وزاره التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون / القانون العام

أثر جائحة كورونا في تنفيذ عقد التجهيز
(دراسة مقارنة)

رسالة ماجستير مقدمة إلى معهد العلمين للدراسات العليا كجزء من
متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون العام
من قبل

الطالبة

فاتن نايف هجول

بإشراف

الدكتورة سحر جبار يعقوب

استاذ القانون العام المساعد

١٤٤٣هـ **٢٠٢١م**

بسم الله الرحمن الرحيم

((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ ۗ إِنَّ اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ))

صدق الله العظيم

الآية الأولى من سورة المائدة

الاهداء ...

إلى ينبوع العطاء الذي زرع في نفسي الطموح . . . والدي العزيز

إلى نبع الحنان الذي لا ينضب . . . أمي الغالية

الى سندي في الحياة . . . زوجي العزيز

الى حياتي وسر بسمتي في هذه الحياة . . . أولادي

إلى من يحملون في عيونهم ذكريات طفولتي وشبابي . . . أخوتي وأخواتي

أهديكم هذا الجهد الذي لولاكم لما كان

شكر وعرفان

الحمد لله العلي القدير الذي أسبغ علينا نعمته وشرح بنوره الصدور وأقر بفضله العيون.

وبعد....

أسأل الله العلي القدير شكرا وحمدا على غمره علي من سداد وتوفيق وما منحني إياه من صبر وتثبيت حتى إنجاز هذا البحث. ....

وإنطلاقا من قوله تعالى(رب أوزعني أن أشكر نعمتك التي أنعمت علي وعلى والدي وأن أعمل صالحا ترضاه وأدخلني برحمتك في عبادك الصالحين) وانطلاقا من حديث الامام زين العابدين عليه السلام(من لم يشكر المخلوق لم يشكر الخالق بداية أتقدم بالشكر والعرفان والامتنان إلى الدكتورة(سحر جبار يعقوب) لتفضلها بقبول الإشراف ، وعلى رعايتها الجادة والمخلصة على هذا البحث فقد كانت لتوجيهاتها السديدة وآرائها الصائبة اكبر مثل لإنجاز هذا العمل ،فجزاها الله عني خير الجزاء وجعل الله ذلك في ميزان حسناتها وأعطاها الله الصحة والتوفيق.

واتقدم بوافر الشكر والامتنان إلى لجنة المناقشة التي تحملت عناء السفر والمجيء إلى معهد العلمين للدراسات العليا -النجف الاشرف لغرض إغناء الرسالة بالآراء القيمة المفيدة والتي هي بلا شك في مصلحة الطالب.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين أبي القاسم محمد وعلى اله وصحبه المنتجبين.

المستخلص

إن تفشي الأوبئة والجوائح ومنها جائحة كورونا يعد خطرا صحيا محدقا توجب على السلطات في الدولة اتخاذ مجموعة من التدابير الاحترازية الكفيلة للحد من انتشارها وتفشيها ،وان معالجة الأثر الذي خلفته جائحة كورونا في نطاق عقد التجهيز يعتمد على نوع هذا الأثر ،فقد يكون تنفيذ الالتزامات مرهقا أو مستحيلا استحالة مؤقتة أو مطلقة ،اذا فإن للفقه والقضاء دور في مدى تكييف جائحة كورونا وفقا لنظريتي القوة القاهرة والظروف الاستثنائية ،وقد بينا في نطاق البحث في مدى تأثير جائحة كورونا على عقد التجهيز الاداري في العراق مع بعض الدراسات المقارنة إن كان لها مقتضى ،ومدى إمكانية تعديل الالتزامات التعاقدية وفقا للصلاحيات الممنوحة للسلطة الإدارية ووفقا لمبدأ سير المرافق العامة بأنتظام واضطراد ،ودور التشريعات القانونية الخاصة بعقد التجهيز والقضاء الاداري في إعادة التوازن المالي للعقد في حال اختل تنفيذ العقد بسبب جائحة كورونا أو بالاجراءات التي تتخذها الدولة للحد من الجائحة أما بتقرير التعويض وتوصلنا إلى أن التعويض الذي تسهم به الإدارة في تجاوز الجائحة التي كانت السبب في ارهاق المجهز يتسم بالطابع المؤقت الذي يرتبط وجوده بوجود الجائحة والأوضاع المترتبة عليها ولحين إعادة التوازن المالي للعقد وانتهاء الظرف الاستثنائي ،ولكي يمكن للقاضي الحكم بالتعويض يجب إجراء ثلاث عمليات متتابعة وهي تحديد نقطة بدء الظرف الاستثنائي والنفقات التي تكبدها المجهز نتيجة هذا الظرف واخيرا توزيع عبء الخسارة بين المجهز والجهة الإدارية ،او بتقرير ايقاف التنفيذ لعقود التجهيز التي أصابها استحالة مؤقتة في تنفيذ الالتزامات ،وهو علاج قانوني وقضائي ناتج عن تعذر تنفيذ عقود التجهيز بسبب إعلان حالة الطوارئ في الدول التي أعلنتها وبسبب التدابير الاحترازية في الدول التي لم تعلن حالة الطوارئ ،بعبارة أخرى اجتماع الاستحالة المؤقتة مع إمكانية زوالها في المستقبل بانتهاء فترة الحظر الصحي وتحرر المتعاقدين من اي مسؤولية عقدية لعدم التنفيذ خلال فترة الاستحالة المؤقتة ،كما توصلنا أن للإدارة إنهاء عقد التجهيز الاداري بسبب جائحة كورونا متى رأت أن العقد لا يحقق المصلحة العامة وضرورات المرفق العام ويجب على الإدارة عند استعمالها هذا الحق أن تدفع تعويضا عادلا ومناسبا للمتعاقد معها عن الأضرار التي لحقت به جراء هذا الإجراء ،وتوصلنا أيضا إلى أن هناك العديد من العقود التي تأثرت بجائحة كورونا والتي أصابها استحالة في التنفيذ نهائية وليست

مؤقتة ،فالمثابرة على التنفيذ بعد الوقف يستلزم أن يكون العقد قابلا لاستمرار التنفيذ فيه ،فمتى استحال ذلك وجب اللجوء إلى النصوص التي تحكم استحالة التنفيذ بسبب القوة القاهرة ، وانتهينا إلى أن كل عقد يتأثر بتنفيذه بدرجة تختلف عن العقد الآخر مما يؤثر على قيمة التعويض وأحكامه ويقدر جميع هذه الامور القضاء وفقا لنصوص العقد ووفقا النية المشتركة للمتعاقدين ومبادئ حسن النية في التنفيذ ووفقا للنظريات الفقهية والتقليدية والتشريعات القانونية الخاصة .

المحتويات

الفصل الاول :التعريف بجائحة كورونا وعقد التجهيز الاداري	1
المبحث الاول: ماهية جائحة كورونا	2
المطلب الاول: مفهوم جائحة كورونا	3
الفرع الاول: تعريف جائحة كورونا 3-6	6-3
الفرع الثاني :تمييز جائحة كورونا عن الأوبئة والكوارث	8-6
المطلب الثاني :التكييف القانوني جائحة كورونا	9
الفرع الاول :تكييف جائحة كورونا على أنها قوة قاهرة	15-9
الفرع الثاني : تكييف جائحة كورونا على أنها ظرف طارئ	22-16
الفرع الثالث :تكييف جائحة كورونا على أنها ظرف استثنائي	29-23
المبحث الثاني: التعريف بعقد التجهيز	30
المطلب الاول :ماهية عقد التجهيز	31
الفرع الاول :التعريف الفقهي والقضائي لعقد التجهيز	32-31
الفرع الثاني :معيار تمييز عقد التجهيز	35-33
الفرع الثالث : انواع عقد التجهيز	37-36
المطلب الثاني :تنفيذ عقد التجهيز	38
الفرع الاول : المبادئ التي تحكم تنفيذ عقد التجهيز	41-38
الفرع الثاني :التزامات وحقوق المجهز في عقد التجهيز	43-41
الفرع الثالث: امتيازات الإدارة في عقد التجهيز	46-43
الفصل الثاني **احكام جائحة كورونا على عقد التجهيز**	47
المبحث الأول :الاستحالة المؤقتة وأثرها على تنفيذ عقد التجهيز الاداري	48
المطلب الاول :وقف تنفيذ عقد التجهيز	49
الفرع الاول :ماهية وقف تنفيذ عقد التجهيز	54-49
الفرع الثاني :التكييف القانوني لوقف تنفيذ عقد التجهيز	56-55
الفرع الثالث :احكام وقف تنفيذ عقد التجهيز	61-56
المطلب الثاني :إنهاء العقد بالإرادة المنفردة للإدارة بسبب جائحة كورونا والرقابه عليها	62
الفرع الاول :أساس سلطة الإدارة في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة	64-62
الفرع الثاني : شروط ممارسة الإدارة لسلطة الانتهاء الانفرادي و الرقابة عليها	67-64
الفرع الثالث :الآثار المترتبة على إنهاء عقد التجهيز لدواعي المصلحة العامة	69-67
المبحث الثاني :اثر جائحة كورونا كقوة قاهرة أو ظرف طارئ	70
المطلب الاول :اثر جائحة كورونا كقوة قاهرة على عقد التجهيز	71
الفرع الاول :استحاله مطلقة في تنفيذ الالتزام	74-71
الفرع الثاني :مفهوم الفسخ القضائي بسبب جائحة كورونا	76-74

الفرع الثالث :احكام الفسخ القضائي بسبب جائحة كورونا	78-76
المطلب الثاني :اثر جائحة كورونا كظرف طارئ على عقد التجهيز	79
الفرع الاول :مفهوم الإرهاق في تنفيذ الالتزام بسبب جائحة كورونا	81-79
الفرع الثاني :الآثار المترتبة على الإرهاق .	85-81
الفرع الثالث :الإطار القا نوني للتعويض الجزئي عن الظروف الطارئة	90-85
الخاتمة	93-90
قائمة المراجع	99-94