتم تغليب المصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، وفي سبيل ذلك كان لها دائماً حق تغيير شروط العقد وإضافة شروط جديدة أو حتى إنهاء العقد إذا قدّرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، كل ذلك دون إخلال بحق الأفراد والجهات المتعاقدة مع الدولة في استهداف تحقيق بعض الأرباح، بوصفها من قبيل التوقعات المشروعة التي دفعته إلى إبرام العقد.

إلا أنه مع انتشار جائحه كورونا المستجد، وما تمثله، كظرف استثنائي، لم يكن في مقدور المتعاقد مع الإدارة توقعه في أثناء التعاقد؛ الأمر الذي قد يؤدي إلى إخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري؛ ومن ثم على الإدارة أن توازن بين سلطتها في إنهاء العقد أو تعديل شروطه بما يحقق التوازن المالي للعقد المطلوب؛ لتوفير بيئة قانونية آمنة وعادلة ومستقرة في جميع القطاعات، تبرز في ضرورة التزام الدولة بتوافر قدر من الثبات النسبي للعقود، وتوافر حد أدنى لاستقرار المراكز القانونية حتى يستقر عمل المرفق العام ذاته.

وعلى ذلك فإن ظروف انتشار جائحة كورونا المستجد في وقتنا الحالي، وما ترتب عليه من آثار، نتج عنها اتخاذ الحكومة مجموعة من الإجراءات الاحترازية للحد من انتشار هذه الجائحة، هي ظروف طرأت خلال تنفيذ العقد

الإداري، كما أنها ظروف لم تكن في حسبان المتعاقد عند إبرام العقد، ولا يملك لها دفعاً؛ ومن شأنها أن تنزل به خسائر فادحة تختل معها اقتصادات العقد اختلالاً جسيماً؛ مما يترتب عليه من التزام جهة الإدارة بتحمل نصيب من الخسائر، ويكون التزام جهة الإدارة هنا إما على أساس اعتبار هذه الجائحة من قبيل القوة القاهرة، وإما على أساس اعتبارها من قبيل الظروف الطارئة، ولا شك أن هذا يطرح تساؤلاً سنجيب عنه في هذه الدراسة، وهو: أتعدّ هذه الجائحة من قبيل القوة القاهرة أم تعدّ ظرفاً طارئاً؟ كما سنبين في هذه الدراسة أيضاً أن سبب أهمية الإجابة عن هذا التساؤل تعود إلى اختلاف الأثر المترتب على كل من القوة القاهرة والظرف الطارئ. لذلك سوف نفرق بينهما ونوضح معيار تحديد التكييف الأنسب لهذه الجائحة.

أهمية الدراسة:

تظهر أهمية الدراسة في الحد والتخفيف من تداعيات جائحة كورونا المستجد وآثارها السلبية على الالتزامات التعاقدية بين جهة الإدارة والمتعاقد معها في تنفيذ عقودها الإدارية؛ فقد كبدت هذه الجائحة المتعاقدين خسائر كبيرة بسبب عدم قدرتهم على الوفاء بالتزاماتهم التعاقدية؛ مما أثار مشكلات قانونية بالغة التأثير وبالغة التكاليف والخسائر؛ وهو ما يتطلب تعرّف الآثار القانونية المترتبة على عدم تنفيذ تلك العقود ودراستها، ومعالجة هذه الآثار إما وفقاً لنظرية الظروف الطارئة وإما وفقاً لنظرية القوة القاهرة، كما تظهر أهمية هذه الدراسة أيضاً في معالجة الإشكالية التي تكمن في التطبيق العملي الذي يثير جدلاً حول معرفة مدى ما يمكن أن تكون جائحة كورونا المستجد مانعاً قانونياً من تنفيذ الالتزامات التعاقدية والقانونية المترتبة على ذمة طرفي العقد.

خطة الدراسة:

لإعطاء فكرة متكاملة تحيط بجميع جوانب موضوع الدراسة، وللوصول إلى النتيجة المرجوة من هذه الدراسة، ارتأينا أنه من الملائم تقسيم هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث، على النحو الآتي:

- المبحث الأول: ماهية جائحة كورونا المستجد والإجراءات الاحترازية لمنع انتشارها.
- المبحث الثاني: ماهية العقد الإداري ومدى تأثير جائحة كورونا المستجد على تنفيذ العقد الإداري.
- المبحث الثالث: التكييف القانوني لجائحة كورونا المستجد في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

المبحث الأول
ماهية جائحة كورونا المستجد والإجراءات الاحترازية لمنع انتشارها

إن بداية انتشار فيروس كورونا المستجد كان في مدينة ووهان الصينية؛ حيث تم الإبلاغ عن فيروس كورونا المستجد (covid-19) التاجي؛ لأول مرة في ديسمبر من العام الماضي 2019، ثم انتشر الوباء بسرعة كبيرة ليشمل العديد من دول العالم؛ مما أدى إلى قيام العديد من دول العالم إلى اتخاذ إجراءات احترازية للحد من انتشاره، وقد قامت كل دولة بحظر السفر وتوقيف حركة الطيران، وحجر المواطنين، وعزل المصابين، وإغلاق أغلب أماكن العمل والموانئ، وغيرها من الإجراءات الاحترازية، وبسبب الأضرار الاجتماعية والاقتصادية العالمية التي سببتها الجائحة، رأينا تخصيص مطلب لماهية جائحة كورونا المستجد وتناولها بشيء من التفصيل، وتخصيص مطلب آخر للإجراءات الاحترازية المتخذة لمحاولة وقف انتشار الفيروس الجديد، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول
تعريف جائحة كورونا المستجد وآثارها

أدى سرعة انتشار فيروس كورونا المستجد إلى إعلان منظمة الصحة العالمية تصنيف تفشي فيروس كورونا بوصفه وباء عالمياً (جائحة)، كما أعلنت منظمة الصحة العالمية أن استخدامها لمصطلح الوباء العالمي (جائحة) يعود لسببين رئيسين، هما:

1 – سرعة تفشي العدوى واتساع نطاقها.

2 – القلق الشديد إزاء القصور في النهج الذي تتبعه بعض الدول وفي ضعف الإجراءات اللازمة للسيطرة على تفشي هذا الفيروس.

وتعرف الجائحة بأنها: تعبير يستخدم لوصف الأمراض المعدية عندما نرى تفشياً واضحاً لها وانتقالاً من شخص إلى آخر في عدد من البلدان في العالم في الوقت نفسه، وكما يُرجح حدوث الجائحة إذا كان الفيروس جديداً، ولم تسبق الإصابة به؛ مما يتسبب في تفشي عدواه بين الناس سريعاً، فضلاً عن إمكانية انتقاله من شخص إلى آخر بطريقة مؤثرة، ويبدو أن جميع هذه الصفات تنطبق على فيروس كورونا المستجد (covid-19)؛ ولذلك يطلق عليه جائحة كورونا المستجد[1].

ونرى هنا أن تغير اللغة المستخدمة في وصف الفيروس كجائحة لن يغير شيئاً بشأن الطريقة التي يتصرف بها الفيروس، بيد أن منظمة الصحة العالمية تأمل عبر استخدام الوصف الجديد (جائحة) في تحفيز دول العالم على تغيير طريقة تعاملها مع المرض واتخاذ إجراءات أكثر صرامة.

أما بخصوص تعريف فيروس كورونا فهو يعرف بأنه: فيروس من فيروسات كورونا، وهي سلالة واسعة من الفيروسات التي قد تسبب المرض للحيوان والإنسان، ومن المعروف أن عدداً من فيروسات كورونا تسبب لدى البشر أمراضاً تنفسية، تراوح حدتها من نزلات البرد الشائعة إلى الأمراض الأشد خطورة، مثل متلازمة الشرق الأوسط التنفسية (ميرس) والمتلازمة

(1) أما الوباء فهو تفشي المرض المعدي على مساحة جغرافية أكبر؛ ففي حالة فيروس كورونا المستجد بدأ الأشخاص الموجودون في أماكن خارج مدينة ووهان في إجراء اختبارات إيجابية للإصابة بالعدوى؛ مما يعني أن حالات انتشار فيروس كورونا في جميع أنحاء الصين تعني أنه قد تطور إلى وباء، انظر الموقع الإلكتروني لمنظمة الصحة العالمية:
https://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses.

التنفسية الحادة الوخيمة (سارس)، ويسبب أيضاً فيروس كورونا المكتشف مؤخراً مرض كورونا المستجد (covid-19).

ويعرف بأنه مرض معدٍ يسببه آخر فيروس تم اكتشافه من سلالة فيروسات كورونا، ولم يكن هناك أي علم بوجود هذا الفيروس الجديد ومرضه.

(فيروس كورونا المستجد، 2020، مارس، المركز العربي لتأليف وترجمة العلوم الصحية، ص43).

أما الآثار الصحية المترتبة على مرض كورونا المستجد فهي تظهر على الشخص المصاب به على شكل أعراض، تتمثل في الحمى والإرهاق والسعال الجاف، وآلام بالجسم وأوجاعه، واحتقان الأنف، والصداع، وإذا اشتدت هذه الأعراض فإنها تؤدي إلى صعوبة في التنفس مع ارتفاع شديد في درجة حرارة الجسم، ينجم عنه موت الشخص في أغلب الحالات، خاصة في ظل عدم وجود لقاح أو علاج لمرض كورونا حتى الآن، وبما أن هذا المرض معدٍ وقاتل ولمنع انتشاره وانتقاله إلى الآخرين، فإنه يتم عزل الأشخاص المرضى، واتباع الاحتياطات التي توصي بها منظمة الصحة العالمية. (دليل الوقاية من فيروس كورونا المستجد، 2020، مارس، المستقبل الرقمي، ص12).

المطلب الثاني

الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها الحكومة الكويتية لمنع انتشار الجائحة

لقد غزت جائحة كورونا المستجد العالم بأكمله؛ الأمر الذي حدا بجميع حكومات العالم إلى اتخاذ التدابير والإجراءات الاحترازية للوقاية من هذه الجائحة، وكان لحكومة الكويت النصيب الأكبر في اتخاذ تلك الإجراءات الاحترازية؛ إذ إنها قامت بإصدار حزمة من القرارات الوزارية والتدابير الاحترازية للحفاظ على المواطنين والمقيمين، سواء بتعليق الدراسة بمختلف مراحل التعليم، وتعطيل العمل بمختلف الوزارات والهيئات الحكومية، ووقف جميع الرحلات الدولية، ومنع مزاولة بعض الأنشطة التجارية في البلاد التي

تكثر فيها التجمعات؛ فتم إغلاق المقاهي والمطاعم والصالونات وصالات السينما والأفراح، وغيرها من الإجراءات ذات الصلة.

وبالرجوع – بشيء من التفصيل – إلى وأبرز قرارات مجلس الوزراء الكويتي منذ دخوله في مواجهة مع فيروس كورونا المستجد حتى وقت إعداد هذه الدراسة، نجد أنه قام بإلغاء الاحتفالات بالأعياد الوطنية للوقاية من انتشار هذا الفيروس، وقام بتشكيل اللجنة العليا لمتابعة تداعيات فيروس كورونا المستجد[2]، وأقرّ بأن الحجر المنزلي أو المؤسسي في القطاعين العام والخاص لا يحتسب من ضمن إجازة الموظف، ولا يؤثر على حقوقه الوظيفية والمالية[3].

بعد ذلك قامت الحكومة الكويتية، ويمثلها الطيران المدني، بوقف جميع رحلات الطيران من دولة الكويت وإليها[4]، وقيام وزارة الصحة بإصدار قرار بإخضاع جميع القادمين إلى البلاد للحجر المنزلي أو المؤسسي فور قدومهم[5].

وفي اجتماع طارئ واستثنائي لمجلس الوزراء الكويتي، قرّر فيه تعطيل الدراسة في جميع المدارس والجامعات والمعاهد والكليات العسكرية[6].

---

(2) قرار مجلس الوزراء رقم (455) لسنة 2020، في اجتماعه الاستثنائي بتاريخ 2020/2/24، منشور بالموقع الإلكتروني لوكالة الأنباء الكويتية (كونا)، انظر: https://www.kuna.net.kw.

(3) قرار مجلس الوزراء رقم (378/1) لسنة 2020 في اجتماعه الاستثنائي رقم (13) بتاريخ 2020/3/9، منشور بالموقع الإلكتروني لوكالة الأنباء الكويتية (كونا)، انظر: https://www.kuna.net.kw.

(4) قرار مجلس الوزراء رقم (391) لسنة 2020، في اجتماعه الاستثنائي رقم (14) بتاريخ 2020/3/11، منشور بالموقع الإلكتروني لوكالة الأنباء الكويتية (كونا)، انظر: https://www.kuna.net.kw.

(5) قرار وزير الصحة العامة رقم (77) لسنة 2020، جريدة (الكويت اليوم). (2020، 4، 23).

(6) قرار مجلس الوزراء الكويتي رقم (333) لسنة 2020 في اجتماعه الاستثنائي رقم (9) بتاريخ 2020/2/26، منشور بالموقع الإلكتروني لوكالة الأنباء الكويتية (كونا)، انظر: https://www.kuna.net.kw.

وقام ديوان الخدمة المدنية بوقف العمل بنظام البصمة للموظفين مؤقتاً، ابتداءً من (1) مارس 2020 حتى إشعار آخر[7]، كما أصدرت وزارة الداخلية قراراً بتشكيل فريق طوارئ يختص بمتابعة إجراءات الحظر واستقبال جميع الحالات الطارئة والتعامل معها[8].

وأصدر وزير التجارة والصناعة قراراً بحظر تصدير جميع السلع والمنتجات الغذائية وجميع الأدوية والمستلزمات والمعدات الطبية بمختلف أنواعها إلى خارج البلاد إلا بموافقة مسبقة[9]، وأصدر قراراً أيضاً بفتح جميع مخابز شركة مطاحن الدقيق الكويتية وأفرعها وأن تعمل على مدار الساعة، وأن يكون المخزون الغذائي متوافراً بشكل طبيعي في جميع منافذ البيع[10].

وطبق حظر التجول الجزئي الذي تحظر فيه حركة المرور والتجول في جميع أنحاء البلاد، اعتباراً من يوم الأحد الموافق 2020/3/22 من الساعة (5 مساءً) إلى الساعة (4 فجراً) حتى إشعار آخر، وذلك بناءً على القرار الوزاري رقم (279) لسنة 2020 الصادر عن وزير الداخلية الكويتي[11].

وتم عزل منطقة (المهبولة) بمحافظة الأحمدي، وكذلك منطقة (جليب الشيوخ) بمحافظة الفروانية عزلاً تاماً؛ بحيث لا يسمح بالدخول إليهما أو الخروج منهما، وذلك بناءً على القرارين الوزاريين المتتاليين رقم (71) ورقم (72) لسنة 2020 الصادرين عن وزير الصحة الكويتي[12]، وعزلت منطقة (حولي

(7) تعميم ديوان الخدمة المدنية رقم (5) لسنة 2020، منشور بالموقع الإلكتروني لوكالة الأنباء الكويتية (كونا)، انظر: https://www.kuna.net.kw.

(8) قرار وزير الداخلية رقم (407) لسنة 2020، جريدة (الكويت اليوم). (2020، 6، 4).

(9) قرار وزير التجارة والصناعة رقم (68) لسنة 2020، جريدة (الكويت اليوم). (2020، 3، 19).

(10) قرار وزير التجارة والصناعة رقم (76) لسنة 2020، جريدة (الكويت اليوم). (2020، 3، 29).

(11) نشر هذا القرار، جريدة (الكويت اليوم). (2020، 4، 9).

(12) نشر هذان القراران في جريدة (الكويت اليوم). (2020، 4، 9).

والنقرة، ميدان حولي) بمحافظة حولي أيضاً عزلاً تاماً، كما عزلت القطع (4، 6، 7، 8، 9) بمنطقة (خيطان) بمحافظة الفروانية عزلاً تاماً، وذلك بناءً على القرارين الوزاريين المتتاليين رقم (88) ورقم (89) لسنة 2020 الصادر عن وزير الصحة الكويتي[13].

بعد ذلك طبق الحظر الكلي الذي تحظر فيه حركة المرور والتجول في جميع أنحاء البلاد، اعتباراً من الساعة (4 مساءً) من يوم الأحد الموافق 2020/5/10 حتى الساعة (8 صباحاً) من يوم السبت الموافق 2020/5/30، وذلك بناءً على القرار الوزاري رقم (406) لسنة 2020 الصادر عن وزير الداخلية الكويتي[14]

وقد ترتب على تطبيق جميع الإجراءات الاحترازية، بما فيها قرارات الحظر، أضرار قانونية تتمثل في تأخير تنفيذ كثير من العقود الإدارية، بسبب توقف العمل في القطاعين العام والخاص.

المبحث الثاني
ماهية العقد الإداري ومدى تأثير جائحة كورونا المستجد على تنفيذه

يعتبر العقد الإداري إحدى الوسائل القانونية التي تعتمدها الإدارة في تسيير أعمالها والقيام بواجباتها تجاه الأفراد؛ فالعقد الإداري ينشأ بتلاقي إرادتين، شأنه في ذلك شأن العقود المبرمة في القانون الخاص؛ فهي تحتاج إلى أركان العقد الثلاثة، وهي الرضا والمحل والسبب، إلا أن ثمة فرقاً أساسياً بين عقود القانون العام (العقود الإدارية)، وعقود القانون الخاص؛ ذلك أن الإدارة في ظل القانون العام تتمتع بامتيازات وحقوق تشمل حقها في تعديل بعض شروط العقد في أثناء التنفيذ، والإشراف على التنفيذ، وتوقيع الجزاءات، وإنهاء العقد

(13) نشر هذان القراران في جريدة (الكويت اليوم). (2020، 6، 4).
(14) نشر هذا القرار في جريدة (الكويت اليوم). (2020، 6، 4).

بإرادتها المنفردة خروجاً على المبدأ القائل (العقد شريعة المتعاقدين)؛ ضماناً لسير المرافق العامة بانتظام واطراد وتحقيقاً للصالح العام.

وكان لانتشار جائحة كورونا المستجد، من الآثار السلبية البالغة على تنفيذ العقود الإدارية؛ مما يجعل الاستمرار في تنفيذ هذه العقود أمراً مستحيلاً، أو يجعلها – على أقل تقدير – من الصعب تنفيذها، أو يترتب عليها التأخير في تنفيذها، ولذلك سنقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول
تعريف العقد الإداري وتحديده

تذهب أغلبية الفقه في فرنسا إلى أن تعريف العقد واحد في مختلف فروع القانون، ولكن النظام القانوني يختلف من عقد إلى آخر، ويعرف العقد بصورة عامة بأنه (اتفاق إرادات تنشأ عنه التزامات)، إلا أن للعقد الإداري نظامه القانوني وأحكامه وشروطه ومركز طرفيه الذي يختلف فيه عن سواه. (De LAUBADÈRE, A. & VENEZIA & GAUDEMET, 1990, P.616. البنا، 2007، ص16).

وقد استقر الفقه والقضاء سواء في فرنسا أو مصر على تعريف العقد الإداري بأنه "الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً؛ بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في التعامل بين الأفراد بعضهم وبعض، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد، أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار فعلي أو منحه حق الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير فترة مؤقتة". (جعفر، 2003، ص13؛ Richer, 2006, PP. 23:24).

وتذهب المحكمة الإدارية العليا المصرية في أحد أحكامها إلى أن العقد الإداري هو "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام؛ بقصد تسيير مرفق عام أو

تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"[15].

كما ذهبت الدائرة الإدارية في الكويت في القضية رقم (7/81) بتاريخ 14/12/1981 إلى تعريف العقد الإداري؛ حيث تقول المحكمة: "إن العقد الإداري هو ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص تخرج على مبدأ المساواة بين طرفي العقد؛ حيث يخضع فيه صالح الفرد الخاص لصالح الجماعة". (الشريف، 2000، ص94).

وأما ما يتعلق بتحديد العقد الإداري، فنود الإشارة إلى أن هناك الكثير من العقود التي تبرمها الإدارة ولكن ليس بصفتها سلطة عامة وإنما تتصرف فيها الإدارة كالأفراد العاديين؛ أي كأشخاص القانون الخاص، مثال ذلك الأعمال التي تقوم بها الإدارة وتتعلق بالأموال المملوكة لها ملكية خاصة (الدومين الخاص)؛ حيث إن مثل هذه الأعمال والعقود لا تخضع كقاعدة عامة للقواعد المتميزة للعقود الإدارية المعروفة في القانون الإداري. (الذنيبات، 2003، ص246).

لذلك كله كان من الضروري تكييف أي عقد تبرمه الإدارة وتحديد الوصف القانوني له، وهناك العديد من الوسائل لتحديد العقود الإدارية وتمييزها عن غيرها من العقود التي يمكن أن تبرمها الإدارة، ومن أهم هذه الوسائل:

أولاً – التحديد القانوني للعقد الإداري:

قد ينص القانون صراحة على تحديد طبيعة العقد الذي تبرمه الإدارة، كما أن ذلك ممكن أن يستنتج من نصوص القانون وأحكامه كالنص مثلاً على

(15) حكم المحكمة الإدارية العليا رقم (2054) لسنة 48 ق، تاريخ 24/3/2007، مكتب فني 52، الجزء الأول، ص505، انظر: نصار، ياسر محمود. (2009). شبكة المعلومات القانونية العربية. أقراص مدمجة صادرة عن مجموعة ياسر نصار للمحاماة والأعمال القانونية. المجموعة الدولية للمحاماة والاستشارات القانونية.

الاختصاص بالمنازعات المتعلقة ببعض العقود التي تبرمها الإدارة للقضاء الإداري؛ إذ يفهم من مثل هذه النصوص أنها عقود إدارية، ومن أمثلة العقود الإدارية المحددة بنص القانون في التشريعات المقارنة، عقد امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، وعقد القرض العام الذي تبرمه السلطة المركزية.

وفي الكويت اعتبرت عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة، وعقود التوريد عقوداً إدارية بنص القانون، وذلك وفقاً لما قررته المادة الثانية من المرسوم بقانون رقم (20) لسنة 1981 المعدّل بقانون رقم (61) لسنة 1981 بشأن إنشاء الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية؛ حيث نصت على أن "تختص الدائرة الإدارية وحدها بنظر المنازعات التي تنشأ بين الجهات الإدارية والمتعاقد الآخر في عقود الالتزام وعقود الأشغال العامة والتوريد أو أي عقد إداري آخر"[16].

ويستفاد من هذا النص ومذكرته الإيضاحية، أن المشرّع الكويتي، حين نصّ على هذه العقود الثلاثة، إنما قررها على سبيل المثال، وذلك بإضافة عبارة "أو أي عقد إداري آخر"، كما أشار في مذكرته الإيضاحية إلى أن العقود الإدارية تدخل بطبيعتها في نطاق القانون الإداري.

ثانياً – التحديد القضائي للعقد الإداري:

في الحالات التي لا يفصح فيها المشرّع عن صفة العقد الذي تبرمه الإدارة فيسكت عن إضفاء الصفة الإدارية على العقد، أو يعمد إلى تحديد اختصاص القضاء الإداري بالنظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية دون أن يحدد هذه العقود على سبيل الحصر، وكذلك في الأحوال التي يفصح فيها كل من المتعاقدين (الإدارة والأفراد) بصورة صريحة عن إرادتيهما بشأن صفة العقد، وفي جميع هذه الحالات يبرز دور القضاء في تحديد صفة العقد، أهو عقد إداري

(16) أشير هنا إلى أن دولة الكويت تأخذ بنظام القضاء الموحد، فتم إنشاء الدائرة الإدارية في إطار المحكمة الكلية، وعهد إليها باختصاص الفصل في بعض المنازعات الإدارية، بموجب المرسوم بقانون رقم (20) لسنة 1981.

أم من عقود القانون الخاص، وعادة ما يلجأ القضاء الإداري إلى مجموعة من الضوابط لغرض تحديد طبيعة العقد؛ حيث يعتبر العقد ذا صفة إدارية إذا كان قد تم إبرامه بواسطة أحد الأشخاص المعنوية العامة، وكان محله قيام المتعاقد الآخر في الإسهام في تنفيذ وأداء خدمة ذات نفع عام بإدارة مرفق عام وتسييره، أو عندما يتضمن هذا العقد طائفة من الشروط غير المعتادة (غير المألوفة) في نطاق القانون الخاص (كنعان، 2001، ص316).

وقد ذهبت محكمة التمييز في الكويت إلى أن "العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد لا تعتبر عقوداً إدارية إلا إذا تعلقت بتسيير مرفق عام أو تنظيمه، وأظهرت الإدارة نيتها في الأخذ بشأنها بأسلوب القانون العام وأحكامه واقتضاء حقوقها بطريق التنفيذ المباشر، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة بمنأى عن أسلوب القانون الخاص أو تحيل فيها الإدارة على اللوائح بها" (الحمادي، 2014، ص33).

المطلب الثاني
عناصر العقد الإداري

تبين لنا من خلال تعريف العقد الإداري، أن هنالك ثلاثة عناصر تميزه عن غيره من عقود القانون الخاص، وهذه العناصر هي:

أولاً – أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً اعتبارياً عاماً:

يقصد بالشخص الاعتباري العام في هذا الصدد، كل من اعترف له المشرّع بالشخصية الاعتبارية، ويندرج في مفهوم الجهة الإدارية التي تملك إبرام عقود إدارية، مثل: الدولة، الوزارات، بلدية الكويت، الهيئات العامة والمؤسسات العامة، ولا ينطبق هذا المفهوم على الأشخاص القانونية الخاصة، حتى ولو كانت مملوكة للدولة، مثل الشركات العامة التي تمتلك الدولة رأس مالها بالكامل أو تمتلك أغلبية رأس مالها، وهي تعتبر أشخاصاً قانونية خاصة؛ حيث إن جميع الشركات تخضع للقانون التجاري، وهو فرع من فروع القانون الخاص، حتى ولو كان رأس مالها مملوكاً للدولة (العصّار، 2012، ص46).

فكل عقد لا يكون أحد الأشخاص الاعتبارية طرفاً فيه، لا يصدق عليه أنه عقد إداري؛ وعلى ذلك لا يعتبر من قبيل العقود الإدارية؛ ومن ثم يدخل في اختصاصات القضاء المدني ويطبق على منازعاته القانون المدني – العقود التي بين الأفراد، وتلك التي تتم بين أحد الأفراد وملتزم أو مقاول، وعلى العكس من ذلك فإن العقود التي يبرمها فرد أو أفراد لحساب الشخص الاعتباري العام تعتبر عقوداً إدارية (البنا، 2007، ص29).

غير أن كل عقد يكون الشخص الاعتباري العام (الإدارة) طرفاً فيه لا يستتبع حتماً أن يكون عقداً إدارياً؛ لأن للإدارة أن تأخذ بأحد الأسلوبين الإداري أو المدني في تعاقدها مع الأفراد (سواء كانوا طبيعيين أم اعتباريين).

ثانياً – أن يكون هدف العقد الإداري تنظيم المرفق العام وتسييره:

عرّفت محكمة القضاء الإداري المصرية المرفق العام بأنه "هو كل مشروع تنشئه الدولة أو تشرف على إدارته ويعمل بانتظام واستمرار وتستعين في إنشائه بسلطات الإدارة لتزويد الجمهور بالحاجات العامة"[(17)].

ويتحصل هذا الشرط في أن يكون هدف الشخص الاعتباري العام من إبرام العقد تحقيق النفع العام عن طريق إدارة المرفق العام وتسييره، وتطبيقاً لهذا الشرط لا ينسحب معنى العقد الإداري على العقود التي تتعلق بالمال الخاص (الدومين الخاص)، أو تلك التي تتم لأهداف مالية بحتة، سواء اتصلت هذه العقود بمرفق عام أو بالنفع العام (نصار، 2000، ص23).

ونلفت النظر إلى أن الشرطين الأول والثاني المشار إليهما لا يكفيان

(17) حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 1975/6/2، مجموعة السنة السادسة، ص534، وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم (353)، جلسة 1965/3/31، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الثاني والعشرون، ص1097.

وحدهما لاعتبار العقد إدارياً ما دام للإدارة أن تأخذ في تعاقدها مع الأفراد بأحد الأسلوبين الإداري والمدني؛ لذلك كان الشرط التالي أساسياً.

ثالثاً – أن تبرم الإدارة التعاقد بوصفها سلطة عامة:

يعتبر الشرط الثالث هو الشرط الأساسي بل الجوهري الذي يتطلبه القضاء الإداري لاعتبار العقد إدارياً، وهو أن تتولاه الإدارة باعتبارها سلطة عامة؛ بمعنى أن تبرمه بأسلوب القانون العام وما ينطوي عليه من شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

ومؤدى ذلك أن يتضمن العقد نصوصاً خارجة عن نطاق القانون المدني؛ أي نصوصاً غير مألوفة (استثنائية) في علاقات الأفراد بعضهم ببعض.

وعرّفت المحكمة الإدارية العليا المصرية الشروط الاستثنائية بأنها "تلك الشروط التي تميز جهة الإدارة المتعاقدة بسلطات وامتيازات غير متعارف عليها عند التعاقد بين الأفراد"[(18)].

"ومن أمثلة هذا النوع من الشروط غير المألوفة في علاقات الأفراد، انفراد الإدارة بالإشراف والتوجيه على تنفيذ العقد، وبتغير شروطه بالإضافة والحذف والتعديل بشرط ألا يصل إلى حد تغيير جوهر العقد كلية، وإلا جاز للطرف الآخر طلب فسخه، وانفراد الإدارة بتوقيع الجزاءات التعاقدية بالقدر الذي يتناسب وإهمال المتعاقد معها أو تقصيره، وانفرادها بإنهاء العقد إذا استلزمت المصلحة العامة ذلك" (حلمي، 1993، ص175).

من الشروط الثلاثة السابقة يتبين أنه، وفقاً لأحكام القضاء الإداري، لا يكفي إبرام العقد بوساطة شخص اعتباري عام، أو اتصاله بمرفق عام لاعتباره إدارياً، فهذان الشرطان لا يعدوان أن يكونا مجرد قرينة تستوجب لاعتبار العقد إدارياً، أن تكشف الإدارة عن نيتها في أخذها بالأسلوب الإداري.

(18) حكـــم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم (2124) لسنة 34ق، جلسة 24/11/1990، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء الخامس والثلاثون، ص284.

المطلب الثالث
تأثير جائحة كورونا المستجد على تنفيذ العقود الإدارية

إذا كانت الغاية من إبرام العقود الإدارية أساساً يكمن في كفالة حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد وأداء الأعمال والخدمات وإنجازها تحقيقاً للمصلحة العامة، فإن تلك الغاية قد تصطدم بظروف طارئة يصعب معها تنفيذ ذلك العقد بالشكل المحدد والمتفق عليه في أثناء التعاقد؛ مما يؤثر سلباً على ضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

ولاشك في أن انتشار جائحة كورونا المستجد كواقعة مادية تفرض نفسها، وما تبعها من إجراءات وتدابير احترازية تقوم بها الحكومة بغية حماية الصحة أولاً، ومن ذلك الحظر الجزئي ثم الحظر الشامل، وإغلاق المطارات والموانئ والمنافذ البرية، وإغلاق المصانع والشركات، وإيقاف وسائل المواصلات بأنواعها، وإغلاق البنوك، وعزل بعض المناطق السكنية ذات الأغلبية العمالية، والحجر المنزلي الصحي والمؤسسي، وغيرها من التدابير الاحترازية، كل ذلك كانت له آثار سلبية واضحة يمكن رصد ملامحها على العلاقات القانونية بوجه عام، وعلى العلاقات التعاقدية على وجه الخصوص، ومنها العقود الإدارية.

فهذه الجائحة جعلت من تنفيذ العديد من العقود الإدارية شبه مستحيل، أو تجعله مرهقاً وعسيراً؛ أي أن جائحة كورونا ستكون لها آثار واضحة على التوازن المالي للعقد الإداري، سواء بتطبيق نظرية القوة القاهرة عند استحالة التنفيذ، أو تطبيق نظرية الظروف الطارئة عندما يكون التنفيذ مرهقاً، ولهذا فضمان سير المرافق العامة بانتظام واطراد يقتضي إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، من خلال تطبيق إحدى هاتين النظريتين التي سنتطرق لهما بشيءٍ من التفصيل لاحقاً في هذه الدراسة.

وتجدر الإشارة إلى أن تأثير انتشار جائحة كورونا المستجد وما تمثله كظرف استثنائي، هو ظرف غير متوقع وخارج عن إرادة الأطراف سواء الإدارة

أو المتعاقد معها؛ مما يجعل تنفيذ العديد من العقود الإدارية شبه مستحيل؛ بحيث يصبح التنفيذ مرهقاً للمتعاقد ومن شأنه تهديد المتعاقد بخسارة فادحة؛ لأنه أثر بشكل مباشر على الاقتصاد العالمي؛ فكثير من الأسعار ارتفعت؛ ومن ثم ينبغي التعويض الجزئي للمتعاقد مع الإدارة، كما يمكن للإدارة المتعاقدة أن تقوم بتعديل العقود الإدارية بشكل يتناسب مع الظروف الحالية، حتى يتم تسهيل تنفيذ العقود؛ لأن العقود الإدارية تهم – بالدرجة الأولى – المرفق العام، والمرفق العام يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة، ويخضع لمبدأ الاستمرارية، وهو أهم مبدأ؛ حيث يوجب هذا المبدأ على المتعاقد مع الإدارة الاستمرار في تنفيذ التزاماته التعاقدية، على الرغم من وجود ظرف جائحة كورونا، وهناك احتمال أخير في حالة عدم التفاهم؛ بمعنى حدوث نزاع بين الإدارة والمتعاقد معها، حول تنفيذ العقد الإداري مع وجود جائحة كورونا، وعندئذ يبقى القضاء الإداري هو سيد الموقف، وهذا الاختصاص موكول له بقوة القانون.

ولا شك أن معظم العقود الإدارية تتضمن شرط الغرامة التأخيرية لتنفيذ الأعمال، وهي صورة من صور التعويض الاتفاقي، وفي حال حدوث تأخير التنفيذ أو تسليم الأعمال، فإن الإدارة تقوم بخصم قيمة الغرامة التأخيرية؛ مما يكون مستحقاً في ذمتها للمتعاقد دون أن يتوقف ذلك على حدوث ضرر للإدارة، ولا يستطيع المتعاقد مع الإدارة أن ينازع في استحقاق الغرامة بحجة إنتفاء الضرر أو المبالغة في تقدير الغرامة إلا إذا أثبت أن الأمر راجع إلى قوة قاهرة (البناء، 2007، ص252).

كما أنه ليس على المتعاقد مع الإدارة مسؤولية التعويض، إذا كان الإخلال بالالتزام ناتج من الإجراءات التي اتخذتها الحكومات والدول تجاه الحد من انتشار جائحة كورونا المستجد، ولايستطيع بدوره الوفاء بهذه الالتزامات نتيجة لهذه الإجراءات، ويكون سبباً مُعْفياً من المسؤولية.

واتخذت فرنسا قرارات استباقية بعدم تطبيق غرامات التأخير على

الشركات المرتبطة بعقود مقاولات مع الدولة، إذا أثبتت هذه الشركات تضررها من أثار جائحة كورونا بهدف حماية الاستقرار الاقتصادي[19].

واتخذت مصر أيضاً قرارات استباقية بتقسيط ضريبة الإقرارات الضريبية على الشركات والمنشآت المتضررة على (3) أقساط، تنتهي في (30) يونيو من العام الجاري، فضلاً عن إسقاط الضريبة العقارية على المنشآت السياحية والفندقية لمدة (3) أشهر دون غرامات أو فوائد تأخير، بناءً على ما تم التوافق عليه في هذا الخصوص بين وزارتي السياحة والآثار والمالية[20].

كما اتخذت الكويت أيضاً قرارات استباقية بصورة أشمل، حيث أعلنت الحكومة عن الإطار الجديد للدعم الاقتصادي في ظل جائحة كورونا المستجد، ومن ضمن هذا الإطار تقديم إعفاءات حكومية للمؤسسات الاقتصادية المتضررة[21].

ونرى هنا أنه يتعين على جهة الإدارة أن توقف فوراً احتساب غرامات التأخير على المتعاقد معها؛ لأن التأخير في التنفيذ كان بسبب جائحة كورونا، وهو ظرف خارج عن إرادة المتعاقدين، بل إننا نرى أيضاً أنه يتعين على جهة الإدارة سداد المستحقات المالية للمتعاقد عن الفترات والأعمال السابقة على ظرف جائحة كورونا، وعدم جواز احتجاج الإدارة بهذا الظرف بحجة أن المتعاقد معها قد توقف عن القيام بالأعمال محل العقد، فما دامت مستحقات مالية عن فترة سابقة، فإنها تعتبر التزاماً على جهة الإدارة؛ لأن المتعاقد قام بتنفيذ ماوجهه إليه من أعمال بحسب الإطار الزمني المتفق عليه في العقد الإداري.

(19) صدر ذلك بقرار من وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي بتاريخ 2020/2/28.
(20) صدر ذلك بقرار من مجلس الوزراء المصري بتاريخ 2020/4/6.
(21) صدر ذلك بقرار من مجلس الوزراء الكويتي بتاريخ 2020/3/31.

المبحث الثالث
التكييف القانوني لجائحة كورونا المستجد في مجال تنفيذ العقود الإدارية

إن المقصود من عملية التكييف هو إدراج حالة واقعية معينة داخل إطار فكرة قانونية؛ فهو إجراء أولي لتحليل واقعة ما من الناحية القانونية، وإلباسها الوصف الصحيح لتحديد القواعد والمبادئ القانونية الواجبة التطبيق على تلك الواقعة، وهو إعمال النظر والفكر معاً، من خلال عملية ذهنية متمثلة في إنزال نظم قانونية على واقعة، أو إدراج الواقعة في طائفة محددة، أو حتى بيان القاعدة القانونية الواجب إعمالها على الواقعة المطروحة. (عبدالعال، 1991، ص49). إذن، عملية التكييف هي إعطاء الوصف القانوني الدقيق والصحيح للواقعة، ومن هنا ظهرت الحاجة للتكييف القانوني لجائحة كورونا المستجد على العقود والاتفاقيات باعتبارها ظرفاً طارئاً أو قوة قاهرة، ولتفصيل ذلك نقسم هذا المبحث إلى المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول
اعتبار جائحة كورونا المستجد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة

إن الحديث عن اعتبار جائحة كورونا المستجد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، يتطلب منا التطرق لمضمون هذه النظرية وشروط تطبيقها وآثاره.

أولاً – مضمون النظرية ومبرراتها:

تعد نظرية الظروف الطارئة من النظريات التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي، وأقرّها لأول مرة في حكم شهير عام 1916 في قضية (غاز بوردو)، وأما مقتضى هذه النظرية فيتمثل في أنه قد تجد بعد العقد حوادث استثنائية عامة، لم يكن في الوسع توقعها عند التعاقد وأن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً؛ بحيث يهدد المتعاقد مع الإدارة بخسارة فادحة، ويترتب على تطبيق هذه النظرية حق المتعاقد في مطالبة الإدارة بالمساهمة معه في تحمل النتائج المترتبة على

ازدياد الأعباء نتيجة لتلك الظروف، وذلك بتعويضه تعويضاً جزئياً عن الخسارة التي لحقت به (علي، 2003، ص247).

وتتمثل مبررات هذه النظرية في مصلحة المرفق العام؛ فهذه المصلحة هي التي تلزم المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد الإداري، وهي التي تلزم الإدارة بتمكينه من هذا الاستمرار بمد يد المساعده له، وتحمل قدراً معقولاً من هذه الأعباء الجديدة بحسب ما يقرره قاضي العقد (خليفة، 2005، ص200).

فيجوز للقاضي أن يرد الالتزام الذي صار مرهقاً إلى الحد المعقول، فيحمل المدين الخسارة المألوفة، ثم يقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة على المتعاقدين موازناً بين مصلحة كل منهما.

وقد صارت هذه النظرية من النظام العام حتى لو تضمن دفتر الشروط سعراً جزافياً يلتزم به المتعاقد ولا يجوز الرجوع فيه، إلّا أن تطبيق هذه النظرية قاصر على العقود الإدارية للإدارة، أما عقود الإدارة المدنية فتظل محكومة بالقواعد العامة في القانون الخاص.

وقد أخذ بهذه النظرية المشرّع المدني الكويتي بمناسبة العقود المدنية؛ حيث نصّت المادة (196) من القانون المدني الكويتي رقم (67) لسنة 1980 على ما يأتي: "العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه إلّا في حدود ما يسمح به الاتفاق أو يقضي به القانون"، وجاء نص المادة (198) من القانون ذاته على النحو الآتي: "إذا طرأت بعد العقد وقبل تمام تنفيذه ظروف استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها عند إبرامه وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام الناشئ عنه وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين؛ بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول بأن يضيق من مداه أو يزيد في مقابله، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".

ثانياً – شروط تطبيق النظرية:

ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى تحديد شروط نظرية الظروف

الطارئة بقولها: "..... نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية وروابط القانون العام أمر رهين بأن تطرأ خلال مدة تنفيذ العقد الإداري وأن تكون خلال تلك المدة وليس بعدها حوادث وظروف طبيعية أو اقتصادية أو سياسية ولو كانت من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل شخص آخر لم تكن في حسبان المتعاقد مع الإدارة ولا يملك دافعاً أو علاجاً ولا كان في وسعه توقعها والتحوط لها، وأن تكون هذه الحوادث استثنائية عامة مؤثرة في التزامات المتعاقد مع الإدارة بحيث تهدده بخسارة فادحة وتجعل تنفيذه لالتزامه مرهقاً له...." [(22)].

1 – أن يكون الحدث الطارئ حدثاً غير عادي وغير متوقع، فالحوادث غير العادية هي وحدها التي تفسح مجالاً لتطبيق النظرية، وتعرف بأنها تلك الحوادث التي تفوق كل التوقعات التي يمكن للمتعاقد أن يتصورها عند إبرام العقد، كما يتفرع عن كون الحادث غير متوقع أنه لا يمكن دفعه؛ لذلك إن الحادث الذي يستطاع دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع (الشريف، 2000، ص163).

2 – يجب أن يكون الظرف الطارئ مستقلاً عن إرادة المتعاقدين؛ فالمتعاقد لا يمكنه المطالبة بالتعويض إذا كان متسبباً في إحداث هذا الظرف الطارئ؛ إذ لا يجوز أن يستفيد المخطئ من خطئه؛ ومن ثم إذا تسبب المتعاقد في حدوث الظرف أو أسهم في وقوعه كأن تأخر في تنفيذ التزامه أو أهمل فإنه لا يستفيد من نظرية الظروف الطارئة (Vidal, 2005, P. 121).

أما إذا كان الحادث نتيجة لخطأ الإدارة أو تقصيرها فهنا تطبق قواعد المسؤولية التعاقدية على الإدارة، ولكن الظرف الطارئ قد يكون من عمل جهة إدارية غير الجهة الإدارية المتعاقدة أو من عمل إنسان آخر حينئذٍ

(22) الطعنان رقما 843، 923 لسنة 26ق، جلسة 1982/11/20، منشور في مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثامنة والعشرون، أول أكتوبر 1982 إلى آخر سبتمبر 1983، ص86.

يأخذ تصرف الإدارة مأخذ الحدث الطارئ الأجنبي عن إرادة المتعاقدين (الشريف، 2000، ص164).

3 – أن يؤدي الظرف الطارئ إلى قلب اقتصاديات العقد؛ بمعنى أن يترتب على تنفيذ العقد خسارة تجاوز في جسامتها الخسارة العادية المألوفة التي يتحملها أي متعاقد في أثناء التنفيذ؛ أي حدوث اختلال عميق وغير عادي في شروط العقد ويقدره القاضي بحسب الظروف المحيطة به، ولهذا فإن هذا المعيار وهو قلب اقتصاديات العقد هو تصور نسبي يقدر في كل حاله على حده ويخضع لاعتبارات عديدة (بدر، 2003، ص234).

ثالثاً – آثار تطبيق النظرية:

1 – التزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد؛ حيث إن التنفيذ هنا ليس مستحيلاً وإنما هو مرهق له فقط. فنظرية الظروف الطارئة على خلاف القوة القاهرة لا تعفي المتعاقد من تنفيذ التزاماته (الطماوي، 1991، ص689).

2 – تعويض المتعاقد، والتعويض قد يأخذ أكثر من صورة:

أ – قد يفضل المتعاقدان إعادة النظر في شروط العقد على ضوء الظروف الجديدة فيتفقان على تعديل العقد وتنفيذه على أسس جديدة.

ب – وقد يتقرر الحكم بالتعويض المالي، إلا أن هذا التعويض لا يغطي إلا الخسائر التي نجمت عن الظروف الطارئة من اللحظة التي تجاوزت فيها هذه الخسائر المعقولية، فهو – إذن – تعويض جزئي وليس كلياً ويخضع لتقدير القضاء (عبدالبديع، 2008، ص35).

ج – إعفاء المتعاقد من غرامات التأخير، إذا تسبب الظرف الطارئ في تأخره في التنفيذ (نصار، 2000، ص273).

وقد ذهب بعض من الفقه والقضاء، إلى اعتبار جائحة كورونا المستجد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة؛ حيث ذهبوا إلى أنه بإسقاط ما سبق بيانه على

واقعة جائحة كورونا المستجد، نجد أن الظروف المحيطة بها أو الناتجة عنها، وتتمثل في مجموعة من الإجراءات والقوانين والقرارات التي تتخذها الحكومات والدول لمجابهة هذه الجائحة، تكون عائقاً أمام تنفيذ العقود والاتفاقيات، وتمثل ظرفاً طارئاً؛ فالظرف الطارئ لم يعد محصوراً في واقعة بعينها؛ فكل واقعة تتحقق فيها الشروط السابقة وجعلت من التنفيذ أمراً مرهقاً للمتعاقد ينطبق عليها الظرف الطارئ. وذهبوا إلى أن نظرية الظروف الطارئة يمكن تطبيقها على حالة جائحة كورونا؛ إلى أنها تعتبر ظرفاً طارئاً غير متوقع حين إبرام العقد، وخارجاً عن إرادة طرفي العقد؛ مما يجعل تنفيذ العقد معسراً ومرهقاً، ومن ثم لا يعقل أن يترك المتعاقد الذي صادف صعوبات لم يكن في الإمكان توقعها – على الرغم من اتخاذه الحيطة الواجبة – ضحية لظروف لا يد له في إحداثها، كما لا يمكن صرف النظر عن احتياجات المرفق العام الذي ما أبرم العقد إلا لإشباع ما تقتضيه المصلحة العامة من حاجات (أنوض، 2020، ص9؛ الحداد، 2020، ص2؛ العبيدي، 2020، ص3).

كل هذه المعطيات تعتبر مبررات تجعل تطبيق نظرية الظروف الطارئة مطلباً أساسياً وجوهرياً لضمان تزويد المرفق العام باحتياجاته سواء من حيث الديمومة في تأدية نشاطه أو تنفيذ بنود العقد الإداري.

المطلب الثاني

اعتبار جائحة كورونا المستجد تطبيقاً لنظرية القوة القاهرة

بداية لابد من القول: إن القوة القاهرة هي حالة واقعية تفترض توافر شروط قانونية، ويترك أمر تقديرها للقضاء بحسب كل حالة والظروف المرافقة لها (Heinich, 2020, P.611).

ولذلك سنتناول مفهوم هذه النظرية وشروطها وآثارها.

أولاً – مفهوم النظرية:

تعتبر القوة القاهرة حدثاً خارجياً مستقلاً عن إرادة المتعاقدين، من شأنه أن يجعل تنفيذ العقد مستحيلاً، فإذا ما وجد هذا الحدث فإن أثره يتمثل في

تحرير المتعاقد من تنفيذ التزاماته، وقد نظم القانون المدني آثار القوة القاهرة. (عبدالباسط، 2006، ص424).

وقد نصّت المادتان (214) و (215) من القانون المدني الكويتي، وكذلك المادتان (293) و (295) على أحكام تلك النظرية؛ فجاءت المادة (214) بما يأتي "في العقود الملزمة لجانب واحد إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه انفسخ العقد من تلقاء نفسه".

ونصّت المادة (215) على أنه: "في العقود الملزمة للجانبين إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً لسبب أجنبي لا يد له فيه انقضى هذا الالتزام وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر وانفسخ العقد من تلقاء نفسه".

كما نصّت المادة (293) على أنه: "إذا تعذر تنفيذ الالتزام عيناً أو التأخير في تنفيذه يجب على المدين تعويض الضرر الذي لحق الدائن بسبب ذلك ما لم يثبت المدين أن عدم التنفيذ أو التأخير كان لسبب أجنبي لا يد له فيه".

وأشارت المادة (295) إلى أنه: "يجوز الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ".

ولاشك أن أحكام القوة القاهرة التي قننها القانون المدني تطبق على الروابط الإدارية، وقد جرى القضاء الإداري على الأخذ بها؛ باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام، ما دامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك الهدف وبين المصالح الفردية الخاصة.

ثانياً – شروط القوة القاهرة:

1 – يجب أن يكون الحدث المعتبر قوة قاهرة مستقلاً تماماً عن إرادة المتعاقدين.

2 – يجب أن يكون الحدث غير متوقع ولا كان في الإمكان توقعه، فإذا كان في الإمكان توقعه لم تطبق النظرية، ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا

من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي؛ فلا يكتفى فيه بالشخص العادي ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً (إحسان، 2016، ص247).

3 – يجب أن يجعل الظرف القاهر تنفيذ الالتزام مستحيلاً؛ فالمتعاقد يعفى منه إذا أحدث الظرف استحالة مطلقة لهذا التنفيذ، والاستحالة هنا إما فعلية وهي مسألة واقع يقدرها قاضي الموضوع وإما استحالة قانونية، والاستحالة المطلقة هنا ليست بالنسبة إلى المدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين، وهذا هو ما يميز القوة القاهرة عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً.

4 – يجب أن تكون القوة القاهرة أمراً مستحيل الدفع، فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن المدين تحت قوة قاهرة (البنا، 2007، ص301).

ثالثاً – أثر القوة القاهرة:

يتمثل أثرها في تحرير المتعاقد من التزاماته بالتنفيذ، وإعفائه من المسؤولية عن عدم التنفيذ، كما تجرد الإدارة من سلطتها في توقيع جزاءات على المتعاقد لعدم تنفيذه التزاماته التعاقدية، كما أنها تجيز للمتعاقد أن يطلب من القضاء الحكم بفسخ العقد، ولكن من الملاحظ أن أثر القوة القاهرة موقوف بالفترة التي توجد فيها وتمنع التنفيذ، فإذا زال الحدث القاهر رجع التزام المتعاقد بالتنفيذ؛ أي أن أثره ينصرف إلى وقف التنفيذ حتى يزول فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود بعد زوال الحدث (الشريف، 2000، ص157).

وقد ذهب البعض إلى اعتبار جائحة كورونا المستجد تطبيقاً لنظرية القوة القاهرة، حيث قالوا: إن الواقع والحقيقة يؤكدان أنه بإسقاط كل ما سبق بيانه على واقعة جائحة كورونا المستجد، نجد أن الظروف المحيطة بها أو الناتجة منها، المتمثلة في مجموعة من الإجراءات والقوانين والقرارات التي تتخذها الحكومات والدول لمواجهة هذه الجائحة، تكون عائقاً في تنفيذ العقود

والاتفاقيات وتمثل قوة قاهرة. فالقوة القاهرة لم تعد محصورة في واقعة بعينها، فكل واقعة تتحقق فيها الشروط السابقة وجعلت من التنفيذ أمراً مستحيلاً تعد قوة قاهرة؛ بمعنى أن الظروف المحيطة بانتشار جائحة كورونا أو تلك المتولده عنها بصفة مباشرة أو غير مباشرة، قد تكون بدورها قوة قاهرة (بوحسين، 2020، ص6؛ المطر، 2020، ص2؛ الشاوي، 2020، ص95).

كما ذهبوا إلى أن القوة القاهرة على الرغم من اعتبارها سبباً في الإعفاء من المسؤولية، فإن القانون لا يعتبر القوة القاهرة من النظام العام؛ إذ يجب أن يتمسك بها المدعى عليه على سبيل الجزم واليقين على نحو يقرع سمع المحكمة؛ فالمحكمة لا تملك تقرير قيامها من تلقاء نفسها، وأتاحت المادة (296) من القانون المدني الكويتي للمدين الإعفاء من المسؤولية حال حدوث قوة قاهرة أو حادث مفاجئ إذا تم الاتفاق صراحة على ذلك، وأجازت المادة (295) من القانون المدني الكويتي للأطراف الاتفاق على تحمل تبعة القوة القاهرة (بوحسين، 2020، ص6؛ المطر، 2020، ص2؛ الشاوي، 2020، ص95).

واستشهد أصحاب هذا الرأي على صحة رأيهم بما قامت به الحكومة الصينية ممثلة بهيئة تنمية التجارة الدولية الصينية، بإصدار شهادات (قوة قاهرة) للشركات الدولية التي تكافح من أجل التأقلم مع تأثيرات جائحة كورونا المستجد، خاصة الشركات التي تستطيع تقديم مستندات موثقة لإثبات التأخير أو تعطل وسائل المواصلات وعقود التصدير وإعلانات الجمارك وغيرها[23].

كما استشهدوا ودللوا أيضاً على صحة رأيهم بقولهم: إن القوة القاهرة تعرف باعتبارها ما لا يستطيع الإنسان أن يسيطر عليه، وبما أن منظمة الصحة العالمية عرّفت فيروس كورونا باعتباره جائحة عالمية، وهو يؤثر بشكل لافت في الاقتصادات العالمية، فهذا يضعه ضمن نطاق شروط القوة القاهرة (المطر، 2020، ص2).

(23) صدر قرار هيئة تنمية التجارة الدولية الصينية بتاريخ 2020/2/2.

وبناءً على ما تقدم نرى أنه لا يمكن تكييف جائحة كورونا المستجد بوصف محدد ثابت كأن تكون قوة قاهرة أو ظرفاً طارئاً، بل يجب أن يتم دراسة كل حالة وفق مدى تأثرها بهذه الجائحة، خاصة أن النظريتين تلتقيان في شرطي استحالة التوقع، وعدم إمكانية الدفع، وكونهما سبباً خارجياً لا علاقة لإرادة الأطراف فيهما، ويختلفان في أن القوة القاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً؛ فيترتب على تطبيقها إلغاء الالتزام كلية، فلا يتحمل المدين تبعة عدم تنفيذه، بينما تجعله الظروف الطارئة مرهقاً لأحد الطرفين أو لكليهما؛ ومن ثم يترتب على تطبيقها تخفيف القاضي للالتزام برده إلى الحد المعقول.

المطلب الثالث
رأينا في تكييف جائحة كورونا المستجد

اختلف القانونيون – سواء على المستوى المحلي أو المستوى الدولي حيال التكييف القانوني لجائحة كورونا المستجد، ومع تقديرنا للرأي الذي يعتبر جائحة كورونا المستجد تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة، والرأي الذي يعتبر جائحة كورونا المستجد تطبيقاً لنظرية القوة القاهرة، فإننا نرى أن المشكلة هنا تكمن في التطبيق العملي الذي يثير جدلاً وتساؤلاً مفاده: ما الحد الذي يمكن به اعتبار فيروس كورونا المستجد قوة قاهرة يبرر انتفاء مسؤولية أحد المتعاقدين لتبرير عدم تنفيذ التزاماته أو اعتباره مجرد ظرف طارئ بحيث يكون سبباً في تراخي تنفيذ العقد وليس سبباً لتبرير فسخه؟ ونرى أنه منذ صدور القوانين السابق ذكرها، التي نصّت على القوة القاهرة والظروف الطارئة كصورتين من صور السبب الأجنبي، لم تأت حالة مماثلة لجائحة كورونا المستجد حتى تطبق عليها إحدى هاتين الصورتين، لكي يأخذ القانونيون تطبيقات القضاء والقياس من خلالها على هذه الحالة[24].

لذلك نرى أن الحل الأمثل لمعالجة آثار جائحة كورونا المستجد، هو

(24) انظر: ما سلف بيانه في هذا البحث.

التخطيط السليم وحسن إدارة الأزمات من خلال تبني الأطر القانونية السليمة؛ فلا يمكن أن تعمم إحدى هاتين النظريتين على إطلاقها على جميع العقود التي انعقدت، وبقيت آثارها في طور التنفيذ في ظل استمرار هذه الجائحة.

فالواقع – برأينا – أنه لا يمكن تكييف جائحة كورونا المستجد بوصف محدد ثابت، كأن تكون قوة قاهرة، أو ظرفاً طارئاً، بل يجب أن يتم دراسة كل حالة على حدة وفق مدى تأثرها بهذه الجائحة، فآثار الجائحة لم تمتد إلى جميع القطاعات بقوة التأثير ذاتها، بل إن تأثيرها على التعاقدات ليس بالمستوى نفسه، وإنما يختلف من مكان إلى آخر ومن دولة إلى أخرى، وفي داخل الدول ذاتها يختلف أثرها من منطقة إلى أخرى؛ فهناك عقود لم تتأثر نهائياً بالجهود والإجراءات الاحترازية التي اتخذتها الحكومة لمواجهة الجائحة والحد من انتشارها، وهناك نوع آخر تأثر لدرجة أن تنفيذ الالتزام أصبح مستحيلاً، وهنا نرى تطبيق نظرية القوة القاهرة، وهناك نوع ثالث لم يصبح فيها تنفيذ الالتزام مستحيلاً لكنه أصبح مرهقاً، وهنا نرى تطبيق نظرية الظروف الطارئة.

فمن الناحية العملية يتبين لنا أن أثر جائحة كورونا يختلف باختلاف نوع التعاقد وطبيعته؛ فالتعاقدات التي يكون محل الالتزام فيها مثلاً توريد مواد غذائية ذات عمر قصير بين الدول التي أغلقت الحدود فيما بينها تخضع حالتها لنظرية القوة القاهرة؛ ومن ثم ينفسخ العقد دون إلزام للطرف الملتزم بتوريد المواد الغذائية بالتعويض؛ وذلك لاستحالة ذلك بسبب إغلاق الحدود فيما بين الدول، كما أنه لا يمكن تأجيل التوريد إلى ما بعد انتهاء الجائحة بسبب طبيعة محل الالتزام، وهي المواد قصيرة العمر التي لا تحتمل التأخير، أما إذا كنا مثلاً بصدد عقود توريد خدمات يمكن أن تنقل عبر شبكة الإنترنت مثلاً، فلا يمكن القول هنا بإخضاع هذا العقد لأي من هاتين النظريتين؛ حيث لا أثر للجائحة على تنفيذ الالتزامات العقدية؛ ومن ثم يبقى المتعاقد ملتزماً بالعقد، وفي حالة إخلاله يلتزم التعويض، ولا يمكنه دفع المسؤولية بالتذرع بجائحة كورونا السائدة.

وفي السياق نفسه فإن أي تعاقدات تتأثر بهذه الجائحة إلى الحد الذي يجعل تنفيذ الالتزامات مرهقاً إرهاقاً شديداً، يجب هنا تطبيق نظرية الظروف الطارئة، وذلك بالموازنة بين مصلحة أطراف العقد ورد الالتزام إلى الحد المعقول، الذي يحد من أثر هذه الجائحة على الطرف المدين الملتزم بهذا الالتزام العقدي.

وينبغي ألا تكون هذه الظروف الطارئة أو القوة القاهرة شماعة يعلق عليها كل متهاون أو متقاعس عن أداء التزاماته إخفاقاته؛ فلابد لاعتبار هذه الظروف الطارئة أو القوة القاهرة من شروط وقيود تحددها وتقدرها السلطة القضائية، فالتكييف القانوني لجائحة كورونا المستجد أنها قوة قاهرة أو ظروف طارئة هو من سلطات محكمة الموضوع التقديرية وصلاحياتها، شرط أن يكون استخلاصها بناءً على أسباب سائغة وكافية لحملها على هذا الوصف (الحمادي، 2014، ص729).

فمحكمة الموضوع هي التي تنظر في أي نزاع يثور حول هذا الشأن؛ فهو من صميم اختصاصها، ولكن سوف يكون من المتوجب على المحاكم بحث موضوعات النزاعات وظروفها بشكل عميق وشمولي؛ للحيلولة دون إهدار حقوق المتعاقدين أو الإضرار بمصالحهم، وعدم فتح المجال للمتعاقدين – بشكل مطلق دون ضوابط – للتنصل من التزاماتهم دون عذر قانوني من ناحية، وعدم تحميل المتعاقدين أكثر من طاقتهم وإلحاق الخسائر بهم بما قد ينجم عنه تعثر الكثير من الشركات خصوصاً الصغيرة والمتوسطة أو اندثارها لعدم إمكانيتها تحمل آثار هذه الأزمة، من ناحية ثانية، ولذا نرى أن المسألة تتطلب اجتهاداً من المحاكم لتطبيق النصوص القانونية المعمول بها في هذا الصدد.

لذلك نرى أن الأمر يستدعي النظر في كل عقد على حدة لبيان الآثار السلبية لجائحة كورونا لأي من طرفيه بحسب نوعية العقد الإداري، التي تختلف بدورها من عقد إداري إلى آخر بحسب محل الالتزام؛ أي معالجة كل حالة على حدة؛ ومن ثم علاج الحالة التي يصبح فيها الالتزام التعاقدي مستحيل التنفيذ

بتطبيق نظرية القوة القاهرة، أو صعب التنفيذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، علماً بأن الفئة المستهدفة من أنواع العقود هي العقود الممتدة أو ما يسمى بالعقد المستمر الذي يكون الزمن فيه عنصراً جوهرياً، مثل عقد العمل وعقد الإيجار وعقد التوريد، وبناءً عليه ستلجأ الشركات، وخاصة تلك التي تعتمد على سلاسل التوريد إلى الدفع بوجود قوة قاهرة، مثل الصناعات الثقيلة، والمقاولات، والفنادق، والنقل، وخدمات المطارات والموانئ، والاستيراد والتصدير وغيرها؛ فقد لوحظ مؤخراً إغلاق كلي لبعض الأنشطة الاقتصادية وجزئي لبعضها الآخر؛ مما يستدعي التسليم بأن هذا الفيروس إلى حدود فترة معينة لم يجعل تنفيذ الالتزامات مستحيلاً، قد يكون مرهقاً نوعاً ما لكن ليس مستحيلاً؛ إذ بقيت بعض الأنشطة الاقتصادية تباشر عملها؛ ومن ثم يمكن القول: إن دعاوى القوة القاهرة ستصبح معقدة، ومحل خلاف بين الأطراف باختلال شرط عدم التوقع بشكل نسبي، عندما لا تتسبب تبعات الحظر في التأثير بشكل مباشر على العمل.

وأما أصحاب الرأي القائلون إن جائحة كورونا المستجد ما هو إلا تطبيق لنظرية القوة القاهرة، بل إنهم طبقوا هذه النظرية وعمموها على إطلاقها على جميع حالات جائحة كورونا المستجد، واستشهدوا ودللوا على صحة رأيهم – كما ذكرنا سابقاً – بأن حكومة الصين ممثلة بهيئة تنمية التجارة الدولية الصينية قامت بإصدار شهادات لإثبات القوة القاهرة لعدد من الشركات والمؤسسات في مجالات مختلفة؛ للتحلل من التزاماتها ومسؤولياتها التعاقدية، التي عجزت عن الوفاء بها، ونرد عليهم بقولنا: إن هناك إشكالية ستدور حول مدى إلزامية هذه الشهادات دولياً ومحلياً، والقاضي الوطني أو المحكّم أهو ملزم الأخذ بها أم تبقى مصدراً استرشادياً فقط؟، سننتظر التطبيقات القضائية والقرارات التحكيمية، التي – برأينا – ستأخذ – على الأغلب – هذه الشهادة كمصدر استرشادي فقط تطبقه على كل حالة على حدة.

وأما استشهادهم وتدليلهم على صحة رأيهم بقولهم: بما أن منظمة الصحة العالمية عرّفت فيروس كورونا باعتباره جائحة عالمية، وهو يؤثر بشكل لافت

في الاقتصادات العالمية، فهذا يضعه ضمن نطاق شروط القوة القاهرة، فنرد عليهم بقولنا: إنه من الناحية الصحية إن تغير اللغة المستخدمة في وصف فيروس كورونا المستجد كجائحة (وباء عالمي) لن يغير شيئاً بشأن الطريقة التي يتصرف بها الفيروس، بيد أن منظمة الصحة العالمية تأمل، عبر استخدام الوصف الجديد (جائحة)، في حض دول العالم على تغيير طريقة تعاملها صحياً مع المرض، واتخاذ إجراءات صحية أكثر صرامة، إزاء القصور بالنهج الذي تتبعه بعض الدول على مستوى الإرادة السياسية اللازمة للسيطرة على هذا التفشي للفيروس، وأما من الناحية القانونية فلا يجوز أن نكيف قانونياً أي واقعة من خلال مسمياتها أو مصطلحاتها؛ بمعنى أن اعتبار منظمة الصحة العالمية فيروس كورونا المستجد جائحة عالمية، لا يضعها تلقائياً وبشكل مطلق وعلى عمومها ضمن نطاق شروط القوة القاهرة، كما أن تكييفها قانونياً من خلال مسماها أو اصطلاحها بأنها جائحة يجيز اعتبارها تطبيقاً لنظرية القوة القاهرة، فهذا قول جانب الصواب؛ فالتكييف القانوني لجائحة كورونا المستجد يكون من خلال إلباس الوصف الصحيح لتحديد القواعد والمبادئ القانونية الواجبة التطبيق على تلك الواقعة، وذلك من خلال بحث مدى توافر شروط أي من النظريتين: القوة القاهرة أو الظروف الطارئة، أو عدم توافرها، ولذلك نبحث كل حالة على حدة، فإن كان يتوافر فيها جميع شروط نظرية القوة القاهرة، فإننا نطبق عليها نظرية القوة القاهرة.

وتجدر الإشارة هنا إلى أننا نرى أن القضاء في أغلب الدول بشكل عام، والمحاكم الكويتية بشكل خاص سيواجهون إشكالية في الزمن؛ أي متى يتم تقدير شرط (عدم توقع الحدث)؛ أي فيروس كورونا من طرف القضاء؟.

هناك توجه قضائي سابق نستشف منه أن هذا الإشكال لن يطرح الآن بمناسبة فيروس كورونا بالنسبة للعقود الإدارية القديمة، لكن التساؤل سيطرح بالنسبة للعقود التي أبرمت بعد ظهور هذا الوباء، وهنا أيضاً نتوقع حدوث نقاش جاد حول التاريخ الواجب اعتماده لإعلان ظهور فيروس كورونا المستجد، أهو

تاريخ إعلانه في الصين؟ أم في البلد الذي توجد فيه الشركة التي تتمسك بالقوة القاهرة؟ أم التاريخ الذي حددته منظمة الصحة العالمية؟.

كما أننا نرى أيضاً أن القضاء سيواجه إشكالية أخرى في تحديد المناطق المصابة بالوباء؛ حيث إن مسألة تحديد هذه المناطق ليست بالسهلة أو اليسيرة لاختلاف المعايير؛ فهي مسألة مهمة خاصة في حالة إثبات وجود القوة القاهرة، فالصين لاشك أنها منطقة موبوءة جداً؛ ومن ثم فلن يجد القضاء صعوبة في ذلك، وإنما الصعوبة تكمن في حالة إذا ما كانت في دول أخرى سواء قريبة من الصين أو مجاورة لها أو لغيرها من الدول، إفسيعتبرها القضاء من الدول الموبوءة أم لا؟.

ونخلص إلى أنه من المؤكد أن المحاكم بشكل عام، والمحاكم الكويتية بشكل خاص، ستشهد عدداً كبيراً من الدعاوى الحقوقية الناتجة من هذه الأزمة، وسوف يؤدي ذلك إلى إصدار العديد من الأحكام القضائية في هذا الشأن.

إلا أننا نتمنى أن يتم توحيد الإجتهاد القضائي في هذا الشأن، وذلك بتحديد الطبيعة القانونية لهذه الأزمة؛ ومن ثم أتعتبر من قبيل القوة القاهرة أم الظروف الطارئة؛ إذ إن توحيد الاجتهاد يؤدي إلى استقرار كبير في المراكز القانونية، وإنصاف لجميع المتعاقدين، وخلاف ذلك سوف تصدر أحكام قد يكون فيها تناقض، وتؤدي إلى ضياع بعض الحقوق لدى أطراف العقود.

الخاتمة:

انصبت هذه الدراسة على الآثار القانونية لجائحة كورونا المستجد على تنفيذ العقود الإدارية في القانون الكويتي؛ فقد تناولنا تعريف هذه الجائحة، واستعرضنا الإجراءات الاحترازية التي اتخذتها الحكومة الكويتية للحد من انتشارها، ثم تناولنا تعريف العقد الإداري وعناصره مع بيان آثار الجائحة على تنفيذ العقود الإدارية، وعرضنا للتكييف القانوني لهذه الجائحة في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وعلى ضوء الهدف المحدد لهذه الدراسة والموضوعات التي تناولتها، فقد انتهت إلى عدد من النتائج المنطقية، التي ترتب عليها عدد من التوصيات الواقعية، يمكن أن نجملها فيما يأتي:

أولاً – نتائج الدراسة:

1 – أكدت الدراسة أن القرارات الحكومية الاستثنائية التي صدرت لمواجهة جائحة كورونا المستجد في الشأن الصحي والأمني والغذائي، أثرت بشكل كبير على عملية تنفيذ العقود الإدارية.

2 – توصلت الدراسة إلى وجود اختلاف بآراء رجال القانون على المستويين المحلي والدولي حول التكييف القانوني لجائحة كورونا المستجد، فالبعض منهم اعتبرها قوة قاهرة تؤثر على الالتزامات التعاقدية لكل من أطراف العقد، لدرجة عدم تنفيذ هذه الالتزامات التعاقدية، ومنهم من اعتبرها ظروفاً طارئة تؤثر على التعاقدات بشكل جزئي ونسبي وليس بشكل كامل، حتى لا يتقاعس المتعاقدون عن تنفيذ تلك الالتزامات.

3 – بينت الدراسة أن التكييف القانوني لجائحة كورونا المستجد قوة قاهرة أو ظروفاً طارئة هو من سلطات محكمة الموضوع وصلاحياتها التقديرية، شرط أن يكون استخلاصها بناء على أسباب سائغة وكافية لحملها على هذا الوصف.

4 – أثبتت الدراسة تبني الفكر القانوني والاجتهاد القضائي على المستوى العالمي آليتين، هما نظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، وترميان إلى علاج الحالات التي يصبح فيها الالتزام التعاقدي مستحيل التنفيذ بتطبيق نظرية القوة القاهرة، أو صعب التنفيذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

ثانياً – توصيات الدراسة:

1 – يتضح لنا أن المعطيات العلمية المتعلقة بفيروس كورونا المستجد تظهر أن الأوبئة قد تتحول إلى مواعيد دورية، ونظراً لكون القوة القاهرة تتطلب شروطاً قاسية لإعمالها، ونظراً لكون الظروف الطارئة تتطلب إجراءات طويلة وبطيئة، وقد تنتهي بفسخ العقد بحكم قضائي – نرى أن على المتعاقدين من الآن تضمين عقودهم بنوداً إلزامية تتعلق بحل النزاعات الناشئة عن الأوبئة والآثار الاقتصادية الناتجة منها بوسائل ودية، كإعادة

التفاوض، والتوفيق والوساطة؛ إذ تتمتع هذه الوسائل بسرعة الإجراءات وبساطتها، وتؤدي إلى الحفاظ على ا ستمرار العلاقات التعاقدية.

2 – نرى أنه لا تكليف إلا بمقدور ولا التزام بمستحيل، فلذلك نقترح أنه يجب النظر في كل عقد على حدة لبيان الآثار السلبية للجائحة لأي من طرفيه بحسب نوعية العقد الإداري، التي تختلف بدورها من عقد إداري إلى آخر بحسب محل الالتزام؛ أي علاج الحالة التي يصبح فيها الالتزام التعاقدي مستحيل التنفيذ بتطبيق نظرية القوة القاهرة، أو صعب التنفيذ بتطبيق نظرية الظروف الطارئة.

3 – نقترح في حالة نشوء نزاع بين طرفي العقد الإداري، الجلوس على طاولة المفاوضات للتفاهم والبحث والتفاوض حتى يصلا إلى حلول ترضيهما بشكل ودي بعيداً عن القضاء وإجراءات التقاضي، وبشكل يراعي أيضاً الظروف الاقتصادية والمناخية والصحية العالمية، بما يمكنهما من إنهاء علاقتهما بشكل يقلل من الضرر والمصاريف، أو تجزئة الأعمال على مراحل لتنفيذها في المستقبل، سواء من حيث الفترة الزمنية أو القيمة المالية، بما يحقق مصلحة الطرفين.

4 – نناشد القضاء توحيد الاجتهاد القضائي في هذا الشأن، وذلك بتحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا المستجد، أتعتبر من قبيل القوة القاهرة أم الظروف الطارئة؛ إذ إن توحيد الاجتهاد يؤدي إلى استقرار كبير في المراكز القانونية وإنصاف لجميع المتعاقدين، وبخلاف ذلك سوف تصدر أحكام قد يكون فيها تناقض ويؤدي إلى ضياع بعض الحقوق لدى أطراف العقود.

المراجع

إحسان، إسلام. (2016). *أحكام العقد الإداري في النظام السعودي*. دار آل غالب للنشر.

أنوض، إبراهيم. (2020). نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري جائحة كورونا كمجال للتطبيق. *مجلة القانون والأعمال الدولية*.

بدر، أحمد سلامة. (2003). *العقود الإدارية وعقود البوت*. دار النهضة العربية.

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

بوحسين، محمد. (2020، مارس، 17). معالجة الآثار القانونية لكورونا على العقود الدولية والمحلية. *جريدة البلاد البحرينية*. صفحة الآراء والمقالات.

جعفر، أنس. (2003). *العقود الإدارية*. دار النهضة العربية.

الحداد، البشير. (2020، مايو، 21). فيروس كورونا وآثاره على العقود الإدارية. *جريدة البديل السياسي المغربية*.

حلمي، عمر. (1993). *معيار تمييز العقد الإداري*. دار النهضة العربية.

الحمادي، مال الله. (2014). *حقوق وضمانات المتعاقد مع الإدارة والتحكيم في العقد الإداري*. منشورات الحلبي الحقوقية.

خليفة، عبدالعزيز. (2005). *الأسس العامة للعقود الإدارية*. منشأة المعارف.

الذنيبات، محمد. (2003). *الوجيز في القانون الإداري*. الدار العلمية الدولية للنشر.

الشاوي، شيماء. (2020، أبريل). نظرات قانونية حول فيروس كورونا المستجد. *مجلة الباحث للدراسات والأبحاث القانونية والقضائية*.

الشريف، عزيزة. (2000). *القانون الإداري (2)*. مؤسسة دار الكتب.

الطماوي، سليمان. (1991). *الأسس العامة للعقود الإدارية*. (ط. 5). دار الفكر العربي.

عبدالباسط، محمد فؤاد. (2006). *العقد الإداري*. دار الجامعة الجديدة.

عبدالبديع، محمد صلاح. (2008). *دور القاضي الإداري في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري*. دار النهضة العربية.

عبدالعال، محمد حسنين. (1991). *الرقابة القضائية على قرارات الضبط الإداري*. (ط. 2). دار النهضة العربية.

العبيدي، زينة. (2020، أبريل، 9). *أثر فيروس كورونا على الالتزامات التعاقدية*. الموقع الإلكتروني جامعة الموصل، كلية الحقوق.

العصّار، يسري. (2012). *الأعمال القانونية للإدارة العامة*. كلية القانون الكويتية العالمية. مطبعة كلية القانون الكويتية العالمية.

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

المركز العربي للتأليف وترجمة العلوم الصحية. (2020). *فيروس كورونا المستجد*.

المستقبل الرقمي. (2020). *دليل الوقاية من فيروس كورونا المستجد*.

المطر، عنادل. (2020، مارس، 22). كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة. *جريدة الجريدة الكويتية*. صفحة الآراء والمقالات.

نصار، جابر. (2000). *الوجيز في العقود الإدارية*. دار النهضة العربية.

كنعان، نواف. (2001). *القانون الإداري*. الكتاب الثاني. الدار العلمية الدولية ودار الثقافة.

De LAUBADÈRE, A. & VENEZIA, J.C, & GAUDEMET, Y. (1990). Traité de droit administratif, (11ème édition), *L.G.D.J*, Paris.

Heinich, J. (2020). *L'incidence de l'épidémie de coronavirus sur les contratsd'affaires: de la force majeure à l'imprévision*, Dalloz, Paris.

Richer, L. (2006). Droit des contratsadministratifs, 5ème édition, *L.G.D.J*, Paris.

Vidal, L. (2005). *L'équilibre financier du contratdans la jurisprudence administrative, Bruylant*.

htts://www.who.int/ar/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/q-a-coronaviruses.

https://www.kuna.net.kw.

Legal Implications of the Novel Coronavirus on Administrative Contract Execution in Accordance with the Kuwaiti Law

Dr. Majed M. Al-Dihani

Abstract

Goal of the Study: The aim of this study is to find legal solutions that ensure the financial rebalancing of the administrative contract, and achieve a stable legal environment in light of the novel Coronavirus pandemic, in order to ensure regular steady running of the public facilities.

Study Methodology: In this study, we relied on the descriptive approach in explaining the concept of the administrative contract, the definition of the novel Coronavirus pandemic, and the precautionary measures taken by the government of the State of Kuwait to face this pandemic. We also relied on the analytical approach in dealing with the legal adaptation of the Coronavirus pandemic in the field of implementing the administrative contract aiming to give an integrated idea that covers all aspects of the study subject, and in order to reach the desired result of this study.

Data and Study Sample: The subject of the study is based on addressing the negative effects of the implications of the novel Coronavirus pandemic related to contractual obligations between the administration and its contractor in the implementation of its administrative contracts. The study is also addressing the financial imbalance of the administrative contract, caused by this pandemic, through applying either force majeure theory or the theory of emergencies (depending on conditions' availability of either) all within the framework of the Kuwaiti administrative law.

Study Conclusion: The study reached some results aimed to develop proposals that address the negative effects of the novel Coronavirus pandemic, on the enforcement of the administrative contract, by adopting an accurate criterion that is to consider each contract separately to show the negative effects

of the pandemic on either of the contract parties depending on the type of administrative contract, i.e. treating the case in which the executing contractual obligation becomes impossible by applying the theory of force majeure, or difficult to be enforced by applying the theory of emergencies.

Keywords: Coronavirus Pandemic - Administrative Contracts - Force Majeure - Emergencies.

د. ماجد ملفي الديحاني، حاصل على درجة الدكتوراه في القانون العام تخصص القانون الإداري من جامعة البحرين الحكومية، 2016. يعمل حالياً أستاذاً مساعداً بقسم المقررات القانونية، كلية الشرطة، أكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية. الاهتمامات البحثية: نظام الخصخصة وأثره على المرافق العامة الاقتصادية، النظام القانوني لأموال المرافق العامة الاقتصادية، التأمين النهائي في عقد الأشغال العامة، التزامات الإدارة غير المالية في عقد (B.O.T).
(majedmelfi@gmail.com)