مجلة الاجتهاد القضائي-المجلد 13- العدد 02 (العدد التسلسلي 27) أكتوبر 2021 (ص ص: 1107 – 1118)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

فيروس كورونا COVID-19 كظرف طارئ في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري

Coronavirus COVID-19 as an emergency circumstance in the field of public deals In Algerian law

د. شعيب محمد توفيق [1]
أستاذ محاضر "ب"
جامعة محمد خيضر – بسكرة (الجزائر)
chaibmohamedtoufik@gmail.com

أ. حكيم وعيل [2]
أستاذ مساعد "أ"
جامعة محمد خيضر – بسكرة (الجزائر)
hakimo.maitre@gmail.com

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
17 أكتوبر 2020	10 فيفري 2021	15 مارس 2021

الملخص:

تعد الامراض والاوبئة مجالات ذات تأثير كبير على القطاعات الحيوية لأي دولة بما قد لا يتلاءم والسياسة المتخذة داخل الحدود الإقليمية للدول، خاصة القطاع الاقتصادي وما تعلق منها بسير المرافق العامة، في اطار تنفيذ المشاريع وإنجاز الصفقات العمومية، ولعل ظهور فيروس كورونا كان السبب المباشر في تعطيل انجاز المشاريع ومنه التأثير في سير المرافق العامة وعدم تلبية حاجات الأفراد من جهة، وكذا الاضرار بمصالح الأطراف المتعاقد خاصة في مجال الصفقات العمومية، على هذا الأساس تم إقرار عدة نظريات في هذا الشأن مثل نظرية الظروف الطارئة من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة.

الكلمات المفتاحية: الصفقة العمومية، الظروف الطارئة، المرفق العام، فيروس كورونا.

Abstract :

Diseases and epidemics are areas that have a great impact on the vital sectors of any country, which may not suit the policy taken within the territorial borders of countries, especially the economic sector and what is related to the functioning of public facilities, within the framework of the implementation of projects and the completion of public deals, and perhaps the emergence of the Corona virus was the direct cause of disruption Completing projects, including affecting the functioning of public utilities and not meeting the needs of individuals on the one hand, as well as harming the interests of the contracting parties, especially in the field of public deals, on this basis, several theories were approved in this regard, such as the theory of emergency conditions in order to restore the financial balance of the public deal.

key words :

public deal, emergency circumstances, public utility, coronavirus.

[1] المؤلف المرسل: د. شعيب محمد توفيق ـــــ *Email: chaibmohamedtoufik@gmail.com*

مقدمة:

لقد اتخذت الجزائر على غرار بقية الدول جملة من الإجراءات والتدابير لعل أهمها إعلان حالة الطوارئ الصحية وإقرار برتوكولات صحية في شتى القطاعات، كإجراء يرمي للحد من انتشار فيروس كورونا المستجد *COVID-19*، من ضمنها غلق الحدود البرية والبحرية والجوية وكذا تقييد حركة التنقل وفرض ارتداء الكمامات واستعمال أدوات التعقيم، كل هذه التدابير اتخذت من أجل منع انتشار وتفشي الوباء، ولكن مهما كانت شدة هذه التدابير لتطويق انتشار هذا الفيروس، فانه ينبغي على المواطن هو الآخر أن يكون واعيا عن طريق المساهمة في الحد من منع تفشي هذا الفيروس، وذلك بالتزامه التام بما تم اقراره من إجراءات وقائية، فالملاحظ للإجراءات المتخذة يتجلى له أنها وإن كانت تهدف الى حماية المصلحة العامة، إلا أنه لا يمكن في نفس الوقت تجاهل حماية الاقتصاد الوطني وضرورة سيرورة المرافق العمومية تحديدا مجال الصفقات العمومية، ومما لا شك فيه أن فيروس كورونا ستنجم عنه آثار جلية على التوازن المالي للعقد الإداري ما يقتضي جعل تنفيذ العقد الإداري مرهقا لأحد اطراف العقد،

ان ضمان تحقيق المصلحة العمة وسير المرفق العام بصفة منتظمة في ظل انتشار جائحة كورونا يتطلب إعادة التوازن المالي للعقد استنادا الى نظرية الظروف الطارئة، الغرض منها إعادة التوازن المالي للعقد بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها، بما ينعكس إيجابا على تزويد المرفق العام بالخدمات الضرورية للمواطن على هذا الأساس ولمعالجة جميع جوانب الموضوع ارتأينا طرح الإشكالية التالية: هل يمكن اعتبار فيروس كورونا ***COVID-19*** ظرفا طارئا في مجال الصفقات العمومية في الجزائر؟ والى أي مدى يمكنه التأثير عليها؟

ولتسليط الضوء حول أهم العناصر الضرورية للدراسة كان لزاما اتباع المنهج الوصفي وكذا المنهج التحليلي، بالنظر لما يتضمنه هذا الموضوع من قوانين لا بد من ابرازها وتبيين معالمها.

على هذا الأساس ومن أجل الإحاطة بجميع جوانب الموضوع ارتأينا وضع وتحديد العناصر التالية:

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لنظرية الظروف الطارئة.

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال الصفقات العمومية.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لنظرية الظروف الطارئة

ان العقد الإداري مثله مثل أي عقد من العقود قد تتخلله ظروف استثنائية، فتحقيق حاجات الأفراد قد تعتريه ظروف طارئة تؤثر بشكل كبير في تنفيذ هذا العقد، وهو ما سيؤثر حتما على تجسيد مقتضيات المصلحة العامة ومنه عدم ضمان سير المرفق العمومي، ومن أجل

تدارك هذه الأزمة تم استحداث نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية ومنه الصفقات العمومية، على هذا الأساس نتطرق الى العناصر التالية[1]:

المطلب الأول: أوجه الارتباط والاختلاف بين نظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة

تعرف الظروف الطارئة فتعرف بأنها: "أي حدث يقع في دولة معينة ويتعذر معه مواجهته باتخاذ القرارات الإدارية التقليدية، ويقضي معه اتخاذ قرارات أو إجراءات سريعة لتفادي أو مواجهة الأضرار التي قد تقع من جراء وقوع الحدث الطارئ"[2].

في حين أن القوة القاهرة يمكن تعريفها بأنها "كل فعل لا دخل لإرادة المدين في حدوثه ولا يمكن توقعه ولا منعه، بحيث يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، استحالة تعفي المدين من المسؤولية العقدية والتقصيرية"[3].

الفرع الأول: أوجه الارتباط

ترتبط نظرية الظروف الطارئة بنظرية القوة القاهرة من عدة جوانب نوردها على التوالي:

- تؤدي كل من نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة الى احداث صعوبات في التنفيذ، بمعنى خلق تذبذب في عملية انجاز وتنفيذ المشاريع،
- تشترك كلا النظريتين من ناحية شرط عدم التوقع وعدم القدرة على دفع الحادث، بمعنى عدم القدرة على توقع وقع الحادث وكذا عدم إمكانية دفعه،
- ان فترة اعمال مضمون نظرية الظروف الطارئة ونظرية القوة القاهرة هي بعد الفترة اللاحقة لإبرام العقد وقبل الانتهاء من تنفيذه[4].

الفرع الثاني: أوجه الاختلاف

- في نظرية الظروف الطارئة لا يحق لطرفي العقد الاتفاق على استبعادها أو الاتفاق على مخالفتها لارتباطها بالنظام العام، في حين أنه في نظرية القوة القاهرة يجوز للأطراف الاتفاق على استبعادها كونها غير مرتبطة بالنظام العام ومنه إمكانية ادراج طرفي العقد بندا في العقد يستبعد القوة القاهرة،
- في إطار نظرية الظروف الطارئة تقتضي ان يمتد أثر الحادث الى جميع الناس دون تحديد لشخص معين بذاته، في حين أنه في مجال نظرية القوة القاهرة فان الحادث لا ينبغي أن يكون عاما وانما خاصا ومرتبطا بشخص المدين فقط أو عدة مدينين معينين بالذات،
- ترتبط نظرية الظروف الطارئة ارتباطا وثيقا بالقضاء الإداري في مجال الاختصاص، في حين أن نظرية القوة القاهرة ترتبط تارة بالقضاء العادي وتارة أخرى بالقضاء الإداري،

- ان نظرية الظروف الطارئة تجعل من الالتزام العقدي مرهقا للمدين وليس مستحيلا وذلك عكس القوة القاهرة التي تجعل من الالتزام العقدي مستحيل التنفيذ استحالة مطلقة، وكذلك الشأن فيما تعلق بأثر القوة القاهرة يتمثل في استحالة تنفيذ العقد ومنه إعادة الأطراف الى الحالة التي كانوا عليها أول مرة، بالإضافة الى عدم إمكانية المطالبة بالتعويض ومنه اعفاء المدين من التزاماته التعاقدية، في حين أنه في مجال الظروف الطارئة يتم تخفيف الالتزام عن طريق إنقاص الالتزام التعاقدي، أو الزيادة فيه دون اضرار الدائن، وكذا التوازن العقدي الذي يقوم به القاضي، والواقع يثبت ان الظروف الطارئة صورة من صور تعديل العقد[5].

- ان الظروف الطارئة لا تكون الا بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين كالزلازل والأمطار، أما القوة القاهرة يمكن أن تكون بسبب المدين ذاته، كما قد تكون بسبب خارج عن إرادة المدين[6]. وفي كل ما سبق يبقى تقدير اعمال وتطبيق أحد النظريتين من سلطات القاضي.

المطلب الثاني: شروط ومبررات نظرية الظروف الطارئة

نتطرق ضمن هذا المطلب الى فرعين اثنين، الأول يتضمن تحديد شروط اعمال نظرية الظروف الطارئة في حين أن الفرع الثاني نتطرق فيه الى مبررا تجسيد نظرية الظروف الطارئة وذلك مما يأتي بيانه تواليا:

الفرع الأول: شروط نظرية الظروف الطارئة

ان تجسيد وتطبيق نظرية الظروف الطارئة يقتضي توفر عدة شروط نوردها كالتالي:

أولا - القوة القاهرة حادث غير ممكن التوقع:

معناه أن يكون الظرف أو الحادث فجائيا بطبيعته في حدود المعتاد، اذ أن كل حادث يمكن توقعه لا يعفي المدين من تحمل المسؤولية، فكل ما هو متوقع وتسبب في وقوع حادث أو ضرر يعد المدين مسؤولا عنه في حال لم يقم مثلا باتخاذ الاحتياطات اللازمة من أجل تفادي وقوع الحادث[7]، أما فيما يتعلق بوقت تقدير عدم إمكانية التوقع فبالنسبة للمسؤولية العقدية، يتم تقدير عدم إمكانية التوقع بفترة إبرام العقد فهو الوقت الذي يقدم فيه المدين على الالتزام وهو الوقت الذي يقدر فيه المدين ظروف تنفيذ التزامه وإمكانية ذلك[8].

ثانيا - القوة القاهرة حادث غير ممكن الدفع:

يجب على المدين اثبات أن الطابع القهري لهذا الحادث الذي جعله عاجزا عن تنفيذ التزامه خارج عن ارادته ولا يمكن دفعه، فاذا كان بالإمكان دفع الحادث ففي هذه الحالة لا نكون أمام ظرف طارئ وانما نكون أمام قوة قاهرة حتى لو توفر شرط عدم التوقع، مع ضرورة قيام المدين باتخاذ كافة الاحتياطات اللازمة، فالمدين متى كانت له القدرة ولم يتخذ الاحتياط

الازم يعد مخطئا، وفي جميع الأحوال ينبغي على المدين بذل كل ما بوسعه من أجل تنفيذ التزاماته[9].

ثالثا – أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقا لشخص المدين:

ان هذا الشرط هو الفاصل بين نظريي الظروف الطارئة والقوة القاهرة، على اعتبار انه لا مجال لتطبيق نظرية الظروف الطارئة إذا كان تنفيذ العقد لا يسبب إرهاقا كبيرا او خسارة فادحة للدين، ولا يؤدي الى استحالة مطلقة للعقد، حيث إذا كانت الخسارة مما يمكن تحمله فلا مجال لتطبيق هذه نظرية الظروف الطارئة، والمعيار المعتمد عليه لتجسيد هذا الشرط هو معيار موضوعي والمتمثل في مدى قدرة تحمل الرجل العادي في الظروف العادية[10].

رابعا – ان يكون الالتزام منشؤه العقد:

ان نظرية الظروف الطارئة لا تنشأ إلا إذا أخل المدين بالتزام تعاقدي، وفي هذا الصدد يرى جل الفقهاء ان اعمال هذه النظرية يكون في العقود المستمرة او دورية التنفيذ، والسبب في ذلك امكانية تغير الظروف في الفترة الممتدة بين ابرام العقد وتنفيذه، أما العقود التي يكون فيها التنفيذ فوريا فمن المستبعد تطبيق هذه النظرية لأنه لا مجال لتغير الظروف بين انعقاد العقد وتنفيذه.

خامسا – أن يؤدي التنفيذ الى حدوث خسارة فادحة تتجاوز المعقول:

مفاد ذلك أن يكون تنفيذ العقد ليس مستحيلا بقدر ما يكون مستعصيا وصعبا بشكل يساهم في تعطيل نشاط المرفق وتوقفه ونفس الأمر يسري على تنفيذ بنود الصفقة العمومية، وعليه لا ينبغي أن يدفع الظرف الطارئ المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة إلى التوقف عن مواصلة انجاز أو تقديم الخدمات محل العقد وانما ينبغي عليه مواصلة تنفيذ التزاماته التعاقدية، وفي هذا الصدد تنص المادة 107 من القانون المدني في فقرتها الثالثة: "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك."[11]

الفرع الثاني: مبررات تجسيد نظرية الظروف الطارئة

إن الغرض الأساسي من احداث نظرية الظروف الطارئة يكمن في خلق عدالة تعاقدية بين طرفي العقد بالأساس، على اعتبار أن توفر شروط هذه النظرية يؤدي مباشرة الى اعفاء المدين أو المتعاقد من المسؤولية طالما توفرت كافة الشروط، اذ أن المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة يبقى على عاتقه الالتزام بالاستمرار في أداء الخدمة موضوع العقد، سواء أكان مرفقا

عاما أم انجاز صفقة عمومية، بحيث يتعين الاستمرار في تنفيذها اذا كان يملك القدرة على ذلك ومنه اتخاذ كافة التدابير لإتمام العقد، إلا أنه وفيما يتعلق بجائحة كورونا، فهنا نكون أمام ظرف طارئ غير متوقع حين إبرام العقد، وخارج عن إرادة طرفي العقد، وغير ممكن دفعه، وهو ما يجعل تنفيذ العقد مرهقا، ومنه لا يتصور أن يحمل المتعامل المتعاقد المسؤولية بسبب ظروف وحوادث لم يكن سببا في حدوثها، بالرغم من قيامه بكافة الاحتياطات والتدابير من أجل درء الحادث ومواصلة تنفيذ العقد وفقا لما اشتمل عليه وبحسن نية، الذي صادف صعوبات لم يكن في الإمكان توقعها على الرغم من اتخاذه الحيطة الواجبة ضحية لظروف لا يد له في حدوثها[12].

لما كان الغرض من الظروف الطارئة هو الاستمرار في تنفيذ العقد فانه من الطبيعي أن تترتب آثار قانونية ناجمة على تطبيق هذه النظرية ومنه في مجال العقود الإدارية، نجد أن نظرية الظروف الطارئة تجد أساسا لها في إطار هذا النوع من العقود، على هذا الأساس تنجم آثار وفق هذه النظرية وتتجسد أساسها في منح القاضي سلطة من أجل معالجة اختلال التوازن العقدي الناجم عن تغير الظروف الاقتصادية التي أبرم العقد في ظلها.

المبحث الثاني: أثر تطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال الصفقات العمومية

ليس على المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة مسؤولية التعويض إذا كان الإخلال بالالتزام ناجم عن الإجراءات التي اتخذتها الحكومات والدول للحد من انتشار فيروس كورونا ولا يستطيع بدوره الوفاء بهذه الالتزامات نتيجة لهذه الاجراءات ويكون سببا معفيا من المسئولية، وفي هذا الإطار في الجزائر تم اصدار تعليمة من قبل البنك المركزي تحت رقم: 05-2020 المؤرخة في 06 أفريل2020، والمتعلقة بالإجراءات الاستثنائية لتخفيف بعض الأحكام الاحترازية المطبقة على البنوك والمؤسسات المالية وهذا من أجل السماح لهذه الاخيرة برفع قدراتها التمويلية تجاه المؤسسات الاقتصادي، تتمثل اهم التدابير المتخذة في تأجيل تسديد أقساط القروض المستحقة أو إعادة جدولة قروض للزبائن المتأثرين بالظروف الناجمة عن الوباء، ومواصلة التمويلات للزبائن المستفيدين من تأجيل تسديد القروض أو إعادة جدولتها.

لكل عقد أثار ترتبط بطرفيه وإذا ما وقع ظرف، ففي هذه الحالة يمكن تجسيد البنود التعاقدية أو تطبيق فحوى نظرية الظروف الطارئة (جائحة كورونا) والتي ينجر عنها التزامات متبادلة بين طرفي العقد تحديدا في مجال الصفقات العمومية، والتي تتمثل أساس في إلزام المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة مواصلة في تنفيذ التزاماته التعاقدية (المطلب الاول) وإلزام المصلحة المتعاقدة بتحمل جزء من الخسارة طيلة فترة وجود الظرف الطارئ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الزامية مواصلة المتعامل المتعاقد تنفيذ التزاماته التعاقدية

ضمن هذا الأثر يرى كثير من رجال القانون والفقهاء أن تطبيق واعمال نظرية الظروف الطارئة لا تعفي المتعامل المتعاقد في مجال الصفقات العمومية من التزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد، على اعتبار ان توفر شروط نظرية الظروف الطارئة لا تعطي للمتعاقد مع المصلحة المتعاقدة الحق في التنصل من التزاماته التعاقدية وذلك مهما كان حجم الالتزام المرهق للمتعاقد استنادا للمادة 107 من القانون المدني، على اعتبار أنه لا يصل إلى درجة الاستحالة الكلية مثلما هو عليه الشأن في مجال نظرية القوة القاهرة، الا أنه في بعض الحالات قد يتحول الظرف الطارئ مثل جائحة كورونا الى قوة قاهرة ومنه يصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا ومنه عدم إمكانية الاستمرار في تنفيط العقد، وفي حال امتنع المتعاقد عن تنفيذ الالتزام التعاقدي فإن ذلك يعد خطأ عقديا يمنح المصلحة المتعاقدة الحق في توقيع الجزاء المناسب كأن تفسخ العقد أو توقع غرامات التأخير طيلة الفترة التي توقف فيها المتعامل المتعاقد عن تنفيذ الالتزام، واستنادا للمادة 95 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 المؤرخ في: 16 سبتمبر 2015 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام التي تنص: "يجب أن تشير كل صفقة عمومية الى التشريع والتنظيم المعمول بهما والى هذا المرسوم، ويجب أن تتضمن على الخصوص البيانات الآتية:

- أجل تنفيذ الصفقة،
- شروط فسخ الصفقة،
- نسبة العقوبات المالية وكيفية تنفيذها، وشروط تطبيقها أو النص على حالات الاعفاء منها،
- شروط استلام الصفقة،
- بند التأمينات"[13].

ومنه يتضح جليا أن قانون الصفقات العمومية تضمن الجوانب التي تبين البنود والشروط في حال وجود ظرف طارئ مثل فيروس كورونا COVID-19، وبطبيعة الحال الجوانب التعاقدية هي التي تحدد وتفصل النزاعات بين الطرفين استنادا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

وفي هذا الإطار أيضا قضت المادة 100 فقرة 04 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 بأنه: "إذا ورد في الصفقة بند ينص على تحيين الأسعار، فإن تطبيق هذا البند يتوقف على الشروط الآتية:

غير أنه يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد وتطبق هذه الأحكام آنذاك على الصفقات المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة"،

ولإعمال وتجسيد مضمون هذا الأثر فانه ينبغي منح سلطة تقديرية للقاضي من تحقيق ذلك ولا يتحقق هذا المطلب سوى عن طريق:

الفرع الأول: سلطة القاضي في تعديل العقد

يترتب على هذه النظرية في إطار الصفقات العمومية انها تجعل تنفيذ العقد مرهقا لأحد طرفيه، عن طريق منح القاضي سلطة لاعادة التوازن العقدي، ونصت المادة 107 الفقرة 02 من القانون المدني على أنه: "غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها ان تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"[14].

بيد أن المشرع وخروجا عن هذه القاعدة فقد أجاز للقاضي إمكانية التدخل لتعديل العقد عن طريق اختيار الطريقة المناسبة الا أنه يعاب عليه انه لم يحدد للقاضي الطريقة التي يرد بها الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ما يعني منحه سلطة واسعة من أجل إيجاد حل يتوافق ومضمون الإطارين التشريعي والتعاقدي،

وعليه ينبغي للقاضي ألا يهمل أي ظرف من الظروف المحيطة بالقضية المراد النظر فيها وأن يمنح لكل طرف في العقد كامل الحرية من أجل التوصل الى رفع الإرهاق القائم، وعلى ضوء هذه الظروف (فيروس كورونا) قد يتبين للقاضي وفقا للمادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنه: "زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة."[15]

الفرع الثاني: رد الالتزام المرهق الى الحد المعقول

من بين الضمانات التي يستفيد منها المتعاقدين هو رد الالتزام الى الحد المعقول بحيث يضمن لكل منهما استمرار تنفيذ العقد، خاصة في مجال الصفقات العمومية التي تكثر فيها المتغيرات التي قد تؤثر على العلاقة التعاقدية لطرفي الصفقة، فمن خلال السلطة الواسعة لي منحها المشرع للقاضي في مجال نظرية الظروف الطارئة، فانه اذا رأى القاضي أن الوسيلة المثلى لرد الالتزام المرهق للحد المعقول تتمثل في إنقاص مقدار ما يقدمه المدين للدائن كما، بالإضافة الى أنه قد ينصب على الكيف كأن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها ولكن من صنف أقل جودة، وفي جميع الحالات فإن الغاية من الإنقاص هي التقليل من الخسارة الفادحة التي أصبحت تهدد المدين، ومعنى ذلك أن المدين سيتحمل وحده الخسارة، بينما يحاول القاضي أن يوزع عبئ الخسارة الفادحة غير المألوفة بين الطرفين، مثلما هو عليه الشأن بالنسبة لفيروس كورونا *COVID-19* وما خلفه من توقف للأشغال والمشاريع بمختلف أنواعها وهو ما أثر سلبا على تتمة المشاريع وعلى الاقتصاد الوطني[16].

الفرع الثالث: تعديل العقد بالزيادة في الالتزام المقابل للالتزام المرهق

تكون عن طريق الزيادة في الالتزام المقابل الواقع على عاتق المدين، فيتحمل الدائن جزء من الالتزام المرهق، أما المدين فيتحمل الزيادة المألوفة المتوقعة التي لا تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا بالنسبة اليه، والهدف من هذا التعديل تحقيق التوازن العقدي بين الالتزامات التي يرتبها العقد على الطرفين المتعاقدين، وليس الزيادة في التزامات الدائن.

الفرع الرابع: تعديل العقد عن طريق وقف تنفيذه

قد يقرر القاضي في بعض الاحيان وقف تنفيذ العقد وذلك من أجل زوال الظروف الطارئة في حال لم ينجم عن هذا الوقف أي ضرر جسيم قد يلحق المتعاقد الآخر، وتجدر الإشارة إلى أن سلطة المحكمة في تعديل شروط العقد في حالة تطبيق نظرية الظروف الطارئة تعد من النظام العام حيث لا يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاده، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف دلك استنادا لنص المادة 107 من القانون المدني[17].

وكذا استنادا للمادة 138 من المرسوم الرئاسي 15-247 فانه لا يمكن إبرام الملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية للصفقات المختصة، إلا في حدود آجال التنفيذ التعاقدية. غير أن هذا الحكم لا يطبق في الحالات الآتية :

-إذا ترتب على أسباب استثنائية وغير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين، اختلال التوازن الاقتصادي للعقد اختلالا معتبرا و/ أو أدى إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي.

المطلب الثاني: التزام المصلحة المتعاقدة تحمل جزء من الخسارة

وفقا للمادة 136 من المرسوم الرئاسي رقم: 15-247 فانه عندما يتجاوز مبلغ ملحق يتعلق بزيادة في الخدمات أو القيمة الإجمالية للعديد من الملاحق، فإنه يجب على المصلحة المتعاقدة أن تبرر لدى لجنة الصفقات المختصة أنه لم يتم المساس بالشروط الأصلية للمنافسة، وأنه لم يتم التراجع فيها وأن إعلان إجراء جديد، بعنوان الخدمات بالزيادة، لا يسمح بإنجاز المشروع حسب الشروط المثلى للآجال والسعر، وعليه فإن التزام المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة بالاستمرار في تنفيذ العقد في ظل وجود الظرف الطارئ، يقابله التزام من المصلحة المتعاقدة معه بتحمل جزء من الخسارة، وذلك بهدف مساعدته للاستمرار في تنفيذ العقد، استنادا للمادة 124 من ذات المرسوم فانه: "يجب على المصلحة المتعاقدة أن تحرص على إيجاد الضمانات الضرورية التي تتيح أحسن الشروط لاختيار المتعاملين معها و/ أو أحسن الشروط لتنفيذ الصفقة."[18]

وفي هذه الحالة فان التعويض الذي يستحقه المتعامل المتعاقد هو تعويض جزئي وليس تعويضا كليا، على اعتبار أن نظرية الظروف الطارئة الغرض منها مشاركة المصلحة المتعاقدة في

الخسارة الناجمة عن هذه الظروف وتوزيعها بينهما، وفي هذا الصدد نصت المادة 153 من المرسوم الرئاسي 15-247 بأنه: " تسوى النزاعات التي تطرأ عند تنفيذ الصفقة في إطار الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها، يجب على المصلحة المتعاقدة دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه، أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها آلما سمح هذا الحل بما يأتي:

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على آل طرف من الطرفين،
- التوصل إلى أسرع إنجاز لموضوع الصفقة،
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة".

الا أن المصلحة المتعاقدة لها حقوق تجاه المتعامل المتعاقد معها وذلك في حال لم ينفذ أو أخل بالتزاماته التعاقدية، حيث توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد ويمكنها حينها القيام بفسخ جزئي للصفقة، وهذا ما نصت عليه المادة 149 من ذات المرسوم، بالإضافة الى أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة القيام بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد، عندما يكون مبررا بسبب المصلحة العامة، حتى بدون خطأ من المتعامل المتعاقد استنادا للمادة 150 وزيادة على الفسخ من جانب واحد، المذكور في المادتين 149 و150، يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض وهو ما جسدته المادة 151 من المرسوم الرئاسي 15-247.

ويحق للمصلحة المتعاقدة وفقا للمادة 147 في حال عدم تنفيذ الالتزامات التعاقدية من قبل المتعاقد في الآجال المقررة أو تنفيذها غير المطابق، أن تفرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به، تقتطع العقوبات المالية التعاقدية المطبقة على المتعاملين المتعاقدين بموجب بنود الصفقة من الدفعات التي تتم حسب الشروط والكيفيات المنصوص عليها في الصفقة يعود القرار بالإعفاء من دفع العقوبات المالية بسبب التأخير إلى مسؤولية المصلحة المتعاقدة[19].

خاتمة:

من خلال التمعن في مضمون هذه الدراسة يتجلى لنا أن نظرية الظروف الطارئة تكون قد ساهمت الى حد كبير في حماية المتعامل المتعاقد مع المصلحة المتعاقدة باعتباره الطرف الضعيف في مجال الصفقات العمومية والذي وجد نفسه أمام ظرف عالمي خطير والمتمثل في تفشي وانتشار فيروس كورونا *COVID-19* ما أثر على التوازن المالي للعقد، وهذا ما جعل هذا

الوباء اقرب الى نظرية الظروف الطارئة في مجال الصفقات العمومية، استنادا الى اسقاط شروط هذه النظرية ومضمون الوباء، فهي اقرب لنظرية الظروف الطارئة منه الى نظرية القوة القاهرة وهو ما سيجعل من هذه النظرية الواجبة الاعمال في مجال الصفقات العمومية، تحديدا في مجال القضاء الإداري، وعليه إذا أصبح الالتزام مرهقا ومكلفا، فنطبق في هذه الحالة نظرية الظروف الطارئة، وتقدير هذا وذاك راجع إلى السلطة القضائية، وفيما يتعلق بإعمال نظرية الظروف الطارئة في مجال الصفقات العمومية، يمكن القول ان هذه نظرية تجد أساسا لها في مجال العقود الإدارية بصفة عامة، والصفقات العمومية بالخصوص، على هذا الأساس نبدي المقترحات التالية:

– ضرورة تنظيم شامل لنظرية الظروف الطارئة في لأهميتها في مجال الصفقات العمومية وما تحققه من امتيازات خاصة الاستمرارية في تنفيذ المشاريع، وضمان عدم تعطيلها مثلما جسده فيروس كورونا،

– ضرورة منح السلطة القضائية سلطات واسعة في تحديد الظروف الطارئة من عدمها، وذلك بغرض التدخل وإعادة التوازن المالي والعقدي، وتجسيد العدالة التعاقدية بين أطراف الصفقة.

– الزامية تجسيد الاتفاق الودي بين الأطراف وأن يتحمل كل طرف من أطراف الصفقة جزءا من الخسارة مراعاة للظروف العامة بعيدا عن أروقة المحاكم.

الهوامش:

[1] –*Pierre , Laurent frire jacques petit, Droit administratif, Paris, édition 12, 2019, p 574.*

[2] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي–بيروت–لبنان، 2005، ص 878.

[3] – أحمد عبد الرحمان، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، مصر الكتاب الأول، طبعة أولى، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص 548.

[4] –*A.De Laubadère, JC.vemzia, Y.Gaudemet,Traite de droit administratif, Tome1, 10eme éd, L.G.D.J, paris, 1988, p 636.*

[5] – بشير دالي، دور القضاء في حماية الطرف الضعيف في العقد، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بو بكر بالقايد، تلمسان، الجزائر، 2015–2016، ص 27.

[6] – محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، عمان، دار الثقافة للتوزيع، 2010، ص 228.

[7] – إبراهيم كومغار، المرافق العامة على نهج التحديث، المغرب، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، الطبعة الأولى، المغرب، 2009، ص 73.

[8] – عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، دار إحياء التراث العربي–بيروت–لبنان، 2005، ص 878.

[9] – بلحاج العربي (1999) النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص.ص 201-202.

[10] – المرسوم التنفيذي رقم: 20-69 المؤرخ في 21مارس2020 يتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا، كوفيد-19 ومكافحت، جريدة رسمية عدد15، صادرة بتاريخ 21 مارس 2020.

[11] – القانون رقم: 05-10 المؤرخ في 20 جوان2005، يتضمن القانون المدني، يعدل ويتمم القانون: 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر1975، جريدة رسمية عدد 44، صادرة بتاريخ 26 جوان2005

[12] –*Leticia chaves fretas barbosa (2018) La théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public, une approche comparée entre la France et le brésil, mémoire de droit public approfondi ,université paris 2 panthéon- Assas, paris, p. 32.*

[13] – المرسوم الرئاسي رقم:15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، جريدة رسمية عدد 50، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 2015.

[14] –*A.De Laubadère, JC.vemzia, Y.Gaudemet (1988) Traite de droit administratif, Tome1, 10eme éd, L.G.D.J, paris, p 636.*

[15] – حفيظ دحمون، التوازن في العقد، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01.، الجزائر، 2012-2013، ص 13.

[16] – رضا قربة، سلطة القاضي في تقدير التعويض، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر01، الجزائر، 2012-2013، ص 13.

[17] – نجاة عبيد، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع القانون الخاص المعمق، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2015-2016، ص 35.

[18] – تامر محمد الدمياطي، تنفيذ الالتزام التعاقدي على نفقة المدين، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، مصر، دار النهضة العربية، 2019، ص 14.

[19] – محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، عمان، دار الثقافة للتوزيع، 2010، ص 228.