مجلة الاجتهاد القضائي: المجلد 12 - العدد 02 (العدد التسلسلي 24) أكتوبر 2020 - (ص ص: 415 – 430)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

دور التحكيم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

The role of arbitration in restoring the financial balance of the administrative contract

ط.د إلهام خوني [1]
باحثة دكتوراه
جامعة عباس لغرور - خنشلة (الجزائر)
khouni.ilhem@gmail.com

أ. د رفيقة قصوري [2]
أستاذة التعليم العالي
جامعة عباس لغرور - خنشلة (الجزائر)
koukagol@yahoo.fr

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
15 سبتمبر 2020	05 أكتوبر 2020	20 ديسمبر 2020

الملخص:

في ظل تنامي أهمية التحكيم كوسيلة لفض منازعات عقود القانون الخاص، فقد دأبت الدول على تطبيقه على العقود الإدارية خاصة مع زيادة التعاقدات التي تبرمها الإدارة مع الأجانب، فجعلته جزءا من نظامها القانوني وذلك ما جعل المشرع الجزائري يجيز لأشخاص القانون العام إمكانية الخضوع للتحكيم، بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ويتم تطبيقه خاصة في منازعات التعويض عن اختلال التوازن المالي للعقد الإداري، والتي تحتاج في ذلك إلى سرعة وبساطة إجراءات التحكيم.

الكلمات المفتاحية:

التوازن المالي– الظروف الطارئة – التحكيم– العقود الإدارية –التعويض.

Abstract:

In light of the growing importance of arbitration as a means of resolving disputes in private law contracts, states have been applying it to administrative contracts, especially with the increase in contracts concluded by the administration with foreigners, making it part of its legal system, and that is what made the Algerian legislator allow public law persons to be subject to arbitration, according to the law Civil and administrative procedures, and it is applied especially in compensation disputes for the financial imbalance of the administrative contract, which requires the speed and simplicity of arbitration procedures.

key words:

Financial balance- emergency conditions- arbitration- administrative contrats- compensation

[1] المؤلف المرسل: ط.د إلهام خوني ـــــــــــــــ *Email: khouni.ilhem@gmail.com*

مقدمة:

يعتبر التحكيم أسلوبا استثنائيا لحل منازعات عقود التجارة الدولية، ويعد من العناصر الهامة لجذب الاستثمارات الاجنبية حتى أصبح يمثل معيارا لقياس مدى جاذبية نظام قانوني لدولة معينة، نظرا لما يوفره من تسهيلات للمستثمرين تغنيهم عن تعقيدات إجراءات التقاضي، وهو مادفع بالمشرع الجزائري إلى تطبيقه على المنازعات الإدارية وذلك بموج المواد975، 976، 977 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية فسمح بذلك لأشخاص القانون العام اللجوء للتحكيم للفصل في منازعاتها العقدية خاصة ذات الطرف الأجنبي، ويرتكز التحكيم على اتفاق الأطراف على عرض نزاعهم على محكم أو أكثر للفصل فيه، ويعتبر الجانب المالي في العقود الإدارية من أكثر المسائل التي تثير النزاعات، وذلك نظرا لإمتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد خاصة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة، والتي قد تؤدي إلى المساس بحقوقه المالية واختلال التوازن المالي للعقد الإداري.

تظهر أهمية الموضوع من خلال أهمية الحفاظ على التوازن المالي للعقود الإدارية، والذي يضمن مواصلة المتعاقد في تنفيذ التزاماته، بما يؤدي إلى ضمان سير المرافق العامة، لذلك وجب اللجوء إلى التحكيم بدل القضاء الإداري للاستفادة من السرعة في صدور أحكام التعويض حفاظا على المصلحة العامة.

انطلاقا من أن القضاء الكامل هو صاحب الولاية العامة في منازعات التعويض الناشئة عن تنفيذ العقود الإدارية، ونظرا لحداثة تطبيق نظام التحكيم على العقود الإدارية في التشريع الجزائري، ذلك ما يدفعنا إلى التساؤل حول إلى أي مدى تمتد سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري ؟

المنهج المتبع: بهدف الإلمام بجوانب الموضوع اتبعنا المنهج التحليلي، وذلك لضمان تحليل ماجاء به المشرع خاصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في مجال التحكيم، إضافة إلى استعمال المنهج الوصفي لتحديد المفاهيم المتعلقة بذلك.

تقسيم الدراسة: للإجابة على الإشكالية المطروحة إرتأينا تقسيم الموضوع إلى مبحثين، المبحث الأول لدراسة أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري وقسمناه إلى مطلبين، والمبحث الثاني لدراسة الإطار العام لسلطات المحكم وقسمناه بدوره إلى مطلبين.

المبحث الأول: أسباب اختلال التوازن المالي للعقد الإداري

يستدعي وجود توازن مالي للعقد الإداري وجود تناسب بين التزامات المتعاقد من جهة وحقوقه من جهة أخرى[1]، والتي تستلزم الحفاظ على هذا التعادل بين كفتي الحقوق والالتزامات والإبقاء عليها كما كانت عند التعاقد، لأن المقابل المالي هو أحد أهم أسباب التعاقد،

مع ذلك تطرأ أثناء تنفيذ العقد تغييرات وظروف تحدث إرهاقا للمتعاقد مما يشكل له صعوبات مالية، ويحدث بما يسمى باختلال التوازن المالي للعقد ومع ذلك يكون المتعاقد ملزما بتنفيذ العقد الإداري لضمان مبدأ سير المرفق العام[2]، وقد أقر هذه النظرية أول مرة مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ 11-03-1910 في قضية العربات[3]، إن مهمة المحكم في مجال إعادة التوازن المالي للعقد تبدأ أولا بالبحث في مدى شروط الإخلال بالتوازن المالي وبحث الأسباب القانونية المؤدية إلى ذلك.فالتوازن المالي للعقد الإداري يختل إما بسبب تدخل من الإدارة وذلك بتعديل العقد بإرادتها المنفردة وهو مايعرف بنظرية فعل الأمير (المطلب الأول)، أو بسبب ظروف خارجة عن إرادة الأطراف وهو مايستدعي تطبيق نظرية الظروف الطارئة، والصعوبات المادية غير المتوقعة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: اختلال التوازن المالي بسبب تدخل الإدارة

تتمتع الإدارة بسلطة تعديل شروط العقد الإداري، وهذا مايعد خروجا عن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنتهجة في عقود القانون الخاص، لكن إذا مست هذه التعديلات الحقوق المالية للمتعاقد، جاز له المطالبة بالتعويض إعمالا لنظرية فعل الأمير.

الفرع الأول: مفهوم نظرية فعل الامير

يقصد بفعل الأمير تلك الأعمال الإدارية المشروعة الصادرة عن الإدارة المتعاقدة والتي تلحق أضرارا بالمركز المالي للمتعاقد معها[4]، كما يعرف فعل الأمير بأنه تلك الإجراءات التي تتخذها جهة الإدارة المتعاقدة بقرار فردي، دون إشراك الطرف الأخر أو من خلال نصوص تنظيمية عامة، والتي ينجم عنها إثقال كاهل المتعاقد بالتزامات مالية لم تكن موجودة عند التعاقد.مما يستدعي تعويضه ماديا لاستكمال تنفيذ العقد الإداري، بما يضمن استقرار تقديم خدمات للمنتفعين[5]، هنا يجب التنويه أن الإجراءات والقرارات التي تصدرها الإدارة وينتج عنها تطبيق نظرية فعل الأمير كأساس للتعويض، لابد أن تكون مشروعة، وذلك لأن مسؤولية الإدارة في هذه الحالة دون خطأ[6]، هذا وتتجلى أفعال الأمير في صورة القيام الإدارة بإجراء تعديل العقد، وسلطة فرض الجزاءاعلى المتعاقد معها، وإنهاء العقد بإرادتها المنفردة، وذلك حتى لو لم تكن موضحة في العقد الإداري عند الإبرام.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تبنى هذه النظرية في تنظيم الصفقات العمومية، وأكد على ضرورة إيجاد حل ودي للتوصل إلى إعادة التوازن المالي للعقد لضمان استمرار تنفيذه بأقصى سرعة وهذا من بين الإيجابيات لان الحل الودي[7] يمكن من إعادة النظر في الحالة المالية للمتعاقد ويحفزه على القيام بالتزاماته وتنفيذ العقد.

الفرع الثاني: شروط تطبيق نظرية فعل الأمير

حتى يتمكن المتعاقد المتضرر من الإجراءات والقرارات الصادرة عن الإدارة المتعاقدة، أن يطالب بالتعويض وفقا لنظرية فعل الأمير لابد من توفر عدة شروط:

- أن يكون الإجراء أو القرار صادر عن المصلحة المتعاقدة، ففي السابق كان مجلس الدولة الفرنسي يطبق هذه النظرية على جميع الإجراءات والأعمال التي تصدر عن السلطات العامة في الدولة وهو بذلك ضيق من مجال تطبيقه[8].

- أن يكون الإجراء الصادر من الإدارة غير متوقع ولم يكن في الحسبان أثناء إبرام العقد، ولا ينصب عنصر المفاجأة على الإجراء فقط، بل حتى على النتائج والأضرار المترتبة عنه ومدى حدتها والتي تكون أكثر تأثيرا من الإجراء ذاته[9].

- ألا يكون الإجراء الصادر من الإدارة متوقعا عند إبرام العقد، وأن يلحق ضررا حقيقيا وفعليا ليس مجرد أضرار احتمالية.أخيرا إذا اجتمعت هذه الشروط جاز للمتعاقد المتضرر أن يطالب بالتعويض أمام الهيئة التحكيمية.

المطلب الثاني: الأسباب الخارجة عن إرادة الأطراف

بالإضافة إلى نظرية فعل الأمير والتي تطبق أساسا بتدخل الإدارة بإصدار قرار أو إجراء يزيد من الأعباء المادية للمتعاقد، فإنه قد تطرأ ظروف مفاجئة لم تكن في الحسبان ولا يكون للإدارة يد في ذلك كأزمات اقتصادية مثلا ما يعرف بنظرية الظروف الطارئة (فرع أول)، كما أنه قد تقع ظروف طبيعية أو كوارث تؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد الإداري تعرف بنظرية الوقائع المادية غير المتوقعة (فرع ثاني).

الفرع الأول: نظرية الظروف الطارئة

تطبق نظرية الظروف الطارئة إذا اختلت اقتصاديات العقد الإداري اختلالا كبيرا، جراء ظرف عارض لم يكن في الحسبان مما يخلف خسائر بليغة ترهق كاهل المتعاقد وتصعب عليه تنفيذ العقد، ما يستدعي تدخل الإدارة لتعويض خسارة المتعاقد للتمكن من إتمام التزاماته اتجاهها، ونشأت هذه النظرية بدورها على يد مجلس الدولة الفرنسي حيث بزغ نجمها في الحكم الشهير بقضية الإنارة لمدينة بوردو[10] والصادر في 30 مارس 1916، والتي تتمحور حول زيادة في أسعار الفحم بشكل مفاجئ مما أدى بالملتزم إلى رفع قضية أمام مجلس الدولة والذي أقر له بتعويض، ومنذ ذلك التاريخ ذاع صيتها في القضاء المقارن.والهدف من هذه النظرية هو مساعدة الإدارة للمتعاقد للوفاء بالتزاماته، التي قد تتأثر بهذا الظرف الطارئ لتمكينه من تنفيذ عقده، وضمان حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد.

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد تبنى نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني[11]، وأجاز للقاضي في حالة حدوث ظرف إستثنائي مفاجئ، يؤثر على اقتصاديات العقد بعد مراعاة مصلحة الأطراف أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، وبنفس المعنى استشف المشرع من العقود المدنية الخاصة مميزات نظرية الظروف الطارئة وطبقها على العقود الإدارية، وهذا ما يفهم من المادة 98 من المرسوم الرئاسي 247/15 حيث جاء فيها"... يمكن قبول تحيين الأسعار...إذا تطلبت الظروف الاقتصادية ذلك..."[12].

لتطبيق هذه النظرية لابد أن يكون الظرف الطارئ أجنبيا عن إرادة المتعاقدين، فإذا كان صادرا من جانب المتعاقد مع الإدارة اعتبر ذلك تقصيرا وإهمالا[13]، وإذا كان صادرا عن الإدارة هنا لا تطبق نظرية الظروف الطارئة بل تطبق نظرية فعل الأمير على النحو الموضح سابقا، وأن يؤثر هذا الظرف على التوازن المالي للعقد الإداري، بحيث يتبين أثره الكبير في إرهاق وزيادة العبء على الذمة المالية للمتعاقد مع الإدارة، وهذا الاختلال لا يتأتى إلا إذا كان العقد الإداري في مرحلة التنفيذ وقبل انقضاء العقد، وبما أن هناك أشغال تستدعي مدد طويلة لإتمامها، فإن مجلس الدولة الفرنسي انتبه إلى هذه النقطة وأقر بأن الظرف الاستثنائي إذا حدث بعد انتهاء المدة المتفق عليها للتنفيذ، في هذه الحالة لا يعوض المتعاقد إذا ثبت أن التأخير ناجم عن خطأ وتماطل منه[14]، أن يكون الظرف الطارئ مفاجئا وغير متوقعا أي أنه لم يكن واردا عند إبرام العقد، وأن تصل خطورته إلى درجة قلب اقتصاديات العقد الإداري وهو أن يتجاوزما يعرف بالسعر الحد[15].

قد يدخل في خلق هذه الظروف الطارئة أسباب سياسية كإعلان حرب، أو أسباب اقتصادية تتعلق بالأسعار مثلا كالتي ذكرها المشرع على سبيل المثال في المادة 98 من المرسوم 247/15، ويجدر التنويه إلى أن المشرع لم يذكر هذا المثال على سبيل الحصر.

الفرع الثاني: نظرية الصعوبات الإستثنائية غير المتوقعة

أثناء تنفيذ العقد الإداري قد يطرأ صعوبات مادية استثنائية لا تحدث عادة، ولم تكن في الحسبان عند إبرام العقد، وتؤثر على المتعاقد حيث أنها تجعل من مواصلة تنفيذه التزاماته أمر صعبا وأكثر إرهاقا، وغالبا ما تكون هذه الصعوبات ناتجة عن كوارث طبيعية أو فعل الغير، الأمر الذي يجعل من الإدارة ملزمة بتعويض المتعاقد تعويضا كاملا لجبر ما أصابه من تلك الصعوبات المادية من أضرار[16]، أنشأ مجلس الدولة الفرنسي هذه النظرية في منتصف القرن التاسع عشر بمناسبة الحكم في قضية فيرييه[17] بتاريخ 1869/03/18، حيث قضى بموجه تعويضا للمتعاقدا إذا اعترضته صعوبات مادية غير متوقعة دون تدخل من الإدارة، ثم تتابعت الأحكام القضائية الفرنسية التي اعتمدت على نفس المبدأ إلى أن أصبحت نظرية الوقائع

المادية قائمة بذاتها ومنفصلة عن نظرية القوة القاهرة. لإعمال نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة وترتيب اثارها والمطالبة بالتعويض على أساسها، فإنه يتعين أن تتوفر جملة من الشروط تتلخص فيما يلي:

- أن تتسم هذه الصعوبات المادية بطابع الإستثنائية واللا اعتيادية، وأن تكون ذات طابع مادي بحت مثلا زيادة منسوب المياه أو عدم القدرة على الحفر، أو كل ماله علاقه بالابار والأنهار كما جاء في تقدير القاضي الإداري لمجلس الدولة، الجزائري في أحد قراراته الصادرة في 10 جانفي 2004 والذي جاء فيه"الأشغال التي طلب المستأنف تعويضه عنها هي صعوبات تصادف الطرف المتعاقد حين تنفيذه لالتزاماته التعاقدية مادية استثنائية غير متوقعه ولا تحدد فيها قيمتها أو حجمها او نوعها لارتباطها غالب الأحيان بالأرض أو الأنهار...."[18]

- إن عنصر المفاجأة يتجلى في عدة مظاهر، فيمكن أن يجد المتعاقد نفسه إزاء موقف لم يتوقعه، بالرغم من دراسته الأولية للمشروع وبالرغم مما حصن نفسه من تدابير واحتياطات لأنه بصدد المساهمة بطريقة غير مباشرة في تسيير مرفق عام، ومعنى ذلك أن كون هذه الظروف غير متوقعه، هذا لا يعفي المتعاقد من أن يأخذ جميع الاحتياطات والإجراءات والدراسة عن كل ما يساهم في تنفيذ العقد[19]، بصفة عامة إذا ألحقت الصعوبات المادية غير المتوقعة ضررا بالمتعاقد واضطرته إلى دفع تكاليف إضافية باهظة الثمن، في هذه الحالة يجوز له طلب التعويض بناء على تطبيق نظرية الوقائع المادية غير المتوقعة.

لقد رأينا من خلال ما سبق أن الحفاظ على التوازن المالي للعقد الإداري هو من أهم المتعاقد مع الإدارة، ولكن يجب أن يكون الضرر ناتج عن تطبيق أحد النظريات لتنتج اثارها والتي يلجأ إليها المحكم في تقدير التعويض المناسب لكل نظرية على حدا، وهذا ماسندرسه في المبحث الثاني.

المبحث الثاني: صلاحيات المحكم في إعادة التوازن للعقد الإداري

بعد صدور القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، وسع المشرع من تطبيق التحكيم في العقود الإدارية والذي ورد النص عليه في الباب الخامس من القانون السالف الذكر، وتحديدا في المادة 975 منه، ومنذ صدور هذا القانون أصبح أشخاص القانون العام يملكون حرية اللجوء إلى التحكيم الإداري والإعراض عن القضاء الإداري وذلك لأنه من المبادئ العامة في القانون أنه لا يمكن للإدارة العامة اللجوء إلى التحكيم إلا إذا كان هناك نص تشريعي يبيح ويخول لها ذلك[20]، ووفقا لذلك يتفق الأطراف على عرض نزاعهم على المحكمين للفصل فيه

المطلب الأول: حدود سلطات المحكم في منازعات العقود الإدارية

إن أول إجراء يقوم به المحكم قبل النظر في المنازعة المعروضة عليه هو تحديد مدى أحقيته في الفصل في ذلك، أو ما يعرف بقاعدة الاختصاص بالاختصاص، ويعد اختصاص هيئة التحكيم للحكم في اختصاصها من المبادئ الحديثة للتحكيم التي استقرت عليها مبادئ التحكيم التجاري الدولي، ومعنى ذلك أن المحكم يبحث وبحرية كاملة في حقيقة اختصاصه في المنازعة المعروضة عليه، فإذا تبين له صحة اتفاق التحكيم فإنه يعلن اختصاصه بالنظر في النزاع الموضوعي[21] وذلك وفقا لقواعد القانون وهو ما يعرف بالتحكيم بالقانون (فرع أول)، أوفقا لقواعد العدالة والإنصاف (فرع ثاني)

الفرع الأول: التحكيم بالقانون

الأصل في ممارسة المحكم لسلطته هي التحكيم العادي أو ما يسمى بالتحكيم بالقضاء وهو الذي تلتزم هيئة التحكيم بموجبه بتلك القواعد والإجراءات المطبقة أمام الهيئات القضائية [22].قد يكون القانون الذي يلتزم به المحكم في هذه الحالة إما القانون المتفق عليه بين الأطراف أو القانون الذي يراه المحكمون أكثر ملاءمة للنزاع[23]، ويقصد بالقانون هنا بمفهومه الواسع وسواء كان مكتوبا أو غير مكتوب كالمبادئ القانونية العامة والعرف.فالمحكم في هذه الحالة يطبق القانون الموضوعي والإجرائي، سواء من اختيار الأطراف أو من القوانين التي يراها ملائمة لموضوع النزاع، كما أنه لا يوجد نص يجبره على اختيار قانون على حساب الأخر، كما أن سلطة المحكم تكون أوسع من سلطة القاضي، لأن هذا الأخير لا يستطيع اختيار القانون بل هو مجبر على تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها[24].

أما المحكم له حرية اختيار تطبيق التحكيم بالقانون أو التحكيم بالصلح متى ما رأى أن قواعد العدالة والإنصاف هي الأنسب لحل النزاع بالرغم من أن تطبيق القانون هو ضمانه للخصوم وضمانه أيضا لضبط سلوك المحكمين بالتزامهم بالقوانين، وقد اتخذ المشرع الجزائري هذا النوع من التحكيم وفقا لنص المادة 1023من قانون الإجراءات المدنية والإدارية حيث جاء فيها أنه"يفصل المحكمون وفقا للقانون".

الفرع الثاني: التحكيم بالصلح

يطلق على هذا النوع من التحكيم الخاص بتسوية منازعات عقود التجارة الدولية في الأساس عبارة التحكيم مع التفويض بالصلح، أو التحكيم وفقا لقواعد العدالة وومعنى ذلك أن يفصل المحكم في النزاع المعروض عليه وفق ما يمليه عليه إحساسه بما تقتضيه العدالة [(25)]، ولو أدى ذلك إلى استبعاد العمل بالقوانين الموضوعية الواجبة التطبيق سواء كانت مدنية أو تجارية أو إدارية، والأصل هو الأخذ بالتحكيم وفقا للقانون والاستثناء هو التحكيم بالصلح، مما يستدعي وجود نص مكتوب يدل صراحة على اللجوء للتحكيم بالصلح لأنه لا استثناء إلا

بنص[26]، ولا يفهم من ذلك أن يكون عمل المحكم المفوض بالصلح هو العمل فقط على الصلح بين الطرفين بل يقضي لكل طرف جزءا من إدعاءاته، كما يجب الاتفاق على اختيار المحكمين المفوضين بالصلح وتعيينهم بأسمائهم في مشارطة التحكيم، كما أن المحكمة لا يمكن لها في أي حال تعيين محكم مفوض بالصلح دون إرادة الأطراف[27]، إن التحكيم بالصلح لا يعني الاستبعاد التام للقانون فيحق للمحكم أن يرجع إلى قواعد قانونية يرى بأنها تحقق العدالة والإنصاف في النزاع المعروض أمامه، كما أن عدم الخضوع للقوانين لا يعني الانفلات التام عن إجراءات التقاضي وأهمها حقوق الدفاع وضمان مبدأ الوجاهية.. واحترام اجال الطعن أمام القضاء الإداري وهو ما حرص عليه المشرع في.نص المادة 1019 من القانون 09/08"تطبق على الخصومة التحكيمية الأجال والأوضاع المقررة أمام الجهات القضائية مالم يتم الإتفتق بين الأطراف على خلاف ذلك".

إن المادة السابقة تؤكد على قاعدة حرية الأطراف التي ترتكز عليها إجراءات التحكيم، وبما أن الخصومة التحكيمية تقوم على مصالح متعارضة لأطرافها، فإن المشرع أعطى للمحكم سلطة وضع تنظيم إجرائي لخصومة التحكيم.

إن التحكيم بالصلح يعطي حرية أكثر للمحكم لكن هذه الحرية لا تكون مطلقة بل مقيدة بعدة اعتبارات مهمة لضبط عمل المحكم وعدم المساس بثوابت الدولة أو حقوق الأطراف، وأهم هذه القيود والتي حرص عليها أغلب القوانين الدولية [28] والمحلية [29] هي إحترام النظام العام، ويرتكز مفهوم النظام العام على الثلاثية التقليدية وهي الأمن العام والصحة العامة والسكينة العمومية، إلا أن النظام العام بمفهومه الإداري قد توسع وطور من هذه الثلاثية، وأدخل عليها عناصر أخرى تتم بالآداب العامة واحترام الكرامة الإنسانية، والنظام العام الاقتصادي[30].

يتمتع المحكم بالصلح بسلطة تعديل شروط العقد وذلك بالتخفيض والحد من مفاعيل واثار الشروط التعاقدية المبالغة، والصارمة وهذا ما ذهبت إليه محكمة باريس في قرارها الصادر في 20 مارس1985، حيث أقرت بأن المحكم"له المكنة أن يستبعد من التطبيق الصارم، ليس فقط قواعد القانون، ولكن له أيضا أن يعدل بعض الشروط العقدية، ...وكذلك بسلطة تعديل هذه الشروط والتلطيف من حدة نتائجها لاعتبارات العدالة "[(31)]، كما أن الموقف ذاته أكد عليه قضاء التحكيم التجاري الدولي وذلك في عدة قرارات متتالية [(32)].إن سلطة المحكم بالصلح في تعديل شروط العقد وتطويعه بما يهدف إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد، قد لا يحدث إشكالا في العقود التجارية، إلا أنه لا يمكن تطبيق ذلك على العقود الإدارية نظرا لخصوصيتها وتمتعها بنظام قانوني مميز عن عقود القانون الخاص بصفة عامة، سواء كانت

تجارية أم مدنية، وذلك لوجود الإدارة العامة طرفا في العقد والتي تسعى لتحقيق المصلحة العامة بالتالي فإن الإدارة هي الأدرى بالشروط التي تتطلبها عقود تسيير المرافق العامة، بالتالي فإن أي تدخل من طرف المحكم في تعديل بنود العقود الإدارية حتى وإن كان الهدف منه إعادة التوازن المالي للعقد، فإن ذلك يعتبر مساسا بالمصلحة العامة والتي هي أولى بالحماية من المصلحة الخاصة.

المطلب الثاني: سلطات المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري

رغم افتقار المحكم لسلطة الإجبار[33] فإن هذا لا يعني أنه لا يملك من السلطات ما يجعله يدير إجراءات التقاضي في إطار التحكيم بطريقة تختلف عن القضاء قد تختلف عن القضاء الرسمي، ولكنه يستخدم نفس الأليات التي تساعد القاضي الإداري في الوصول إلى الحكم بالتعويض للطرف المتضرر.

إن المحكم الذي يفصل في النزاع وفقا للقانون أو وفقا لقواعد العدالة، وإذا كان النزاع في مجال التعويض المقرر للمتعاقد طبقا لأحكام نظريات التوازن المالي المذكورة سابقا وإعمالا لمبدأ التعويض بلا خطأ، فإنه لا يوجد ما يمنع المحكم من أن يستخدم نفس السلطة التي يستخدمها القاضي الإداري، وهي الموازنة بين حقوق الإدارة بضمان استمرار سير المرفق العام (فرع أول)، وحقوق المتعاقد بتقدير تعويض له (فرع ثاني).

الفرع الأول: ضمان استمرار المرفق العام

إن الفصل في منازعات العقود الإدارية بصفة عامة يتطلب من القاضي، أو المحكم أن يكون الحكم في النزاع ملائما لمصلحة الإدارة، ومتطلبات سير المرافق العامة بانتظام وبشكل مستمر، وفي نفس الوقت ضمان الحقوق والمصالح المشروعة للمتعاقد مع الإدارة وذلك باعتباره معاونا لها في تسيير المرفق العام، ذلك ما يقتضي توفير حماية للمتعاقد ليستمر في تنفيذ التزاماته مهما كانت الظروف أو الصعوبات التي يواجهها ماعدا تلك التي تؤدي إلى استحالة التنفيذ[34]، ومن أبرز النظريات التي صاغ بها مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة سير المرفق العام هو حكمه في قضية غاز بوردو، حيث أقر أنه من المهم البحث عن حل لوضع حد لصعوبات مؤقتة يضع في الحسبان المصلحة العامة التي تتطلب استمرار سير المرفق العام[35]، وانطلاقا من ذلك فإن تطبيق نظريات التوازن المالي للعقد الإداري لا تحرر المتعاقد من التزاماته اتجاه الإدارة، لأن العقود الإدارية تختلف عن عقود القانون الخاص، وذلك في تغليبها للمصلحة العامة على مصلحة الأفراد الخاصة، بالتالي لابد على المتعاقد أن يواصل تنفيذ العقد الإداري رغم الخسائر التي لحقته، في انتظار الحكم بالتعويض له، وبالمقابل فإنه إذا عن الإستمرار في

تنفيذ التزاماته، فإن المحكم لا يحكم له بالتعويض بل الإدارة بوسعها أن توقع على هذا المتعاقد، جزاءات إدارية لأن هذا التوقف يشكل خطأ عقديا[36].

إن قاعدة سير المرفق العام بانتظام واضطراد تأبى أن يعطل المتعاقد أداء الخدمة العمومية لأي سبب من الأسباب، مادام في استطاعته أداءها، ومرد ذلك هو علاقة التعاون بين الإدارة والمتعاقد من أجل تحقيق المصلحة العامة والتي توضع فوق كل اعتبار، لذلك يتعين على المتعاقد المتضرر الإستمرار في تنفيذ العقد، ثم يطالب الإدارة بالتعويض[37].

الفرع الثاني: الحكم بالتعويض

إن الإدارة مسؤولة عن تعويض المتعاقد معها في حالة ما إذا لحقت به أضرار مالية، وبغض النظر عن الأساس في التعويض سواء كان أساسه المحافظة على التوازن المالي أو مقتضيات سير المرافق العامة أو في النية المشتركة لطرفي العقد، فإن التعويضات التي يتحصل عليها المتعاقد تكون في صورتين:

أولا - التعويض الكلي:

من حق المتعاقد المتضرر الحصول على تعويض كلي في حالة ما إذا كان الضرر الذي ألم به نتيجة لإجراء صادر من الجهة الإدارية المتعاقدة، وهذا استنادا لنظرية فعل الأمير أو إذا كان جراء حدوث وقائع مادية غير متوقعة، كما وضحنا سابقا، وهذا التعويض يتضمن عنصرين:

يعوض المتعاقد ما لحقه من خسارة، ويتضمن هذا العنصر المصروفات الفعلية التي أنفقها المتعاقد، وهذه المصروفات تختلف باختلاف طبيعة التعديل ونتائجه، أي يجب تقدير هذه الخسائر مادامت علاقة السببية قائمة بينها وبين الإجراء أوالتعديل الصادر عن الإدارة [38]. كما يتضمن التعويض ما فات المتعاقد من كسب، اعتبارا من حقه أن يعوض عن ربحه من عمله، ولكن هذا التعويض الكلي الناتج عن هذه النظرية وردت عليه بعض الاستثناءات في قضاء مجلس الدولة الفرنسي، وهي في حالة إنهاء الإدارة لبعض العقود نتيجة لظروف الحرب أو بسبب وقف الأعمال الحربية، فهنا يكتفي القاضي الفاصل في النزاع بتعويض الأضرار الفعلية المترتبة عن فسخ العقود، ودون لفت الانتباه إلى مافاته من كسب[39] تكون عملية تحديد التعويض إما بموجب اتفاق بين الإدارة والمتعاقد حيث يتم إدراج ذلك في بنود العقد، أو أن تعود السلطة التقديرية للمحكم باعتباره ينشأ عن تكاليف غير متوقع

تكون عملية تحديد التعويض إما بموجب إتفاق بين الإدارة والمتعاقد حيث يتم إدراج ذلك في بنود العقد، أو أن تعود السلطة التقديرية للمحكم باعتباره ينشأ عن تكاليف غير متوقعة.

ثانيا - التعويض الجزئي:

يتمكن المتعاقد المتضرر من الحصول على تعويض جزئي، عن الأضرار التي لحقت به، إذا طرأت ظروف مفاجئة أدت إلى خسائر جسيمة تصل إلى حد قلب اقتصاديات العقد الإداري، ولا يستفيد من هذا التعويض إذا كان الضرر معقولا.

إن المحكم لتطبيق فكرة قلب اقتصاديات العقد يضع العديد من الاعتبارات منها رقم الأعمال الخاصة بالشركة المتعاقدة، وقيمة احتياطاتها كما أن مفهوم قلب اقتصاديات العقد يجب يحدث تأثيرا عميقا في العقد وعليه يجب التمييز هنا بين المخاطر العادية والمخاطر غير العادية [40].

يقوم المحكم وهو بصدد تقدير التعويض بنفس الصلاحيات المخولة للقاضي الإداري[41]، وهي توزيع عبء الخسائر بين طرفي العقد، مراعيا في ذلك مدى استعداد المتعاقد لمواجهة الظرف المضر، إضافة إلى ذلك الأخذ بعين الاعتبار الحالة الإقتصادية للمشروع عموما ومدى تجاوب الإدارة مع المتعاقد من ناحية المساعدة في مواجهة الظرف الطارئ.، ويتكون قيمة هذا التعويض تمكن المتعاقد من الاستمرار في تنفيذ التزاماته لضمان الخدمة العمومية [42].

في الأخير بجدر بنا الإشارة إلى أن سلطة المحكم في إعادة التوازن المالي للعقد الإداري وإن كانت هي نفس سلطات القاضي الإداري، إلا أن سلطة المحكم تتوقف عند إصدار الحكم بالتعويض سواء كان جزئيا أو كليا، حيث أنه ليس مخولا اللجوء إلى وسائل إجبار الإدارة، إذا امتنعت عن تنفيذ حكم تحكيمي وطني، أو أجنبي، والتي تتمثل في الغرامة التهديدية وتجريم الإمتناع عن التنفيذ، بالتالي فإن الحكم التحكيمي حتى وإن كان قرارا ذو طابع قضائي وذو سند تنفيذي، فإن عدم تنفيذه ضد الإدارة العامة يجعل من الحكم الصادر عن الهية التنفيذية أمرا وهميا[43].

خاتمة:

انطلاقا مما سبق فإننا رأينا أنه من الممكن ألا يتعارض التحكيم والخصائص المميزة للعقود الإدارية، خاصة تلك المتعلقة بامتيازات السلطة العامة، حيث يمكن للمحكم في منازعات العقود الإدارية وخاصة ما يتعلق بالتعويض عن اختلال التوازن المالي أن يستخدم ذات السلطات والصلاحيات التي خولها القانون للقاضي الإداري، وهي تقدير التعويض وتحديد أساسه ثم النطق بالحكم الذي يكون ملزما ضد الأطراف، وهذا كله نابع من حرص المحكم على تحقيق التوازن بين مصالح المتعاقدين مع توفير ميزة السرعة والسرية التي تميز نظام التحكيم عن القضاء الإداري.

النتائج:

من خلال الدراسة خلصنا إلى مجموعة من النتائج نوردها في النقاط التالية:

1- يحتل موضوع إعادة التوازن المالي للعقد الإداري أهمية بالغة وهذا راجع للفائدة المزدوجة التي تعود على الطرفين، فهي تمكن الطرف المتعاقد المتضرر وذلك بحصوله على تعويضات عن الخسائر المادية التي لحقت به، فتتحقق هنا مصلحة خاصة، كما تمكنه من مواصلة تنفيذ العقد وهو ما يضمن سير المرفق العام وتحقيق المصلحة العامة والتي تعتبر من أهم أهداف الإدارة.فمن النادر أن يحقق نفس الحكم مصلحة للطرفين.

2- المحكم ليس له سلطة الإجبار كالقاضي الإداري، فهو لا يلزم الخصوم بتقديم المستندات، ولا يمكنه توجيه أوامر للإدارة لإجبارها على الالتزام بتنفيذ الحكم التحكيمي الصادر ضدها، أو فرض غرامة تهديدية عليها، مما يجعل المتضرر قادرا على الطعن في أحكام التحكيم في حالة امتناع الإدارة عن تنفيذها، وهذا ما يطيل في عمر الخصومة، وينقص من قيمة التحكيم الذي اختاره الأطراف منذ البدء للحصول على عدالة ناجعة في أسرع وقت.

3- يعتمد المشرع الجزائري على نظام التحكيم بالقانون، مما يجعل المحكم يتقيد بالنصوص القانونية مما يحد من سلطته التقديرية، مقارنه بالسلطة التقديرية للقاضي الإداري، وهذا ما يجعل المحكم يضبط نفسه اتجاه أهوائه الذاتية، بالرجوع إلى النصوص القانونية التي تعيده إلى المسار الصحيح.

التوصيات:

من خلال استعراضنا للدور المهم الذي يقوم به المحكم لإعادة التوازن المالي للعقد الإداري، فإننا نقترح مجموعة من الآليات التي تثمن هذا الدور وتحفزه:

1- وضع ضوابط ومعايير تساعد المحكم وهو بصدد تقدير التعويض المناسب للمتعاقد المتضرر، خاصة وأن إمكانيات المحكم لا تضاهي إمكانيات القاضي الإداري صاحب الخبرة والسلطة التقديرية الواسعة، فالقوانين الدولية والوطنية لا تشترط أن يكون المحكمون من رجال القانون والإدارة لذلك فإن وضع معايير دقيقة لتقدير التعويضات واحتسابها أمر لابد منه لتوضيح السبيل للمحكم في الوصول إلى حكم عادل.

2- نظرا للأهمية التي يحتلها التحكيم في الوقت الراهن، وذلك نتيجة التطورات الاقتصادية وحاجة الدول إلى استثمارات أجنبية، لابد من إعداد قانون مستقل ينظم التحكيم وكل ما يتعلق به من إجراءات وطرق اختيار محكمين وأليات رقابة إلى غير ذلك، فمعظم الدول تملك تقنينا للتحكيم خاصة فرنسا والتي تعد السباقة في ذلك منذ سبعينيات القرن الماضي.

3- ضرورة إعطاء المحكم صلاحيات أوسع خاصة فيما يخص تنفيذ أحكام التحكيم والقيام بالتدابير المؤقتة والتحفظية، واستصدار أوامر إستعجالية، وذلك لإعطاء التحكيم قيمة أكبر والتزام أكثر بأحكامه خاصة من طرف الإدارة العامة.

الهوامش:

[1] – عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الاسس العامة للعقود الادارية، مطابع الولاء الحديثة، مصر 2005، ص 192.

[2] – محمد الصغير بعلي، العقود الادارية، دار العلوم للنشر، عنابة، 2005، ص 88.

[3] - *M(LONG), P(WEIL), G(BRAIBAN), P(DELVOVE), B(GENEVOIS). les grands arrèts de la jurisprudence administrative, tome1, 20eme edition, Dalloz, 2015, page113.*

[4] – ماهر علاوي، "أثر طريقة حل منازعات العقد الإداري في ضمان سير المرفق العام بانتظام واستمرار"، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 45، ملحق، 2018، ص 147.

[5] – صفاء فتوح جمعة، المبادئ العامة في العقود الادارية (التقليدية والمتطورة واشكالية منازعاتها)، مكتبة الوفاء القانونية، ط1، الاسكندرية، 2017، ص 509.

[6] – وذلك لأن أعمال الإدارة غير المشروعة، تخرج من نطاق العمل بهذه النظرية ولكن يكون التعويض فيها طبقا لقواعد المسؤولية الإدارية العقدية والتقصيرية.

[7] – أنظر المادة 153 من المرسوم الرئاسي247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المؤرخ في2015/09/16، الجريدة الرسمية عدد 50.

[8] – علي محمد علي المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري، رسالة دكتوراه، قانون عام، جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 08.

[9] – نفس المرجع، ص11.

[10] *-M(LONG), P(WEIL), G(BRAIBAN), P(DELVOVE), B(GENEVOIS, opc, p 170*

[11] – حيث تنص المادة 107 من القانون المدني على أنه "...غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب حدوثها أن تنفيذ الإلتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."، القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20،المعدل والمتمم للأمر رقم75-58 المؤرخ في 1975/09/26،المتضمن القانون المدني،ج.ر رقم 44، المعدل والمتمم بالقانون 05/07، المؤرخ في 13-05-2007،الجريدة الرسمية عدد 31.

[12] – المادة 98، من المرسوم الرئاسي 247/15، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، السالف الذكر.

[13] – حسن محمد علي حسن البنان، "أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري"، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 16، العدد 58، سنة 2018، ص 156.

[14] – شاشوا نورالدين، "أثرالظروف الاقتصادية على التوازن المالي للعقد الاداري"، مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، المجلد03، العدد 02، كلية الحقوق والعلوم السياسية، تيارت، 2018، ص 44.

[15] – محمد الصغير بعلي، مرجع سابق، ص 19.

[16] – عبد المولى على محمد علي، مرجع سابق ص 18.

[17] - *M(LONG), P(WEIL), G(BRAIBAN), P(DELVOVE), B(GENEVOIS, opc, p 170*

[18] – قرار مجلس الدولة، رقم 10605، الفهرس 34، الغرفة الاولى، صادر في 10 جانفي 2004، قضية (م.بوزيان)/ضد(بلدية كرزاز، قرار غير منشور.

[19] – حسام القاعد، "الرقابة القضائية على مدى التزام الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري في حالة الصعوبات المادية غير المتوقعة "، مجلة البعث، المجلد39، العدد77، العراق، 2017، ص85.

[20] – القيسي محي الدين، "العقود الإدارية، خصائصها وإمكانية التحكم فيها"الملتقى العربي الأول-التحكيم والوسائل البديلة لتسوية المنازعات"، المنظمة العربية للتنمية الإدارية: يونيو2010، ص 07.

[21] – جميلة إبراهيم المجريسي، "مدى سلطة المحكم في البت في اختصاصه في التشريع الليبي"، مجلة الشريعة والقانون، العدد 07، ماليزيا 2019، ص 87.

[22] – نائلة محمد إبراهيم البسيوني، الطرق غير القضائية لحل النزاعات الإدارية (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، القاهرة، 2020، ص356.

[23] – ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،1998،ص237.

[24] – وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 20.

[25] – ميثاق طالب عبد حمادي، نهى خالد عيسى، "سلطة المحكم بالصلح في إعادة التوازن الإقتصادي للعقد دراسة في عقود التجارة الدولية"، مجلة كلية التربية الاساسية للعلوم التربوية والانسانية بابل، المجلد2018، العدد 41، 2018، ص 1109.

[26] – ماجد راغب الحلو، مرجع سابق، ص236.

[27] – نائلة إبراهيم بسيوني، مرجع سابق، ص357.

[28] – نصت المادة الخامسة من إتفاقية نيويورك على أن المحكم إذا خالف النظام العام يؤدي ذلك إلى رفض حكمه، المتعلقة بالإعتراف وتنفيذ القرارات التحكيمية الأجنبية المصادق عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 88-233 المؤرخ في 1988/11/5، الجريدة الرسمية عدد 48، الصادرة في 1988/06/10.

[29] – بالنسبة للمشرع الجزائري فقد جاء في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية أنه"....لا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم...".

[30] – للمزيد من التفاصيل: أنظر في ذلك مريم بن عباس، "العناصر الحديثة للنظام العام في القانون الاداري"، مجلة الباحث للدراسات الاكاديمية، المجلد 07، العدد الاول، كلية الحقوق والعلوم السياسية،باتنة،2020، ص196.

[31] – قرار محكمة استئناف باريس في 10مارس 1981، نقلا عن ميثاق طالب حمادي/نهى خالد عيسى، مرجع سابق ص1117.

[32] – أنظر القرار الصادر في 28 مايو 1991 في قضية كينتات والذي أشار إلى تطبيق عملي بتعديل العقد وتطويع أحكامه فيما يخص تحديد الأسعار، نفس المرجع، ص 1118.

[33] – يتمتع القاضي الإداري بسلطة إجبار الشهود على الحضور، كذلك إجبار الأطراف على إظهار مستندات معينة، كما يجبر الإدارة على تنفيذ الأحكام، وهي سلطات لا تتوفر عند المحكمين، أنظر محمد جمال زغين،" مدى سلطة المحكم بإتخاذ الإجراءات المستعجلة"، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، العدد الأول، المجلد الرابع، المسيلة، ص 36.

[34] – ماهر علاوي، مرجع سابق، ص 175.

[35] - *"....de rechercher pour mettre fin a des difficultes temporaires, une solution qui tient compte tout la fois de linteret generale lequel exige la continuation du service par la compagnie..", M(LONG),..o.p.c,p 110.*

[36] – حسام القاعد، مرجع سابق، ص 90.

[37] – صبرينة جبايلي أثر التحكيم على خصوصية العقد الإداري، اطروحة دكتوراه، قانون عام، كلية الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي ام البواقي، 2017/2016، ص 72.

[38] – شريفي الشريف، النظام المالي للعقد الإداري، أطروحة دكتوراه، قانون عام، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2014/2013، ص 131.

[39] – أروى اسماعيل مسلم، "أثر نظرية عمل الامير في إعادة التوازن المالي في العقود الإدارية"، مجلة دراسات في العلوم الانسانية والاجتماعية، المجلد 02، العدد 23، 2019، مرجع سابق، ص 370.

[40] – شريفي الشريف مرجع سابق، ص 311.

[41] – صبرينة جبايلي، مرجع سابق، ص 78.

[42] – شاشوا نور الدين، مرجع سابق، ص 47.

[43] – قويدر منقور، "العوائق الإجرائية أمام إعمال الطرق البديلة لحل النزاعات في المادة الإدارية"، مجلة القانون، المجلد01، العدد 05، معهد العلوم القانونية، غيليزان، 2015، ص 32.

.