

أثر التحوّلات الاقتصادية على القبول بشرطيّ التحكيم والثبات التشريعي في العقود الإدارية

ط/ صادقي عباس- طالب دكتوراه
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان

مُلخَص:

يهدف إشراك القطاع الخاص في عملية التنمية الاقتصادية لتخفيف العبء عن خزينة الدولة، كما يهدف لتحسين الخدمة العمومية، ويتحقّق أساساً عن طريق العقود التي تبرمها الدولة مع الخواص، ومنها ما توصف "بالعقود الإدارية"، وهذه العقود في تجدد مستمر واتّسع مُطّرد، فهي تتغيّر في شكلها ومضمونها وصياغتها، وبالتالي تتغيّر القواعد القانونية التي تحكمها بالنظر لعدّة عوامل، أهمها مدى حاجة الدولة لإبرامها تحقيقاً لتوجهاتها الاقتصادية من جهة، ومدى قوّة القطاع الخاص الوطني والأجنبي، ومدى تمسّكه بشروطه واملاءاته، من جهة ثانية.

الكلمات المفتاحية: العقود الإدارية، التحوّلات الاقتصادية، القانون العام، القانون الخاص، المرافق العامة.

Résumé :

La participation du secteur privé dans le processus de développement économique vise à alléger le fardeau sur le Trésor public ainsi qu'à accomplir et améliorer le service public. Elle est principalement réalisée par des contrats conclus par l'Etat avec les particuliers y compris ce qui est décrit comme «contrats administratifs». Ces contrats se renouvellent sans cesse et s'élargissent de façon constante en changeant dans la forme, le contenu et la formulation. Par conséquent, compte tenu de plusieurs facteurs, les règles juridiques qui les régissent changent également notamment celles relatives

au besoin de l'État pour conclure une enquête sur son orientation économique d'une part, l'étendue du secteur privé national et international, et l'ampleur de l'adhésion à ses conditions et exigences d'autre part.

Mots clés : contrats administratifs, transformations économiques, droit public, droit privé, services publics.

مقدمة:

تُعَدُّ التشريعات مرآة عاكسة لواقع التحوّلات الاقتصادية والسياسية فالجزائر غداة استقلالها اختارت النهج الاشتراكي فكان دستوراً 1963 و1976 المعبّر الأول عن التمسك بهذا النهج، كما كان دستور 1989 والدساتير التي تلتها إعلاناً صريحاً بانتهاء الاقتصاد الاشتراكي في الجزائر، والتحوّل عوضاً عن ذلك لتوجه اقتصادي يسعى لاستيعاب بعض مبادئ الاقتصاد الرأسمالي، وأبقى على الصبغة "الاجتماعية"¹ للدولة.

وكما هو معلوم، فإن التوجه الاقتصادي الحالي للجزائر يقوم على تحقيق التنمية الاقتصادية من خلال التحكم التام في الإنفاق، والبحث عن وسائل تمويل جديدة لتغطية النفقات العامة للدولة، وعلى غرار أغلب الدول، تضطلع السلطة التنفيذية باعتبارها الإدارة العامة للدولة، في تنفيذ القسط الأوفر لتحقيق هذا التوجه. وذلك من خلال جُملة من التدابير الاقتصادية، التي يأتي في طليعتها تعاقد الدولة مع الخواص الوطنيين والأجانب، لإنشاء، وإدارة وتسيير المرافق العامة، وتلبية الاحتياجات المتزايدة للسكان، ومن تلك العقود ما توصف "بالعقود الإدارية"، وهذه العقود في تجدد مستمر، واتّسع مُطَرَّد، فهي تتغيّر في شكلها ومضمونها وصياغتها، وبالتالي تتغيّر القواعد القانونية التي تحكمها بالنظر

¹ - تنص المادة 15 من الدستور على أن: " تقوم الدولة على مبادئ التنظيم الديمقراطي والفصل بين السلطات والعدالة الاجتماعية"

لعدة عوامل، أهمها مدى حاجة الدولة لإبرامها من جهة، ومدى قوة القطاع الخاص الوطني والأجنبي، ومدى تمسكه بشروطه وإملاءاته، من جهة ثانية. فما هو أثر التحولات والتوجهات الاقتصادية على الأحكام العامة للعقود الإدارية في الجزائر؟

المبحث الأول: العقود الإدارية في الأنظمة القانونية المقارنة

منذ اتساع نشاط الدولة، وظهور حاجتها للتدخل في مختلف الأنشطة الاقتصادية، ظهرت أنماط جديدة من الأعمال القانونية، فلم يصبح القرار الإداري الذي تتخذه الدولة بإرادتها المنفردة¹ هو وسيلتها الوحيدة في قيامها بوظائفها، بل ظهرت العقود أيضا كوسيلة من وسائل تحقيق وتلبية الحاجات والخدمات العامة.

وتختلف تلك العقود باختلاف أهدافها، والظروف الاقتصادية والسياسية المواكبة لإبرامها، والنظم القانونية التي تخضع لها. ففي النظم التي تأخذ بازدواجية القانون والقضاء كفرنسا ومصر ولبنان والجزائر، تتصف العقود التي تكون الإدارة العامة طرفا فيها بخصائص تميزها عن العقود التي تبرم بين الأشخاص العاديين "الخواص". وذلك على خلاف الدول التي تأخذ بنظام وحدة القانون والقضاء، حيث تطبق على مختلف العقود أحكام قانونية موحدة، بغض النظر عن شخصية المتعاقدين " كأصل عام". كما أن العقود الإدارية في تطور مستمر ناتج عن تطور وظائف الدولة وزيادة وتشعب الخدمات العامة، وناتج أيضا عن التحولات الاقتصادية التي تشهدها مختلف الدول. لذلك ينبغي التطرق إلى تمييز العقود الإدارية عن العقود المدنية (المطلب الأول) ثم ذكر أهم تطبيقات العقود الإدارية في الجزائر (المطلب الثاني).

¹ - عمار عوايدي، نظرية القرارات الإدارية بين علم الإدارة العامة والقانون الإداري، دار هومة، الجزائر، 2003، ص 10.

المطلب الأول: التمييز بين عقود الإدارة والعقود الإدارية

يجري التفريق في الدول الأخذة بنظام ازدواجية القانون والقضاء، بين نوعين من العقود التي تبرمها الإدارة العامة

الفرع الأول: تعريف عقود الإدارة والعقود الإدارية

أ-عقود الإدارة: وهي تلك العقود "التي تبرمها الإدارة العامة بنفس الطريقة التي تُبرم بها العقود بين الخواص" ومثلها عقود إيجار المحلات والسكنات...¹

ففي هذه العقود تُقدّر الإدارة العامة أن إتباع قواعد القانون الخاص كافٍ لتلبية احتياجاتها وتحقيق مصالحها، وليس هناك داعٍ لاستحضار مظاهر السلطة العامة وتضمينها في العقد.

ب-العقود الإدارية: "تبرمها الإدارة بوصفها سلطة عامة"²، وهي العقود "التي يكون أحد طرفيها إدارة عامة، وتهدف لتحقيق المصلحة العامة، وتتضمن شروطاً استثنائية غير معروفة في نطاق القانون الخاص"³.

الفرع الثاني: معايير التمييز بين عقود الإدارة والعقود الإدارية

ولقد ظهرت عدّة معايير للتمييز بين العقود الإدارية التي تخضع لقواعد القانون العام، وبين عقود الإدارة التي تُبرم وفقاً لقواعد القانون الخاص. وللتمييز بينهما أهمية بالغة، فمن خلاله يمكن معرفة الأحكام المطبقة على العقد والجهة القضائية المختصة بنظر المنازعات المرتبطة به، كما يمكن معرفة

¹ -ناصر لباد، الأساسي في القانون الإداري، دار المجدد، سطيف، الجزائر، د س ط، ص 199.

² -محمد رضا جنيج، القانون الإداري، ط2، مركز النشر الجامعي، تونس، 2008، ص 50.

³ -وائل عز الدين يوسف، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي دراسة مقارنة بين مصر وفرنسا والدول العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010، ص 1.

حدود اعتماد الدولة على وسائل "السلطة والإجبار" في مقابل "وسائل التفاوض والتشريك" في بناء التزاماتها التعاقدية. هذا وقد تعددت معايير التمييز بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص.

1-المعيار التشريعي (العقود الإدارية بتحديد القانون)

قد تُظلي التشريعات وصف العقود الإدارية على طوائف معينة من العقود التي تبرمها الدولة، وبصفة خاصة، عند رغبة الأخيرة في تبني أساليب القانون العام وعقد الاختصاص للقضاء الإداري. وقد ظهر هذا التحديد " أول مرة" عندما نص المشرع الفرنسي في قانون السنة الثامنة على أن " عقود بيع الأملاك المصادرة أثناء الثورة والعائدة للربان والمهاجرين هي عقود إدارية يكون الاعتراض عليها أمام مجلس الدولة"، وكان ذلك راجع أساسا لرغبة حكومة نابليون في أن يفصل القضاء الإداري في هذه المنازعات، وفي تلك الحقبة كان القضاء الإداري في نشأته، وكان يميل بصورة كاملة لتغليب وجهة نظر "الحكومة" والانتصار لآرائها¹. وقد توالى التشريعات في هذا الاتجاه.

أما في مصر فقد نص القانون رقم 9 لسنة 1949 على أن "نفصل محكمة القضاء الإداري في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد".

وفي الجزائر وعلى سبيل المثال، فقد نصت المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 50-90² على أنه "إذا تكوّنت مستثمرة فلاحية جماعية أو فردية بصورة قانونية...وجب أن تثبت الحقوق العقارية الممنوحة في هذا الإطار

¹ - مازن ليلوراضي، دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2002، ص 34.

² -مرسوم تنفيذي رقم 50-90 مؤرخ في 6 فبراير 1990، يحدد شروط إعداد العقد الإداري الذي يثبت الحقوق العقارية الممنوحة للمنتجين الفلاحين في إطار القانون رقم 87-19 المؤرخ في 8 ديسمبر 1987 وكيفيات ذلك، ج 6/1990، مؤرخة في 7-2-1990.

للمنتجين المعنيين دون تأخير بإعداد العقد الإداري المذكور في الفقرة الأولى أعلاه. وهذا العقد الذي تُعده الإدارة المكلفة بأُملاك الدولة يحدد الأساس العقاري الذي يمارس عليه حق الانتفاع الدائم الممنوح للمنتجين الفلاحين...".

وقد تعرضت فكرة التحديد القانوني للعقود الإدارية "لكثير من النقد حيث أن بعض العقود قد لا تتلاءم مع التكييف الذي يسبغه المشرع عليها وقد تكون في حقيقتها أقرب إلى العقود المدنية"¹. كما لا يشمل التشريع كل العقود التي يختص القضاء الإداري بنظرها، لذلك كان على الأخير معزّزا بآراء الفقه أن يساهم في هذا التمييز.

2- التحديد الفقهي والقضائي للعقود الإدارية:

نظرا لما شهده التحديد القانوني للعقود الإدارية من اضطراب ونقد، اتجه القضاء والفقه لوضع معايير أخرى لتمييز هذه العقود. ويمكن القول بأن القضاء الإداري المقارن اعتبر أن العقد "الذي تكون الإدارة طرفا فيه، ويهدف لتسيير أو إدارة مرفق عام، ويتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص، يُعدّ عقدا إداريا".

ولئن كان شرط أن تكون الإدارة العامة طرفا في العقد لم يُثر كبير خلاف فإن شرطا تعلق العقد بمرفق عام، واحتواؤه شروطا استثنائية، كانا محل تطورات وتجاوزات قضائية وفقهية.

- أن تكون الإدارة العامة طرفا في العقد:

من البديهي أن العقد لا يوصف بالإداري إلا لكون الإدارة العامة طرفا فيه، والإدارة العامة هي الدولة، والولاية، والبلدية، والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري، وما يقوم مقامها من أشخاص القانون العام. وقد تقوم هذه

¹ -مازن ليلوراضي، المرجع السابق ص 36.

الهيئات بإبرام عقودها بنفسها، كما قد ينوبها في ذلك هيئة خاضعة للقانون العام، بل وحتى للقانون الخاص. وفي هذه الحالة تتصرف تلك الهيئة بكونها نائبة عن الإدارة العامة ومتعاقدة لصالحها، وفي مثل هذه الحالات، وعلى الرغم من افتراض إبرام العقد بين طرفين خاضعين للقانون الخاص، فقد يكون العقد إدارياً. وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بمصر "...من المقرر أنه متى استبان أن تعاقد الفرد أو الهيئة الخاصة إنما هو لحساب الإدارة ومصلحتها، فإن هذا التعاقد يكتسب صفة العقد الإداري إذا ما توافرت فيه العناصر الأخرى التي يقوم عليها معيار تمييز العقد الإداري..."¹

- أن يتعلق العقد بالمرفق العام:

إن من أعقد المفاهيم في مجال القانون الإداري مفهوم المرفق العام خاصة وأن هذا الفرع من فروع القانون (القانون الإداري) تم اعتباره ولمدة طويلة قانون المرافق العامة، وتم ربط مجال ونطاق الموضوعات المدرجة تحت مظلته بتلك المرتبطة بتسيير وإدارة وإنشاء واستغلال تلك المرافق. حيث يرى البعض "أن موضوع العقد الإداري هو المرفق العام"².

يعرف البعض المرفق العام بأنه: "النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى، مباشرة أو تعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهها وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام"³.

¹ -حكم المحكمة الإدارية العليا، بتاريخ 7 مارس 1964، مجموعة مجلس الدولة، السنة 9، ص. 763. مشار إليه: حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 566.

² -علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 297.

³ -مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص 43.

وأمام تطور تعريفات المرفق العام الناتج عن تطور وظيفة الدولة وتشعب دورها كان لزاما طرح التساؤل عن طبيعة الأنشطة المتجددة وما إذا كانت تؤلف مرفقا عاما أم لا؟

إجابة على ذلك يرى جانب من الفقهاء بأنه في حالة وضوح النص التشريعي فإن الرجوع إليه ومعرفة نية المشرع هو الفيصل في تحديد طبيعة النشاط وتحديد كونه من المرافق العامة. أما في حالة عدم وضوحه فإنه على القاضي استنتاج نية المشرع، وبهذا الصدد فقد اعتمد مجلس الدولة الفرنسي في قرار Narcy الشهير عدة شروط للقول بأن النشاط يشكل مرفقا عاما ولو قامت به مؤسسة خاصة¹، وهذه الشروط هي:

- أن تمارس الإدارة حق الرقابة على طريقة انجاز النشاط.
- أن تسهل الإدارة عمل تلك المؤسسات التي تعمل في سبيل المصلحة العامة.
- أن تُمنح تلك المؤسسات بعض امتيازات السلطة العامة.
- وأن تخضع لرقابة سلطة الوصاية.

وخلافا لما سبق، قد تخضع بعض المرافق العامة للقانون الخاص، وتكون العقود التي تتصل بها عقودا خاصة، وذلك بالنسبة للمرافق العامة الصناعية والتجارية²، وهذا الوضع ترتب عن تغير وتطور وظيفة الدولة الكلاسيكية، حيث يمكن لبعض المؤسسات الخدمية والإنتاجية المملوكة للدولة أن تمارس نشاطا مربحا بنفس الكيفية التي يمارس بها الخواص أنشطتهم، وعلى هذا الأساس تحتكم لقواعد القانون الخاص.

¹ Sébastien HOURSON, Service public exploité par une personne privée, Revue générale du droit, 2008, on line : <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/02/09/service-public-exploite-par-une-personne-privee/>

² في تحديد مفهوم المرافق العامة الإدارية والمرافق العامة الصناعية والتجارية، يُنظر: <http://www.cours-de-droit.net/le-service-public-definition-et-distinction-spa-spica-130494156>

- أن يتضمن العقد شروطا استثنائية:

إن تكافؤ المصالح الخاصة في العقود المدنية لا يبرر للطرفين تفوق أحدهما عن الآخر، بخلاف العقود الإدارية التي تتميز فيها المصلحة العامة بالأولوية دون إهدار المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة، ولضمان تحقيق تلك المصلحة العامة "تقرر" للإدارة سلطة وضع بعض الشروط والأحكام التي توصف "بالاستثنائية"، وقد عرفها البعض بأنها "الشروط التي لا يستطيع الأفراد إدراجها في عقودهم" وذلك "لارتباطها بفكرة السلطة العامة"، وقد عرفها مجلس الدولة الفرنسي في قضية Ramon في حكمه الصادر بتاريخ 11-6-1953 بأنها "الشروط التي تخول السلطة العامة حقوقا غير مألوفة في القانون الخاص"¹.

وقد صنف البعض² الشروط الاستثنائية إلى صنفين، صنف أول يُعبر عن امتيازات السلطة العامة كسلطة الإدارة في توقيع الجزاء على المتعاقد معها في حال إخلاله بالتزاماته، وسلطتها في تنفيذ قراراتها مباشرة في مواجهته. أما الصنف الثاني فهو الشروط الاستثنائية غير المألوفة، ومثلها سلطة الإدارة في التعديل الانفرادي للعقد الإداري وحق المتعاقد في إعادة التوازن المالي الناتج عن ذلك التعديل.

وعن تمييز العقد الإداري عن العقد المدني يقول الدكتور مازن ليلوراضي في كتابه "دور الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري"³ ما يلي: "إن المعيار الحقيقي لتمييز العقد الإداري هو معيار تخيري مُناطق بقاضي الموضوع يقوم على ثلاث مبادئ أساسية هي:

¹ - مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص 58.

² - مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص ص 63-69.

³ - مازن ليلوراضي، المرجع السابق، ص 146.

- 1- أن اشتراك المتعاقد بتنفيذ المرفق العام ذاته،
 - 2- تضمن العقد شروطا غير مألوفة،
 - 3- خضوع العقد لنظام قانوني غير مألوف،
- ففي حالة اشتغال العقد على أحد هذه المبادئ فإن العقد يُعدُّ عقداً إدارياً، أما إذا كان خاليا منها جميعا فهو عقد من عقود القانون الخاص".
- هذا، وعلى غرار الدول الآخذة بنظام ازدواجية القانون والقضاء، يعرف القانون الجزائري عدّة تطبيقات للعقود الإدارية.

المطلب الثاني: أهم تطبيقات العقود الإدارية في الجزائر

يعرف النظام القانوني الجزائري الكثير من تطبيقات العقود الإدارية.

الفرع الأول: عقود البحث والتنقيب واستغلال المحروقات

قبل الاستقلال كانت الجزائر تخضع للقوانين الفرنسية، وقد نصت المادة 41 من الأمر رقم 58-1111 المتضمن قانون البترول الصحراوي¹ على أن: "النزاعات بين صاحب الامتياز ومانح الامتياز والمتعلق بتطبيق الاتفاقية يرجع ابتداء وانتهاء إلى مجلس الدولة الذي يفصل في النزاع". ومن أهم عقود الامتياز في تلك الحقبة عقود البحث والتنقيب واستغلال المحروقات.

أما بعد الاستقلال، فإن "عقود المحروقات" قد خضعت لقوانين متعاقبة آخرها القانون رقم 05-07 الذي تم تعديله سنّي 2006 و2013، وقد نصت المادة 05 منه على أن " عقد البحث و/ أو الاستغلال أو العقد: هو عقد يسمح

¹Ordonnance n°58-1111 du 22 novembre 1958 RELATIVE A LA RECHERCHE, A L'EXPLOITATION, AU TRANSPORT PAR CANALISATIONS DES HYDROCARBURES ET AU REGIME FISCAL DE CES ACTIVITES DANS LES ZONES DE L'ORGANISATION COMMUNE DES REGIONS SAHARIENNES. EXTENSION A L'ALGERIE DE L'ART. 69 PAR OR. 581112 DU 22-11-58. On line:

https://www.legifrance.gouv.fr/jo_pdf.do?id=JORFTEXT000000705068&pageCourante=10526

بإنجاز نشاطات البحث و/ أو استغلال المحروقات طبقاً لهذا القانون" كما عرفت عقود الشراكة بأنها: "عقود البحث و/ أو استغلال المحروقات المبرمة بين سوناطراك، شركة ذات أسهم، وشريك أو شركاء أجنب". والظاهر من هذا القانون أنه لم يُحدد الطبيعة القانونية لعقود المحروقات. وإن نص في المادة 58 منه على أن تتم تسوية المنازعات الناشئة عن تنفيذ هذه العقود عن طريق الوساطة والتحكيم الدولي (كما سيأتي تفصيله).

وقد تناولت الآراء الفقهية تعريف عقود التنقيب عن المحروقات واستغلالها، انطلاقاً من عدة زوايا¹، حيث يتم اعتبارها في بعض الحالات عقوداً إدارية (على النحو السابق بيانه)، وذلك إذا ما تم إبرام العقد من قبل الدولة أو من يتصرف لصالحها، وكان متضمناً لشروط غير مألوفة في مجال القانون الخاص (كشروط الثبات التشريعي)، وتصرفت فيه الدولة باعتبارها سلطة عامة تهدف لتحقيق الصالح العام². كما قد يُنظر لعقود المحروقات على أنها عقودٌ مرگّبة، تحوي مزيجاً من قواعد القانون العام والخاص، وقد تكون عقود تجارة دولية إذا تم إبرامها وفقاً للقواعد المطبقة على المعاملات التجارية الدولية دون أن يظهر في العقد أن للدولة مكانة متميزة وسلطة استثنائية تفوق سلطة المتعاقدين معها...

الفرع الثاني: الصفقات العمومية وعقود الالتزام

تعتبر الصفقات العمومية من أظهر التطبيقات المعروفة للعقود الإدارية في الجزائر، ويربط تنظيمها الحالي (المرسوم الرئاسي رقم 15-247) بينها وبين عقود تفويضات المرفق العام. تُعرّف الصفقات العمومية قانوناً بأنها "عقود

¹ - ينظر: عدلي محمد عبد الكريم، النظام القانوني للعقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2010-2011، ص.ص 36-41.

² - نساخ سفيان، التحكيم في عقود استغلال النفط في القانون الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية، 2013-2014، ص ص 8-30.

مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات " ⁽¹⁾. فهي " عبارة عن عقود مكتوبة بين طرفين أو أكثر ⁽²⁾ يلزم فيها الأطراف بما تم الاتفاق عليه، وهي صورة من صور العقود التي لها أهمية كبيرة وغطاء مالي معتبر" ⁽³⁾. وهذا الوصف بالنسبة للصفقات عموماً، أما الصفقات التي تكون الدولة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً فيها فتُعرّف قضائياً على أنها " عقد يربط الدولة بالخواص حول مقالة أو انجاز مشروع أو أداء خدمة" ⁽⁴⁾.

أما عقد الالتزام فيُعرّف بأنه: "عقد إداري ذو طبيعة خاصة وموضوعه إدارة مرفق عام ولا يكون إلا لمدة محدودة ويتحمل الملتزم نفقات المشروع

¹ - تنص المادة الثانية من م.ر.ر 247-15 على أنه: "الصفقات العمومية عقود مكتوبة في مفهوم التشريع المعمول به، تبرم بمقابل مع متعاملين اقتصاديين وفق الشروط المنصوص عليها في هذا المرسوم، لتلبية حاجات المصلحة المتعاقدة في مجال الأشغال واللوازم والخدمات والدراسات". المرسوم الرئاسي رقم 247-15 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج، عدد 2015/50، مؤرخة في 20-09-2015.

² "لذلك اشترط نص القانون الكتابة ولم يشترط وجود الدولة أو أحد هيئاتها العامة الإدارية لإسباغ وصف الصفقة على العقد على اعتبار أن هناك صفقات عمومية قد تبرم بين المؤسسات العامة الاقتصادية، أو بينها وبين الخواص". سهام عباسي نظام المنافسة في إطار الصفقات العمومية دراسة صفقات المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري نموذجاً، مداخلة مقدمة ضمن فعاليات المؤتمر الوطني حول قانون المنافسة بين تحرير المبادرة وضبط السوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 08 ماي 1945 سكيكدة، يومي 16-17 مارس 2015، ص 4.

³ فيصل نسيغة، النظام القانوني للصفقات العمومية وآليات حمايتها، مجلة الاجتهاد القضائي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2009، العدد 05، ص 110.

⁴ قرار غير منشور مؤرخ في 17-12-2002 تحت رقم 6215 فهرس 873، مشار إليه في عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، دراسة تشريعية وقضائية وفقهية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 56.

وأخطاره المالية مقابل ما يتقاضاه عوضاً عن ذلك في شكل رسوم يحصلها من
المنتفعين".¹

مع الإشارة إلى أن العقود الإدارية في تطور وتجدد مستمر، متصل أساساً
بضرورات التنمية وتبعات التحولات الاقتصادية.

المبحث الثاني: حدود تأثير نظرية العقود الإدارية بالتحولات الاقتصادية في
الجزائر

تأثرت نظرية العقود الإدارية بشكل كبير بواقع التحولات والتقلبات
الاقتصادية، خاصة عندما أصبح العقد الإداري وسيلة من وسائل التنمية
الاقتصادية، ولرصد ذلك التأثير يتم التطرق أولاً للأحكام المنظمة لتعاقدات
الدولة في ظل التوجه الاشتراكي (المطلب الأول)، ثم للأحكام المنظمة لتلك
التعاقدات في ظل التوجه نحو الاقتصاد الرأسمالي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: أثر التوجه الاشتراكي في تغليب قواعد القانون العام على
المعاملات الاقتصادية للدولة

على الرغم من المبادئ النظرية التي يقوم عليها الاقتصاد الاشتراكي، فقد
أدى تطبيقه إلى هيمنة الدولة على النشاط الاقتصادي، وتوليها بنفسها إدارة
الأنشطة الاقتصادية، باعتبارها سلطة عامة، وباعتبارها اليد الأمينة الأولى التي
تحافظ على ثروات الشعب، وتجعل تحقيق هذه الغاية بنفسها، من صميم
وظيفتها السياسية والاجتماعية.

وقد أنتج اتباع النهج الاشتراكي تغليب قواعد القانون العام فيما تتخذه
الدولة من أعمال لتنظيم الأنشطة الاقتصادية، فاحتكارها للأنشطة الأساسية

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري بمصر، الدعوى رقم 18628 لسنة 59 ق، بتاريخ 19-02-2006. منقول
عن: محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 588.

الإستراتيجية، وعدم إتاحة المجال للخواص، من شأنه أن يستبعد كل ما يؤثر في مركز الدولة باعتبارها رائدة تلك الأنشطة، وكتعبير على هذه الهيمنة ما نصت عليه المادة 5 من القانون 88-25 المؤرخ في 12 يوليو 1988 المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية¹، فقد نصت المادة 5 منه على أنه "لا يمكن انجاز الاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية في النشاطات الاقتصادية المُعتبرة إستراتيجية بموجب القانون المتضمن المخطط والتشريع المعمول به ولاسيما منها النشاطات المتعلقة بالنظام المصرفي والتأمينات والمناجم والمحروقات والصناعة القاعدية للحديد والصلب والنقل الجوي والسكك الحديدية والنقل البحري وبصفة عامة كافة النشاطات المتعلقة بتسيير الأملاك الوطنية".

وهذا النص، وعلى الرغم من سنّهِ قبل سنة من إحداث القطيعة مع النظام الاشتراكي (بموجب دستور 1989)، يؤكد استمرار رغبة الدولة في احتكار أهم الأنشطة الاقتصادية، وعدم السماح للخواص بممارستها، وللباحث أن يتصوّر مدى اتساع النشاط الاقتصادي للدولة، وغلبة العقود المُبرمة وفقا لقواعد القانون العام في هذه المرحلة. بل أخذ بقواعد القانون العام، حتى في تنظيم وتسيير الشركات المختلطة الاقتصاد، على الرغم من أن اتفاقية تأسيسها تخضع لقواعد القانون المدني، فقد نصت المادة 53 مكرر من القانون 82-13 (المُلغى)² المعدل والمُتمم بالقانون 86-13 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها " تتمتع الشركة المختلطة الاقتصاد بأهلية قانونية كاملة للتصرف في جميع ممتلكاتها حسب قواعد القانون العام. ويخضع بروتوكول

¹ - مُلغى، بموجب المادة 2/49 من المرسوم التشريعي 93-12.

² - القانون رقم 82-12 المؤرخ في 28-8-1982، المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد وسيرها، المعدل والمُتمم بالقانون رقم 86-13 المؤرخ في 19-08-1986. (المُلغى)

الاتفاق¹، للأمر رقم 58-75 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 المتضمن القانون المدني".

كما يظهر إعمال قواعد القانون العام، فيما تضمنته المادة 48 من نفس القانون، حيث قرّرت بأنه: "إذا اقتضت المصلحة العامة أن تستعيد الدولة الأسهم التي يحوزها الطرف الأجنبي، فإنه يترتب على هذا الإجراء قانونا وبمقتضى الدستور تعويض عادل ومنصف خلال أجل أقصاه سنة واحدة" وفي هذا الحكم خروج واضح على قاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" التي تحكم العقود المدنية، وفيه إبراز لرغبة الدولة في إظهار سلطتها التعاقدية التي تفوق مركز المتعاقد معها.

المطلب الثاني: وضعية العقود الإدارية في ظل التوجه نحو الاقتصاد الحر

إن التوجّه نحو الاقتصاد الحر يفضي لتوسيع قاعدة الملكية الخاصة وتحرير المبادرات الفردية، وتخلىّ الدولة عن "تزعم النشاط الاقتصادي"، وهذه المبادئ تستلزم تغيير الفلسفة القانونية التي تبني عليها الدولة التزاماتها التعاقدية، والتحوّل من مركز الأمر والنهي إلى مركز الشراكة والمرافقة. وهذا التصرّف للدور الاقتصادي الجديد لبعض الدول، ومنها الجزائر، ما هو في الحقيقة إلا امتداد للتصور الرأسمالي الذي روّجته "العولة"²، وقد أدركت الدول النامية هذه الحقيقة، كما أدركت تبعاتها القانونية والسياسية.

¹ - تنص المادة 2 مكرر "تعد الشركات المختلطة الاقتصاد الموجود مقرها في الجزائر شركات تجارية بالأسهم، تخضع للقانون التجاري الجزائري، وتحوز جزءا من رأسمالها مؤسسة أو عدة مؤسسات اشتراكية وطنية، ويندرج إنشاؤها وقانونها الأساسي المعد طبقا للتشريع المعمول به، في إطار بروتوكول الاتفاق المبرم بين المؤسسة أو المؤسسات الاشتراكية الوطنية والطرف الأجنبي أو الأطراف الأجنبية، وذلك مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون"

² - في هذا المعنى: محمد عبد المجيد اسماعيل، القانون العام الاقتصادي والعقد الإداري الدولي الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، ط1، 2010، ص ص 13-16.

لقد أظهرت الدول "النامية بصفة خاصة"، رغبتها في تجاوز أزماتها الاقتصادية والسياسية، من خلال التأسيس لنظام قانوني يوفر المناخ المطلوب من قبل المستثمرين الخواص الأجانب أولاً ثم الوطنيين ثانياً، والتخلّي عن "المبادئ والتدابير القانونية والتنظيمية" التي تُنفّروهم من إقامة المشاريع الاستثمارية والتنموية في الدول المضيفة¹. ولم تُقدم المؤسسات الخاصة على إنشاء استثماراتها إلا بعد أن توقّرت لها جُملة من الضمانات القانونية، والتي انعكست على العقود التي أبرمتها الدول معهم، وبهذا الصدد، يمكن التساؤل عن طبيعة بنود تلك العقود وعن مركز الدولة مقارنة بمركز المتعاقد معها "المستثمر"، وعن تطورات تلك العقود مقارنة بما كانت عليه قبل هذه التحوّلات، خاصة بالنسبة لحالة الجزائر؟

يمكن استجلاء أثر التوجه الاقتصادي الحالي للجزائر على العقود التي تُبرم باسم الإدارة العامة في عدّة نقاط أهمها القبول بشرط التحكيم والقبول بشرط الثبات التشريعي.

الفرع الأول: قبول الدولة بشرط التحكيم

يُقصد بالتحكيم " اتفاق أطراف النزاع -اتفاقاً يجيزه القانون – على اختيار بعض الأشخاص للفصل فيه بدلاً من القضاء المختص، ويكون القرار في هذا الشأن ملزماً لهم"²، فهو "نظام قضائي خاص يختار فيه الأطراف قضاتهم ويعهدون إليهم بمقتضى اتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي قد تنشأ أو نشأت بالفعل بخصوص علاقاتهم التعاقدية، والتي يجوز حسمها بطريق التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم"³. وقد

¹- وائل عز الدين يوسف، المرجع السابق، ص 4.

²- ماجد راغب الحلو، التحكيم في العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2004، ص. 162.

³- أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، دار النهضة العربية، 2006، ص. 19. مذكورين في وائل عز الدين يوسف، المرجع السابق، ص. 18.

يرد شرط التحكيم كبند من بنود العقد أو في اتفاق مستقل ملحق بالعقد يتفق فيه الأطراف على أن يتم الفصل في المنازعات التي قد تطرأ بينهم مستقبلاً عن طريق التحكيم وفي هذه الحالة يسمى شرط التحكيم " clause compromissoire"، أما إذا وقع هذا الاتفاق بعد نشوء النزاع فيسمى حينها مشاركة التحكيم "le compromis"¹

إن اختصاص السلطة القضائية بالفصل في كل المنازعات هو اختصاص أصيل، يعبر عن سيادة الدولة في فرض قانونها الداخلي بواسطة السلطة المختصة بذلك "القضاء". وهذا الوضع الطبيعي والدستوري لم يواءم نظرة المؤسسات التجارية والصناعية كالشركات متعددة الجنسيات مثلاً، فهذه الأخيرة أبدت تخوّفها من خضوعها للقانون وللقضاء الوطنيين في الدول المضيفة، في حال نشبت بينهما خلافات حول تنفيذ العقود التي تُبرمها معها واستعاضت عن ذلك باشتراطها للتحكيم. ولم يكن هذا الأمر محل موافقة من قبل الدول²، إذ رأت في هذا الاشتراط اهتزازاً للثقة في مؤسساتها القضائية الوطنية. إلا أن الحاجة الماسّة لخدمات تلك المؤسسات والشركات، وعجز كثير من الدول على الاستغناء عنها في تنفيذ برامجها وإصلاحاتها الاقتصادية، دفعها للقبول بشرط التحكيم وتنازلها عن ممارسة سلطاتها القضائية³، ففي مصر وبعدل جدل فقهي وقضائي امتد لعقود أجاز التشريع المصري صراحة التحكيم في العقود الإدارية بموجب القانون رقم 9 لسنة 1997 المعدل للقانون رقم 27 لسنة 1994 الخاص بالتحكيم في المواد المدنية والتجارية، واشترطت المادة الأولى

¹ - محمود مختار أحمد بريري، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط3، 2007، ص. 6.

² - وائل عز الدين يوسف، المرجع السابق، ص 36-46.

³ - نفس المرجع، ص. 16.

منه أن تتم إجازة شرط التحكيم بموافقة الوزير المختص ولا يجوز له تفويض هذا الاختصاص¹.

أما في الجزائر فقد نصت المادة 442 من قانون الإجراءات المدنية الصادر سنة 1966 (الملغى) على أنه: " لا يجوز للدولة وللأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم" ولكن من الناحية العملية، فقد أبرمت الدولة عددا من عقود التنقيب واستخراج المحروقات مع بعض الشركات والدول الأجنبية وكانت تتضمن شرط التحكيم، فقد تضمن الملحق المبرم بين المؤسسة الوطنية للبحث عن المحروقات وإنتاجها وتحويلها (سوناطراك) وشركة جي تي بترولوم كمباني الذي صادق عليه رئيس الجمهورية بموجب الأمر 72-48² في المادة 12 منه على أن: " كل نزاع أو خلاف يحصل بين الطرفين بشأن تأويل أو تطبيق أو تنفيذ شروط هذا الملحق تفصل فيه محكمة تحكيمية مؤلفة من ثلاثة محكمين. وتسري أحكام التحكيم على الطرفين، وهي لا تخضع لأي طعن ويجري التحكيم في مدينة الجزائر". كما ظهر ما عرف بالتحكيم الإجباري في بعض عقود التوريدات الداخلية. وظل هذا التناقض قائما حتى صدور المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 5-10-1993 الذي أجاز في المادة 41 منه شرط التحكيم³ وبموجبه تم تعديل قانون الإجراءات المدنية المذكور، فأصبحت المادة 442 تنص على أنه " لا يجوز للأشخاص العامة اللجوء إلى التحكيم إلا في علاقات التجارة

¹ - في بيان ذلك: حكم محكمة القضاء الإداري بمصر بتاريخ 23-04-2006، الدعوى رقم 11498 للسنة ق 53، مذكور في: محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 590 وما بعدها.

² - الأمر رقم 72-48 المؤرخ في 27 شعبان عام 1392 الموافق 3 أكتوبر 1972 يتضمن المصادقة على الملحقين المؤرخين في 27 مايو 1972 بعقد شركة المحاصة المؤرخ في 6 فبراير 1963 الذي هو موضوع الاتفاق الخاص بالبحث عن الوقود واستغلاله في الجزائر من طرف شركة جي تي بترولوم كمباني، ج رقم 86/1972 مؤرخة في 27-10-1972. ص. 1366.

³ - المرسوم التشريعي 93-12 المؤرخ في 5-10-1993 المتعلق بترقية الاستثمار (الملغى)، ج ر عدد 64-1993 مؤرخة في 10-10-1993.

الدولية". وبعد إلغاء القانون القديم وصدر قانون الإجراءات المدنية والتجارية سنة 2008 فقد نصت المادة 1006 منه على أنه " لا يجوز للأشخاص المعنوية العامة أن تطلب التحكيم، ما عدا في علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية". وما يظهر من هذا النص أن التشريع الجزائري يجيز التحكيم في العقود الإدارية الدولية، ويجيزه أيضا في إطار الصفقات العمومية التي قد تبرم مع متعاملين وطنيين أو أجانب.

أ- التحكيم الإجباري:

نص الأمر رقم 44-75 المؤرخ في 17 يونيو 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات (المُلغى)¹، في المادة الأولى منه على أنه "لا تعرض أبدا على المحاكم بل يجب أن تقدم للتحكيم في الظروف والأشكال الآتي تحديدها جميع النزاعات المتعلقة بالحقوق المالية أو الحقوق الناجمة عن تنفيذ عقود التوريدات أو الأشغال أو الخدمات والتي يمكن أن تحدث تعارضا في العلاقات بين المؤسسات الاشتراكية والوحدات المسيرة ذاتيا ذات الطابع الزراعي أو الصناعي وتعاونيات قدماء المجاهدين وتعاونيات الثورة الزراعية وكذلك الشركات ذات الاقتصاد المختلط التي تكسب فيها الدولة أغلبية الأسهم "

فوفقا لهذا الأمر، تتشكل لجنة وطنية ولجنة ولائية للتحكيم في المنازعات الخاصة بتنفيذ العقود المذكورة في النص، كما يمكن أن يقوم بمهمة التحكيم الوزير المعني إذا وقع النزاع بين هيئتين خاضعتين لوصايته. ويمكن أن يختص مجلس الحكومة بمهمة التحكيم إذا كان للنزاع أثر مباشر على الاقتصاد الوطني.

¹ - الأمر رقم 44-75 المؤرخ في 7 جمادى الثانية عام 1395 الموافق 17 يونيو 1975 المتعلق بالتحكيم الإجباري لبعض الهيئات، ج ر عدد: 1975/53 مؤرخة في 4-7-1975. مُلغى بالقانون رقم 4-88 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن تعديل الأمر رقم 59-75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري، والذي يحدد القواعد الخاصة المطبقة على المؤسسات العمومية الاقتصادية، ج ر عدد 1988-2 مؤرخة في 13-1-1988.

ولا يمكن استئناف قرار هيئة التحكيم، ويمكن الطعن فيه فقط بإعادة النظر لأسباب محددة حصرا.

إن أحكام هذا الأمر قد أسست لتحكيم إجباري استبعد بصفة كلية سلطة المحاكم في نظر المنازعات التي قد تنشأ بين المؤسسات المذكورة، وهي هيئات ومؤسسات اقتصادية تابعة للدولة من جهة، والتعاونيات التي يسيروها الخواص من جهة ثانية. واقتصرت أحكامه على العقود الداخلية (الوطنية) فقط. وبتتبع مختلف الأحكام يظهر أن الدولة استهدفت إبعاد القضاء عن هذه الطائفة الهامة من المنازعات في تلك الحقبة، واستبدلت ذلك بهيئات تحكيم تتكون من محكمين وخبراء في الغالب هم من العمال والموظفين وأعوان الدولة.

وما يلاحظ على هذا النوع من التحكيم أنه لم يشمل صراحة الهيئات العمومية الإدارية كالولايات والبلديات، على الرغم من أن الهيئات المحددة حصرا في نص المادة الأولى من الأمر 44-75 المذكور أنفا، قد تعمل باسم ولحساب الدولة، وقد تستعمل أساليب القانون العام في علاقتها مع المؤسسات والهيئات الوطنية الأخرى (كشركات الاقتصاد المختلط)، وأن نشاطها متصل بالمرافق العامة، وهذه الشروط الثلاث قد تجعل من عقودها "ذات صبغة إدارية"، خاصة وأن هذا التحكيم الإجباري قد أعطى دورا محوريا للهيئات الإدارية الوصية على المؤسسات والهيئات المذكورة في نص المادة الأولى.

ب- التحكيم الاتفاقي:

تنص المادة 24 من القانون رقم 09-16 المتضمن ترقية الاستثمار على أن: "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية، يتسبب فيه المستثمر، أو يكون بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية في حقه، للجهات القضائية الجزائرية المختصة إقليميا، إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف أبرمتها الدولة الجزائرية، تتعلق بالمصالحة والتحكيم، أو في

حالة وجود اتفاق مع المستثمر ينص على بند تسوية يسمح للطرفين بالاتفاق على تحكيم خاص". وهو ذات الحكم الذي تضمنته المادة 17 من الأمر رقم 01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار، المعدل والمتمم (الملغى) وتضمنه قبل ذلك نص المادة 41 من المرسوم التشريعي رقم 93-12¹ (الملغى)

وقد أعطى القانون 09-16 للوكالة الوطنية لترقية الاستثمار سلطة واختصاص إبرام عقود الاستثمار باسم الدولة الجزائرية، وفي طائفة من تلك العقود تم النص على أن تتم تسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذها في المركز الدولي للتحكيم (فرنسا)، منها العقد المبرم بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار "القائمة في حق الدولة الجزائرية" والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C) بتاريخ 26-6-2004، حيث نصت المادة 13 منها على أنه "في حالة استمرار الخلاف يفصل فيه نهائيا المركز الدولي لتسوية الخلافات الخاصة بالاستثمار" وهو ذات الحكم المذكور في المادة 18 من الاتفاقية المبرمة بين الوكالة المذكورة والشركة الأيرلندية GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) LIMITED والمبرمة بالجزائر بتاريخ 25-06-2005.

الفرع الثاني: الإشكاليات التي يثيرها القبول بشروط التحكيم في العقود الإدارية

بالإضافة لما سبق ذكره بشأن تخوف الدول خاصة النامية وتوجسها من شرط التحكيم، فإن الإشكاليات الحقيقية لتطبيق هذا الشرط تتجسد عمليا في الصعوبات والمخاطر المالية والاقتصادية التي تلحق بالطرف المتضرر الذي غالبا ما يكون الدولة، وعلى هذا الأساس وعلى الرغم من أن هناك عدة قضايا

¹ - المرسوم التشريعي رقم 93-12 المؤرخ في 19 ربيع الثاني عام 1414 الموافق 5 أكتوبر 1993، المتعلق بترقية الاستثمار، ج ر عدد 1993/64، مؤرخة في 10-10-1993. ملغى بنص المادة 35 من الأمر رقم 01-03 المعدل والمتمم المتضمن ترقية الاستثمار الملغى أيضا بموجب نص المادة 38 من القانون 09-16 المؤرخ في 3-8-2016 المتضمن ترقية الاستثمار، ج ر رقم 2016/46 مؤرخة في 3-8-2016.

تم الفصل فيها لصالح الجزائر فقد صرح أحد المسؤولين السابقين قائلاً: " إن الجزائر لا تزال تلميذا غير موفق في قضايا التحكيم الدولي... وهي لا تحسن التفاوض دولياً لضعف الإمكانيات في مجال التحكيم الدولي"¹.

ولعل في مثل هذا الإقرار، اعتراف واضح بخطورة التحكيم على الاقتصاد الوطني في حالة عدم التحكم الجيد في التقنيات التفاوضية التي يستند عليها².

كما تجدر الإشارة إلى أن قانون المحروقات رقم 05-07 المعدل والمتمم، قد تضمن حكماً في غاية الأهمية، فقد نصت المادة 58 منه بعد ذكرها لتسوية الخلافات الناشئة عن تنفيذ عقود المحروقات بطريقي المصالحة والتحكيم على أن: "يُطبّق القانون الجزائري، ولا سيما هذا القانون والنصوص المتخذة لتطبيقه لتسوية الخلافات". فهل مفاد هذا النص هو السماح بتطبيق التحكيم كأسلوب معروف لتسوية المنازعات يختار فيه الأطراف محكمهم والقانون المطبّق عليهم، أو يُقصد به ضرورة تطبيق القانون الجزائري حتى في حالة اللجوء للتحكيم الدولي؟

الفرع الثالث: شرط الثبات التشريعي

كما سبقت الإشارة، فإن مقتضيات المصلحة العامة التي تهدف الإدارة لتحقيقها من وراء تعاقدتها مع الخواص هي التي تبرر تبوأها لمنزلة أعلى من منزلة المتعاقدين معها، وهي التي تبرر تمتعها بسلطات واسعة ليس لها نظير في العقود التي تبرم بين الخواص. إلا أن التوجهات الاقتصادية التي أملت بها الضرورة

¹ -جريدة العربي الجديد، عنوان "توتال وسوناطراك، الخلاف بين الجزائر وفرنسا يتجاوز ساحات التحكيم الدولي"، عدد تاريخ 2016-08-08.

² - وهو "الهاجس" الذي يقلق الكثير من الباحثين، حيث أوصى بعضهم بأهمية اعداد الخبراء والمفاوضون الوطنيين اعدادا جيدا قبل القيام بمهام التحكيم المشار إليها، في هذا المعنى: محمد عبد المجيد اسماعيل، المرجع السابق، ص 354.

وحق المصلحة قد فرضت نفسها على أغلب الدول¹، بحيث استجابت -بالإضافة إلى شرط التحكيم السابق بيانه- لشرط آخر لا يقل عنه أهمية ألا وهو شرط الثبات التشريعي.

ومفاد هذا الشرط أن المتعاقد مع الدولة "المستثمر" لا يتحمل تبعات صدور تشريعات جديدة أو تعديل للتشريعات النافذة في حال فرضت عليه مزيداً من الرسوم أو القيود المالية أو الاقتصادية، وأن تبقى الامتيازات الناشئة لصالحه عند إبرام العقد سارية المفعول ولو صدر قانون جديد ينقص منها أو يلغيها. لذلك عرّف البعض هذا الشرط بأنه: "شرط تتعهد بموجبه الدولة بعدم تطبيق أي تشريع جديد أو إجراء جديد على العقد الذي أبرمته مع المستثمر"².

ولقد أقر القانون رقم 09-16 المتضمن ترقية الاستثمار بهذا الشرط، فقد نصت المادة 22 منه على أنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون، التي قد تطرأ مستقبلاً، على الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون، إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة". وهو الحكم الوارد في نص المادة 15 من الأمر رقم 03-01 المتضمن قانون ترقية الاستثمار الصادر سنة 2001 (الملغى). وعملياً فقد نصت عدة عقود أبرمتها الجزائر على هذا الشرط؛ منها العقد المبرم بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار "القائمة في حق الدولة الجزائرية" والشركة الوطنية للاتصالات المتنقلة (K.S.C)، بتاريخ 26-6-2004، حيث نصت المادة 5 منه تحت عنوان "تعديل التنظيم" على أنه "طبقاً للمادة 15 من الأمر رقم 01-03... فإن المراجعات والإلغاءات التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر على

¹- عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 391.

²- في هذا المعنى: بن أحمد الحاج، شرط الثبات التشريعي بين تجسيد الأمان القانوني ومصلحة الدولة في قانون الاستثمار الجزائري، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي الأغواط، العدد 5 المجلد 2، جانفي 2017، ص 533.

الامتيازات المحددة في هذه الاتفاقية". وهو ذات الحكم المذكور في عدة عقود أخرى منها الاتفاقية المبرمة بين الوكالة الوطنية لترقية الاستثمار ممثلة للدولة الجزائرية واتصالات الجزائر للهاتف النقال MOPILIS وذلك في المادة الثالثة منها. والاتفاقية بين الوكالة المذكورة والشركة الأيرلندية GE IONICS HAMMA HOLDINGS (IRE) LIMITED حيث نصت المادة 6 منها تحت عنوان "تغيير التنظيمات" على أنه: "طبقاً للمادة 15 من الأمر 03-01... فإن المراجعات أو الإلغاءات التشريعية التي قد تطرأ في المستقبل لن يكون لها أثر رجعي على الامتيازات الممنوحة في هذه الاتفاقية. كما أنه يمكن لشركة المشروع، وبطلب صريح منها، أن تستفيد من كل نظام أكثر ملائمة قد يترتب على مراجعة الإطار التشريعي والتنظيمي للاستثمار والذي يطرأ بعد تاريخ دخول هذه الاتفاقية حيز التنفيذ".

الفرع الرابع: الإشكالات التي يثيرها شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية

لا شك أن التزام الدولة بعدم المساس بالامتيازات المقررة لصالح المتعاقد معها في حال أصدرت أو عدلت تشريعاتها القائمة وقت إبرام العقد، يثير إشكاليات قانونية وسياسية واقتصادية عديدة، فقد أظهرت التجارب التي مرت بها بعض الدول صعوبة كبيرة في التعاطي مع هذا الشرط إذا ما تغيرت كلياً أو جزئياً الظروف التي واكبت إبرام الاتفاقيات أو العقود المتضمنة له. وبهذا الصدد يقول الدكتور مهند مختار نوح¹: "إن العقد الإداري هو عقد المصلحة العامة، وهو لم يُبرم إلا في سبيل سد حاجات المرفق العام الذي يتصل به، مما يعني أن تجميد العلاقة التعاقدية (كما هو الوضع في حالة شروط الثبات التشريعي) على الرغم من تغير ظروف المرفق الذي أبرم العقد في سبيل سد احتياجاته، سوف يؤدي إلى انقلاب العقد غرماً خالصاً على عاتق الإدارة

¹ مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص 936.

والصالح العام، وتغليباً في الكثير من الأحيان للمصلحة الخاصة على المصلحة العامة...".

وفي عدة دول، وبسبب التزامها بشرط الثبات التشريعي، قد واجهت صعوبات كبيرة للتحلل من هذا الشرط في حال تبين لها بعد مدة من العمل به أن له أثراً سلبية على اقتصادها أو سياساتها.

أما في الجزائر فقد كان لتعديل القانون رقم 05-07،¹ المتعلق بالمحروقات بموجب الأمر رقم 06-07 أثر تطبيق جلي لما سبق بيانه. فعلى الرغم من نص المادة 101 منه على أن: "تبقى عقود الشراكة المبرمة قبل تاريخ نشر هذا القانون، وكذا الملاحق بهذه العقود المبرمة قبل تاريخ نشر هذا القانون، سارية المفعول إلى غاية انتهاء مدة صلاحيتها"، فقد نصت المادة 101 مكرر (المُستحدثة) على أنه: "بغض النظر عن أحكام المادة 101 أعلاه، يُطبق رسم غير قابل للحسم على الأرباح الاستثنائية التي يحققها الشركاء الأجانب على حصة الإنتاج الخاصة بهم عندما يكون الوسط العددي الشهري لأسعار البترول "البرنت" يتجاوز ثلاثون (30) دولاراً للبرميل الواحد، وذلك فيما يخص عقود الشراكة المبرمة بين سوناطراك وشريك أجنبي أو أكثر... يُطبق هذا الرسم ابتداءً من أول عُشت سنة 2006.

-تبلغ نسبة هذا الرسم المطبق على الإنتاج الذي يعود للشركاء الأجانب 05% كحد أدنى و50% كحد أقصى.

-تعد كل اتفاقية مخالفة للأحكام المذكورة أعلاه لاغية"

¹ - القانون رقم 05-07 مؤرخ في 27 أبريل 2005، يتعلق بالمحروقات، مُعدّل ومُتمّم بالأمر رقم 06-10 مؤرخ في 29 يوليو سنة 2006، والقانون رقم 13-01 المؤرخ في 20 فبراير 2013. ج ر عدد 50/2005، و 48/2006، و 11/2013.

لقد أسس نص المادة 101 مُكرّر لرسم جديد وهو "رسم غير قابل للحسم على الأرباح الاستثنائية"، حيث أن الجزائر رأت في ارتفاع سعر البترول عن التقديرات التي توقعها قبل إبرامها لعدة عقود يفوّت عليها أرباحا طائلة إذا ما ارتفعت تلك الأسعار بعد ذلك، وهو ما وقع بالفعل، حيث استأثرت الكثير من شركات إنتاج البترول المتعاقدة مع "سوناطراك" بهامش الأرباح الناتج عن فارق السعر المتعاقد عليه مع السعر الحقيقي للبترول في الأسواق العالمية، وهو ما دفع بالجزائر لمحاولة استدراك هذا الوضع من خلال فرض هذا الرسم الجديد على الرغم من نص العقود المبرمة مع الشركاء الأجانب على شرط "الاثبات التشريعي" خاصة في شقه المرتبط بعدم خضوعها للرسوم والضرائب المستحدثة بعد إبرام عقودها.

ومن الملاحظ أن الشركات الكبرى المتعاقدة مع "سوناطراك" قد تعاملت وفقا لمصالحها في عدم التمسك بشرط اثبات التشريعي في مواجهة هذا الرسم فشركة توتال الفرنسية كمثال لم تُقدم على مواجهة نص المادة 101 مكرر عند صدوره سنة 2006، وإنما بدأت تلوّح بلجوءها للتحكيم الدولي بداية من سنة 2016، أي بعد أدائها للرسم طيلة عشر سنوات، وتفسيرا لذلك يقول أحد الخبراء في عقود البترول: "إن شركة توتال تحركت في هذا الوقت تحديدا إما سعيا للضغط على الجزائر من أجل منحها عقودا أخرى في مجال المحروقات وإما لنيتها مغادرة الجزائر بعد أن تراجع إنتاجها بسبب نشاط شركات أخرى منافسة لها". ولكن التساؤل المطروح هو ما مقدار التعويض الذي ستتحمله الجزائر في حال صدور حكم تحكيمي لصالح شركة توتال؟ فأغلب التجارب الحديثة لإعمال شرط اثبات التشريعي في شقه الاقتصادي هو تحمل الدولة لتعويضات "ترضي" الشركات المتعاقدة، فلا يخفى ما آل إليه النزاع بين ليبيا

وشركتي TEXACO¹، وقبل ذلك قضية قناة السويس في مصر، عندما أرادت الأخيرة "تأميم" شركة قناة السويس واسترجاع سيادتها سياسيا واقتصاديا على هذه القناة². فعلى الرغم من رفع الغبن نظريا لصالح الدول "المتضررة"، فإن الشركات الكبرى ومن ورائها حكوماتها التي تنتصر لها، ستظفر بتعويضات مباشرة أو غير مباشرة تضمن من خلالها استرجاع خسائرها³.

وما يلاحظ مما سبق، أن الدافع الاقتصادي ومن وراءه الباعث السياسي، كانا دوما محور أعمال شرط الثبات التشريعي وفي نفس الوقت داعيا قويا للتحلل من تبعاته، فالدول النامية خاصة تقبل بهذا الشرط في حال ضعفها وتحاول التراجع عن ذلك في حال قوتها، مما يجعل أعمال شرط الثبات التشريعي متوقف بقدر كبير على مدى قدرة الدولة على "استغلال مواردها وثرواتها" ومدى إفلاحها في رسم سياسة التوفيق بين مصالحها الاقتصادية والسياسية ومصالح الشركات الكبرى التي تتعاقد معها والتي تهدف لتحقيق أكبر قدر من الأرباح.

الخاتمة:

إن التقارب الشديد والتداخل في المفاهيم التي توصف بها العقود التي تكون الدولة والأشخاص العامة طرفا فيها، يؤدي في حالات كثيرة إلى الاختلاف في تكييفها، كما أن تغير وظيفة الدولة الناتج عن تغيير سياستها الاقتصادية

¹ Cohen-Jonathan Gérard. L'arbitrage *Texaco-Calasiatic contre Gouvernement Libyen*; décision au fond du 19 janvier 1977. *Annuaire français de droit international*, volume 23, 1977. pp. 452-479.

On line: https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1977_num_23_1_2048

² علي الحفناوي، هل كان تأميم قناة السويس ضروريا، جريدة الوفد، جمهورية مصر العربية، عدد تاريخ 20-6-2018 على الرابط:

<https://alwafd.news/printing/1940276>

³ - في هذا المعنى: عدلي محمد عبد الكريم، المرجع السابق، ص 38.

ينعكس مباشرة على الطريقة القانونية التي تعتمدوها في بناء التزاماتها التعاقدية، فالجزائر غداة استقلالها أرادت تأمين ثرواتها الطبيعية وضمان إنشاء بنية تحتية خدمية متكاملة، لذلك استأثرت "الإدارة العامة" بسلطة الإشراف والتوجيه والتنفيذ معاً، واحتكرت الدولة ممارسة أغلب الأنشطة الاقتصادية الإنتاجية والخدمية. وفي هذه المرحلة لا يمكن القول أن هناك تمييزاً حقيقياً بين العقود الإدارية وعقود الدولة بصفة عامة.

أما بعد الاستقلال بعقود وبعد انحسار التوجه الاقتصادي الاشتراكي توجهت الجزائر لاعتماد اقتصاد السوق ومبدأ حرية المنافسة، تزامناً وتوسع نشاط الشركات المتعددة الجنسيات ضمن نطاقها الجغرافي، وحاجة الجزائر الملحة للتعاقد معها، وهذه الأخيرة فرضت كثيراً من الشروط من بينها شرط التحكيم وشرط الثبات التشريعي، وقد قبلت بهما الجزائر في أغلب تعاقداتها في مجال عقود البترول والعقود الخدمية "شركات الهاتف النقال...، ولا يمكن التسليم بأن هذه العقود كلها من قبيل العقود الإدارية، بل لا يطلق هذا الوصف إلا على العقود التي استجمعت خصائص وأوصاف العقد الإداري وفقاً لمفهومه الحديث والمتطور، والذي يتأثر باستمرار بموقف الدولة من المتعاقدين معها، وتغير نظرتها إليهم من مأمورين منفذين تحت سلطة الإدارة وسطوتها إلى شركاء اقتصاديين ومساهمين أساسيين في عملية التنمية الاقتصادية.