مجلة الباحث العربي
Arab Researcher Journal
ISSN: 2709 – 0647/DOI: 10.57072
CC BY 4.0 License :المشاع الإبداعي
مجلد 3 عدد 1 (2022)

فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون اليمني والقانون المقارن

The idea of financial balance for the administrative contract in Yemeni law and comparative law

همدان طاهر محمد علي، عضو هيئة التدريس بجامعة الجند للعلوم والتكنولوجيا، طالب دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة تعز
Hamdan Tahir Muhammad Ali, faculty member, Al-Jund University of Science and Technology, PhD student Faculty of Law, University of Taaz
http://doi.org/10.57072/ar.v3i1.55

نشرت في 2022/06/15

المستخلص:

يمتاز العقد الإداري من العقد الخاص بنظامه القانوني؛ فللإدارة العامة فيه سلطات وامتيازات تتمتع بها فيه، وعليها التزامات جديدة تجاه المتعاقد معها، لم تكن مألوفة في عقود القانون الخاص، إذ تلتزم الإدارة العامة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، في الحالات المتعارف عليها قضاء وفقهاً، والمتمثلة بنظرية عمل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، على وفق قواعد وطرق أقرها القضاء الإداري؛ تحقيقاً للمصلحة العامة، وحفاظاً على سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وقد أقر القانون اليمني في نصوصه بحالات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وحدد الجهة المعنية، والقواعد التي يُعتمد عليها، وطرق إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في كل حالة، مستقلاً في بعض حلوله ومعالجاته عما أقره القضاء الإداري.

الكلمات المفتاحية: التوازن المالي، العقد الإداري، عمل الأمير، الظروف الطارئة، الصعوبات المادية، القانون اليمني.

Abstract:

The administrative contract is distinctive in its legal measures from the private contract. The public administration has its own authorities and privileges; there are new obligations should be done by the public administration for the contractor which were not familiar in private law contracts. The public administration is committed to redoing the financial balance of the administrative contract in the cases recognized by jurisprudence. These cases represented by the theory of Al-Ameer work, the theory of emergency circumstances and the theory of unexpected material difficulties. These commitments and procedures are done according to rules and methods approved by the administrative judiciary in order to achieve the public interest, and to maintain the regular and steady functioning of public utilities.

In its acts, the Yemeni law legitimates the financial rebalancing of the administrative contract in such cases. It also defines the concerned authority and the rules on which it depends and the methods of financial rebalancing of the administrative contract in each case. Moreover, it has its independent measures in some solutions and treatments from what are approved by the administrative judiciary.

Keywords: Financial Balance; Administrative Contract; Al-Ameer work; Emergency Circumstances; Material Difficulties, Yemeni Law.

المقدمة:

إن العقد الإداري ينسب إلى الإدارة العامة؛ تمييزاً له من العقد في القانون الخاص، كما أنه من المسلم به في الوقت الحاضر أن عقود الإدارة لا تخضع كلها لنظام قانوني واحد، ولكنها تنقسم على قسمين: عقود الإدارة التي تخضع للقانون

الخاص، وعقود الإدارة التي تخضع للقانون العام، وهي التي يطلق عليها اصطلاحاً "العقود الإدارية"[1].

ويعرف العقد الإداري: بأنه العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص[2]. وللعلم أن المشرع اليمني لم يعرف العقد الإداري في النصوص القانونية، لاسيما في قانون المناقصات والمزايدات، والذي يعد فعلياً هو قانون العقود الإدارية، ولا في لائحته التنفيذية كذلك، كما أن القضاء اليمني ما زال يرى العقد الإداري كالعقود الخاصة، ولم يرد في أحكامه بحسب علمي إلاّ حكم واحد ذكر فيه الشروط غير المألوفة، وهو الحكم الصادر من المحكمة التجارية بصنعاء في قضية سوق نقم في 2001/8/5م غير منشور اعترف فيه بتمييز العقود الإدارية من العقود المدنية أورده الدكتور مطيع جبير[3]، حيث أقر في حيثيات الحكم بمعيار المرفق العام والسلطة العامة، والإشارة إلى الشروط الاستثنائية التي تضمنها العقد، إلاّ أن ذلك لا يعني أن القضاء اليمني عموماً يسلم بفكرة العقود الإدارية حالياً.

وتعدّ الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص هي أهم ما يميز العقود الإدارية من العقود الخاصة، فمن خلالها تظهر سلطات الإدارة العامة وامتيازاتها، وكذلك التزاماتها غير المألوفة غالباً في القانون الخاص، ومنها إعادة التوازن المالي للعقد الإداري؛ فغالباً ما يتضمن هذه الشروط العقد نفسه، إلاّ أنه من الممكن أن تكون خارجة عنه في قانون أو لائحة، إذا كان العقد يحيل إلى ذلك القانون، أو تلك اللائحة، ومثال ذلك أن يحيل العقد إلى أحكام قانون المناقصات والمزايدات أو اللائحة التنفيذية[4]، ومن هنا فإن المشرع اليمني وإن لم يُعرف العقد الإداري، إلاّ أنه قد أشار في نصوص قانونية إلى فكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وظهرت نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام؛ من أجل تحقيق المصلحة العامة، والحفاظ على سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهو ما نوضحه في بحثنا هذا.

أولاً: مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في السؤال الرئيس الآتي: ما موقف القانون اليمني من فكرة التوازن المالي للعقد الإداري؟ ويتفرع منه السؤالان الآتيان:

- ما حالات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري؟
- كيف يُعاد التوازن المالي للعقد الإداري في كل من نظرية فعل الأمير ونظرية الظروف الطارئة ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؟ وما مدى توافق القانون اليمني مع القضاء الإداري والفقه؟

ثانياً: أهمية البحث:

تُعدّ فكرة إعادة التوازن المالي للعقد الإداري من أهم موضوعات نظرية العقود الإدارية؛ لدورها الفاعل في سير المرافق العامة بانتظام واطراد؛ والحفاظ على حقوق المتعاقد مع الإدارة العامة، وتحقيق المصلحة العامة؛ لذلك تكمن أهمية بحثنا من ناحيتين:

1. **الناحية النظرية:** من خلال الإحاطة بحالات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري، والآثار المترتبة عليها، والجهة المعنية بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري،

---

[1] د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (القاهرة: مطبعة جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، ط 5، 9911) ص 25.

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية رقم (576) لسنة 11 قضائية الصادر بتاريخ 1967/12/30م أشار إليه د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، د. ط، 2012) ص 17.

[3] د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006) ص728.

[4] د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني (صنعاء: دار الفكر المعاصر، د. ط، 2009-2008) ص 199 ود. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن (صنعاء: د. ن، ط 1، 2009) ص 15.

والقواعد التي يُعتمد عليها في تقدير التعويض، والحلول والمعالجات التي وردت في القانون اليمني لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في نصوصه القانونية.

2. **الناحية العملية:** من خلال إلزام الإدارة بتطبيق النصوص القانونية المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري؛ حفاظاً على المصلحة العامة، وسير المرافق العامة بانتظام واطراد، وتمكين القضاء المختص من إصدار أحكام سليمة وصحيحة عند نظر دعاوى التعويض المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري.

ثالثاً: هدف البحث:

يهدف البحث إلى الآتي:

- التعرف إلى حالات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.
- بيان الآثار المترتبة على حالات إعادة التوازن المالي للعقد الإداري.
- الكشف عن آلية القانون اليمني في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون اليمني، ومدى توافقها مع ما ورد عن القضاء الإداري والفقه.

رابعاً: منهجية البحث:

تمت هذه الدراسة من خلال اعتماد الباحث على المنهج الوصفي التحليلي والمنهج المقارن لأقوال الفقه، والقضاء، والنصوص القانونية اليمنية ذات العلاقة بموضوع بحثنا.

المبحث الأول: نظرية فعل الأمير

إن فكرة التوازن المالي للعقد الإداري مسلم بها في القانون الإداري، إلاّ أن القضاء الإداري، وكذلك المشرع اليمني لم يذكرا لها تعريفاً محدداً، وإنما ترك ذلك للفقه الذي نظر إليها نظرة الالتزامات والحقوق بالنسبة إلى الإدارة والمتعاقد معها، معتمداً في ذلك على أحكام القضاء الإداري، ويمكن القول بأن المقصود بالتوازن المالي للعقد الإداري هو ضمان توازن شريف بين نسبة الحقوق إلى الأعباء قبل الاختلال مع تلك النسبة المتحدثة] الحادثة] بعد الاختلال[1].

كما أن الباحث المتعمق يجد أن فكرة العقود الإدارية تشبه إلى حد ما فكرة عقود الإذعان، والتي يكون فيها طرفاً ضعيفاً في العقد، ويحتاج هذا الطرف الضعيف إلى حماية تشريعية وقضائية، وإن كان في القانون الخاص ينشأ الضعف عن انعدام المساواة الفعلية بين طرفي العقد، فهو يعني أن يوجد أحدهما في مركز ضعيف من الناحية الواقعية في مواجهة العاقد الآخر، وهذا الضعف يطال إرادة العاقد، ويؤثر فيها بقدر يتفاوت من حيث جسامته، فنكون بصدد إرادة قوية تقابلها إرادة ضعيفة أو حتى منعدمة، بما ينعكس في الغالب على مضمون العقد وشروطه؛ أي حقوق والتزامات كل من طرفيه، لاسيما الطرف الضعيف فيه, فتزيد التزامات الأخير ويسوء مركزه القانوني, وهو ما يفيد منه الطرف القوي في العقد[2]. وهذا الأمر ربما قد نراه في العقود الإدارية فتكون الإدارة الطرف الأقوى في العقد، ويكون المتعاقد معها هو الطرف الأضعف؛ وذلك لما يكون للإدارة من سلطات وامتيازات، فكان المتعاقد معها بحاجة إلى حماية تشريعية وقضائية، فكانت مسؤولية الإدارة العقدية عن إعادة التوازن المالي للعقد.

والحديث عن التوازن المالي للعقد الإداري يعني بالضرورة الحديث عن مسؤولية الإدارة، وإن كان الأساس الذي تقوم عليه مسؤولية شخص ما، هو السبب الذي يسوغ تلك المسؤولية، وهذا السبب قد يكون قاعدة قانونية، أو مبدأ قانونياً عاماً[3]؛ فإن مسؤولية الإدارة بلا خطأ في القانون الإداري ظهرت كقاعدة قانونية.

---

[1] الفراس أسامة، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري (رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، 2-013 2014) ص61.

[2] د. محمد حسين عبدالعال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية: دراسة تحليلية مقارنة (القاهرة: دار النهضة العربية، د. ط، 0072) ص 16.

[3] د. محمود الجبوري، القضاء الإداري (عمان: دار الثقافة للتوزيع والنشر، ط 1، 1998) ص 153.

ويقصد بالمسؤولية بوجه عام كما يذكر في الفقه[1]: المسؤولية عن تعويض الضرر الناجم عن الإخلال بالتزام مقرر في ذمة المسؤول، وقد يكون مصدر هذا الالتزام عقداً يربطه بالمضرور فتكون المسؤولية عقدية، وغايتها أن يقضى على المتعاقد الذي لم يوفِ بما التزم به في العقد بتعويض الضرر الناشئ عن عدم الوفاء، وقد تكون المسؤولية خطيئة أو تقصيرية تجب على من أحدث بخطئه ضرراً للغير، وغايتها أن يلتزم المخطئ بتعويض الضرر الناشئ عن خطئه، فمصدر الالتزام هنا هو القانون؛ لأن القانون هو الذي يستقل بحكم المسؤولية التقصيرية ويحدد مداها، ويراد بالمسؤولية العقدية بوجه خاص بأنها: هي التي تقوم على إخلال في الوفاء بالالتزام سواء كان تأخيراً أو امتناعاً عن الوفاء ومصدرها العقد[2]، إلاّ أن التعريفين في إطار القانون الخاص الذي لا يسلم بمسؤولية الإدارة من دون خطأ.

فيمكن القول بأن مسؤولية الإدارة يراد بها: الالتزام النهائي الذي يقع على عاتق الإدارة أو إحدى المؤسسات والمرافق العامة بدفع تعويض من الضرر الذي لحق بالغير نتيجة لنشاطها المتنوع أو تصرفاتها التي يطلق عليها "أعمال الإدارة" كالأعمال المادية (حادث سير)، أو نتيجة لأعمالها القانونية (قرار أو عقد إداري)، وسواء أكان ذلك النشاط أو التصرف مشروعاً أو غير مشروع[3].

ومن التعريف السابق يمكن القول بأن مسؤولية الإدارة العقدية هي: الالتزام النهائي الذي يقع على عاتق الإدارة أو إحدى المؤسسات والمرافق العامة بدفع تعويض من الضرر الذي لحق بالمتعاقد معها نتيجة العقد الإداري، وسواء أكان ذلك النشاط أو التصرف مشروعاً أو غير مشروع. وبالنتيجة فإن الإدارة تتحمل مسؤولية تجاه المتعاقد معها سواء أخطأت أم لم تخطئ؛ ومن هذا المنطلق فإن الإدارة قد تتسبب في اختلال التوازن المالي للعقد الإداري؛ فتتحمل المسؤولية، كما أنها تتحمل مسؤولية ولو كان اختلال التوازن المالي للعقد الإداري بسبب أجنبي؛ لذلك سنتعرف إلى حالات التوازن المالي للعقد الإداري في المطالب التالية:

- المطلب الأول: ماهية نظرية عمل الأمير
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة على نظرية عمل الأمير
- المطلب الثالث: موقف المشرع اليمني من نظرية عمل الأمير

المطلب الأول: ماهية نظرية عمل الأمير

قد تكون الإدارة سبباً في اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، ولو لم يكن بطريقة مباشرة، مما جعلها تتحمل المسؤولية تجاه المتعاقد معها؛ وتعليل ذلك هو أن ظروف التقدم الصناعي وتطور الوسائل التكنولوجية وأساليب الإدارة المتطورة وأنشطتها المتعددة لاسيما الاقتصادية، قد نتج عنه ازدياد مخاطر العمل والحوادث الضارة، وأفرز ذلك صوراً من الأنشطة التي أصابت الغير بأضرار، من دون أن تكون هذه الأعمال أو التصرفات غير مشروعة أو تمثل خطأ من أي نوع[4].

ويمكننا التعرف إلى دور الإدارة في اختلال التوازن للعقد الإداري، بالتعرف إلى ماهية نظرية عمل الأمير، من خلال الفرعين التاليين:

- فرع أول: مفهوم نظرية عمل الأمير
- فرع ثاني: شروط نظرية عمل الأمير

الفرع الأول: مفهوم نظرية عمل الأمير

---

[1] د. أسامة السيد عبد السميع، المسئولية الناشئة عن الضرر الأدبي بين الفقه الإسلامي والقانون (الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ج 1، ط 1، 2011) ص 20 ص 21.

[2] السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية: عقدية– تقصيرية (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، د. ط، 2005) ص 11.

[3] رائد محمد عادل، "الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ: دراسة مقارنة "، مجلة دراسات (عمان: علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 43، ع 1، 2016) ص 290.

[4] د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، م س ذ، ص 483. د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، م س ذ، ص 483.

تشكل نظرية عمل الأمير جانباً بارزاً في نظرية العقد الإداري، وتعطي انطباعاً صادقاً عن مدى تميز العقد الإداري، من حيث آثاره، عن سائر العقود المدنية التي تخضع لقواعد القانون الخاص، وهي من خلق مجلس الدولة الفرنسي[1].

فالقاعدة في القانون المدني هي قيام المسؤولية على عاتق المتعاقد في حال ارتكابه خطأ أدى إلى حدوث ضرر للمتعاقد الآخر، فركنا المسؤولية العقدية هي الخطأ والضرر، فضلاً عن علاقة السببية بينهما.

أما هنا ونحن بصدد تطبيق نظرية عمل الأمير، فسنجد القضاء الإداري يجري على تعويض المتعاقد مما أصابه من ضرر من جراء تصرف الإدارة، وهي الطرف الآخر في العقد، دون أن ينطوي تصرفها على خطأ ما، وإنما لإعادة التوازن المالي للعقد؛ والعلة من هذه الفكرة هي أن حماية المصالح المالية للمتعاقد مع الإدارة من شأنها تحقيق المصلحة العامة، ومصلحة المرفق الذي يتصل به هذا العقد[2].

أولاً: تعريف عمل الأمير:

المقصود بعمل الأمير بصفة عامة: بأنه عمل يصدر من سلطة عامة دون خطأ من جانبها، ينجم عنه أنه تسوئ مركز المتعاقد في عقد إداري، ويؤدي إلى التزام جهة الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد المضرور عن الأضرار كافة التي تلحقه من جراء ذلك، بما يعيد التوازن المالي للعقد[3]، ويطلق عليها اسم نظرية المخاطر الإدارية، وهذ المعنى السابق يتوافق مع تعريف مجلس الدولة الفرنسي ومحكمة القضاء الإداري بمصر لفعل الأمير[4].

والإجراء الصادر قد يكون إجراءً فردياً يؤثر في العقد مباشرة، كما لو تعلق بتعديل بعض شروط العقد من قبل الجهة الإدارية التي ابرمت العقد، أو أن يكون إجراءً عاماً، ولكنه يؤثر في موضوع العقد بتعديل الظروف التي وضعت في الاعتبار عند إبرامه، وذلك كما في حالة رفع أسعار السلع التي يستعملها المتعاقد في تنفيذ العقد، أو رفع أجور العمال أو زيادة الضرائب[5].

والواضح في أفعال الأمير أنها لا يمكن وصفها بأنها خطأ، إنها إجراءات عامة تصدر عن سلطات لها الاختصاص بإصدارها، ولها سلطتها التقديرية في إصدارها، متى ما قدرت أنها تحقق الصالح العام، ومن غير الجائز أن تشكل العقود الإدارية قيداً على حريات السلطات العامة في الدولة، وهكذا يكون واضحاً أن مسؤولية الإدارة عن تعويض المتعاقد معها مما نزل به من أضرار مادية من جراء هذه الإجراءات لا يمكن أن يكون مؤسساً على الخطأ[6].

وما يمكن قوله إن هناك معنى واسعاً لنظرية عمل الأمير وهو ما أخذت به محكمة القضاء الإداري؛ إذ تكتفي بصدوره عن سلطة عامة، وليس بلازم أن تكون هذه السلطة هي الجهة الإدارية المتعاقدة، ومعنى ضيقاً أخذت به المحكمة الإدارية العليا[7]؛ أي إنها تلزم أن تكون الإجراءات التي صدرت من الجهة الإدارية المتعاقدة.

---

[1] د. سليمان محمد الطماوي، م س ذ، ص 623.

[2] د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري (الإسكندرية: منشأة المعارف، د. ط، 2004)، ص 670.

[3] د. سليمان محمد الطماوي، م س ذ، ص 624.

[4] راجع مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، "نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري: دراسة مقارنة "، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية والقانون (الجزائر: معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التيسير بالمركز الجامعي عين تموشنت، المجلد 5، ع 10، 2019) ص 248.

[5] د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، م س ذ، ص 201.

[6] د. محمد الشافعي أبو رأس، "العقود الإدارية"، كتاب منشور في الأنترنت، ص 107.

[7] د. محمد جمال مطلق ذنيبات، العقد الإداري: دراسة مقارنة (الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، ط 1، 2012) ص 224.

كما استنتج الفقه من مفهوم عمل الأمير[1] أن عمل الأمير قد يكون إيجابياً وهو ما تصدره السلطات العامة من تدابير عامة تؤثر في ظروف التنفيذ، وقد يكون سلبياً بامتناع الإدارة عن تطبيق القوانين واللوائح التي يتعين تطبيقها وعزوفها عن اتخاذ إجراءات معينة إذ يؤدي هذا الامتناع إلى تفاقم أعباء المتعامل المتعاقد في أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية.

إذاً يُنشئ عمل الأمير التزاماً على عاتق السلطة العامة والإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها من الأضرار كافة التي لحقت به نتيجة هذه الأعمال، بما يعيد التوازن المالي للعقد وفقاً للأسس التي قام عليها وقت إبرامه.

وقد اختلف الفقه في أساس مسؤولية الإدارة عن الظروف الطارئة بالتعويض، فمنهم من يرى فكرة التوازن المالي للعقد، ومنهم من رأى أنها المسؤولية التعاقدية للإدارة، ومنهم من يرى نية الطرفين المتعاقدين، والرأي الأسلم هو فكرة التوازن المالي للعقد[2].

ثانياً: تطبيقات نظرية عمل الأمير:

إن لنظرية عمل الأمير تطبيقات يوردها الفقه نذكر منها كما يلي[3]:

1. القرارات التي تصدر من الإدارة إلى المتعاقد في مجال تنفيذ العقد بمقتضى سلطتها في الرقابة والتوجيه، ولكنها تحمل المتعاقد أعباء جديدة، وذلك مثل قراراتها بتعديل سير العمل، أو إدخال وسائل فنية جديدة في تنفيذه.
2. إجراءات الإدارة المتعاقدة بوصفها سلطة ضبط إداري، كالأمر الصادر منها إلى الشركة المتعاقدة بنقل أسلاك الكهرباء من مكان إلى مكان آخر لدواعي المحافظة على سلامة المواطنين، أو الأمر بتغيير خط شبكات الصرف الصحي بغرض المحافظة على سلامة المواطنين وصحتهم.
3. قيام الإدارة ببعض الأشغال العامة أو التصرفات المادية، التي تؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد معها، مثال ذلك ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي من أن تنفيذ المدينة لإنشاءات جديدة فرضت على الشركة المتعاقدة زيادة ملحوظة في النفقات.
4. صدور قوانين أو لوائح من جهة الإدارة المتعاقدة يؤدي إلى زيادة أعباء المتعاقد مع الإدارة، ومن أمثلة ذلك التشريعات الضريبية أو الجمركية، والتشريعات الاجتماعية أو العمالية التي تفرض التزامات جديدة ولوائح الضبط الإداري، والرسوم التي تفرضها الهيئات المحلية وغيرها.

إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رفض التعويض على أساس عمل الأمير في الحالات الآتية[4]:

1. في مجال الضرائب والرسوم، التي تؤدي إلى صعوبة التنفيذ، ومثال ذلك فرض ضرائب جديدة ذات طابع عام، أو زيادتها على الإنتاج...الخ.
2. في مجال الإجراءات الاجتماعية، كالتشريعات التي تستهدف تحسين أحوال العمل والعمال، والتي يكون من شأنها زيادة أعباء التنفيذ مثل التشريعات الخاصة بزيادة الأجور، أو بغلاء المعيشة، أو التأمين ضد إصابة العمل، أو منح إجازات بأجر للعمال...الخ.
3. في مجال التنظيمات الاقتصادية والمالية، ومثال ذلك التشريعات التي تصدر بتنظيم الاستيراد والتصدير، وتلك

---

[1] د. جابري فاطيمة، "حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية (الجزائر: كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف بالمسيلة، العدد 11، سبتمبر 2018) ص 189.

[2] د. سليمان محمد الطماوي، م س ذ، ص 654، ص 656.

[3] د. مطيع علي حمود جبير، مبادئ القانون الإداري اليمني والمقارن (صنعاء: مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، 2014) ص 274 ص 275.

[4] . سليمان محمد الطماوي، م س ذ، ص643 ص644.

التي تسمح بزيادة أجور النقل في السكك الحديدية أو غيرها، وأخيراً التشريعات التي تصدر في شؤون النقد.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية عمل الأمير

تقتضي نظرية عمل الأمير بأنَّه إذا توافرت شروط معينة، جاز للمتعاقد مع الإدارة المطالبة بتعويضه تعويضاً كاملاً من نتائج الأضرار التي لحقت به على إثر تحمّله تلك المخاطر الإدارية، وتُلزم الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، وهذه الشروط أخذها الفقه من أحكام المحكمة الإدارية العليا، وهي[1]:

- **أولاً: يجب أن يكون ثمة عقد من العقود الإدارية بمعناها المتفق عليه؛** لأن النظرية لا تطبق على عقود الإدارة الخاصة.
- **ثانياً: أن يكون الإجراء الضارّ صادراً من جهة الإدارة المتعاقدة نفسها،** إن فعل الأمير – كما يدل عليه اسمه – يفترض صدور عمل، أو تصرف من سلطة عامة، يكون من شأنه أن يلحق ضرراً بالمتعاقد، إلاّ أن مفهوم هذا الشرط يقضى بأن صدور قوانين أو أنظمة أو لوائح أو إجراءات عامة، عن غير الجهة المتعاقدة كالجهات التشريعية، أو إدارة عامة أخرى، مما يزيد من أعباء المتعاقد، ويكون من نتائجها الإخلال بالتوازن المالي للعقد لا يدخل تحت تطبيقات نظرية فعل الأمير، وهذا الفهم لا يتوافق مع حقيقة أن الإدارة فرد من أفراد الدولة، وسلطتها مستمدة من سلطتها، وأعمالها منسوبة إليها؛ لأن الدولة لا تعدو أن تكون مجموعة من الإدارات والسلطات العامة، التي تتصرف وفقاً للمصلحة العامة، ومن ثم كان ما قرره الدكتور عبد الفتاح حسن – بحق – من أن عمل السلطة يصدر دائماً عن نفس الجهة المتعاقدة؛ أي عن الشخص المعنوي العام الذي يتعاقد، فإذا أبرمت وزارة عقداً فما يصدر عنها أو عن وزارة أخرى أو عن مجلس الوزراء أو مرسوم ملكي يعدّ صادراً عن نفس الجهة المتعاقدة، ولكن هذه الإجراءات تعدّ صادرة عن غير الجهة المتعاقدة إذا أبرمت العقد مؤسسة عامة.
- **ثالثاً: أن ينتج عن هذه الاجراءات ضرراً للمتعاقد، لا يشترط فيه درجة معينة من الجسامة،** بل يكفي أن يكون فعلياً، ويؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد، بأن يترتب على الإجراء، نقص أرباحه المتوقعة، أو زيادة خسائره.
- **رابعاً: يفترض "عمل الأمير" أن الإدارة المتعاقدة لم تخطئ حين اتخذت عملها الضار**؛ ذلك أن التزام الإدارة بمقتضى العقد، لا يمكن أن يقيد تصرفاتها بوصفها سلطة عامة، تستهدف تحقيق الصالح العام، ومسؤوليتها هنا ليست عقدية، وإلا طبقت عليها القواعد العامة نفسها في المسؤولية العقدية، وإنما هي مسؤولية بلا خطأ.

والفرض أن الإدارة قد اتخذت إجراء سليماً، يفرضه الصالح العام، وفي حدود سلطتها المعترف بها لها، إلاّ إذا أحدث عند استخدام هذه السلطة المشروعة ضرراً بالمتعاقد معها، تعين تعويضه من هذا الضرر.

- **خامساً: يشترط أن يكون الإجراء المسبب للضرر غير متوقع،** وهذا الشرط لا ينصرف إلى أصل الحق في التعديل؛ لأن هذا الحق متوقع دائماً، ويفترض علم المتعاقد به، ولكن ينصرف إلى حدود التعديل، ومداه فإذا نظم العقد كيفية إجراء هذا الحق، فإن النظرية تطبق.
- **سادساً: أن يلحق المتعاقد ضرراً خاصاً لا يشاركه فيه من يمسه القرار العام[2].**

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على نظرية عمل الأمير

---

[1] د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون (الرياض: مركز البحوث، د. ط، 1427– 2006) ص 165ص 167.

[2] د. سليمان محمد الطماوي، م س ذ، ص 630.

إن تطبيق نظرية عمل الأمير يرتب آثاراً قانونية عدة، متى ما تحققت شروطها؛ وذلك لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري بعد اختلاله بسبب الإدارة، وإن كانت مسؤولة عن ذلك من دون خطأ، وذلك لتحقيق المصلحة العامة، وسير المرافق العامة بانتظام واطراد، وهو ما اتفق عليه القضاء الإداري والفقه، وكذلك المشرع اليمني الذي كان له موقف واضح من النظرية ورتب عليها عدداً من النتائج نوجزها في الآتي:

تعدّ أبرز تك الآثار نتيجة رئيسة مهمة، وهي منح المتعاقد المضار من جراء العمل الصادر من السلطات العامة تعويضاً كاملاً يغطي جميع الأضرار التي لحقته بما يعيد التوازن المالي للعقد، والقاعدة في ذلك إن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري يكون بالتعويض الذي يُحكم به في المنازعات الإدارية ومداه يخضع لذات القواعد والأسس التي يخضع لها التعويض في المنازعات المدنية، ففي القانون الإداري كذلك يقدر التعويض على أساس جسامة الضرر الذي تسببت فيه الإدارة، والأصل في التعويض أن يغطي ما لحق المضرور من خسارة وما فاته من كسب[1].

وقد نص المشرع اليمني في المادة (351) من القانون المدني على أنه: "...، ويكون التقدير على أساس ما لحق صاحب الحق من ضرر محقق بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالحق أو للتأخر في الوفاء به..."، ومما يلاحظ على هذا النص أنه ما ذكر المعيار الذي ذكرته التشريعات المدنية صراحة، وذكره الفقه من أن أساس تقدير التعويض هو ما لحق المضرور من خسارة أو فاته من كسب، وإنما عبر عن ذلك بما لحق المضرور من ضرر.

وبالنتيجة فإن التعويض طبقاً للقواعد المقررة في القانون الإداري لهذا الشأن[2] يشمل عنصرين:

1. ما لحق المتعاقد مع الإدارة من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد وهذه المصروفات تختلف باختلاف الأحوال وطبيعة التعديل ونتائجه، ومثل ذلك ما إذا طلبت الإدارة سرعة اتخاذ الأعمال، فإن ذلك قد يؤدي إلى زيادة التكاليف على المتعاقد بدفع أثمان مرتفعة أو زيادة في أجور الأيدي العاملة، كما أنه من الجائز أن يترتب على تعديل العقد في أثناء تنفيذه خسائر متنوعة وفي هذه الحالة يجب تقدير هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء الذي طلبت جهة الإدارة من المتعاقد معها اتخاذه.
2. ما فات المتعاقد مع الإدارة من كسب، اعتباراً بأن من حقه أن يعوض من ربحه الحلال من عمله ورأس ماله.

ونشير إلى أن طريقة حساب التعويض قد ترد أحياناً بنص القانون عندما يتكون عمل الأمير بقانون، وبخاصة أنه مما ينص عليه بشكل مألوف في العقد، وأحياناً يمكن أن تكون تقدير قيمة التعويض بسيطة جداً كأن يضطر المتعهد نظراً لعمل الأمير لدفع ضريبة أو رسوم معينة فيكفي أن يقدم بياناً رسمياً بما دفعه[3].

وخرج مجلس الدولة الفرنسي أحياناً على قاعدة التعويض الكامل في بعض الحالات استثناء وهي:

- حالة فسخ الإدارة للعقد بسبب ظروف الحرب أو بسبب توقف الأعمال الحربية.

في هذه الحالة فإن التعويض الذي يقرره مجلس الدولة الفرنسي لا يغطي سوى الأضرار الفعلية المترتبة على الفسخ، مع استبعاد عنصر الكسب أو الربح الذي كان يعول عليه المتعاقد لو لم يُفسَخ العقد.

- حالة الضرر غير المنسوب إلى الإدارة وحدها، يستبعد التعويض الكامل منطقياً إذا كان المتعاقد قد شارك في إحداث الضرر جزئياً، أو حتى إذا أدى فعله إلى زيادة الضرر الذي أصابه في هذه الحالة يستنزل القاضي

---

[1] د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، د. ط، 2000) ص 495.

[2] د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، م س ذ، ص 566 ص 567.

[3] المحامي. عبد الهادي عباس، العقود الإدارية (دمشق: دار المستقبل: دار الأنصاري، ج 2، ط 1، 1992) ص 425.

من التعويض ما شارك به المتعاقد بفعله في إحداث الضرر.

كما أنه قد يتولد عن عمل الأمير بجانب هذه النتيجة الرئيسة نتائج أخرى فرعية[1]:

1. إعفاء المتعاقد من التزامه بالتنفيذ، إذا ترتب على عمل الأمير استحالة التنفيذ.
2. يُعفى المتعاقد من غرامة التأخير، إذا كان من شأن عمل الأمير بأن تكون صيرورة الالتزام عسيرة؛ مما يسوغ التأخير في التنفيذ.
3. المطالبة بفسخ العقد، إذا ترتب على عمل الأمير زيادة في أعباء المتعاقد مع الإدارة، زيادة لا تتحملها إمكانياته، إلاّ أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه، حتى ولو توافرت مسوغات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ للقضاء للحصول على حكم منه بذلك، وفي هذا الشأن قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر بتاريخ 1978/1/28م بأنه: "ومن حيث إن فسخ العقد الإداري كأصل عام أمر تترخص فيه جهة الإدارة وحدها ضماناً لحسن سير المرفق العام، وليس للمتعاقد معها إلاّ حق المطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى، وينبني على ذلك أنه ليس للمتعاقد مع الإدارة أن يفسخ العقد المبرم معها بقرار منه إذا ما وجدت مسوغات الفسخ، بل يتعين عليه أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم منه بذلك، كما أن الدفع بعدم التنفيذ كأصل عام غير جائز في العقود الإدارية؛ لما تتميز به من خصائص، ولاتصالها بالمرافق العامة التي يجب أن تسير بانتظام واطراد، ومن ثم فلا يجوز للمتعاقد مع جهة الإدارة أن يوقف سير المرفق لأي سبب، حتى ولو كان الخطأ أو التقصير من جانب الإدارة في تنفيذ التزام من التزاماتها التعاقدية"[2].
4. إن الشروط التعاقدية التي تستبعد الحق في التعويض في نظرية فعل الأمير فإن القضاء لا يلزم المتعهد بهذا الشرط، ولا يصح بصورة عامة تنازل المتعهد عن المطالبة بالتعويض من الأضرار كافة التي تحصل في أثناء تنفيذ العقد بفعل الأمير[3].
5. يمتاز الحكم الصادر في تعويض المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية بحجية نسبية[4]؛ أي أنه يقتصر على أطراف دعوى التعويض عن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة عمل الأمير دون غيرهم.

المطلب الثالث: موقف المشرع اليمني من نظرية عمل الأمير

إن المشرع اليمني وإن لم يعرف عمل الأمير صراحة في قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية، إلاّ أن له موقفاً واضحاً من هذه النظرية، إذ أقر واعترف بهذه النظرية في نصوصه، فقد جاء في المادة (244) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية على أنه: "عندما تكون الحكومة هي المسؤولة عن رفع الأسعار للمواد والخدمات ذات العلاقة في مكونات العقود أو بعضها يجوز للجان المناقصات المختصة في ضوء المعالجات المقرة من مجلس الوزراء تعديل قيمة الجزء المتبقي من العقد من تاريخ وقوع الأثر...".

فمن هذه المادة نجد أن المشرع اليمني نص على مضمون نظرية فعل الأمير، وعلى إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في هذه الحالة بالشروط والقواعد التالية:

---

[1] د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، م س ذ، ص 168.

[2] د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء، م س ذ، ص 540 ص 543.

[3] المحامي عبد الهادي عباس، م س ذ، ص 425.

[4] د. عبد العزيز عبدالمنعم خليفة، أصول الإثبات وإجراءاته في الخصومة الإدارية (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ط 1، 2013) ص79.

1. أن يكون العقد إدارياً بمعناه المتفق عليه، على الرغم من أن المشرع اليمني لم يعرفه، وما زال القضاء يراه أنه عقد خاص.
2. أن تكون الحكومة هي المسؤولة عن رفع الأسعار للمواد والخدمات؛ أي أنه في حالة ارتفاع الأسعار للمواد والخدمات، ولم تكن الحكومة هي المسؤولة عن ذلك كارتفاع الأسعار عالمياً، فلا تطبق نظرية عمل الأمير، كما يدل النص على أن المشرع اليمني أخذ بالمعنى الواسع لعمل الأمير، إذ لم يلزم بأن تكون الإدارة المتعاقدة هي صاحبة الإجراء الصادر، وإنما اكتفى بأن تكون الحكومة هي صاحبة الإجراء، ويكون أخذ بالمعنى العام لمفهوم عمل الأمير، كما دل النص على إقرار المشرع اليمني بمسؤولية الإدارة بلا خطأ؛ كون ما أقدمت عليه لم يكن خطأ عقدياً.
3. أن يكون هناك ضرر فعلي قد أصاب المتعاقد بغض النظر عن جسامته، وأخل بالتوازن المالي للعقد، وإن لم يطالب المتعاقد معها.
4. أن تكون المواد والخدمات التي ارتفعت أسعارها من مكونات العقد كلها أو بعضها، فإن لم تكن من مكونات العقد فلا يطبق النص؛ أي أن الضرر خاص بالمتعاقد مع الإدارة.
5. أن الجهة المختصة بإعادة التوازن المالي للعقد هي لجنة المناقصات المختصة ابتداء، وعلى وفق المعالجات التي يقرها مجلس الوزراء، وهذه اللجان عرفها قانون المناقصات والمزايدات اليمني في المادة (2) بأنها: "لجان المناقصات والمزايدات في السلطة المركزية (دواوين الوزارات –المؤسسات العامة والهيئات والمصالح والأجهزة المركزية الأخرى وفروعها) ولجان المناقصات والمزايدات المحلية في الوحدات الإدارية ولجان المناقصات في الوحدات ذات الموازنات المستقلة والملحقة والصناديق المتخصصة"، كما وضح النص بأنه لا يجوز وضع أي معالجات لم يقرها مجلس الوزراء، فإن لم تعمل على إعادة التوازن المالي للعقد كان للمتعاقد الحق في اللجوء للقضاء المختص كما تنص المادة (77) من القانون نفسه.
6. أن تكون المعالجات في الجزء المتبقي من العقد فقط، ومن تاريخ وقوع الأثر؛ أي لا يجوز أن تسري المعالجات على كل العقد، ولا من تاريخ يسبق الأثر، وإن تمت المخالفة وجب الرجوع في تلك المعالجات إلى الجزء المتبقي فقط، ومن تاريخ الأثر لا من قبله؛ أي أن التعويض ليس محدداً هل هو جزئي أو كلي؟ وإنما محكوم بما يقره مجلس الوزراء، وهو بذلك لم يصرح بما استقر عليه وصرح به القضاء الإداري والفقه بأنه تعويض كامل.
7. أن أساس التعويض قائم على فكرة التوازن المالي للعقد؛ بدليل أن المعالجات في الجزء المتبقي من العقد فقط، ومن تاريخ وقوع الأثر.

المبحث الثاني: نظرية الظروف الطارئة

إن الإدارة قد تكون سبباً في اختلال التوازن للعقد الإداري، إلاّ أن ذلك لا يعني أنه لا سبب غيرها في اختلال هذا التوازن، فهناك أسباب أجنبية تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري أحدها ما عُرف في القانون الخاص، وهي نظرية الظروف الطارئة، فإذا كانت نظرية عمل الأمير قد قامت كي تواجه تدخل الإدارة المتعاقدة بعمل أو بإجراء يضر بالمتعاقد معها، فإن نظرية الظروف الطارئة قد قامت لمواجهة ظروف خارجية، تؤدي إلى إرهاق المتعاقد، وإلحاق الضرر الجسيم به. ويمكننا توضيحها والتعرف اليها من خلال المطالب التالية:

- المطلب الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة
- المطلب الثالث: موقف المشرع اليمني من نظرية الظروف الطارئة

المطلب الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة

إن نظرية الظروف الطارئة وإن كانت جذورها وملامحها في القانون الخاص، إلاّ أنه أُخِذ بها في القانون الإداري، وصار لها مفهومها، وأساس للتعويض منها، وشروط لتطبيقها، وهو ما نوضحه من خلال الفرعين التاليين: مفهوم نظرية الظروف الطارئة كفرع أول، وشروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة كفرع ثانٍ.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الظروف الطارئة

يقصد بنظرية الظروف الطارئة أنه إذا طرأت في أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروف، أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد، فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً استحالة مطلقة، وإنما يترتب على هذه الظروف صعوبة في التنفيذ؛ أي أن الشخص يستطيع التنفيذ، ولكن يترتب عليه عنت وارهاق شديد يجعل الشخص يحجم عن التنفيذ، مفضلاً تحمل المسؤولية التعاقدية عن الخسائر التي قد تلحق به من جراء التنفيذ، وهنا يترتب على ذلك تعطيل في سير المرفق العام الذي يتعلق به العقد الإداري[1]؛ **أي** إنه يكون أثقل عبئاً، وأكثر كلفة مما قدره المتعاقدان، وكانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة الاعتيادية، التي يتحملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير اعتيادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطالب من الطرف الآخر، مشاركته في هذه الخسارة, التي تحملها فيعوضه منها جزئياً.

وللعلم أن هذه النظرية وإن كانت في أصلها تعود للاجتهاد القضائي الإداري الفرنسي، إلاّ أن لها جذورها وملامحها في الفقه المدني قبل ذلك[2].

وقد اختلف الفقه في أساس مسؤولية الإدارة عن الظروف الطارئة فمنهم من يرى الضرورة الحفاظ على التوازن المالي للعقد، ومنهم من رأى أنها النية المشتركة لطرفي العقد، ومنهم من يرى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية (سير المرافق العامة بانتظام واضطراد)، والرأي الراجح في أساس التعويض هو أساس مزدوج بين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وقواعد العدالة[3].

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

يشترط لتطبيق هذه النظرية، وفقاً لما استقر عليه رأي القضاء، وعند شرّاح القانون ما يلي[4]:

أولاً: أن يحدث بعد التعاقد ظرف طارئ لم يكن متوقعاً وقت التعاقد يجعل تنفيذ العقد مرهقاً، ويقلب الوضع الاقتصادي للعقد:

إن مفهوم الظرف الطارئ الذي حملت النظرية اسمه، جاء تأسيساً على أن النظرية، إنما قصد بها حماية المتعاقد ضد المخاطر الاقتصادية، وتمييزاً لهذه النظرية من نظرية عمل الأمير، والتي تحمي المتعاقد في مواجهة المخاطر الإدارية، ونظرية الصعوبات غير المتوقعة، والتي يلجأ إليها المتعاقد لمواجهة المخاطر الطبيعية.

وهذا التقسيم الثلاثي صحيح في خطوطه العامة، ولكنه تقسيم نسبي؛ نظراً لتدخل الدولة في ظروف الإنتاج مما أدى إلى تداخل تلك الصور الثلاث.

وكل ما يمكن توكيده أن نطاق الظرف الطارئ متسع جداً في الوقت الحاضر، فقد يكون ظرفاً طبيعياً كالزلازل، وقد يكون اقتصادياً كارتفاع الأجور أو الأسعار ارتفاعاً فاحشاً، وقد يكون من عمل جهة إدارية غير جهة الإدارة المتعاقدة.

وقد اختلف الفقه في أساس مسؤولية الإدارة عن الظروف الطارئة فمنهم من يرى الضرورة الحفاظ على التوازن المالي للعقد، ومنهم من رأى أنها النية المشتركة لطرفي العقد، ومنهم من يرى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية (سير المرافق العامة

---

[1] د. أنس جعفر، العقود الإدارية (الإسكندرية: دار النهضة العربية، ط 4، 2007) ص 245.

[2] المحامي عبد الهادي عباس، م س ذ، ص 430.

[3] د. محمد جمال مطلق ذنيبات، م س ذ، ص 220 ص 221.

[4] . نذير بن محمد الطيب أوهاب، م س ذ، ص 176ص 178.

بانتظام واضطراد)، والرأي الراجح في أساس التعويض هو أساس مزدوج بين سير المرافق العامة بانتظام واضطراد وقواعد العدالة[1].

ثانياً: أن يكون ظرفاً استثنائياً غير متوقع:

وهو الشرط الجوهري الذي سميت النظرية باسمه، ولما كان كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، كان لزاماً على كل متعاقد تقديرها ووزنها عند إبرام العقد، فإذا قصر في ذلك فعليه أن يتحمل وزر تقصيره، أما ما يجب أن يؤمن المتعاقد ضده، فهو الظرف الذي يفوق كل تقدير يمكن أن يتوقعه الطرفان المتعاقدان.

ويتفرع على كون الحادث غير متوقع أنه لا يمكن دفعه، ذلك أن الحادث الذي يستطاع دفعه، يستوي في شأنه أن يكون متوقعاً أو غير متوقع.

ثالثاً: أن يكون الظرف الطارئ أجنبياً عن طرفي العقد:

فإذا كان اختلال التوازن المالي للعقد نتيجة لعمل، أو لتقصير صادر من جانب المتعاقد مع الإدارة المتعاقدة، أو لتقصيرها، فنطبق نظرية عمل الأمير، أو نظرية المسؤولية التقصيرية، إذا كان الضرر نتيجة خطأ.

أما إذا كان اختلال التوازن المالي للعقد، نتيجة إجراءات عامة تتخذها سلطة عامة غير الجهة الإدارية المتعاقدة، فيطبق بشأنها نظرية الظروف الطارئة.

وهذا الرأي على إطلاقه أصبح لا يتفق مع قضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث الذي طور أحكام النظرية ليواجه الأفكار الجديدة.

ولعل أهم تطور في هذا المجال، يتعلق بهذا الشرط، فالظرف يجب أن يكون مستقلاً عن إرادة المتعاقد، ولكنه قد يكون من عمل الإدارة، فقضاء مجلس الدولة الفرنسي الحديث، يسمح للمتعاقد بالمطالبة بالتعويض إستناداً إلى نظرية الظروف الطارئة، متى تحققت باقي الشروط، إذا تعذر عليه الاستفادة من نظرية عمل الأمير.

رابعاً: أن يكون من شأن الظرف الطارئ الإخلال بالتوازن المالي للعقد:

فلا يكفي أن يترتب على الحوادث الطارئة، مجرد نقص في الأرباح، أو فوات كسب للمتعاقد، بل لكي يحصل المتعاقد على التعويض، يتعين أن يكون من شأن هذا الظرف، أن يؤدي إلى إلحاق خسائر بالمتعاقد من شأنها أن تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب؛ أي أن تكون الخسارة من الجسامة بمكان، بحيث يخشى إلاّ يتمكن المتعاقد مع الإدارة، من القيام بتنفيذ التزاماته، بشأن المرفق العام.

وقلب اقتصاديات العقد فكرة نسبية، تقدر في كل حالة وفقاً لظروف كل عقد على حدة، والأصل أن الظرف الطارئ، إذا لم يكن من شأنه أن يؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً، فإنَّه يجعله مرهقاً إلى حد كبير.

ويثبت ذلك الدكتور عبد الرزاق السنهوري بقوله: "والإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ، معيار مرن ليس له مقدار ثابت، بل يتغير بتغير الظروف فما يكون مرهقاً لمدين، قد لا يكون مرهقاً لمدين لآخر، وما يكون مرهقاً لمدين في ظرف معين، قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف آخر"[2].

والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي؛ لأن التعامل مكسب وخسارة.

خامساً: وقت وقوع الظرف الطارئ:

يجب أن يقع الظرف الطارئ عقب إبرام العقد الإداري، وقبل تنفيذه، وهذا يقتضي غالباً أن يكون تنفيذ العقد من شأنه أن يمتد مدة من الزمن، يجد خلالها من الظروف الطارئة ما يؤدي إلى الإخلال باقتصاديات العقد، ولهذا فإن التطبيقات الغالبة للنظرية، تكون في عقود الامتياز المرافق العامة، وعقود التوريد والنقل

---

[1] د. محمد جمال مطلق ذنيبات، م س ذ، ص 220 ص 221.

[2] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد– نظرية الالتزام بوجه عام– مصادر الالتزام (بيروت: دار إحياء التراث العربي، المجلد الأول، د. ط، د.ت) ص645.

والأشغال العامة، أو ما يسمى بعقود المدة، والتي يتراخى تنفيذها.

فإذا طرأ الظرف بعد المدة المحددة للتنفيذ، ولم يكن التنفيذ قد تم، فالرأي الغالب هنا، عمد تطبيق النظرية، إذا كان التأخير في التنفيذ ناشئاً عن خطأ المتعاقد المتسبب في التأخير، أما إذا كان التأخير ناشئاً عن خطأ الطرف الآخر من العقد، أو كان التأخير بموافقة الطرفين، استحق المتعاقد المضرور التعويض، تطبيقاً لهذه النظرية.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة

تختلف الآثار القانونية المترتبة على نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري عنها في القانون المدني، إذ تقع فكرة الظروف الطارئة، في مركز وسط بين الحالة الاعتيادية، التي يستطيع فيها المتعاقد، أن يوفي بالتزاماته التعاقدية، وبين حالة القوة القاهرة، التي تؤدي إلى تحرير المتعاقد من التزاماته[1]، وهذه الفكرة هي التي تحكم الآثار والنتائج المترتبة على نظرية الظروف الطارئة، والتي يمكن ردها إلى الأسس التالية[2]:

1. استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد.
2. التزام الإدارة بالتعويض، وهنا قد يكون التعويض مؤقتاً أو جزئياً، ويرى من الفقه[3] إن التطبيق الضيق لفكرة استمرارية المرفق العام، التي تؤسس عليها في جزء كبير نظرية الظروف الطارئة تؤدي لافتراض أن التعويض المخصص لضمان هذه الاستمرارية يمنح في الأثناء التي ينفذ فيها العقد، وبعد انتهاء التنفيذ تستبعد هذه المنحة. فمن أجل ضمانة التنفيذ، يدفع التعويض خلال التنفيذ، وبعد تمام التنفيذ لا يوجد ما يوجب الدفع. ولكن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بمثل هذه الآراء، معتبراً أن المهم في الأمر كي يستطيع المتعهد الاستمرار في ضمان تنفيذ العقد، أن يتوقع حصوله على التعويض المترتب له نتيجة الظروف غير المتوقعة آجلاً أو عاجلاً، وأنه إذا كان من المفضل بالنسبة إليه الحصول على التعويض بمقدار ما يمكن من العجلة، فإنه لا يسوغ حرمانه منه إذا لم يتمكن من الحصول عليه إلاّ فيما بعد، وعلى هذا استمر اجتهاد المجلس، ولم يعد تاريخ التعويض يمثل بأية طريقة في الشروط المطلوبة للتعويض.

بَيْدَ أن هنالك مسألة التمييز بالنسبة إلى تاريخ طلب التعويض، وفي هذا الموضوع كان اعتبار فكرة استمرارية المرفق العام يمكن أن يكون ملائماً أكثر فخلال سريان العقد يكون طلب التعويض معيناً مباشرة لضمان تنفيذه، وبعد انتهاء العقد لا يكون هذا التنفيذ وارداً. ويمكن إذن، الاستخلاص أن التعويض مشروط بتقديم طلب قبل نهاية العقد. وقد عدّ الفقه في فرنسا أن هذه المسألة في الحقيقة، على جانب من التعقيد بالنسبة إلى مستلزمات تقديم الطلب قبل أو بعد نهاية العقد.

إن حساب العبء الخارج عن التعاقد يثير في الأصل سلسلة من المسائل التي تفسح المجال لاجتهاد غزير في هذا الشأن، ويمكن الإشارة إلى القواعد الرئيسة المعتمدة في هذا المجال.

فبصورة عامة يمكن القول إن العبء الخارج عن التعاقد قد تكون من الخسارة التي يتحملها المتعاقد خلال المدة التعاقدية، وعلى ذلك ينبغي تحديدها بالتوازن بين الإيرادات ونفقات المتعهد في غضون هذه المدة.

3. ليس للقاضي أن يعدل من شروط العقد الإداري بنفسه لإعادة التوازن المالي إليه، وكل ما يستطيعه في هذا الشأن هو أن يدعو طرفيه إلى التفاوض لإجراء مثل

---

[1] د. سليمان محمد الطماوي، م س ذ، ص661.

[2] د. أنس جعفر، م س ذ، ص 250.

[3] المحامي عبد الهادي عباس، م س ذ، ص 473 وما بعدها.

هذا التعديل[1]؛ وذلك بخلاف ما هو منصوص عليه، ومعمول به في القانون الخاص.

4. ومن آثار تطبيق هذه النظرية كذلك كما يذكر الفقه[2] أنه إذا تضمن العقد شروطا يتنازل بمقتضاها المتعاقد مع جهة الإدارة مقدماً عن حقه في المطالبة بالتعويض فإن هذه الشروط تعد باطلة؛ وذلك لأن تطبيق نظرية الظروف الطارئة متعلقة بالنظام العام؛ لأنها وسية لضمان سير المرافق العامة وتحقيقاً للصالح العام، وإذا تضمن شرطاً يجيز إعادة النظر في المقابل المالي المستحق للمتعاقد في حالة حدوث الظرف الطارئ فإن الفقه والقضاء يجمع على مشروعية مثل هذا الشرط.
5. يمتاز الحكم الصادر في تعويض المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية بحجية نسبية[3]؛ أي أنه يقتصر على أطراف دعوى التعويض عن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة الظروف الطارئة دون غيرهم.

ومن المتفق عليه بين الشرّاح والقضاء أن حالة الظروف الطارئة تنقضي بأحد سببين هما[4]:

1. العودة لحالة التوازن الطبيعي للعقد.
2. ثبوت استحالة العودة لحالة التوازن الطبيعي، إذا تبين أن اختلال التوازن أصبح نهائياً، لا ينتظر إصلاحه، وفي هذه الحالة تنقضي الظروف الطارئة بطلب إنهاء العقد وفسخه، أو في الأقل إعادة النظر في شروط العقد وتعديله بما يتفق مع الظروف الجديدة.

المطلب الثالث: موقف المشرع اليمني من نظرية الظروف الطارئة

إن المشرع اليمني لم يتطرق في قانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية، ولا في لائحته التنفيذية على مفهوم هذه النظرية، وإنما اكتفى في تطبيقها على نصوص القانون المدني؛ أي أنه ساوى بين العقود المدنية والعقود الإدارية، حيث جاء في المادة (211) منه على أن: "العقد ملزم للمتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلاّ باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون الشرعي، ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة كالحروب والكوارث لم تكن متوقعة، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدد بخسارة فادحة لا يستطيع معها المضي في العقد، ولا يعني ذلك ارتفاع الأسعار وانخفاضها جاز للقاضي تبعاً للظروف من فقر أو غنى وغير ذلك، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول"، كما نص في المادة (887) من القانون نفسه على أنه: "ليس للمقاول أن يطالب بزيادة في الأجر على أساس ارتفاع الأثمان أو زيادة أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف إلاّ إذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزاماته والتزامات رب العمل بسبب حوادث استثنائية عامة ورأى القاضي ذلك طبقاً لما هو منصوص عليه في المادة (211) ويجوز للقاضي بناء على طلب أحد الطرفين فسخ العقد في مثل هذه الأحوال".

فيستفاد من هذين النصين واللذين ذكرا مضمون نظرية الظروف الطارئة ما يلي:

1. أن القاعدة العامة هي أن: العقد شريعة المتعاقدين؛ أي لا يجوز تعديله ولا إلغاؤه إلاّ بإرادة الطرفين، ثم أورد الاستثناء على وجوب النظر في الظرف الطارئ، وجعله من القواعد الآمرة التي لا يجوز الاتفاق مقدماً

---

[1] د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، م س ذ، ص 601.

[2] . محمد جمال مطلق ذنيبات، م س ذ، ص 222 ص 223 والمحامي عبد الهادي عباس، م س ذ، ص 460.

[3] د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، م س ذ، ص 79.

[4] د. سامي جمال الدين، م س ذ، ص 674.

على مخالفتها[1]، وبالنتيجة فإن العقد الإداري من هذين النصين يُعد من العقود الخاصة.

2. أن نظرية الظروف الطارئة أو الحوادث الاستثنائية تختلف عن نظرية فعل الأمير التي من تطبيقاتها رفع الأسعار، وإن كان النص الثاني ربط بين ارتفاع الأثمان أو زيادة أجور الأيدي العاملة أو غيرها من التكاليف والحوادث الاستثنائية؛ أي أنه خلط بين إجراءات عمل الأمير الذي وضح سابقاً، والحوادث الاستثنائية العامة مخالفاً ما استثناه في النص السابق له بقوله:(ولا يعني ذلك ارتفاع الأسعار وانخفاضها)، وعلاوة على ذلك أن المشرع اليمني وضح ما يتعلق بنظرية عمل الأمير في اللائحة التنفيذية لقانون المناقضات والمزايدات، وإن كان يمكن القول أن النص يطبق على ارتفاع الأسعار أو زيادة أجور الأيدي العاملة مثلاً عالمياً ولا دخل للحكومة بذلك، إلاّ أننا نحتاج إلى إزالة اللبس وتعديل النص.

3. أن القانون خول القاضي المختص بالفصل بين الطرفين بعد الموازنة في مصلحة الطرفين إلى التعديل في العقد، مما يعني أنه لا اختصاص للجان المناقصات المختصة في نطاق الظروف الطارئة، وهو ما يحتاج إلى نص قانوني يخولها الاختصاص كما فعل في نظرية عمل الأمير ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، كما أنه لم يضع طريقة حساب التعويض الذي تقدمه الإدارة للمتعاقد معها كمعونة تشارك بها الإدارة حفاظاً على سير العمل في المرافق العامة، وترك للقاضي حرية في حساب التعويض من خلال الموازنة بين مصلحة الطرفين.

4. يجوز للقاضي فسخ العقد بناء على طلب أحد الطرفين بسبب الحوادث الاستثنائية بناء على طلب أحد الأطراف في العقود المدنية، بينما في العقود الإدارية فإن الفقه والقضاء الإداري يرون استمرار المتعاقد في تنفيذ العقد؛ تحقيقاً للمصلحة العامة، وسير المرافق بانتظام واطراد، إلاّ في حالة واحدة هي ثبوت استحالة العودة إلى حالة التوازن الطبيعي للعقد، ومن ثم يكون الأمر ملتبساً في العقود الإدارية في اليمن؛ كونه لم ينص على استثناء العقود الإدارية من جواز الفسخ إلاّ في الحالة المذكورة فقط، مما يحتاج إلى نص واضح في الاستثناء تطبيقاً لما عليه القضاء الإداري؛ وذلك بسبب غياب القضاء الإداري في اليمن؛ إذ إن هذه النظرية نجحت في القضاء الإداري، ولم يكتب ربما لها ذلك في القضاء المدني لسببين[2]: أولاً: ليس هذا القضاء مقيداً بنصوص تشريعية كالقضاء المدني...، ثانياً: إن الأقضية التي تعرض على هذا القضاء لها صبغة عامة؛ ولذلك تحرص المحاكم الإدارية على أن توفق في أحكامها بين تطبيق القواعد القانونية الصحيحة والمصلحة العامة.

5. لا يحق للمقاول المطالبة بزيادة في الأجر إلاّ إذا انهار التوازن الاقتصادي فعلاً، وصار واقعاً.

6. أن أساس التعويض الذي تقوم عليه النظرية فكرة التوازن المالي للعقد، وهو صريح في النصين.

7. أن التعويض في النص تعويضاً جزئياً، وهو تعويض ليس لفوات كسب، وإنما للتخفيف من الخسارة.

8. أن القضاء المختص في اليمن ملزم بتطبيق هذين النصين المذكورين في "إعادة التوزان المالي للعقد الإداري" فيما يتعلق بالظروف الطارئة؛ كونه لا نص غيرهما، كما أنه يعامل العقود الإدارية كعقود القانون الخاص.

المبحث الثالث: نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

---

[1] د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد، ج 1، ط 6، 1 422-2002) ص 273.

[2] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ج 2، ط 2، 1998) ص 971.

تعدّ نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة هي السبب الأجنبي الثاني الذي يؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، وهي من وضع القضاء الإداري؛ أي إنها لم تُعرف في القانون الخاص، كنظرية الظروف الطارئة، ويمكننا توضيحها والتعرف اليها من خلال المطالب التالية:

- المطلب الأول: ماهية نظرية الظروف الطارئة
- المطلب الثاني: الآثار المترتبة على نظرية الظروف الطارئة
- المطلب الثالث: موقف المشرع اليمني من نظرية الظروف الطارئة

المطلب الثالث: ماهية نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

نشأت هذه النظرية كأغلب نظريات القانون الإداري على يد مجلس الدولة الفرنسي[1]، وقد وضعت لتأمين المتعاقد مع الإدارة ضد المخاطر التي تعرض له خلال تنفيذ التزاماته العقدية، ولم تكن متوقعة في أثناء إبرام العقد، ونوضح ماهية هذه النظرية من خلال الفرعين التاليين: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة كفرع أول، وشروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.

الفرع الأول: مفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يراد بهذه النظرية بأنه إذا ما صادف المتعاقد في تنفيذ التزاماته صعوبات مادية ذات طبيعة استثنائية خالصة، ولا يمكن توقعها بحال عند إبرام العقد توقعها، وتؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مرهقاً، فإن من حقه أن يطالب بتعويض كامل، عما تسببه هذه الصعوبات من أضرار[2].

ونظراً للطبيعة المادية لهذه الصعوبات، فإن ميدان تطبيق هذه النظرية أكثر شيوعاً في عقود الأشغال العامة[3]؛ أي إنه يعد توافر شروطها بالنسبة إلى عقود أخرى كالتوريد أو عقود الخدمات أمراً نادراً، وإن كان لا يوجد ما يمنع من تطبيق النظرية، إذا توافرت شروطها بالنسبة إلى أي عقد إداري آخر غير عقد الأشغال العامة.

وأساس هذه النظرية هو تحقيق العدالة بين طرفي العقد الإداري، والتوافق مع إرادتهما المشتركة؛ وذلك على اعتبار أن الأسعار المتفق عليها إنما تسري على الأعمال الاعتيادية المتوقعة فقط وفقاً لإرادة المتعاقدين المشتركة، أما الأعمال غير الاعتيادية التي يواجه بها المتعاقد الصعوبات المادية الاستثنائية غير المتوقعة فينبغي أن يعوض منها ومن جميع الأضرار التي ترتبت عليها تعويضاً كاملاً[4].

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

يضع القضاء الإداري شروطاً عدة كي يستحق المتعاقد التعويض من الخسائر بسبب الصعوبات المادية غير المتوقعة، ويوردها الفقه كالتالي[5]:

أولاً: أن تكون الصعوبات ذات طبيعة مادية:

أي راجعة إلى الظواهر الطبيعية، مثل الطبيعة الجيولوجية للأراضي، التي يجرى عليها تنفيذ المشروع محل العقد كأن يفاجأ المقاول بوجود طبقات غزيرة بالمياه تحتاج إلى نفقات غير اعتيادية في سحبها وتجفيف الأرض، أو وجد طبقات صخرية لا تؤهل، أو تسهل تنفيذ المشروع، في حين كان الاعتقاد وقت التعاقد أن الأرض ذات طبيعة سهلة... كانت هذه الصعوبات سبباً في استحقاقه التعويض.

---

[1] د. أنس جعفر، م س ذ، ص 261.

[2] . سليمان محمد الطماوي، م س ذ، ص 714 وص 715.

[3] المحامي عبد الهادي عباس، م س ذ، ص 368.

[4] د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، م س ذ، ص 199 ود. محمد جمال مطلق ذنيبات، م س ذ، ص 228.

[5] د. سليمان محمد الطماوي، م س ذ، ص721 وما بعدها والمحامي عبد الهادي عباس، م س ذ، ص 378 وما بعدها.

وقد توجد صعوبات مادية لا ترجع إلى الظواهر الطبيعية كوجود خزانات مجاري تحت الأرض، في موقع الأشغال العامة من شأنها عرقلة التنفيذ.

ثانياً: أن تكون الصعوبات غير متوقعة عند إبرام العقد:

فلا يستحق التعويض، إلاّ إذا كانت الصعوبات المادية من النوع الذي لا يمكن توقعه عند التعاقد، وفقاً للظروف التي أبرم فيها العقد.

والقاعدة هي: "أن المتعاقد – المقاول – ملزم بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ"، فإذا قصر، وكان في وسعه تبين الصعوبات وقت التعاقد فإن مجلسي الدولة الفرنسي، والمصري يرفضان التعويض، وإذا كان المتعاقد ملزماً بتحري طبيعة الصعوبات التي قد تصادفه عند التنفيذ، كما يضع مجلس الدولة الفرنسي في الاعتبار مدى معاونة الإدارة للمتعاقد في هذا الخصوص؛ ذلك أن مبدأ إعمال حسن النية في التعاقد يقتضي بأن تضع الإدارة تحت تصرف المتعاقد ما لديها من معلومات كافة من شأنها أن تعاونه في الوصول إلى تلك الغاية، فإذا ثبت تقصير الإدارة في ذلك فإن المجلس يمنح التعويض.

ثالثاً: يجب أن تكون الصعوبات ذات طابع استثنائي:

فهي ليست مجرد صعوبات اعتيادية، أو بسيطة، فهذه تدخل في نطاق التعاقد، ويكون المتعاقد مسؤولاً عنها، ويترك للقاضي تحديد وتقدير ما إذا كانت الصعوبات التي صادفها المتعاقد مما يمكن عدّه من قبيل المخاطر الاعتيادية أو الاستثنائية.

رابعاً: أن يكون من شأن تلك الصعوبات الإخلال باقتصاديات العقد:

ويراعى في تقدير هذا الإخلال، المبالغ الإضافية التي أنفقت نتيجة لمواجهة الصعوبات المادية منسوبة إلى القيمة الإجمالية للعقد.

خامساً: يجب أن تكون الصعوبات خارجة، ومستقلة عن إدارة المتعاقدين:

فهي لم تنشأ نتيجة خطأ من أي منهما، فالمفترض في الصعوبات المادية إلاّ تكون من عمل الإدارة، كما يجب إلاّ يكون للمتعاقد يد في إحداثها، أو زيادة آثارها خطورة، وأن يثبت أنّه لم يكن في وسعه توقي آثار تلك الصعوبات، بما بين يديه من وسائل.

المطلب الثاني: الآثار المترتبة على نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

إن توافر شروط نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة يرتب عدداً من الآثار التي لم تكن مألوفة في القانون الخاص؛ كونها من وضع القضاء الإداري، وهذه الآثار القانونية هي[1]:

1. بقاء التزامات المتعاقد على الرغم من الصعوبات غير المتوقعة؛ لأن الهدف من النظرية هو تمكين المتعاقد من الاستمرار في التنفيذ، إلاّ إذا استحال ذلك، فحينئذ يكون أمام فكرة القوة القاهرة، ويترتب على هذا، ضرورة استمرار المتعاقد في التنفيذ، على الرغم من مصادفة الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإذا توفق تعرض لعقوبة التأخير، وفقد حقه في المطالبة بالتعويض، على أساس النظرية المذكورة.
2. استحقاق المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً عن الأضرار كافة، والنفقات الزائدة التي لحقت به، وتقدر الخسارة بالمبالغ التي أنفقت لمواجهة الصعوبات غير المتوقعة فقط، أما الصعوبات المتوقعة، فلا تدخل في التقدير، فهي تؤدي إذن، لتعديل مبدأ حصانة السعر، ولكن ما أسس هذا التعويض؟ أجاب الفقه عن ذلك في الآتي[2]:

أ. إن المبدأ في ذلك هو أن للمتعهد حقاً بالمكافأة عن كامل الضرر الناتجة عن التبعيات؛ أي ينبغي تعويضه في كل المعيار الذي أصبح فيه تنفيذ العقد أكثر كلفة.

---

[1] د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، م س ذ، ص 188.

[2] المحامي عبد الهادي عباس، م س ذ، ص 384 وص 385.

ومن هنا فإن نظرية التبعيات غير المتوقعة تستند إلى مبدأ بالتعويض مختلف جداً عن المبدأ المتبع في نظرية الظروف الطارئة، التي تؤدي إلى اقتسام الخسارة بين الإدارة والمتعهد لديها، وقد حصل في فرنسا أن اعتقدت بعض المحاكم بوجوب التماثل بين النظريتين بالنسبة إلى التبعيات غير المتوقعة "إشراك المقاول والإدارة نوعاً ما بتقسيم الخسارة المتحملة بينهما". ولكن مجلس الدولة الفرنسي عدَّ هذا الاتجاه خاطئاً وقضى بلزوم التعويض الكامل مشيراً إلى أن "مجلس المحافظ كان على حق بالأمر بالاستعانة بالخبرة الفنية لتحديد أهمية النفقات الإضافية الناتجة عن الظروف الاستثنائية وغير المتوقعة".

ومع ذلك أجاز القضاء الإداري انقاص التعويض إذا كان المتعهد قد شارك بخطأ وتقصير بإهماله الاستعلام بما يكفي في مدة إعداد العقد أو سوء تقديره للصعوبات التي كانت متوقعة بالمعلومات الجيولوجية التي قامت بها الإدارة.

ب. وبالاستقرار على تطبيق نظرية التعويض الكامل مبدئياً، فإن الطريقة التقنية لحساب التعويض هي في العادة طريقة "زيادة السعر"؛ أي التعويض المخصص "بتطبيق سعر الجدول بعد حسم تخفيض المناقصة" أو عند الاقتضاء جدول "السعر الجديد" إذا كانت ظروف التنفيذ قد تغيرت بكاملها بسبب التبعيات غير المتوقعة.

3. إذا أدت الصعوبات المادية غير المتوقعة، إلى التأخير في التنفيذ، أُعفي المتعاقد من غرامات التأخير إذا تعدى الحدود الزمنية المقررة للانتهاء من تنفيذ التزاماته.

4. إن التزام المقاول مسبقاً بتحمل نتائج ظهور أي عقبات اعتيادية أو غير اعتيادية كافة، متوقعة أو غير متوقعة، بسيطة كانت أو كبيرة يعني إعفاء للإدارة من النتائج كافة، الأمر الذي لا يستقيم معه مطالبتها بعد ذلك بتعويض إستناداً إلى نظرية العقبات المادية غير المتوقعة[1]؛ أي إن هذا الشرط التعاقدي له قيمته، وليس بباطل كما في النظريتين السابقتين.

5. يمتاز الحكم الصادر في تعويض المتعاقد مع الإدارة في العقود الإدارية بحجية نسبية[2]؛ أي أنه يقتصر على أطراف دعوى التعويض عن إعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة دون غيرهم.

المطلب الثالث: موقف المشرع اليمني من نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة

كان للمشرع اليمني موقف واضح بإقراره بهذه النظرية، فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية في المادة (242) على أنه: "يحق للجهة بعد موافقة لجنة المناقصات المختصة أن تعدل العقد بالزيادة أو النقص في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد، شريطة إلاّ تتجاوز قيمة التعديل ما نسبته (10%) من قيمة العقد الأصلي في عقود التوريدات أو الخدمات، وما نسبته (20%) من قيمة العقد الأصلي في عقود مقاولات أعمال الأشغال مع الالتزام بالأسس والقواعد الآتية:

أ. أن يقتصر التعديل على حالات الضرورة القصوى ووجود مسوغات وأسباب قوية لا سبيل لتجنبها.

ب. أن تكون الأعمال الإضافية من بنود أعمال الأشغال نفسها أو السلع أو الخدمات المتعاقد عليها وبنفس أسعارها في العقد الأصلي دون زيادة.

ج. ألا تتضمن الأعمال الإضافية بنود أشغال أو سلع أو خدمات جديدة غير متضمنة في العقد الأصلي وإن كانت في إطار النسبة المشار إليها.

---

[1] د. محمد الشافعي أبو رأس، م س ذ، ص 119.

[2] د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، م س ذ، ص79.

وما يخص نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة فقد ذكرت من الاستثناءات في الفقرة (د) البند (1) من المادة المذكورة نفسها والذي نص فيه على:

د. (1) ظهور أعمال غير منظورة قد تظهر في أثناء تنفيذ أعمال الطرقات أو الجسور أو الأنفاق أو مشاريع تصريف مياه الأمطار أو مشاريع شبكات المياه والصرف الصحي ففي هذه الحالة يجب حصرها وتحديد تكلفتها بالتنسيق مع جهات الخدمة المعنية والتعامل معها مباشرة بعقود مستقلة تقرُّها لجنة المناقصات بحسب الصلاحيات والسقوف المالية المحددة في هذه اللائحة".

فيمكننا القول بأن النص تضمن ما يلي:

1. جواز تعديل العقد من طرف الإدارة المعنية بعد موافقة لجنة المناقصات المختصة.
2. الإقرار بمفهوم نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
3. إن الصعوبات المادية غير المتوقعة تُعالج عبر عقد مستقل جديد، وليس في إطار العقد الأصلي بتعديله كما هو معروف لدى الفقه والقضاء الإداري.
4. إن العقد المستقل الجديد تبرمه الجهة المختصة مع الجهة المنفذة للمشروع بعد إقرارها من قبل لجنة المناقصات من غير تجاوز للصلاحيات والسقوف المالية المحددة في اللائحة، وهذا فيه خروج عن المألوف والمستقر عليه في القضاء الإداري والفقه القانوني، يعوض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً، وبالنتيجة لا حديث عن التعويض هنا.
5. أن أساس التعويض قائم على فكرة التوازن المالي للعقد والنية المشتركة للإدارة والمتعاقد معها.
6. أن الجهة المختصة بمعالجة الصعوبات المادية غير المتوقعة هي الإدارة المعنية بعد موافقة لجنة المناقصات المختصة.

الخاتمة:

ناقشت هذه الدراسة فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في القانون المقارن والقانون اليمني، إذ حددت حالات التوازن المالي للعقد الإداري بذكر مفهومها وأساسها وشروطها والآثار المترتبة عليها، ومدى توافق واختلاف موقف القانون اليمني من موقف القضاء الإداري والفقه.

وقد خلص الباحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والمقترحات، وهي على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

- بينت الدراسة بأن القانون اليمني لم يذكر تعريفاً للعقد الإداري في نصوصه التشريعية، وكذلك القضاء اليمني لم يورد في أحكامه تعريفاً للعقد الإداري، كما أنه تعامل مع العقد الإداري كالعقد الخاص، إلاّ تعريفاً واحداً للعقد الإداري في حكم من أحكامه ذكر الشروط غير المألوفة فيه فقط، ولا يعد ذلك إقراراً منه بفكرة العقد الإداري.
- وضحت الدراسة بأن القانون اليمني أقر بفكرة التوازن المالي للعقد الإداري، والتي كانت من اجتهادات القضاء الإداري، واعترف في نصوصه بنظرية عمل الأمير، ونظرية الظروف الطارئة، ونظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.
- بينت الدراسة بأن الجهة المختصة بإعادة التوازن المالي للعقد هي لجنة المناقصات المختصة ابتداء في نظرية عمل الأمير، والإدارة المتعاقدة بعد موافقة لجنة المناقصات المختصة في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة، فإن لم يُعَد التوازن المالي للعقد فيحق للمتعاقد مع الإدارة اللجوء للقضاء، أما في نظرية الظروف الطارئة فالحق في إعادة التوازن المالي للعقد هو القضاء؛ والعلة في ذلك أن المشرع اليمني اعتمد

على نصوص القانون المدني لهذه النظرية، ولم يبينها في قانون المناقصات والمزايدات.

- كشفت الدراسة أن القانون اليمني جعل التعويض في نظرية فعل الأمير على ما تبقى من العقد بعد تأثره، ومن تاريخ وقوع الأثر، على وفق طريقة ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة، وأعمل المعالجات التي يقرها مجلس الوزراء، ولم يصرح بالتعويض الكامل المستقر عليه في القضاء الإداري والفقه، كما أنه جعل التعويض جزئياً في نظرية الظروف الطارئة قائم على التخفيف من الخسارة، لا بمعادلتها أو يكون على فوات الكسب، وجعل للقاضي حرية حساب التعويض بالموازنة بين مصلحة الطرفين، كما أنه لم يتطرق إلى التعويض في نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة؛ كونه لم يتعامل معها في إطار العقد الأصلي كما هو متعارف عليه بتعويض المتعاقد تعويضاً كاملاً، بل بعقد جديد مستقل.
- كشفت الدراسة أن القانون اليمني أخذ بالمعنى الواسع لعمل الأمير، إذ اكتفى بأن تكون الحكومة هي صاحبة الإجراء لا الإدارة المتعاقدة، كما أنه اعترف وأقر بمسؤولية الإدارة بلا خطأ، كما أنه اعترف ضمناً بالعقد الإداري وإن لم يصرح بذلك؛ كون الحكومة طرفاً بالعقد بصفتها صاحبة السلطة والسيادة، كل ذلك في النص التالي "عندما تكون الحكومة هي المسؤولة عن رفع الأسعار للمواد والخدمات ذات العلاقة في مكونات العقود أو بعضها...".
- كشفت الدراسة بأن أساس التعويض المشترك بين النظريات الثلاث هي فكرة التوازن المالي للعقد.

ثانياً: التوصيات والمقترحات:

- يقترح الباحث على المشرع اليمني بإعداد مشروع متكامل لإنشاء قضاء إداري مستقل عن القضاء الاعتيادي, والموافقة عليه بإجراء تعديل دستوري في نصوص الدستور الحالي, أو أن يُجعل هذا المشروع في مرحلة اليمن الاتحادي, كما هو مقرر في مخرجات الحوار الوطني.
- يوصي الباحث المشرع اليمني بوضع نص قانوني صريح لتعريف العقد الإداري لتمييزه من العقد الخاص، كما يوصي القضاء اليمني الحالي بإقرار فكرة العقود الإدارية وفصلها عن فكرة العقود المدنية، من خلال الأخذ بمعايير التفرقة بينهما المعروفة لدى الفقه والقضاء الإداري.

-أوصي الفقه اليمني الإداري بالتوعية بالمنازعات الإدارية، وحق المتعاقد في مطالبة الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، ومقاضاتها إن رفضت ذلك. يوصي البحث المشرع اليمني بمعالجة اللبس الحاصل في النصوص المتعلقة بنظرية الظروف الطارئة في العقد المدني، ووضع نصوص خاصة متعلقة بنظرية الظروف الطارئة في العقد الإداري في قانون المناقصات يجعل فيها للجان المناقصات اختصاصاً في نطاقها.

المراجـع

أولاً: الوثائق:

- وزارة الشؤون القانونية، قانون رقم (14) لسنة 2002 بشأن القانون المدني، صنعاء: الجمهورية اليمنية، مطابع التوجيه المعنوي، إبريل 2002.
- وزارة الشؤون القانونية، قانون رقم (23) لسنة 2007 بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية، صنعاء: الجمهورية اليمنية، مطابع التوجيه المعنوي، ديسمبر 2013.
- وزارة الشؤون القانونية، قرار رئيس مجلس الوزراء رقم (53) لسنة 2009 بشأن اللائحة التنفيذية للقانون رقم (23) لسنة 2007 بشأن المناقصات والمزايدات والمخازن الحكومية، صنعاء: الجمهورية اليمنية، مطابع التوجيه المعنوي، ديسمبر 2013.

ثانياً: الكتب:

- د. أحمد عبد الرحمن شرف الدين، الوجيز في أحكام القانون الإداري اليمني (صنعاء: دار الفكر المعاصر، د. ط، 2008–2009).
- د. أسامة السيد عبد السميع، المسئولية الناشئة عن الضرر الأدبي بين الفقه الإسلامي والقانون (الإسكندرية: مكتبة الوفاء القانونية، ج 1، ط 1، 2011).
- السيد عبد الوهاب عرفه، الوسيط في التعويض المدني عن المسؤولية المدنية: عقدية– تقصيرية (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، د. ط، 2005).
- د. أنس جعفر، العقود الإدارية (الإسكندرية: دار النهضة العربية، ط 4، 2007).
- د. سامي جمال الدين، أصول القانون الإداري (الإسكندرية: منشأة المعارف، د. ط، 2004).
- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (القاهرة: مطبعة جامعة عين شمس، دار الفكر العربي، ط 5، 1991).
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ج 2، ط 2، 1998).
- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد–نظرية الالتزام بوجه عام– مصادر الالتزام (بيروت: دار إحياء التراث العربي، المجلد الأول، د. ط، د.ت).
- د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، أصول الإثبات وإجراءاته في الخصومة الإدارية (الإسكندرية: المكتب الجامعي الحديث، ط 1، 2013).
- المحامي. عبد الهادي عباس، العقود الإدارية (دمشق: دار المستقبل: دار الأنصاري، ج 2، ط 1، 1992).
- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية (الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة، د. ط، 2012).
- د. ماجد راغب الحلو، القانون الإداري (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، د. ط، 2000).
- د. محمد الشافعي أبو رأس، "العقود الإدارية"، كتاب منشور في الأنترنت.
- د. محمد حسين الشامي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني اليمني (صنعاء: مكتبة الجيل الجديد، ج 1، ط 6، 1422–2002).
- د. محمد حسين عبدالعال، مفهوم الطرف الضعيف في الرابطة العقدية: دراسة تحليلية مقارنة (القاهرة: دار النهضة العربية، د. ط،2007).
- د. محمد جمال مطلق ذنيبات، العقد الإداري: دراسة مقارنة (الرياض: مكتبة القانون والاقتصاد للنشر والتوزيع، ط 1، 2012).
- د. محمد محمد الدرة، العقود الإدارية في اليمن (صنعاء: د. ن، ط 1، 2009).
- د. محمود الجبوري، القضاء الإداري (عمان: دار الثقافة للتوزيع والنشر، ط 1، 1998).
- د. مطيع علي حمود جبير، مبادئ القانون الإداري اليمني والمقارن (صنعاء: مكتبة ومركز الصادق للطباعة والنشر والتوزيع، ط 1، 2014).
- د. نذير بن محمد الطيب أوهاب، نظرية العقود الإدارية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون (الرياض: مركز البحوث، د. ط، 1427– 2006).

ثالثاً: الرسائل العلمية:

- د. مطيع علي حمود جبير، العقد الإداري بين التشريع والقضاء (رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2006).
- لفراس أسامة، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري (رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور،2013–2014).

رابعاً: الدوريات:

- رائد محمد عادل، "الأساس القانوني للمسؤولية الإدارية دون خطأ: دراسة مقارنة"، مجلة دراسات (عمان: علوم

الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 43، ع 1، 2016).

- ط. د. جابري فاطيمة، "حق المتعاقد مع الإدارة في ضمان الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية (الجزائر: كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف بالمسيلة، ع 11، سبتمبر 2018).
- مجدوب عبد الحليم، خلاصي عبد الإله، "نظرية عمل الأمير ودورها في الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري: دراسة مقارنة"، مجلة المشكاة في الاقتصاد التنمية والقانون (الجزائر: معهد العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التيسير بالمركز الجامعي عين تموشنت، المجلد 5، ع 10، 2).