

بُنودُ الثبَاتِ التشريعيّ في مواجهة تَغْيَرِ ظُرُوفِ تنفيذِ العقدِ الإداري

محفوظ عبد القادر

طالب دكتوراه علوم

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان- الجزائر-

عضو بالمخبر الاورومتوسطي للدراسات القانونية

الملخص

إن سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري تمس جميع العقود الإدارية، وتتمتع بها الإدارة حتى في حالة غياب النص عليها، وَمَرَدُّ ذلك كونها ترجع للخصائص الذاتية للعقود الإدارية نتيجة ارتباطها بالمرفق العام، غير أنها قد تصطدم ببعض البنود التعاقدية التي تحد منها، وتُشكِّل هذه البنود في مجملها مجموعة من الضمانات القانونية المقررة للمستثمر الأجنبي في مواجهة هذه السلطة الخارقة، وتضفي استقرارا على البيئة التي تم الاتفاق عليها وقت إبرام العقد.

الكلمات المفتاحية

العقد الإداري، الصفقة العمومية، التعديل الانفرادي، بنود الثبات التشريعي، بنود عدم المساس بالعقد، الاستثمار، ضمانات المستثمر الاجنبي.

Résumé

Les clauses de la stabilisation législative face au changement des circonstances d'exécution du contrat administratif.

Le pouvoir de modification unilatérale concerne tous les contrats administratifs dont l'administration est partie et ceux même en l'absence de clause le signifiant clairement. Cela étant dû aux caractéristiques spécifiques des contrats administratifs de par leur attachement au service public. Toutefois, ce pouvoir de modification unilatérale n'est pas absolu et peut se trouver affecté par l'existence de quelques clauses contractuelles. Ces clauses constituent dans leur globalité, un ensemble de garanties juridiques offert à l'investisseur étranger afin de lui permettre de faire face au pouvoir exorbitant de

modification unilatérale dont l'administration dispose, et d'offrir une meilleure stabilité au contrat conclu.

Mots clés

Contrat administratif, Marché public, Modification unilatérale, Clause de la stabilisation législative, les clauses d'intangibilité, l'investissement, Les garanties de l'investisseur étranger.

مقدمة

المبدأ في العقد الإداري، مثل باقي العقود، أنه ينتج جَرَاء توافق إرادتين بقصد إنشاء آثار قانونية، وهذه الآثار تنشأ في ذمة كلٍ من طرفي العقد لأن إرادة كل منهما قد اتجهت لقبول هذا الأثر؛ مما دفع البعض للقول بأن العقد الإداري يستمد قوته الملزمة من الإرادة الحرة لطرفيه، دون الحاجة للاستناد إلى سلطة القانون¹، إلا أننا لا نتوافق مع هذا الرأي في كل تراتيبه، بل نرى أن العقد الإداري عقد من نوع خاص يتضمن جانباً تعاقدياً contractuel وجانباً لا تحيياً réglementaire مما يثير التساؤل حول كون العقد الإداري شريعة المتعاقدين، على غرار عقود القانون الخاص أم أنه شريعة المرفق العام؟

فإذا كان المبدأ المعروف في مجال القانون الخاص، أن العقد شريعة المتعاقدين، بمعنى سيادة مبدأ القوة الملزمة للعقد بين أطرافه، فليس لأيٍّ منهما التحلل من التزامه أو تعديله إلا بموافقة الطرف الآخر؛ وهو المبدأ الذي كرّسه المشرع الجزائري صراحةً في م106 من القانون المدني²، إذ جاء فيها أن "العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

إلا أن الأمر على خلاف ذلك في مجال العقود الإدارية، فالرأي الراجح فقها والسائد قضاءً أن الإدارة لا ترتبط بعقودها الإدارية بنفس المدى الذي يرتبط به الأفراد فيما بينهم، فالعقد الإداري لا يتمتع في مواجهة الإدارة بقوة الإلزام التي للعقود المدنية، بحيث يجوز للإدارة تعديله بإرادتها المنفردة³؛ ومرد ذلك راجع لكون العقود الإدارية تختلف عن العقود المدنية في أنها

¹ - أنظر: مهدي مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2005، ص.111.

² - الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل المتمم، ج.ر 78، صادرة في 1975/09/30، ص.818.

³ - انظر: أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1973، ص.192.

تستهدف مصلحة عامة، ألا وهي تسيير المرافق العمومية عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة للأفراد، وبالتالي تم تحويل الإدارة المتعاقدة مجموعة من السلطات الاستثنائية بهدف الوفاء بحاجة المرافق العمومية وضمان سيرها بانتظام واطراد، ومن أهم هذه السلطات، سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري، والتي تمثل الطابع الرئيسي لنظام العقود الإدارية⁴.

إذ تختلف العقود الإدارية عن العقود المدنية في أنها تستهدف مصلحة عامة، وهي تسيير المرفق العام عن طريق الاستعانة بالنشاط الفردي، مما ينبغي معه دوماً تغليب الصالح العام على المصلحة الخاصة للأفراد⁵؛ ومن أجل تحقيق هدفها على أكمل وجه، فقد خُولت الإدارة المتعاقدة سلطات استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، ولعلَّ أبرزها سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري.

فالإدارة عندما تتعاقد مع الخواص من أجل إشباع حاجات المرفق العام، فإنها لا تظهر بمظهر المتعاقد العادي، فهي القائمة على حسن سير المرفق العام، الذي هو في تغير وتطور يستدعيان إمكانية إعادة النظر في علاقاتها مع المتعاقدين⁶، ولا يكون لها ذلك إلا من خلال قدرتها على تعديل شروط العقد بما يتماشى مع المتطلبات الجديدة للمرفق العام.

ولكن رغم أن سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري تمس جميع العقود الإدارية، وتتمتع بها الإدارة حتى في حالة غياب النص عليها، ومَرَدُّ ذلك كونها ترجع للخصائص الذاتية للعقود الإدارية نتيجة ارتباطها بالمرفق العام، غير أنها قد تصطدم ببعض البنود التعاقدية التي تَحُدُّ منها، وتُشكِّل هذه البنود في مجملها مجموعة من الضمانات القانونية المقررة للمستثمر الأجنبي في مواجهة هذه السلطة الخارقة، وتضفي استقراراً على البيئة التي تم الاتفاق عليها وقت إبرام العقد.

⁴ - أنظر: أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية طبقاً لأحكام قانون المناقصات والمزايدات الجديد، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2002، ص.412.

⁵ - أنظر: محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني-تنفيذ العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار الكتب المصرية، 2003، ص.103.

⁶ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.117.

إذ تتضمن أغلب العقود الإدارية بنوداً صريحة تنص على سلطة الإدارة في التعديل الفردي للعقد الإداري، ليس لمجرد تكريس هذه السلطة فقط، بل لتنظيمها بقيود لا يجوز للإدارة تجاوزها⁷، عملاً بمبدأ القوة الملزمة للعقد⁸.

ولعل المجال الخصب لإدراج مثل هذه الشروط يتجلى في العقود الإدارية الدولية⁹؛ حيث تتميز عقود الدولة في مجال الاستثمار بخصوصية أطرافها، وموضوعها، إضافة لخصائص أخرى كالقانون الواجب التطبيق وآليات تسوية نزاعاتها¹⁰...، كل ذلك جعلها مصباً للمواجهة التي تدور بين متناقضين، الدولة كصاحبة سيادة وسلطات خارقة من جهة - والمستثمر الأجنبي كقوة اقتصادية فعالة يسعى دوماً لضمان حقوقه ومشاريعه من جهة أخرى - وهو الأمر الذي منح هذه العقود ذاتية مميزة لها، تستمد من النصوص المحددة للاختصاص التشريعي.

حيث تتميز العقود الإدارية الدولية بتطبيق مجموعة من الأحكام عليها مما لا يوجد له مثيل في باقي العقود الإدارية، ومن أهم هذه الأحكام تلك المتعلقة بتنشيط العقد La stabilisation du contrat؛ بحيث لا تستطيع الدولة أن تعدل في الأوضاع القانونية للعقد، لا بإرادتها المنفردة باعتبارها سلطة تنفيذية، ولا بالطريق التشريعي لكونها سلطة تشريعية، ويسمى الشرط الذي يفرض الحالة الأولى شرط عدم المساس بالعقد La clause d'intangibilité، أما في الحالة الثانية فيسمى شرط الثبات التشريعي¹¹ La clause de stabilité législative¹².

ورغم الاختلاف الكبير القائم بينهما إلا أن أغلب الدراسات انصبحت فقط على بنود الثبات التشريعي¹³ دون بنود عدم المساس بالعقد، والتي هي محل دراستنا هذه.

⁷ - Voir : RAINAUD Jean-Marie, le contrat administratif - volonté des parties ou loi de service public, R D P, N°5, 1985. p1183.

⁸ - لكن لا يحق لأطراف العقد إدراج بنود تحرم الإدارة من سلطة التعديل الفردي، فهذه السلطة لا يمكن أبداً أن تلغى من طرف المتعاقدين؛ حيث يقول أحد الفقهاء:

« Ce pouvoir de modification unilatérale... ne peut être supprimé par le contrat » ; Laurent RICHER, OP CIT, p255.

⁹ - هي تلك العقود التي تبرمها الدولة أو أحد أشخاص القانون العام، مع أحد الأشخاص الخاصة الأجنبية (غالبا ما تكون الشركات متعددة الجنسيات)، وتسمى كذلك عقود التنمية؛ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 144، هامش رقم 2.

¹⁰ - أنظر: إقنولي محمد، شروط الاستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الاستثمار، مجلة منظمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، الجزائر، ع. 3، ديسمبر 2005، ص. 81.

¹¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 145.

¹² - للمزيد من التفاصيل حول شروط الثبات التشريعي، انظر: * بوخالفة عبد الكريم، دور الإرادة الاستباقية في تجنب منازعات عقود الاستثمار، دفاتر السياسة والقانون، د. ب. ن، ع. 16، جانفي 2017، ص. 185.

* بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الاغواط، ع. 5، مجلد 2، جانفي 2017، ص. 530.

مهما يكن من أمر، وأمام التناقض الذي يبدو للوهلة الأولى بين سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري من جهة، والشروط التعاقدية التي تحد من تغيير ظروف تنفيذ العقد من جهة أخرى، يثور التساؤل: كيف كرس التشريع والقضاء للمتعاقدين الحق في تثبيت الاستقرار التشريعي لعقده مع الدولة، رغم أن لهذه الأخيرة سلطة في تعديل العقد انفراديا؟

تصديًا لهذا التساؤل، ونظرًا لأهمية شروط عدم المساس بالعقد باعتبارها أبرز مثال للقيود الاتفاقية الواردة على سلطة التعديل الانفرادي، ينبغي أولاً تحديد معالم سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري (أولاً)، ثم دراسة القيد الوارد عليها من خلال بنود عدم المساس بالعقد، من خلال تعريفها وتبيان أهميتها، وتمييزها عن غيرها من شروط تثبيت العقد، لكي يتجلى مضمونها (ثانياً)، ثم التطرق لمدى اتفاق الفقه حول وجود هذه الشروط، ومدى الاعتراف التشريعي بها، واللجوء الاتفاقية لها من الناحية العملية، وذلك من خلال التطرق للتكريس القانوني لشروط عدم المساس بالعقد (ثالثاً).

أولاً: مفهوم سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري والتكريس التشريعي لها

يمكن تعريف سلطة التعديل الانفرادي للعقد الإداري، بكونها المكنة التي تسمح للإدارة بتعديل العقد بإرادتها المنفردة أثناء التنفيذ، بصورة لم تكن معروفة وقت إبرام العقد¹⁴.

وتتميز سلطة التعديل الانفرادي عن التعديل الاتفاقية للعقد الإداري، والذي يتم من خلال آلية الملحق L'avenant¹⁵؛ فإن كان من المسلم به أن الجهة الإدارية تملك وحدها سلطة تعديل العقد الإداري بإرادتها المنفردة، إلا أنه يجوز تعديل العقد الإداري بالإرادة المشتركة لطرفيه¹⁶.

* جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع. 9، جانفي 2018، ص. 261.

* كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي "عقود البترول نموذجا"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص. 176.

¹⁴ - محمد ماهر أبو العينين، المرجع السابق، ص. 103.

¹⁵ - Pour plus des détails ; voir : Charles Dudognon, l'avenant au contrat administratif, RDP, N°5, 2009.

¹⁶ - « Mais l'adaptation des services publics peut se faire aussi dans un cadre contractuel,...par voie d'avenant » ; Voir : David MOREAU, les marchés de service public-un nouveau mode de gestion des services publics, le moniteur, Paris, France, 2005, p91.

ويُعرّف الملحق بكونه "عقدًا يتم إبرامه مع متعهد تم التعاقد معه سابقًا على تنفيذ أعمال أو توريد مواد أو تقديم خدمات، بعدما تبين للإدارة المتعاقدة بروز أعمال جديدة ليست في العقد الأصلي، واعتُبرت ضرورية لاستكمال المشروع"¹⁷، وقد عرفه المشرع الفرنسي كالآتي:

« L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses »¹⁸.

ويمكن فيصل التفرقة وجوهرها بين آلية الملحق وسلطة التعديل الإفرادي، في أن الأول تعاقد Contractuel، في حين أن الثاني هو عبارة عن عمل انفرادي Un acte unilatérale صادر عن السلطة المتعاقدة؛ كما أن التعديل عن طريق الملحق "لا يشكل أي امتياز للإدارة، بل ما يميز هذه الأخيرة عن المتعاقد معها هو بحق قدرتها على فرض تعديلات على العقد بإرادتها المنفردة، حتى ولو كان رغما عن إرادة المتعاقد معها"¹⁹.

وسلطة التعديل الإفرادي هي سلطة أصيلة، توجد بشكل مستقل عن نص القانون عليها، أو وُرودها ضمن نصوص العقد²⁰، وقد أوجدها القضاء الإداري الفرنسي وطوّره أحكامها، وتبناها القضاء الإداري في الكثير من الدول، لتصبح الآن مبدأً عامًا يحكم أسس تنفيذ العقد الإداري.

وقد أخذ بها القضاء الإداري الجزائري كذلك، رغم قلة القرارات الصادرة بهذا الشأن، بحيث صدر عنه قرار يمكن القول من خلاله أن القضاء الإداري الجزائري هو الآخر يعترف للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي للعقد الإداري، ويتعلق الأمر بالقرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1975/06/25 فصلاً في النزاع القائم بين وزير الأشغال العمومية ضد "أ.أ"²¹، حيث كانت تربط بينهما صفقة عمومية لإنجاز مجموعتين من المساكن، تضم الأولى تسعين مسكناً بقرية تازودة، والثانية 50 مسكناً بقرية كفالو، إلا أنه أثناء الأشغال قررت الإدارة المتعاقدة سحب رخصة بناء 10 مساكن من كل مجموعة وبناء العشرين مسكناً بقرية زيامة

¹⁷ - أنظر: محمد علي عارف جعلوك، أعمال المقاولات، دار الراتب الجامعية، بيروت، لبنان، ط1، 1999، ص.108.
¹⁸ - Voir : ART 20 du Décret n°2006-16 du 30 Juin 2006 ; portant code des marchés publics, www. Legifrance .FR, Dernière modification du texte le 01 mai 2013.

¹⁹ - أنظر: عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة لأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، دار النهضة العربية، مصر، ط 1، 2009، ص.512.

²⁰ - أنظر: محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1، 2007، ص.225.

²¹ - أنظر: نشرة القضاء، ع 1978، ص.42.

منصورية، مما يجعل هذا القرار تعديلاً واضحاً لبنود الصفة وتغييراً لطريقة تنفيذها، ورغم أن موضوع النزاع الذي أُخطِر من أجله القاضي كان يتعلق بدفع قيمة المنجزات، إلا أن القرار احتوى على ما يدل اعترافه للإدارة بسلطة التعديل الإفرادي، حيث قرر أن: "...يتعذر على المَقول أن يرفض إنجاز هذه البناءات".

كما أن هناك قرار آخر صادر عن المحكمة العليا في قضية (ع ط) ضد (و.ق)، وتتلخص وقائعها في أن السيد (ع . ط) أبرم صفقة عمومية بتاريخ 1980/02/26 مع ولاية قالمة لإنجاز 198 سكن بالقرية الاشتراكية الفلاحية بعين التراب دائرة وادي الزناتي، وبمجرد توجيه أمر بالخدمة رقم 01 شرع (ع.ط) بالأعمال، لكن بعد مرور شهرين تلقى أمراً بإيقاف الأشغال لتغيير الموقع، وأنه شرع في الأشغال في الموقع الجديد خلال 1980 من خلال تغيير الموقع وعدم إثارة ذلك أمام الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا (تغيير موقع التنفيذ)²².

وبعد الاعتراف القضائي بها وكثرة اللجوء لها، تدخل المشرع لتأطير سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي للعقد، فكان ذلك بمثابة تكريس منه لهذه السلطة، وذلك كالاتي:

في البداية يجب التنويه إلى أن سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي تجد أساسها في الاجتهادات القضائية المبدئية²³، وأن استعمال الإدارة لهذه السلطة يرجع لمبادئ القانون العام دون حاجة لوجود نص قانوني أو تعاقدية يُبيح لها ذلك، وعليه فإن تقنين المشرع لهذه السلطة ليس سوى من باب التنظيم والتأطير ليس إلا.

ولقد عرفت العديد من التشريعات في الدول التي تأخذ بالقانون الإداري النص على هذه السلطة وتأكيد وجودها، مما يقطع الشك والجدال الذي كان ثائراً بخصوصها²⁴؛ حيث أن ت ص ع في فرنسا يسمح بإمكانية إدخال تعديلات على الصفة أثناء التنفيذ، وفق م118 منه²⁵.

²² - قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989.12.16 ملف رقم 65143 قضية ع.ط ضد و.ق. المجلة القضائية، ع1، 1991، ص 134.

²³ - "Le pouvoir de modification unilatérale trouvant son fondement dans la jurisprudence de principe"; Voir: Patrick SCHULTZ, éléments du droit des marchés publics, 2édition. LGDJ, 2002, p146.

²⁴ - ثار جدال فقهي حاد حول وجود سلطة الإدارة في التعديل الإفرادي من عدمه، إلى أن حُسم الأمر واستقر الفقهاء على وجود هذه السلطة في كل العقود الإدارية دون حاجة للنص عليها مسبقاً. للمزيد من التفاصيل حول هذا النقاش الفقهي، انظر: *مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 117، 118.

*نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية: دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، ط1، 2010، ص. 321.

*أحمد عثمان عياد، المرجع السابق، ص. 194.

ولعل المشرع الفرنسي كان أكثر صراحة في قانون التزامات الإدارة حيث نص على أن الإدارة يمكنها في ظروف معينة تعديل بعض شروط العقد بشكل إنفرادي، وأن هذه السلطة موجودة خارج أي نص قانوني أو تعاقدية²⁶.

وكذلك هو الحال في العديد من التشريعات العربية²⁷، ففي مصر²⁸ كرس المشرع حق الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري، حيث نص في م78 من اللائحة التنفيذية لقانون

* إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية : النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن مع شرح قانون المناقصات الكويتي رقم 37 لسنة 1964، مكتبة الفلاح، الكويت، ط1، 1981، ص.179.

* محمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2007، ص.146.

* علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري : دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، 1976، ص.62.

*XAVIER Libert, les modifications du marché en cours d'exécution, A.J.D.A, 20 juillet/20 août 1994, spécial, p65.

* Sarouat BADAUI, le fait du prince dans les contrats administratifs, LGDJ, France, 1955, p50 et suite.

*Jean L'HUILLIER, les contrats administratifs tiennent –ils lieu de loi a l'administration, chronique Dalloz, 1953.

*Francis Paul BÉNOIT, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », JCP-G-1963, I, p1775.

*J. DUFEAU, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de services public, AJDA, 1955.

²⁵ - "Dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée, que les prix indiqués au marché soit forfaitaires ou unitaires, à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur"; alors que la circulaire du 3 aout 2006 définit la décision de poursuivre comme « un acte unilatéral qui a pour seul objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initialement prévu par le marché et jusqu'au montant qu'elle fixe».

Voir : ART 118 Décret n°2006-16 du 30 Juin 2006;portant code des marchés publics, www. Legifrance .FR, Dernière modification du texte le 01 mai 2013.

²⁶ -Voir art 109 de la loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de l'Administration, JO 1965, page 945 ; « En raison des nécessités du service public à la réalisation duquel le co-contractant participe, l'Administration peut exceptionnellement modifier de façon unilatérale certaines stipulations du contrat.

Ce pouvoir existe en dehors de toute disposition légale ou contractuelle.

Le contrat peut toutefois fixer les conditions d'exercice de cette prérogative."

²⁷ - من بين هذه التشريعات:

*في سوريا: قنن المشرع السوري مبدأ التعديل الإنفرادي في م65 من المرسوم التشريعي 228 لسنة 1969، إذ جاء فيها: " يجوز لأمر الصرف زيادة الكميات المتعاقدة عليها أو إنقاصها بنسبة لا تتجاوز 30% لكل بند أو مادة على حده، وذلك بنفس الشروط والأسعار الواردة في العقد، ودون حاجة إلى عقد جديد..."؛ أشار إليه مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.129، 128.

*في لبنان: نصت المادة 32 من دفتر الشروط والأحكام العامة على ما يلي: "إن التعديلات التي تُقرَرها الإدارة أو التي تنتج عن ظروف لا تعود لخطأ المتعهد، والتي من شأنها، تؤدي إلى تغيير في أهمية كميات الأشغال، بمقدار يفوق 25% عن الكميات الملحوظة في الكشف التخميني... فغنها تُولي المتعهد الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي نزل به..."؛ أشار إليه: نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.331، 330.

*في ليبيا: أجازت م10 من لائحة المزايدات والمناقصات سلطة التعديل الإنفرادي؛ حيث جاء فيها: "يكون للجهة المتعاقدة الحق في تعديل موضوع العقد بالزيادة أو بالنقص في حدود نسبة مئوية تحددها شروط العقد، فإذا تجاوزت نسبة التعديل 25% من قيمة العقد،

المناقصات والمزايدات على ما يلي: "...يحق للجهة الإدارية تعديل كميات أو حجم عقودها بالزيادة أو بالنقص في حدود 25% بالنسبة لكل بند بذات الشروط والأسعار، دون أن يكون للمتعاقد مع هذه الجهات الحق في المطالبة بأي تعويض عن ذلك"²⁹.

أما في الجزائر فقد أكد المشرع الفرعي على وجود سلطة الإدارة في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري في العديد من النصوص القانونية؛ حيث ورد النص عليها في ت ص ع وتقيضات المرفق العام³⁰ من خلال م7/136 والتي جاء فيها: "يمكن للمصلحة المتعاقدة عندما تُبرّر الظروف ذلك، تمديد صفقة لأداء خدمات أو اقتناء لوازم، بموجب ملحق، للتكفل بالنفقات الضرورية لضمان مواصلة الخدمة العمومية، إذا قرر مسؤول الهيئة الوطنية المستقلة أو الوزير أو الوالي المعني ذلك،..."؛ فاستعمال المشرع لمصطلح "قَرَّر" فيه دلالة واضحة على كون هذا التمديد حصل بصفة منفردة من طرف الإدارة.

لكن رغم أن هناك اختلافا شاسعا بين الملحق وبين سلطة التعديل الإنفرادي، إلا أن نص المشرع على الملحق كوسيلة لتعديل الصفقات العمومية في م136 من ت ص ع الحالي، وفي م103 من ت ص ع الملغى (المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر 75، الصادرة بتاريخ 2010/12/08، ص.20).- قبل تعديل سنة 2012- و م90 من ت ص ع السابق له (المرسوم الرئاسي 02-250، مؤرخ في 2002/07/24، ج.ر 52، الصادرة بتاريخ 2012/07/28، ص.03)، قد تم تفسيره بشكل مخالف للقواعد العامة المعمول بها في فقه العقود الإدارية، حيث يرى البعض أن سلطة التعديل الإنفرادي تجد أساسها القانوني في هذين المادتين (103 و 90)³¹.

يتعين الحصول على موافقة من مجلس الوزراء؛ أشار إليه مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص.188.

²⁸- للمزيد من التفاصيل حول موقف المشرع المصري من سلطة التعديل الإنفرادي؛ أنظر: علي الفحام، المرجع السابق، ص.203 وما بعدها؛ مهدي مختار نوح، المرجع السابق، ص.126، 127.

²⁹- أنظر: اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري، الصادر بتاريخ 1998/05/08، ج.ر عدد 19 مكرر، في 1998/05/08.

³⁰- أنظر: المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقيضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015، مؤرخة بتاريخ 2015/09/20.

³¹- من بين القائلين بهذا: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثانية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.207؛ بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الدولية ذات الطابع الدولي "التحكيم نموذجاً"، مذكرة ماجستير، قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2010-2011، ص.67؛ بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010/2011، ص.95.

إلا أن ذلك يُعتبر تجاهلاً لأهم خاصية في التعديل الإنفرادي وهي أنه **إنفرادي** **UNILATERAL**؛ أي صادر بالإرادة المنفردة للإدارة دون الاتفاق مع المتعاقد معها حول هذا التعديل، خلافاً للملحق الذي يُعتبر بنص القانون **"وثيقة تعاقدية"** **UN DOCUMENT CONTRACTUEL**، أي صادر باتفاق الإرادات، ولعل أبرز ما يُثبت أن هذه السلطة لم يكن لها وجود في م 90 من ت ص ع لسنة 2002، ولا م 103 من ت ص ع لسنة 2012 الملغى قبل تعديله في 2012، هو أن المشرع الفرعي كان ينص صراحة في أول قانون للصفقات العمومية بالجزائر³² على سلطة التعديل الإنفرادي للعقد الإداري³³، ثم عدّل عن ذكرها فيما بعد لاعتبارات معينة³⁴، كما أن الفقرة 3 المتّمة للمادة 103 من المرسوم الملغى (بعد تعديل سنة 2012) نصت على شرط ضروري لإعمال سلطة التعديل الإنفرادي، حيث اشترطت تغيير الظروف، وهذا الشرط يعتبر فرقاً جوهرياً بين التعديل الإنفرادي والملحق، الذي يمكن إبرامه ولو لم تتغير الظروف، مما يجعله خير دليل على أن الأساس القانوني لسلطة التعديل الإنفرادي في ت ص ع الجزائري، يتمحور في م 7/136 حالياً³⁵.

مع الإشارة إلى أن د ش إ ع المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل³⁶ قد تضمّن العديد من النصوص التي تسمح للإدارة بالتعديل الإنفرادي للعقد الإداري، إذ نصت م 4/12 و 5 منه على ما يلي: "يُنَفَّذ (أي المُقاول) بِدَقَّة أوامر المصلحة التي تُبَلِّغ إليه، كما يخضع للتغييرات التي تُفرض عليه خلال العمل"، كما تنص م 1/32 على ما يلي: "وعندما يتبين أن التغييرات التي تقوم بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأتية من خطأ أو عمل المقاول، فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق 35% بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقديري..."، كما حَصَرَ د ش إ ع المطبق على صفقات الأشغال العمومية التعديل بالزيادة أو النقصان في حدود 20% بالنسبة لعقد

³² - أنظر: الأمر رقم 67-90، مؤرخ في 17/06/1967، ج.ر 52، الصادرة بتاريخ 27/06/1967، ص. 718.

³³ - حيث تنص م 22 على أنه: "...يجوز للشخص المسؤول عن الصفقات أن يقوم بإجراءات جديدة وذلك بأن يُعَدّل عند الاقتضاء ما تشمل عليه هذه القطع"، مع العلم أن م 15 من نفس القانون سمحت بوجود آلية الملحق، وما الجمع بين هذين الواسيلتين في نص قانوني واحد إلا نظراً للاختلاف الموجود بينهما.

³⁴ - قد تكون راجعة للتحويل الإيديولوجي الذي عرفته الجزائر من الاشتراكية إلى الرأسمالية.

³⁵ - وقد ورد في تعليق للأستاذ مهندس مختار نوح، حول م 78 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بـ مصر؛ ما يمكن الاستناد عليه لتدعيم هذا الموقف، حيث يرى أن: "التعديل خارج حدود هذه المادة يتطلب موافقة المتعاقد، وهذه الموافقة كفيّة بأن تقلب التكيف القانوني لعملية التعديل من تعديل إنفرادي إلى تعديل اتفاقي، وهو ما يطلق عليه اصطلاحاً تسمية: ملحق العقد"؛ مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 139.

³⁶ - أنظر: القرار المؤرخ في 21/11/1964، ج.ر 6 صادرة في 19/01/1965، ص. 46، يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.

الأشغال العمومية³⁷، وقرر حق الإدارة في التعديل الإنفرادي لمدة العقد³⁸، ولوسائل التنفيذ³⁹، وكمية الأشغال كذلك⁴⁰.

ولما كانت هذه السلطة من أخطر سلطات المصلحة المتعاقدة؛ لأنها تسمح بتغيير الالتزامات التعاقدية بالزيادة أو بالنقصان، فإن العقود الإدارية ودفاقر الشروط⁴¹ عادة ما تنص عليها. كما أ، من العقود ما يحتوي على بنود بتجميد حق الإدارة في التعديل الانفرادي استثناءً، ضماناً لكفالة جو استثمار مريح ومحفز للمستثمر الأجنبي، فكيف ذلك؟

ثانياً: مفهوم بنود عدم المساس بالعقد

تهدف هذه الشروط إلى الحيلولة بين الدولة وبين ممارستها لسلطتها في التعديل الإنفرادي للعقد الإداري⁴²؛ وبالتالي فهي مجموعة الشروط الاتفاقية أو التعاقدية، التي تلتزم من خلالها الدولة بعدم تغيير الأحكام والبنود الواردة بالعقد⁴³.

ويراد بمثل هذه الشروط التزام الدولة الموجود فيها الاستثمارات بعدم إدخال تعديلات في التشريعات والتنظيمات التي تحكم الاستثمارات سواء بتعديل أو إلغاء القوانين الخاصة بالاستثمارات، فهي بمثابة توطيد مؤقت معتمد لحق الدولة ككيان ذي سيادة في ممارسة اختصاصاتها التشريعية والتنظيمية⁴⁴.

ولما كان الدافع الأكبر من وراء وجود هذه الشروط، هو فكرة عدم المساواة بين الأطراف في العقود الإدارية الدولية؛ فيجدر القول أن شروط عدم المساس بالعقد لا تجد لها محلاً في عقود التجارة الدولية العادية، إذ أن المساواة القانونية بين أطرافها، تجعل عدم القدرة على

³⁷ - أنظر: م 30 من د ش إ ع .

³⁸ - أنظر: م 34 من د ش إ ع .

³⁹ - أنظر: م 25 و 29 من د ش إ ع .

⁴⁰ - أنظر: م 30 و 31 من د ش إ ع .

⁴¹ - أنظر: م 1/6 من دفتر الشروط النموذجي المتعلق بمنح إمتياز تسير منشآت تعبئة المياه السطحية وهياكل الري والتصريف والتطهير الفلاحي للري الصغير والمتوسط وصيانتها واستغلالها، المصادق عليه بموجب القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 2005/01/04، ج ر 48، صادرة بتاريخ 2005/07/10، ص 19؛ حيث تنص: "يمكن للسلطة مانحة الإمتياز، ولاعتبارات تقنية أو إقتصادية، خفض أو توسيع امتداد الإمتياز".

⁴² - أنظر: حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية: تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 326.

⁴³ - أنظر: أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، ع 5، مصر، 1989، ص 126.

⁴⁴ - Voir: TERKI "N". "LA PROTECTION CONVENTIONNELLE DE L'INVESTISSEMENT ETRANGER EN ALGERIE". REVUE ALGERIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES, ECONOMIQUE ET POLITIQUES. VOLUME N 2. 2001. ALGERIE. p. 19.

التعديل الإنفرادي للعقد من الأمور التي تفرض نفسها بدهاءة، دون حاجة لاشتراطها بمثل هذه الشروط.

ورغم أن كلاً من شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد تسعيان إلى حماية المستثمر الأجنبي، من خلال تنازل الدولة عن ممارسة سيادتها وما تتميز به من مزايا بوصفها سلطة عامة، إلا أن تنازل الدولة عن سلطانها في تعديل العقد يختلف بصدد هذين النوعين من الشروط؛ فبالنسبة لشروط الثبات التشريعي تكمن الحصانة الممنوحة للطرف الأجنبي في حمايته من تدخل الدولة بصفقتها سلطة تشريعية، أما بالنسبة لشروط عدم المساس بالعقد فإن الدولة تتخلى عما تملكه من سلطة التعديل الإنفرادي بوصفها سلطة تنفيذية⁴⁵.

يمكن تعريف بنود الثبات التشريعي بأنها "تلك الشروط التي تتعهد الدولة بمقتضاها بعدم تطبيق أي تشريع جديد على العقد المبرم مع الشركة الأجنبية، أو هي تلك الشروط التي تهدف إلى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في ذات الوقت، بمنعها من تغيير القواعد القانونية النافذة على العقد وقت إبرامه"⁴⁶، ويتضح من خلال التعريف أن هذه البنود تجنب العقد من الخضوع لنظرية الظروف الطارئة الناتجة عن صدور تشريعات جديدة تخل بالتوازن المالي للعقد، في حين أن بنود عدم المساس بالعقد تحمي العقد من نظرية فعل الأمير الناتجة عن تدخل الإدارة بوصفها متعاقدة في العقد، وهذا كذلك فرق جوهري بين الشرطين.

وأبرز الأستاذ Prosper Weil التفرقة بين شرطي الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد، حيث يرى أن شرط عدم المساس بالعقد يعني تعهد الدولة بعدم تعديل العقد بإرادتها المنفردة، مما يحصن المتعاقد معها من السلطات التي تتمتع بها بوصفها سلط تنفيذية؛ أما شرط الثبات التشريعي فهو -حسب رأيه- يهدف إلى حماية المتعاقد مع الدولة من المخاطر التشريعية، أي التعديلات التي تصدر عنها بوصفها سلطة تشريعية⁴⁷.

وعلى الرغم من الفروق القائمة بين كل من شروط الثبات التشريعي وشروط عدم المساس بالعقد، إلا أن العقود الإدارية الدولية قد تتضمنهما كلاهما في آن واحد؛ كما أنهما يسعيان

⁴⁵ - حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص. 326، 327.

⁴⁶ - انظر: غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، د.ب.ن، المجلد الأول، ع. 2، 2009، ص. 172.

⁴⁷ - Voir : Weil Prosper, les clauses de stabilisation ou d'intangibilité insérés dans les contrats de développement économique, in Mélanges Rousseau, édition Pedone, Paris, France, 1947, p301 et suite.

من الناحية العملية لهدف واحد، وهو عدم المساس بالعقد، من خلال حضر خضوعه لكل التعديلات التي قد تطرأ فيما بعد⁴⁸.

وبعد إبراز مضمون هذه الشروط، لا بد من التطرق لمدى تكريسها ووجودها من الناحية العملية، سواء في نقاشات الفقهاء، أو في نصوص القوانين، ووثائق العقود.

ثالثاً: التكريس القانوني لشروط عدم المساس بالعقد

لقد اختلف الفقه حول مسألة صحة شروط عدم المساس بالعقد، وهي المسألة التي تعتبر من أهم الأمور في مجال العقود الإدارية الدولية، نظراً لتعلقها بما للدولة من سيادة وسلطان يسمح لها بالتعديل الإفرادي للعقد-من جهة-وهي تتعلق -من جهة أخرى- بالتزامات الدولة تجاه المستثمر الأجنبي وضرورة الحفاظ على حقوقه⁴⁹.

فنظراً لأهميتها هذه؛ تعتبر مسألة صحة شروط عدم المساس بالعقد من المسائل التي تتصارع فيها المبادئ المستقرة في شأن العقود الدولية مع مبدأ سيادة الدولة وسلطتها في التعديل الإفرادي للعقد بما تقتضيه المصلحة العامة⁵⁰، وهو الأمر الذي خلق الشقاق في صفوف الفقهاء حول مدى صحتها ومشروعية اللجوء لها⁵¹؛ فظهر اتجاه مؤيد لها، وآخر منكر، وثالث وسط بينهما⁵²، وذلك على النحو الآتي:

***الاتجاه الأول:** مؤدى هذا الاتجاه أن الدولة لا يمكنها تعديل العقد انفرادياً، إذا تضمن العقد شرطاً يمنع ذلك، فشرط عدم المساس ينتج آثاره لأن الأطراف في العقد قد ابتغوا ذلك⁵³.

ولتبرير هذا الاتجاه، فقد تحجج أنصاره بذاتية واستقلالية هذه الشروط عن كل نظام قانوني، فهي صحيحة في ذاتها دون الرجوع لأي نظام قانوني آخر يقرر صحتها؛ فطالما أن

48- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.327.

49- إقولي محمد، المرجع السابق، ص.93.

50- حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.343.

51- للمزيد من التفاصيل، انظر: غسان عبيد محمد المعموري، المرجع السابق، ص.174.

52- للمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه من شروط الثبات التشريعي وعدم المساس بالعقد؛ أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.343 وما بعدها؛ إقولي محمد، المرجع السابق، ص.93 وما بعدها؛ علي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2010، 2011، ص.156 وما بعدها.

53- إقولي محمد، المرجع السابق، ص.95.

العقد شريعة المتعاقدين، فلا مجال لخرق هذه الشروط التي تم الاتفاق عليها، بالإرادة المنفردة للدولة⁵⁴.

***الاتجاه الثاني:** يغلب هذا الاتجاه سيادة الدولة على مبدأ قدسية العقود، بحيث يجيز لها تعديل العقد، ولو وُجد شرط يمنع ذلك، وذلك من منطلق أن الدولة لا اعتبارها السلطة التشريعية هي من تملك سلطة اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، وليس الأطراف المتعاقدون، وبالتالي فكل خلاف لذلك هو انتهاك لسيادة هذه الدولة⁵⁵.

ويرتكز أنصار هذا الاتجاه لتدعيمه، على أن شرط عدم المساس بالعقد يتنافى مع الحقيقة الجوهرية التي كان يعلمها المتعاقد الأجنبي علم اليقين وقت التعاقد، وهي كونه متعاقد مع دولة ذات سيادة بوسعها هي أن تجذبه لدائرة القانون العام، لا أن يجذبها هو لدائرة القانون الخاص⁵⁶.

***الاتجاه الثالث:** يتزعمه الأستاذ Prosper Weil، وقد حاول التوفيق بين الإتجاهين السابقين، حيث أرجع الفصل في صحة شروط عدم المساس بالعقد ومدى مشروعيتها ووجودها إلى ضرورة النظر إلى النظام القانوني الذي يستمد منه العقد صحته⁵⁷؛ فإذا كان العقد خاضعا للقانون الوطني، فإن هذا الأخير هو من يتولى الفصل في مدى صحة هذه الشروط، أما إذا خضع العقد للقانون الدولي، فإن هذا الأخير يتولى تحديد مدى القوة الملزمة لشروط عدم المساس بالعقد، ونطاق الالتزامات والآثار الناجمة عن مخالفتها وعدم احترامها⁵⁸.

إلا أن هذه الاختلافات الفقهية لا تمنع من القول أن شروط عدم المساس بالعقد، من الناحية العملية، لا تثير أي إشكال؛ فبعيدا عن الجدل النظري الأكاديمي-مع ما له من أهمية بالغة-تجد هذه الشروط أساسها في نصوص التشريع، وبنود العقود الإدارية الدولية، والقرارات شبه القضائية (قرارات التحكيم).

فلقد أثبتت الممارسات التعاقدية، أن شروط التثبيت التشريعي-بصفة عامة-أصبحت من الشروط المألوفة في عقود الدولة عموما، وعقود الاستثمار خصوصا، لاسيما بعد انفتاح العديد

⁵⁴- مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.146.

⁵⁵- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص.157.

⁵⁶- مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.147.

⁵⁷- أشار إلى رأيه هذا: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.369.

⁵⁸- مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص.147.

من الدول النامية على الاستثمارات الأجنبية⁵⁹؛ حيث سمحت بها التشريعات الوطنية، ثم كرستها الممارسات التعاقدية المستمرة، لتأكد كذلك أحكام التحكيم على مشروعيتها؛ وذلك على النحو الآتي:

***الاعتراف التشريعي بشروط عدم المساس بالعقد:** جاء قانون الاستثمار الجزائري⁶⁰ ليؤكد السماح بهذه الشروط ضمن سياسة جذب الاستثمارات الأجنبية⁶¹، حيث نصت م15 منه على ما يلي: "لا تطبق المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا المرسوم التشريعي إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"⁶².

***التكريس الاتفاقي لشروط عدم المساس بالعقد:** رغم الاعتراف التشريعي بشروط عدم المساس بالعقد، وفق الأمر 03-01، إلا أن تضمين العقد هذه الشروط يبقى لازماً كضمان إضافي، ذلك أن المستثمر الأجنبي يتردد في التعاقد مع الدولة إذا لم تكن الأرضية القانونية التي سيستثمر فيها مطمئنة له⁶³؛ وفعلًا فغالبًا ما تحتوي العقود الإدارية الدولية هذا النوع من الشروط رغم ورود النص عليها في القانون.

وفي الجزائر؛ فلقد وردت شروط عدم المساس بالعقد في اتفاقيات الاستثمار⁶⁴ التي أبرمتها الجزائر في السنوات الأخيرة مع بعض المستثمرين الأجانب؛ ومن ذلك مثلاً، ما نصت عليه م1/6 من اتفاقية الاستثمار المبرمة بين الدولة الجزائرية وشركة أوراسكوم تليكوم الجزائر⁶⁵، إذ جاء فيها: "تمنع الدولة الجزائرية على نفسها، بعد التوقيع على هذه الاتفاقية، أن تتخذ إزاء الشركة أي ترتيب خاص قد يعيد النظر بصفة مباشرة في الحقوق والامتيازات المخولة بموجب هذه الاتفاقية"⁶⁶.

⁵⁹ - إقلولي محمد، المرجع السابق، ص.85.

⁶⁰ - أنظر: الأمر رقم 03-01، المؤرخ في 20/08/2001، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر 47، صادرة بتاريخ 22/08/2001، ص.4.

⁶¹ - إقلولي محمد، المرجع السابق، ص.87.

⁶² - وهي نفس المادة التي تضمنها المرسوم التشريعي 93-12 الذي يتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 05/10/1993، ج.ر 64 الصادرة في 10/10/1993.

⁶³ - أنظر: حنافي آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر: دراسة قانونية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2007، ص.32.

⁶⁴ - وهي عقد يبرم بين المستثمر الأجنبي والوكالة الوطنية لتطوير الإستثمار، وذلك حسب م12 من المرسوم التشريعي 03-01.

⁶⁵ - أنظر: اتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم الجزائر، المصادق عليها بموجب المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 20/12/2001، ج.ر 80، صادرة بتاريخ 26/12/2001، ص.9.

⁶⁶ - كما جاءت م6 من اتفاقية الإستثمار الموقعة بين الجزائر والشركة الجزائرية للإسمنت، مؤكدة محتوى م15 من الأمر 03-01، حيث نصت على ما يلي: "... المراجعات أو الإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على الإمتيازات المحددة في الإتفاقيات الحالية"؛ أنظر: ج.ر 72، صادرة بتاريخ 13/11/2003.

***التكريس شبه القضائي لشروط عدم المساس بالعقد:** لقد أكد الاجتهاد التحكيمي شروط عدم المساس بالعقد، والدليل على ذلك أن عدة قرارات صادرة عن هيئات التحكيم في قطاع المحروقات، قد منحت المشروعية لبنود التثبيت الواردة بالعقود الخاصة به⁶⁷، ومن بينها القرار التحكيمي الشهير الفاصل في النزاع بين الدولة الليبية والشركتين الأمريكيتين؛ California Asiatic oil company & Texaco overseas petroleum company والذي نشب حول تطبيق م16 من نص العقد النموذجي الملحق بقانون البترول الليبي لسنة 1955، والتي نصت على ما يلي: "...ولا يمكن تعديل الحقوق الناجمة صراحة عن هذا الاتفاق إلا بالموافقة المتبادلة بين الأطراف..."⁶⁸.

⁶⁷ - حنافي آسيا، المرجع السابق، ص.32.

⁶⁸ - للمزيد من التفاصيل حول وقائع هذا القرار التحكيمي وردود الفعل والتفسير التي قيلت حوله؛ أنظر: حفيظة السيد الحداد، المرجع السابق، ص.372 وما بعدها.

خاتمة

نأمل من خلال هذه الدراسة أن نكون قد أضفنا شيئاً ولو يسيراً لهذا الموضوع، كون أغلبية الدراسات انصبت فقط على شرط الثبات التشريعي وتناولته بشكل مفصل، ولكنها لم تتناول بند عدم المساس بالعقد إلا بشكل عابر فقط، رغم الاختلاف الجوهرى بينهما.

ومهما يكن من أمر، فقد اتضح من خلال هذه الدراسة المفهوم العام لسلطة التعديل الإنفرادي للعقود الإدارية، وكيف لهذه السلطة أن تصطدم في العقود الإدارية الدولية ببعض البنود التي تُحصّن منها، فتكون قيوداً اتفاقية أجازها القانون استثناءً لاعتبارات حماية المستثمر الأجنبي وتحفيزه بالضمانات القانونية الكافية لجذب الاستثمار داخل الدولة؛ كما أن هذا القيد يرجع للأساس القانوني الذي تقوم عليه هذه السلطة، ألا وهو احتياجات المرفق العام وضرورات تحقيق الصالح العام، فكلما كانت هذه الاحتياجات ملحة كلما هيمنت سلطة التعديل على بنود العقد، وكلما كانت البنود التعاقدية بعيدة عن هذه الاحتياجات كلما تحصنت من الخضوع لسلطة التعديل؛ ونجد أن عقود الاستثمار التي تكون الدولة طرفاً فيها - رغم تعلقها بالمرفق العام بطبيعة الحال- إلا أنها تكون أشبه نوعاً ما بعقود الخواص، كون الدولة تتنازل فيها عن العديد من الامتيازات جلباً للمستثمر الأجنبي الذي أصبح ضرورة حتمية في بعض المجالات التي يحتكرها، والمتطلبة لبناء البنى التحتية والمرافق الجوهرية في بعض الحالات.

ويعد تطبيق بند الثبات التشريعي من أهم ضمانات جذب الاستثمار، باعتباره كفالة للمستثمر من عدم الاستقرار التشريعي وهيمنة سلطان الإدارة على العقد، بحيث يكون على دراية مسبقة بالقواعد القانونية المطبقة على عقده، والتي لن تتغير في المستقبل.

وإضافة لهذا القيد الاتفاقي الذي يحد من سلطة الإدارة في تعديل عقودها انفرادياً، فهناك قيود أخرى قضائية أوجدها القضاء الإداري استثناءً عن مبدأ جواز التعديل الانفرادي للعقد الإداري، ومن ذلك مثلاً العقود المبرمة بين الأشخاص العامة فيما بينها⁶⁹، كالعقد المبرم بين الدولة والجماعات المحلية، ففي هذه الحالة منع مجلس الدولة الفرنسي تعديل هذا النوع من العقود الإدارية بشكل انفرادي، حيث نص في أحد قراراته على ما يلي: "إن سلطة التعديل الإنفرادي في هذا النوع من العقود لا يملكها أي من الطرفين المتعاقدين..."⁷⁰؛ وإضافةً إلى هذه الطائفة من

⁶⁹ - تجدر الملاحظة أن مثل هذه العقود في الجزائر، لا يمكن أن تكون إلا عقود إدارية عادية، دون أن تخضع لتنظيم الصفقات العمومية، حيث استبعدت م 1/7 من ت ص ع العقود المبرمة بين إدارتين عموميتين من الخضوع للأحكام الخاصة بالصفقات العمومية.

⁷⁰ - CE, 13/05/1992, Ville d'Ivry sur Seine, AJDA, 1992, p480.

القيود، التي نتجت عن الطبيعة الذاتية لبعض العقود الإدارية، وخصوصية مواضيعها، فإن هناك طائفة أخرى من القيود التي حصَّتها القضاء الإداري من مكنة التعديل الانفرادي، والناجمة عن خصوصية المحل الذي يرد عليه التعديل، مثل عدم جواز تعديل موقع تنفيذ العقد الإداري. مما يفتح المجال لبحث مستقبلي ينصب حول هذه القيود على سلطة التعديل، وما هي الحكمة من وضعها؟ وهل أقرها القضاء الجزائري؟ وعن أثرها على السير الحسن للمرفق العام؟

قائمة المراجع المعتمد عليها

أولاً: الكتب

I. أ) المؤلفات العامة باللغة العربية

- 1) أحمد محمود جمعة: تطبيق أحكام القانون الخاص على منازعات القانون العام وأثره على ذاتية القانون الإداري واستقلاله مع أحدث الأحكام حتى 2003، ج1، القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 2) حمد محمد حمد الشلماني، إمتيازات السلطة العامة في العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، ج.م.ع، 2007.
- 3) حفيظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية-تحديد ماهيتها والنظام القانوني لها-دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ج.م.ع، 2001.
- 4) عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011.
- 5) مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز في العقود الإدارية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ج م ع، 2007.
- 6) مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005.
- 7) محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004، الكتاب الثاني-تنفيذ العقد الإداري طبقاً لقانون المزايدات والمناقصات رقم 89 لسنة 1998، دار الكتب المصرية، 2003.
- 8) محمد علي عارف جعلوك، أعمال المقاولات، دار الراتب الجامعية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، 1999.
- 9) نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.

II. باللغة الفرنسية

- 1) Patrick SCHULTZ, éléments du droit des marchés publics, 2edition .LGDJ, 2002.

2) Saroit BADAOU, le fait du prince dans les contrats administratifs, LGDJ, France, 1955.

3) David MOREAU, les marchés de service public-un nouveau mode de gestion des services publics, le moniteur, Paris, France, 2005

ب) المؤلفات المتخصصة

1) أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ج.م.ع، 1973.

2) عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات (دراسة مقارنة لأحكام العقود الحكومية في القانون الأمريكي)، دار النهضة العربية، ج.م.ع، الطبعة 1، 2009.

3) علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري-دراسة مقارنة-دار الفكر العربي، ج.م.ع، 1976.

ثانياً: المقالات

أ) باللغة العربية

1- إقلولي محمد، شروط الإستقرار التشريعي المدرجة في عقود الدولة في مجال الإستثمار، مجلة منظمة المحامين لمنطقة تيزي وزو، ع.3، ديسمبر 2005.

2- أحمد عبد الكريم سلامة، شروط الثبات التشريعي في عقود الإستثمار والتجارة الدولية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، جامعة المنصورة، العدد 5، ج م ع، 1989.

3- بوخلفة عبد الكريم، دور الإرادة الاستباقية في تجنب منازعات عقود الاستثمار، دفاتر السياسة والقانون، دب.ن، ع.16، جانفي 2017، ص.185.

4- بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة الاغواط، ع.5، مجلد 2، جانفي 2017، ص.530.

5- غسان عبيد محمد المعموري، شرط الثبات التشريعي ودوره في التحكيم في عقود البترول، مجلة رسالة الحقوق، دب.ن، المجلد الأول، ع.2، 2009.

6- جبايلي صبرينة، شروط الثبات في العقود الإدارية كضمانة لجذب الاستثمارات الأجنبية، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خنشلة، ع.9، جانفي 2018، ص.261.

7- كسال سامية، دور شرط الثبات التشريعي المدرج في عقود الاستثمارات في حماية المستثمر الأجنبي "عقود البترول نموذجاً"، مجلة الحقوق والحريات، جامعة بسكرة، العدد الثالث، ديسمبر 2016، ص.176.

ب) باللغة الفرنسية

1) Charles Dudognon, l'avenant au contrat administratif, RDP, N°5, 2009.

- 2) Fatome E et Moreau J, les relations contractuelles entre collectivités publiques - l'analyse juridique dans le cadre de la décentralisation -AJDA, 1990
- 3) Francis Paul. BÉNOIT, « De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs », JCP-G-1963, I, p1775.
- 4) J. DUFEAU, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de services public, AJDA, 1955.
- 5) Jean L'HUILLIER, les contrats administratifs tiennent -ils lieu de loi à l'administration, chronique Dalloz, 1953.
- 6) RAINAUD Jean-Marie, le contrat administratif - volonté des parties ou loi de service public, R D P, N°5, 1985.
- 7) TERKI N, la protection conventionnelle de l'investissement en Algérie, REVUE ALGERIENNE DES SCIENCES JURIDIQUES ECONOMIQUE ET POLITIQUES. V 2, 2001.
- 8) XAVIER Libert, les modifications du marché en cours d'exécution, A.J.D.A, 20 juillet/20 août 1994, spécial.

ثالثا: الرسائل والمذكرات الجامعية

أ) الرسائل

- 1) عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة تلمسان، 2011، 2010.

ب) المذكرات

- 1) بن أحمد حورية، دور القاضي الإداري في حل المنازعات المتعلقة بالصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2010/2011.
- 2) بولقواس سناء، الطرق البديلة لحل منازعات العقود الدولية ذات الطابع الدولي "التحكيم نموذجاً"، مذكرة ماجستير، قانون إداري وإدارة عامة، كلية الحقوق، جامعة باتنة، الجزائر، 2010-2011
- 3) حنافي آسيا، الضمانات الممنوحة للإستثمارات الأجنبية في الجزائر-دراسة قانونية-مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بجامعة الجزائر، 2008، 2007.

رابعا: النصوص القانونية

أ) الوطنية

- 1) الأمر الأمر 67-90 المؤرخ في 17 جوان 1967، يتضمن قانون الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية عدد 52 لسنة 67. المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 70-57 المؤرخ في

- 1960/08/06، ج.ر عدد 70 السنة السابعة. والأمر رقم 71-84 المؤرخ في 1971/12/29
ج.ر عدد 107 السنة الثامنة.
- (2) الأمر 58-75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم،
ج.ر 78، صادرة في 1975/09/30، ص.818.
- (3) الأمر رقم 03-01، المؤرخ في 2001/08/20، يتعلق بتطوير الإستثمار، ج.ر 47،
صادرة بتاريخ 2001/08/22، ص.4.
- (4) المرسوم التشريعي 93-12 الذي يتعلق بترقية الإستثمار، المؤرخ في 1993/10/05،
ج.ر 64 الصادرة في 1993/10/10.
- (5) المرسوم الرئاسي 02-250، مؤرخ في 2002/07/24، ج.ر 52، الصادرة بتاريخ
2012/07/28، ص.03.
- (6) المرسوم الرئاسي رقم 10-236 مؤرخ في 2010/10/07، يتضمن تنظيم الصفقات
العمومية، المعدل والمتمم، ج.ر 75، الصادرة بتاريخ 2010/12/08، ص.20.
- (7) المرسوم الرئاسي رقم 12-23، مؤرخ في 2012/01/18، ج.ر 4، الصادرة بتاريخ
2012/01/26، ص.04.
- (8) المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات
العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015، مؤرخة بتاريخ
2015/09/20.
- (9) المرسوم التنفيذي رقم 01-416، المؤرخ في 2001/12/20، يتضمن المصادقة على
اتفاقية الإستثمار الموقعة بين وكالة ترقية الإستثمارات ودعمها ومتابعتها وأوراسكوم تليكوم
الجزائر، ج.ر 80، صادرة بتاريخ 2001/12/26، ص.9.
- (10) القرار المؤرخ في 1964/11/21، ج.ر 6 صادرة في 1965/01/19، ص.46، يتضمن
المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة
تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل.
- (11) القرار الوزاري المشترك، المؤرخ في 2005/01/04، ج.ر 48، صادرة بتاريخ
2005/07/10، ص.19.

(ب) الأجنبية

*بمصر

- (1) قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998،
الجريدة الرسمية لجمهورية مصر العربية، عدد 19 مكرر، بتاريخ 1998/5/8، منشور على
موقع: www.google.com.
- (2) قرار رقم 1367 لسنة 1998، بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات
والمزايدات، المنشور بتاريخ 1998/9/6، منشور على موقع: www.google.com.
- بفرنسا

3) Loi n° 65-51 du 19 juillet 1965 portant Code des Obligations de
l'Administration, JORF, 1965, p. 945.

- 4) Décret n°2006-16 du 30 juin 2006 ; portant code des marchés publics.
- 5) - Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux. JORF n°0227 du 1 octobre 2009.

خامسا: الاجتهاد القضائي

- (1) نشرة القضاة، ع 1، 1978.
- (2) المجلة القضائية للمحكمة العليا، ع 1، 1991.

للإحالة لهذا المقال :

محفوظ عبد القادر : " بُنودُ الثبَاتِ التشريعيّ في مواجهة تَغْيِيرِ ظُرُوفِ تنفيذِ العقد الإداري " ، مجلة قانون النقل والنشاطات المينائية، المجلد 05، العدد 01، السنة 2018، ص ص (105 - 126).