شرط الثبات التشريعي بين اضفاء الطبيعة الادارية للعقد أو الغائها

The requirement of legislative stability between adding or canceling the administrative nature of the contract

جبايلي صبرينة

جامعة عباس لغرور – خنشلة (الجزائر) sabrinadgebailli@yahoo.fr

تاريخ الاستلام: 2020/11/16 تاريخ القبول: 2021/10/05 تاريخ النشر: 2021/11/06

الملخص:

تعتبر الشروط الاستثنائية غير المألوفة من المعايير التي استقر الفقه والقضاء الاداري عليها في تمييز العقد الإداري، كما يعتبر شرط الثبات التشريعي شرط استثنائي على القواعد العامة تضعه الدول في عقودها الادارية ذات الطابع الدولي،من اجل جذب الاستثمارات الاجنبية ، هذا الاخير الثي اثار الجدل حول مدى اعتباره من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي تضفي الطبيعة الإدارية على العقد الإداري أو تنفيها.

الكلمات المفتاحية: الشروط الاستثنائية غير المالوفة، شرط الثبات التشريعي، العقد الإداري، معايير تمييز العقد الاداري، المعيار القضائي.

Abstract:

The exceptional and unfamiliar conditions are considered among the criteria that the jurisprudence and the administrative judiciary have settled upon in the distinction of the administrative contract, and the legislative stability condition is considered an exceptional condition on the general rules that states place in their administrative contracts of an international character, in order to attract foreign investment, the latter which has sparked controversy over the extent of Considering it as one of the exceptional and unusual conditions in private law, which imparts an administrative nature to an administrative contract.

Keywords: Unusual exceptional conditions ,statutory stability clause, administrative contract, criteria of distinction from the administrative contract, judicial standard

المؤلف المؤسل: جبايلي صبرينة، sabrinadgebailli@yahoo.fr

1. مقدمة:

تبرم الإدارة نوعين من العقود؛ عقود مدنية وعقود إدارية هذه وتلك ليست سواء فكلاهما يخضع لنظام قانوني وقضائي مختلف، فالعقود المدنية التي تبرمها الإدارة تخضع للقضاء العادي ويطبق عليها أحكام القانون الخاص، أما العقود الإدارية فإنها تخضع للقضاء الفاصل في المادة الإدارية ويطبق عليها أحكام القانون الإداري (جابر جاد، دون سنة نشر، ص 25).

هذا وقد احتلت مسألة تعريف العقد الإداري والتمييز بينه وبين عقود القانون الخاص مكانا بارزا في كتابات الفقه وأحكام جهات القضاء لاسيما في الدول التي تنتمي إلى النظام القانوني اللاتيني كفرنسا ومصر والجزائر، لما يترتب على هذه المسألة من نتائج بالغة في تحديد القضاء المختص للنظر في المنازعات التي تثار بصدد تلك العقود من ناحية، والقانون الواجب التطبيق عليها من ناحية أخرى.

في هذا الشأن استقرت آراء الفقه وأحكام القضاء على ضرورة وجود عناصر محددة لتمييز العقد الإداري وهي: وجود الإدارة كطرف فيه،واتصاله بنشاط مرفق عام، إضافة إلى تضمنه شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، هذه الأخيرة التي يتوسع مفهومها ليشمل صور عدة من الشروط فهي وان كانت مرتبطة بممارسة الدولة لامتيازات السلطة العامة المعترف لها بها في مواجهة المتعاقد معها ، إلا أننا قد نصادفها في عقود الاستثمار الدولي على شاكلة أخرى حيث يفرض الطرف المتعاقد على الدولة عدم المساس بالتشريع المعمول به وقت إبرام العقد وهو ما يعرف بشرط الثبات التشريعي ، فهل يمكن اعتبار شرط الثبات التشريعي من قبيل الشروط الغير مألوفة والتي يمكن الاستناد إليها لتقرير الطابع الإداري للعقد؟

لذلك ترمي الدراسة الى تسليط الضوءعن دور الشروط الاستثنائية غير المألوفة في تمييز العقد الإداري , وما إذا كان لشرط الثبات التشريعي نفس الدور أم لا باعتباره من أهم الضمانات التي تجذب المستثمر الاجنبي والتي تسعى الدولة جاهدة الى تضمينها في عقودها خاصة التي تبرمها على المستوى الدولي.

أهداف الدراسة:

تسعى الدراسة الى تحقيق العديد من الاهداف من بينها:

- التعرف على فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة.
- تحديد اهم صور الشروط الاستثنائية غير المألوفة.
- تعريف شرط الثبات التشريعي .
- تكييف طبيعة شرط الثبات التشريعي.
- تقييم دور شرط الثبات التشريعي في العقود الإدارية.

أهمية الدراسة:

- تتضح أهمية الدراسة بالنظر لحداثة نظرية العقود الادارية مع عدم وجود تعريف محدد وموحد للشروط الاستثنائية غير المألوفة كمعيار مميز للعقد الإ داري هذا الأخير الذي يتميز بطبيعته المرنة والمتغيرة مواكبة للتطور والحداثة فكما تتطور قواعد القانون الاداري كان لزاما أن يصاحبها تطور ف في طبيعة العقد الاداري .
- الشروط الاستثنائية ليست جميعها من طبيعة واحدة فهناك من الشروط التي تعد للوهلة الأولى بأنها غير مألوفة في القانون الخاص بينما هي عكس ذلك خاصة في ظل التطور الحاصل في التعاملات والتعاقدات الحديثة مع سعي الدول الى جذب الاستثمارات الاجنبية وما يستتبعه من وضع العديد من الشروط التي تقرر صلاحيات وامتيازات لصالح المتعاقد معها والتي من شأنها أن تجعله في كفة متساوية معها ، الأمر الذي يثير إشكالية خصوصية العقد الاداري في ظل هذه الشروط وخاصة شرط الثبات التشريعي موضوع الدراسة، مما يستتبع معه ضرورة القاء الضوء على شرط الثبات وهل له دور في اضفاء الطبيعة الادارية للعقد أم نفيها وجعله من عقود القانون الخاص.
- شرط الثبات في العقود الإدارية شرط جديد من الشروط الغير مألوفة في مفهوم العقد الإداري بصورته التقليدية، وبالتالي فانه يثير العديد من الاشكالات القانونية التي يجب معالجتها.

منهج الدراسة:

وبغرض توضيح الموضوع سوف نتبع المنهج الوصفي بهدف استجلاء الملامح والجوانب المختلفة له .

2. فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة و أهم صورها

يذهب الفقه الإداري إلى أن العقد لا يعتبر إداريا، رغم إبرامه من طرف شخص معنوي عام واتصاله بمرفق عام، وإنما ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن تستعمل الإدارة أساليب أو وسائل القانون العام (الجبوري، 2010، صفحة 45).

تتمثل وسائل القانون العام في الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي تعتبر حجر الزاوية في التعرف على طبيعة العقود الإدارية في الوقت الحاضر (الطماوي، 1991، ص88)

1.2 نشأة الشروط الاستثنائية غير المألوفة

ظهرت فكرة الشروط الاستثنائية غير المالوفة اول مرة في قضية السيد تيري حيث تطرق اليها مجلس الدولة الفرنسي عندما قرر أن اختصاص القضاء الاداري لا ينعقد إالا عندما تمارس الإدارة نشاطها مستخدمة وسائل غير مألوفة في مجال القانون الخاص، وبالتالي فان العقود التي تبرمها لا تعتبر ادارية الا اذا احتوت على شروط غير مألوفة في علاقات القلانون الخاص (الحمادي، 2014، ص ص 102-104)

ثم بدأت تظهر الفكرة بقوة من خلال حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية شركة الجرانيت حيث وضع مفوض الدولة مبدا عاما يتعلق بمعيار تمييز العقد الاداري عن عقود القانون الخاص فبين في تقريره أنه:" اذا تعلق الامر بعقد يجب البحث ليس عن الغاية من ابرامه ولكن ما هو العقد بحد ذاته وطبيعته ولا يكفي لكي يختص القضاء الاداري وجوب استعمال التوريد وهو محل العقد عقب تمامه لمرفق عام فيجب ان يكون العقد بذاته وبطبيعته الخاصة اما من العقود التي لا يستطيع ان يعقدها الا شخص عام او ان يكون بشكله وتكوينه عقدا اداريا، فما يجب بحثه هو طبيعة العقد ذاته استقلالا عن الشخص الذي عقده والغاية التي ابرم من اجلها" (الصغير، 2015، ص 232) .

، حيث أكد فيه أنه ليست كل العقود التي تبرمها الإدارة لصالح المرافق العامة عقودا إدارية بل ان منها ما يمكن أن تطبق عليه قواعد القانون الخاص ، وبالتالي فإن المعيار الحاسم في تحديد طبيعة العد لا يتعلق بموضوعه بقدر ما يتعلق بالشروط التي يتضمنها والتي تعبر عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها الادارة.

وتوالت بعد ذلك احكام القضاء الفرنسي لتأكيد فكرة الشروط الاستثنائية غير المألوفة كمعيار مميز للعقد الإداري ، وامتدت هذه الفكرة الى مختلف العقود التي تبرمها الدولة أو الأشخاص التابعة لها (جابر جاد، دون سنة نشر، ص ص 103-104).

2.2 مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة

وحيث اجمع الفقه والقضاء على أن العقد لا يعتبر إداريا إلا إذا اشتمل على شروط استثنائية غير مألوفة إلا أن هذا الإجماع لم يصل إلى حد وضع تعريف شامل مانع لهذه الشروط ، سوف نحاول عرض مختلف الآراء الفقهية والقضائية التي قيلت في تعريفها على النحو التالي:

و من التعاريف التي حاول من خلالها الفقه إعطاء مفهوم للشروط الاستثنائية غير المألوفة أنها: " الشروط التي تكون باطلة إذا ما وجدت في عقود القانون الخاص لمخالفته النظام العام" (الياس، 2015، ص 20).

وعرفت على أنها :" تلك الشروط التي تعتبر غبر مشروعة في عقود القانون الخاص ، والتي لا يستطيع الأفراد إدراجها في عقودهم الخاصة" (البنا، 2008، ص 186).

وعرفقها الفقه الفرنسي على انها:" الشروط التي لها الطابع الإداري ، وتعطي للإداراة حقا للرقابة غير مألوف". (autres, 1988, p. 214).

ومن الأحكام القضائية التي حاولت وضع تعريف لشروط الاستثنائية غير المألوفة حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية stein والذي جاء فيه :" إنها تلك التي تمنح احد الطرفين المتعاقدين حقوقا وتحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري" (الصغير ب.، 2005، ص 19).

وعرفتها محكمة التنازع في حكمها في قضية combustiblesعلى أنها:" هي التي لا يمكن أن نصادفها عادة في العقود المبرمة وفقا لقواعد القانون الخاص (عباس، بدون سنة نشر، ص 77).

من مجمل ما قدم من تعاريف نجد أن الفقه والقضاء لم يقدما تعريفا جامعا مانعا لتلك الشروط و يعود ذلك إلى أسباب عديدة يمكن ردها:

1- اختلاف وجهات نظر الفقهاء في تحديد معيار يتم على أساسه تحديد تطاق تطبيق القانون الإداري وانقسامهم إلى مدرستين مدرسة المرفق العام ومدرسة السلطة العامة

هذا الخلاف الذي انعكس سلبا على وضع تعريف عام للشروط الاستثنائية غير المألوفة بحسب الفلسفة التي اعتنقها أنصار المدرستين (عباس، بدون سنة نشر، ص 77).

2- تواتر القضاء على الاختصار الشديد في صياغة أحكامه حيث يكتفي بمجرد التصريح على: "باشتمال العقد على شروط استثنائية غير مألوفة في القانون" دون أن يحدد ما المقصود بتلك الشروط، وكذا عدم الاستقرار على معيار عام يتحدد على أساسه الشروط الاستثنائية غير المألوفة، فما يعتبره القضاء من قبيل الشروط الاستثنائية في بعض الأحكام يرفضه في أحكام أخرى (الطماوي، 1991، ص 76).

3- عدم استقرار القضاء على معيار عام يعتبر ركيزة لتحديد مفهوم الشروط الاستثنائية غير المألوفة ، حيث عادة ما تكون حلوله غير متوقعة ومتغيرة ، فما يعتبر من قبيل الشروط الغير مألوفة في حكم يرفضه في آخر (عباس، بدون سنة نشر، ص 76) ، وهذا ما سوف نراه عند دراستنا لإشكالية البحث (شرط الثبات التشريعي).

4- الأحكام التي تتضمن الشروط الاستثنائية غير المألوفة يمكن أن يتأخر صدورها لمدة طويلة نسبيا وبالتالي فان ما تتضمنه من حلول قد لا يتماشى مع الاتجاهات القضائية الحديثة (أمين، 2003، ص 68) ، إضافة إلى السياسة التي يتبعها القضاء في صياغة أحكامه حيث يحاول الابتعاد عن وضع تعريف جامع لهذه الشروط بل يكتفي بتقريرها دون تعميمها حتى لا يغلق باب الاجتهاد أمام نفسه في ما سيعرض عليه من قضايا في المستقبل.

3.2 : صور الشروط الاستثنائية غير المألوفة

قد ذهب الفقه والقضاء إلى رد هذه الشروط الاستثنائية إلى أفكار وصور رئيسة تتمثل أساسا في:

أولا: الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها.

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية التي جاءت بها احكام القضاء الاداري في هذا الشأن ما يلي:

أولا : سلطة الإدارة في أن تحمل المتعاقد معها التزامات منها على سبيل المثال؛ الحق في تعديل التزامات المتعاقد، الحق في الإشراف والتوجيه، الحق في توقيع العقوبات أو فسخ العقد وإنهائه بإرادتها المنفردة (الطماوي، 1991، ص 93) .

ثانيا: الشروط التي تخول المتعاقد مع الإدارة شروط استثنائية في مواجهة الغير:

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية التي جاء بها الفقه في هذا الشأن ما يلي:

- كإعطاء المتعاقد مع الادارة الحق في ممارسة بعض مظاهر السلطة العامة بالقدر الذي يستوجبه تنفيذ العقد، ومثال ذلك منح الملتزم في عقد الالتزام سلطة نزع الملكية لإقامة المنشآت اللازمة للمرفق، أو منحه سلطات بوليسية تجاه المنتفعين بخدمات المرفق العام (جابر جاد، دون سنة نشر، ص 47).
- وكذلك ما يرد في عقد الالتزام من شروط تمنح للملتزم الحق في تحصيل رسوم من المنتفعين مباشرة مقابل الخدمة التي يقدمها للجمهور والانتفاع بحقوق الارتفاق على النحو المرسوم في عقد الالتزام (أمين، 2003، ص 70) ،اضافة الى حق المتعاقد في اعادة التوازن المالي للعقد ، وحقه في الاستلاء المؤقت على العقارت في عقود الأشغال العامة ، وحصوله عل احتكار خاص يقيد من منافسة المؤسسات الأخرى ...الخ.

ثالثا : الإحالة إلى دفاتر شروط معينة تصبح جزءا من العقد الإداري بعد إبرامه:

حيث انه من المتعارف عليه في مجال ابرام العقود الادارية ان الادارة العامة تقوم باعداد دفتر للشروط سلفا فيه شروط موحدة يتضمنها دفتر يطلق عليه بدفتر الشروط يتم الاشارة اليه في بند من بنود العقد المبرم كجزا لا يتجزا منه ومتمم له ،إلى جانب الشروط الخاصة التي يتفق عليها المتعاقد مع الإدارة (الطماوي، 1991، ص 94).

وبالتالي فاذا كان هذا الدفتر يحتوي على شروط استثنائية غير مالوفة في القانون الخاص فان ذلك يستتبع اضفاء الطابع الاداري على العقد (عباس، المعيار القضائي في تمييز العقد الاداري، بدون سنة نشر، ص 84)، اضافة الى انه هناك بعض الشروط المرتبطة بالصالح العام والتي لا يمكن فهمها الا بالرجوع الى اعتبارات الصالح العام ومنها مثلا الشروط التي تفرض التزامات على المتعاقد لصالح الجمهور (الحمادي، 2014، ص 113).

رابعا : النص على اختصاص القضاء الفاصل في المادة الإدارية في نظر جميع المنازعات التي تتولد عن العقد: حيث أنه قد يتفق الطرفان على أن الاختصاص في نظر كافة المنازعات التي تنشأ بمناسبة تنفيذ العقد الإداري تكون من اختصاص القضاء الإداري لا غير وهذا يعتبر من قبيل الشروط الاستثنائية التي تؤكد على الطابع الإداري للعقد (الصغير ب.، 2005، ص 20).

3: تكييف طبيعة شرط الثبات التشريعي في العقد الإداري

إذا كانت الصور السابق الإشارة إليها من الشروط الغير مألوفة في القانون الخاص التي استقر عليها الفقه والقضاء والتي تؤدي إلى استقلال فكرة العقد الإداري عن العقد المدني، إلا انه هناك صور أخرى من الشروط ثار بشأنها خلاف حول مدى اعتبارها من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي تضفي الطابع الإداري على العقد، من أمثلة هذه الشروط شرط الثبات التشريعي.

1.3: **تعريف شرط الثبات التشريعي وأهميته:**

1.1.3: **تعريف شرط الثبات التشريعي**

يعد شرط الثبات التشريعي من الشروط المألوفة في عقود الدولة، خاصة تلك المتعلقة بالاستثمار، فغالبا ما يتفق الأطراف على أن قانون الإرادة الذي يسري على العقد عند المنازعة هو القانون المختار بأحكامه وقواعده النافذة فقط وقت إبرام العقد مع استبعاد تطبيق أي تعديل يطرأ عليه في وقت لاحق (سلامة، 1987، ص 68).

يعرف الفقه شرط الثبات التشريعي أو التجميد الزمني لقانون الإرادة على أنه: "ذلك الشرط الذي تتعهد الدولة بمقتضاه بعدم تطبيق تشريع جديد أو لائحة جديدة على العقد الذي تبرمه مع الطرف الأجنبي، فشرط الثبات يهدف إلى تجميد القواعد التشريعية في الدولة المضيفة في علاقاتها بالطرف الأجنبي المتعاقد معها على الحالة التي كانت عليها في تاريخ إبرام العقد بهدف حماية الطرف الأجنبي ضد المخاطر التشريعية التي تتمثل في سلطة الدولة في تعديل اقتصاديات العقد، وذلك من خلال تغيير تشريعاتها حسب التطبيق سواء بوصفه القانون الذي يحكم العقد أو بوصفه من القواعد ذات التطبيق الضروري" (عكاشة، 2014، ص 132).

كما يعرف على أنه:" أداة قانونية يتم من خلالها حماية المستثمر الأجنبي من مخاطر التشريع متى حاولت الدولة تعديل العقد بسن تشريع جديد حيث تتم الحماية من خلال تجميد دور الدولة في التشريع والذي يحد من سلطاتها التشريعية ولكن لا يجردها منها" (شعلان، 2017، ص 4).

وقد كرس المشرع الجزائري شرط الثبات التشريعي في القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار حيث نص في المادة 22 منه على أنه: "لا تسري الآثار الناجمة عن مراجعة أو إلغاء هذا القانون التي قد تطرأ مستقبلا عن الاستثمار المنجز في إطار هذا القانون إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"(القانون رقم 09/16 المتعلق بترقية الاستثمار).

ويذهب جانب فقهي في تمييزه بين شرط الثبات التشريعي وشرط ثبات العقد بالقول أن بنود الثبات التشريعي ناجمة عن صلاحية عامة تستمدها الدولة من سيادتها، أما بنود عدم المساس أو التعديل فتتعلق بسلطة لا تتحرك إلا في المجال التعاقدي (الحداد، 2003، ص 327).

وتكمن الغاية الأساسية من شرط الثبات في حماية الطرف المتعاقد مع الدولة من المخاطر الكثيرة المحتملة الناتجة عن استعمال الدولة لسلطاتها في تعديل أو تغيير القانون الذي يحكم العلاقة التعاقدية، وبالتالي يضمن للمتعاقد مع الدولة من خلال هذا الشرط استمرارية بقاء القانون الذي أبرم العقد في ظله حتى انتهاء مدة تنفيذ العقد دون الاعتداد بأي تعديل يرد عليه مستقبلا (عباس، 2003، ص 674).

ويتخذ شرط الثبات التشريعي من حيث مضمونه اما شكل الطابع العام ،اذا ما تعهدت الدولة بعدم سريان كافة تشريعاتها الحديثة على العلاقة التعاقدية ،واما شكل الطابع الجزئي وذلك بان تتعهد الدولة على عدم سريان بعض القوانين الداخلية دون سواها من القوانين الاخرى.

ومن ناحية نطاقه فان شرط الثبات التشريعي قد ياخذ شكل الطابع المطلق، وقد ياخذ شكل الطابع النسبي حيث تتجنب من خلاله الدولة المساس بالتوازن المالي للعقد والاضرار بالمتعاقد معها. (عباس، دون سنة نشر، ص 90).

وقد يكون شرط الثبات التشريعي محدد المدة بانتهاءها تكون كافة التشريعات التي تصدرها الدولة سارية في حق المتعاقد معها، وقد يكون غير محدد المدة حيث يمتد تطبيقه طوال فترة سريان العقد (عباس، بدون سنة نشر، ص ص 92-93).

2.1.3 : أهمية شرط الثبات التشريعي

يؤدي شرط الثبات دورا كبيرا وهاما في عملية جذب الاستثمار فهو يسعى إلى تامين حماية مطلقة للمتعاقد الأجنبي طيلة مدة العقد ويكون دوما لصالح الشريك الأجنبي أكثر من الدولة المضيفة لأنه يضمن له الحماية الكافية ويبعث في نفسه الثقة على مشاريعه الاستثمارية مما يشجع على جذب رؤوس الأموال للدول النامية و تظهر أهميته خاصة في:

1- يحقق الرغبة المشتركة لأطراف العقد في مراعاة توقعاتهم المشروعة والمحافظة على توازن واستقرار التزاماتهم التعاقدية.
2- له دور في الحد من المنازعات التي يمكن أن تنشأ بين الدولة والمستثمر الأجنبي ، حيث تقوي الوضع التفاوضي للمستثمر عند إحالة النزاع بشأن العقد إلى محكمة ما أو هيئة تحكيم معينة حيث يمكن لهذا الشرط أن يمارس قوته القانونية من حيث كونه باعثا هاما في الوصول إلى حلول وسطية أو تسوية ودية (احمد، 2016، ص 50).
3- يشكل معيارا حاسما لحسن تنفيذ العقد لما يفرضه من عواقب قانونية نتيجة انتهاك أحد بنوده إذ أن مخالفة هذا الشرط من طرف الدولة المتعاقدة من شأنه إنشاء حق خاص بالتعويض (الاسعد، 2006، ص 200).
4- مساهمته في توفير مناخ ملائم للاستثمار في حال احترام الدولة لها حيث يساهم في ضمان حقوق المستثمر واستقرار الأوضاع التي جرى في ظلها الاستثمار بما يؤدي إلى نجاح المشروع ، ومحافظة الدولة على مصالحها ومؤسساتها وسيادتها (سارة، 2010، ص95)

2.3 ::مدى اعتبار شرط الثبات التشريعي من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة

يعد شرط الثبات من الشروط المألوفة في عقود الدولة لأنه يسمح بضمان التنفيذ الجيد للعقد طوال مدته ، حيث يستهدف بالدرجة الأولى تجميد دور الدولة كسلطة تشريعية وطرف في العقد في من تغيير قانونها النافذ وقت إبرام العقد وتعهدها بعدم إصدار تشريعات

جديدة تسري على العقد المبرم بينها وبين الطرف الأجنبي المتعاقد معها على نحو يؤدي إلى الإخلال بتوازن العقد (الحداد، 2003، ص 343) وبالدرجة الثانية تستهدف إلى اعتبارات سياسية تتمثل في تشجيع وترغيب المستثمر في جذب رؤوس أمواله واستثمارها في البلد خاصة مع حاجة الدول لمشروعات التنمية والبنى التحتية (الحمادي، 2014، ص 215).

فهل هذه التعهدات تشكل قيدا على سيادة الدولة التشريعية وامتيازاتها كسلطة عامة، وبالتالي تنفي الطبيعة الإدارية للعقد ؟ أم أنها تعد من قبيل الشروط الاستثنائية ومن ثم يعتبر العقد إداريا؟

في معرض الإجابة على هذا التساؤل انقسم الفقه والقضاء إلى قسمين قسم يعتبر شرط الثبات التشريعي من قبيل الشروط الاستثنائية والتي تضفي الطبيعة الإدارية على العقد الإداري وقسم يذهب إلى أن وجود مثل هذا الشرط تنتفي معه الطبيعة الإدارية للعقد الإداري ويعد من قبيل عقود القانون الخاص ولكل اتجاه حججه وأسانيده:

1.2.3 : شرط الثبات التشريعي ليس من قبيل الشروط الاستثنائية:

أثيرت مشكلة تكييف شرط الثبات التشريعي في قضية تكساكو حين ذهب الأستاذ Dupuy إلى البحث عن أثر وجود هذا الشرط في العقد ففي هذه القضية بعد أن استعرض المحكم معايير تمييز العقد الإداري، رأى أن شروط الثبات الواردة في المادة 16 من عقود الامتياز تبدو وكأنها شروطا غير مألوفة من حيث لا يمكن مصادفتها في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة العادية على الرغم من أن هؤلاء الأشخاص يمكنهم تحديد كون القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بينهم هو القانون الساري وقت إبرامه (عباس، 2003، ص 685).

فالمحكمة ترى (الحداد، 2003، ص ص 375-377): "أن القانون الليبي شأنه في ذلك شأن القانون المصري يضفي على العقد المبرم بواسطة الشخص العام الطابع الإداري الذي تتمتع فيه السلطة الإدارية بحقوق وسلطات لا يمكن مصادفتها في أي عقد من عقود القانون المدني المعتادة، كسلطتها في تعديل أو فسخ العقد بالإرادة المنفردة إذا اقتضت المصلحة العامة مثل ذلك الأمر.

والذي يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو طابع عدم المساواة الذي يستشف من شروط هذا العقد، أما بصدد عقد الامتياز في القضية المطروحة على نطاق البحث فإن

شرط الثبات يعد شرطا سلبيا وبالتالي ينفي الطابع الإداري عن العقد حيث بمقتضاه تتعهد الدولة أو السلطة الإدارية بعدم استخدام السلطات التي تتمتع بها دون موافقة الطرف الآخر، وبالتالي فإن شرط الثبات يعبر على أن الدولة أرادت التعاقد مع الطرف الآخر على قدم المساواة كما هو الحال في العقد المدني وذلك على عكس الحال بصدد عقد إداري.

ينتهي الأستاذ Dupuy في تحليله لهذه القضية إلى أن: "شرط الثبات الوارد في العقد المبرم بين الحكومة الليبية والشركتين الأمريكيتين يعتبر بمثابة نفي للطابع الإداري لهذا العقد، حيث تمس أحد العناصر الجوهرية لتكييف هذا العقد على هذا النحو وهو طابع عدم المساواة وتنازل الدولة عن الامتيازات الممنوحة لها" (الحداد، 2003، ص 377).

فيما يرى بعض الفقه أن شروط الثبات التشريعي التي تتضمنها عقود الأشغال الدولية هي أهم الشروط التعاقدية التي تضفي على هذا العقد الخاصية المركبة والتي تؤكد أن طبيعة هذا العقد قد غيرت من كونه عقدا إداريا بحتا الى عقد ذي طبيعة مختلطة تتواءم مع ما به من متغيرات وشروط تعاقدية جديدة على مفهوم العقد الإداري التقليدي (الحمادي، 2014، ص 211)

2.2.3: شرط الثبات التشريعي يعد من الشروط الاستثنائية غير المألوفة:

انتقد جانب من الفقه ما توصل إليه المحكم في قضية تكساكو، حيث يرى أن شرط الثبات التشريعي شرطا استثنائيا عن القواعد العامة المألوفة، ومن ثم فهو يثبت الطابع الإداري للعقد لا ينفيه حيث لا يمكن ان نتصور وجود مثل هذه الشروط في العقود المبرمة بين الأشخاص الخاصة ، ذلك أن لا يحق لأحدهما أن يلتزم بعدم سريان التشريعات الجديدة على العقد المبرم بينهما ، هذا من جهة.

ومن جهة أخرى فإنه إذا كان من الصحيح أن الشروط غير المألوفة هي التي تعطي امتيازات للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، إلا أن ذلك لا ينفي تصور وجودها إذا كانت هذه الامتيازات ممنوحة للمتعاقد في مواجهة الإدارة (عباس، بدون سنة نشر، ص 96).

كما يذهب اتجاه آخر إلى القول أن : "هذه الشروط مردها ارتباط العقد بنشاط مرفق عام، فضلا عن أنها لا تتضمن في كل الأحوال تمييزا لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد، وإنما تضمن للمتعاقد حقوقا أكثر مما يتضمنها العقد العادي" (نصار، 2002، ص 52).

فإذا كان ما يميز العقد الإداري عن العقد المدني هو طابع عدم المساواة الذي يستشف من الشروط المدرجة في العقد التي تعطي للإدارة امتيازات وسلطات استثنائية غير مألوفة في التعامل مع الأفراد بعضهم بعضا. (الحمادي، 2014، ص 37).

فإنه بدخول الدولة في علاقات تعاقدية مع الأشخاص الأجنبية واتفاقها على إدراج شرط الثبات لا يعني تنازلها عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها ، ولا يؤثر بأي حال على مركزها السيادي المرموق في العقد ، إذ تظل الدولة محتفظة بكامل امتيازاتها كسلطة عامة في اتخاذ ما تراه ضروريا لتحقيق الصالح العام، هذا المعنى أكدت عليه هيئة التحكيم من خلال الحكم الصادر في قضية Aminoil حيث قضت محكمة التحكيم بأن "شرط الثبات لا يقيد بأي حال حق الدولة في اتخاذ إجراءات التأميم (الاسعد، 2006، ص 218).

كما اعتبرت محكمة التحكيم في نفس القضية أن العقد المتضمن شرط الثبات التشريعي يعد من قبيل العقود الإدارية وبالتالي ناقضت الاتجاه القائل بأن تضمين العقد بمثل هذا الشرط يعد دليلا أكيدا على الطابع الخاص له (عباس، بدون سنة نشر، ص96).

نؤيد هذا الرأي فيما ذهب إليه حيث أن شرط الثبات التشريعي لا يمكن وجوده في العقود التي تبرم بين الأشخاص العاديين، حيث أنهم لا يستطيعون التعهد بعدم تعديل القانون الواجب التطبيق على العقد أو التعهد بعدم تعديل العقد أو إنهائه بالإرادة المنفردة لأن هذه السلطة لا يتمتع بها إلا الأشخاص العامة تحقيقا للمصلحة العامة، وبالتالي فإن هذا الشرط يؤكد الطبيعة الإدارية للعقد، كما أن إدراج الدولة لشروط الثبات في عقودها الإدارية لا يعني تنازلها عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها ، ولا يؤثر بأي حال على مركزها السيادي المرموق في العقد ، إذ تظل الدولة محتفظة بكامل امتيازاتها كسلطة عامة في اتخاذ ما تراه ضروريا لتحقيق الصالح العام، حيث يضل شرط الثبات التشريعي بجوار المرفق العام الأساس الذي يتشكل منه المعيار الموضوعي المميز للعقد الإداري.

4. خاتمة:

استقرت آراء الفقه وأحكام القضاء على ضرورة وجود معايير لتمييز العقد الإداري وهي: وجود الإدارة كطرف فيه، واتصاله بنشاط مرفق عام، إضافة إلى تضمنه شروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص هذه الأخيرة التي يتوسع مفهومها ليشمل صور عدة من الشروط فهي وان كانت مرتبطة بممارسة الدولة لامتيازات السلطة العامة المعترف لها بها في

مواجهة المتعاقد معها ، إلا أننا قد نصادفها في عقود الاستثمار الدولي على شاكلة أخرى (شرطا للإثبات التشريعي)، حيث تضمن للمتعاقد حقوقا أكثر مما يتضمنها العقد العادي، في ضل مساهمته في تسيير أو تطوير أو تنظيم مرفق عام، وبالتالي فهي تعد من قبيل الشروط الاستثنائية غير المألوفة في القانون الخاص والتي يستند إليها في تحديد طبيعة العقد.

وقد اسفرت الدراسة على النتائج التالية:

1- يؤدي شرط الثبات دورا كبيرا وهاما في عملية جذب الاستثمار فهو يسعى إلى تامين حماية مطلقة للمتعاقد الأجنبي طيلة مدة العقد ويكون دوما لصالح الشريك الأجنبي أكثر من الدولة المضيفة لأنه يضمن له الحماية الكافية ويبعث في نفسه الثقة على مشاريعه الاستثمارية مما يشجع على جذب رؤوس الأموال للدول النامية.

2- إدراج الدولة لشروط الثبات في عقودها الإدارية لا يعني تنازلها عن امتيازات السلطة العامة التي تتمتع بها ، ولا يؤثر بأي حال على مركزها السيادي المرموق في العقد ، إذ تظل الدولة محتفظة بكامل امتيازاتها كسلطة عامة في اتخاذ ما تراه ضروريا لتحقيق الصالح العام.

3- يمنح شرط الثبات امتيازات للمتعاقد في مواجهة الإدارة في ظل مساهمته في تسيير أو تنظيم مرفق عام ، وبالتالي فهو يعتبر شرطا استثنائيا غير مألوف في عقود القانون الخاص.

4- وفي كل الأحوال لا يمكن اعتبار الشروط الاستثنائية غير المألوفة بما فيها شرط الثبات التشريعي معيارا حاسما لتمييز العقد الإداري ، وإنما تلعب دورا احتياطيا يستند إليه لتحديد طبيعة العقد ، فيما يضل المعيار الفاصل في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإداري هو اتصاله بالمرفق العام ، فمتى كان للطرف المتعاقد مساهمة مباشرة مع الدولة في تسيير أو استغلال مرفق عام عد العقد إداريا بغض النظر عن الشروط التي يحتويها.

قائمة المراجع:

- بشار الاسعد،عقود الاستثمار في العلاقات الخاصة الدولية،(بيروت ،منشورات الحلبي الحقوقية،2006) .

- بعلي محمد الصغير،العقود الإدارية، (الجزائر ،دار العلوم للنشر و التوزيع،2005)
- جابر جاد نصار،عقود البوت والتطور الحديث لعقد الالتزام–دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام، (القاهرة ، دار النهضة العربية ، ،2005)
- حفظة السيد الحداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية، (بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،2003).
- خالد كمال عكاشة،دور التحكيم في فض منازعات عقود الاستثمار،(الأردن، دار الثقافة للنشر و التوزيع،2014).
- سليمان الطماوي،الأسس العامة للعقود الإدارية، (القاهرة، مطبعة جامعة عين شمس،1991).
- عبد العزيز بن محمد الصغير،القانون الإداري بين التشريع المصري والسعودي، (القاهرة، المركز القومي للإصدارات القانونية،2015).
- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي،حقوق وضمانات المتعاقد مع الادارة والتحكيم في العقد الإداري، (بيروت، منشورات الحلبي الحقوقية،2014).
- محمد السعيد امين،العقود الإدارية، (القاهرة، دون الناشر،2003).
- محمد عاطف البنا،العقود الإدارية ،(القاهرة، دار الفكر العربي،2008)
- محمود خلف الجبوري،العقود الإدارية، (الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع،2010).
- نصار جابر جاد،العقود الإدارية، (القاهرة، دار النهضة العربية، دون سنة النشر)
- وليد محمد عباس،التحكيم في المنازعات الإدارية ذات الطبيعة التعاقدية، (الإسكندرية ،دار الجامعة الجديدة،2003).
- وليد محمد عباس المعيار القضائي في تمييز العقد الإداري، (القاهرة، دار النهضة العربية، دون سنة النشر).
- André de laubadére et autres,traité des contrat administratif, (paris. ,1988)

المقالات:

- احمد عبد الكريم سلامة، شرط الثبات التشريعي في عقود الاستثمار والتجارة الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي ، 1987.

- جوادي الياس، معايير تحديد مفهوم العقد الإداري وتمييزه عن العقود الأخرى، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية ، 2015.
- فاطمة رحيم شعلان ،دور شرط الثبات التشريعي في عقد الاستثمار الأجنبي، العراق، جامعة القادسية ، 2017.
- محمد عامر شنجار، علي عسان احمد ، الوسائل الوقائية لتجنب منازعات الاستثمار، مجلة كلية الحقوق العراق ، 2016.

الاطروحات:

- محمد سارة،الاستثمار الأجنبي في الجزائر، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة ، الجزائر،2010.