وزارة التعليـم العالـي والبحـث العلمـي

Ministère de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم القانون العام

المرجع:.....

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

آثار تدابير الوقاية من فيروس كورونا(covid19) على تنفيذ العقود الإدارية

ميدان الحقوق و العلوم السياسية

الشعبة:قانون عام

التخصص: قانون إداري

من إعداد الطالب(ة):

إدريسي محجوبة

تحت إشراف الأستاذ(ة):

طواولة أمينة

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ(ة)	شيخي نبية	رئيسا
الأستاذ(ة)	طواولة أمينة	مشرفا مقررا
الأستاذ(ة)	دويدي عائشة	مناقشا

نوقشت يوم:2021/09/29

السنة الجامعية: 2021/2020

إهداء

اهدي هذا العمل متواضع

إلى الذي تعب لأرتاح أنا، إلى من علمني النجاح قائلا بعد كل نهاية وبعد كل عمل راحة، وكل من تعب نال وكل من كسل خاب... أتعب نفسك ترتاح

أبي الحبيب أقول شكرا ورعاك الله وأمي أجمل كلمة تتناغم الشفاه عندما تنطقها ...إليك يا من كان جسدك جسدي ودمك دمي إليك يا من يهتز لتضرعها عرش الرحمان ووضعت تحت قدميها الجنان أمي الحبيبة

إلى من أتقاسم معهم حنان الوالدين

إلى من ساندوني ولو بكلمة طيبة

إلى من تقاسمت معهم ثمرة أعوام الدراسة

إلى من بنيت معهم مدرسة الصداقة

إلى من توجنا معا صداقتنا بالأخوة

وإلى من وسعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

شكر وعرفان

الشكر لله أولا وأخيرا على توفيقه لي في اتمام هذا العمل المتواضع وعلى كل النعم التي أنعمها علينا.

أتقدم بجزيل الشكر والعرفان لأستاذتي الفاضلة طواولة أمينة على أخلاقها ورحابة صدرها وحسن إرشادها

والشكر المسبق لأعضاء لجنة المناقشة

ولا يفوتني في هذا المقام أن أتقدم بكامل الشكر والتقدير إلى جميع الأساتذة بكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مستغانم

وفي الأخير أشكر كل من ساعدني في هذا العمل من قريب أو من بعيد

قائمة المختصرات

أولا: باللغة العربية

- ط: الطبعة

- ص: الصفحة

- ص- ص: من الصفحة إلى الصفحة

ثانيا: باللغة الفرنسية

-CA :cour d’appel

-C.E : conseil d’état

-P : page

-N: numéro

مقدمة

مقدمة

عرف العالم بأسره مند تاريخ سابق عن تاريخ أزمة جائحة -كوفيد 19- جملة من الأوبئة التي هلك بمقتضاها العديد من الأشخاص منها فيروس سارس Sars-COV2وفيروس أنفلونزا الخنازير H1N1 و فيروس زيكا سنة 2015 بالبرازيل، وبحلول سنة 2019 وبالضبط في نهاية السنة شهر ديسمبر ظهر لأول مرة فيروس كورونا (كوفيد–19) في الصين وامتد فيما بعد في كل المعمورة، فأطلق عليها من طرف منظمة الصحة العالمية بالجائحة العالمية Pandémie.

وكان لهذا الوضع غير الصحي الآثار المختلفة التي مست الإنسانية جمعاء، آثار اقتصادية تتمثل خاصة في تدهور أسعار البترول وآثار سياسية المتمثلة في تبادل الاتهامات مابين الدول خاصة ما بين الولايات المتحدة والصين، وآثار اجتماعية في مجال العمل مثل التوقف عن العمل في بعض المجالات وإحالة بعض العمال على العطلة بدون موافقتهم وفقدان العامل اليومي مصدر عيشه وذلك بسبب الإجراءات اللازمة المفروضة للحد من انتشار جائحة كوفيد 19 والمتمثلة في أهم إجراء وهو الحجر الصحي الذي امتد إلى عدة أيام قابلة للتجديد والشامل لكل التراب الوطني، أضف إلى ذلك الآثار المترتبة عن هذه الجائحة على الجانب الديني والاجتماعي مما أدى إلى إصدار جملة من التدابير للوقاية من انتشار الوباء.

لم تسلم العقود الإدارية التي تبرمها الدولة ومؤسساتها من جائحة كوفيد 19 التي غزت العالم أجمع من فيروس كورونا، وتحوُّله إلى وباء عالمي، حيث أصبح هاجس تتبُّع دقيق ويومي من قِبل المجتمع الدولي بكل مواقعه ومسؤولياته فتأثرت به الأسواق ألعالمية بما في ذلك اقتصاديات الدول، وأثر في استقرارها؛ وعليه أصبحت الأوبئة الصحية واقعة مادية، لها آثارها السلبية الواضحة، وملامحها على العلاقات القانونية بوجه عام، والعلاقات التعاقدية بوجه خاص .

إن معظم الأنشطة الاقتصادية والصناعية باتت تمارس عن طريق إبرام العقود بين الأفراد أو بينهم وبين الدول وهيئاتها، وقد أدت بعض إجراءات الوقاية المذكورة إلى التأثير المباشر على مسار تنفيذ تلك العقود، سواء التأخير في تنفيذها، أو فرض تنفيذها على نحو

مغاير لما اتفق عليه الأطراف، أو المنع من مواصلة تنفيذها أصلا. وهذا الوضع الذي فرض نفسه على أغلب الدول ومنها الجزائر استدعى ضرورة البحث في تكييف تدابير الوقاية وإعطاء الوصف الصحيح لها، وبالتالي التعرف على الأحكام القانونية التي تنظم أثرها عند تنفيذ العقود، ودراسة مدى كفايتها وفاعليتها.

ويشار إلى أن مختلف الدول قامت باتخاذ إجراءات الوقاية من انتشار فيروس كورونا، ونخص بالذكر فرنسا التي أصدرت هذه الإجراءات بموجب بعض القوانين أهمها القانون 2020-290 المؤرخ في24-03-202[1]. وفي الجزائر تم تنظيم إجراءات وتدابير الوقاية بموجب المرسوم التنفيذي رقم 20-70 المؤرخ في 24 مارس 2020.[2] أما في مصر فقد تم تنظيم تلك التدابير بموجب عدة قرارات أولها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 768 لسنة 2020.[3] وقد قررت هذه النصوص -على تفاوت فيما بينها-إجراءات الحجر المنزلي وتقييد حركة التنقل وغلق جزئي أو كلي لبعض المرافق والهيئات والمنشآت العامة والخاصة...أما بالنسبة للاجتهادات القضائية، فقد كان لمحكمةCour d’appel de colmar الفرنسية فيحكمها الصادر بتاريخ 12مارس 2020 مؤشر هام "حيث اعتبر أن غياب الشخص عن المثول أمام جهات القضاء بسبب تدابير الحجر المنزلي يكتسي طابع القوة القاهرة"[4] أما مجلس الدولة المصري فقد أقر منذ سنة 2015" بمشروعية اتخاذ الدولة لكل الإجراءات الوقائية لمكافحة الأوبئة، معتبرا إياها من الظروف الاستثنائية".[5]

[1] Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF n°0072 du 24 mars 2020.

[2] المرسوم التنفيذي رقم 20-70 المؤرخ في 24مارس 2020 ،المعدل والمتمم الصادر في الجريدة الرسمية عدد 16 ,2020.

[3] قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 768لسنة 2020،الصادر في الجريدة الرسمية عدد 12مكرر ب في 24 مارس 2020.

[4] CA Colmar, 12 mars 2020, RG n°20/01098 (Date de lecture 15-08-2020 à l'heure 22:50) Lien: https://www.doctrine.fr/d/CA/Colmar/2020/C8A8F3A305EEEBB31F249.

[5] حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 22 فبراير 2015،الدعوى رقم 6112 لسنة 10 قضائية. في التعليق على الحكم ينظر : المستشار محمد عبد الوهاب خفاجي، تشريعات الصحة الوقائية ووعي الأمة المصرية وتماسكها عبر تاريخها في مواجهة الأوبئة تحصين من فيروس كورونا وتأمين لصحة المواطنين، المحكمة الإدارية العليا، مصر، 28-03-2020 ،ص ص -38 .

يدفع إقرار تدابير الوقاية المشار إليها لطرح إشكالية تكمن فيما يلي: إلى أي مدى أثرت تدابير الوقاية الصحية من انتشار الفيروس كورونا على تنفيذ العقود الإدارية ؟وما طبيعة فيروس كورونا ؟

كيف نظم المشرع الجزائري طرق وإجراءات إبرام وتنفيذ العقود الإدارية في ظل المرسوم الرئاسي 15-247؟

يكتسي موضوع البحث أهميته من جوانب متعددة:

1- حيث تعد ظاهرة انتشار فيروس على النحو الذي عليه فيروس كورونا حدثا غير مسبوق، قد يؤدي لإعادة النظر في مدى كفاية النظريات المقررة لحفظ توازن العلاقات العقدية في مرحلة تنفيذ العقد،

2- يعتبر العقد من أهم التصرفات القانونية بوصفه الضمان الفعال للوفاء بالالتزامات وأداء الحقوق لأصحابها وان لفيروس كورونا أهميته الواضحة لما يرتبه من آثار خطيرة ملموسة على الواقع التعاقدي سواء الدولي منها أو الوطني الذي أثار تخوف حول كيفية تكيفها كقوة قاهره أو ظروف طارئة نظرا لما ترتبه كل نظريه من آثار مختلفة سواء بانفساخ العقد أو إعادة التوازن إلى العقد.

محاولة للإجابة على إشكالية البحث سيتم إتباع المنهج التحليلي عند ذكر النصوص القانونية والاجتهادات القضائية، ومعرفة خلفياتها واتجاهاتها، والعوامل المؤثرة التي دفعت لتطور تقنيات التوازن العقدي في مرحلة تنفيذ العقد. كما سيتم اعتماد المنهج المقارن لمعرفة مدى التقارب بين الحلول القانونية والقضائية لمسألة البحث في كل من فرنسا ومصر والجزائر.

ونظرا لحداثة موضوع البحث، فإنه لم يحظَ في الواقع بدراسات قانونية متخصصة ومعمقة ومتكاملة في الجزائر

مقدمة

وقد اعتمدنا للإجابة على الإشكالية المطروحة تقسيم البحث في هذه المذكرة إلى فصلين:

فصل أول نخصصه للوقوف على تحديد الطبيعة القانونية لفيروس كورونا أما الفصل الثاني فتناولنا فيه مظاهر تأثير الوباء على إجراءات إبرام العقود الإدارية.

الفصل الأول

تحديد الطبيعة القانونية لفيروس كورونا

فصل الأول: تحديد الطبيعة القانونية لفيروس كورونا

لعل أبرز حدث استجد في يومنا هذا وطرأت بوادره على مختلف نواحي الحياة، هو فيروس كورونا (كوفيد 19)الذي سرعان ما تفشى في كل دول العالم انطلاقا من الصين بلد نشأته الأول. وعلى غرار باقي المجالات المختلفة فقد مس انتشار هذا الفيروس العديد من المعاملات والمراكز ذات الصبغة القانونية. فقد تتخذ الأطراف المتعاقدة التي تكون عاجزة عن أداء التزاماتها التعاقدية، من جائحة كورونا وسيلة لفسخ العقد، أو حجة للتهرب من المسؤولية التعاقدية، كما قد تمنع هذه الجائحة من ممارسة إجراءات الطعن أمام القضاء وبالتالي ضياع الحقوق المكفولة قانونا.[6]

ومن هذا المنطق تعرضنا في فصلنا هذا إلى:

المبحث الأول: نتناول الاتجاهات المفسرة لفيروس كورونا.

المبحث الثاني: ندرس فيه وباء كورونا من وجهة التشريع والقضاء المقارن.

المبحث الأول:الاتجاهات المفسرة لفيروس كورونا

لم يسلم العقد الإداري من جائحة كوفيد19 وتأثر كغيره من العقود بما تمر به الأوضاع في الوطن والدول جميعا من تنفيذ الالتزامات التعاقدية فكان مرهقا بالنسبة للمتعاقد الذي لم يستطع مواصله التزاماته أو قد يكون مستحيلا بالنسبة إليه ومن هنا كان لابد من التساؤل حول طبيعة جائحة كوفيد كعائق للتنفيذ العقود فهل هي قوة قاهرة يستحيل معها تنفيذ الالتزامات أو تعتبر ظرفا

[6] محفوظ عبد القادر,فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة, مجلة الدراسات الحقوقية, العدد 1,كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02 ،الجزائر., 2021 , ص26 .

طارئا تؤثر على التعاقدات بشكل جزئي ونسبي وليس بشكل كامل، وهذا كله حتى لا يتقاعس المتعاقدون عن تنفيذ تلك الالتزامات ؟ من هذا المنطلق، وتأسيسًا على ذلك فقد ثار النقاش والجدل حول نظريتَيْ القوة القاهرة والظروف الطارئة، ومدى إمكانية قانونية تنفيذ الالتزامات العقدية في ظل الإجراءات الوقائية التي اتخذتها الجزائر منذ نشوء هذا الوباء العالمي،[7] الأمر الذي يقتضي الى أن نخصص مطلبين نتطرق إلى اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة في المطلب الأول , أما المطلب الثاني سنتناول اعتبار فيروس كورونا ظرفا طارئا.

المطلب الأول : اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة

للبحث عن اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة، سنحاول التطرق للتعريف القوة القاهرة تشريعا وفقها وقضاء(الفرع الأول)، ثم إبراز تكييف وباء كورونا بالقوة القاهرة(الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة

للوقوف على تعريف القوة القاهرة وشروطها يكون لزاما التطرق إلى تعريفها من أكثر من جانب فلا بد من التطرق إلى التعاريف في التشريعات المقارنة ثم إلى التعاريف الفقهية في هذا المجال وصولا إلى التعاريف التي قدمها القضاء.

أولا: تعريف التشريعي للقوة القاهرة

رأى العديد من الشراح القانون المدني أن المشرع الجزائري لم يوضح مقصود من القوة القاهرة في كثير من المواد، وإنما اكتفى بالإشارة إليها كسبب للإعفاء من المسؤولية.وهو ما تأكده المادة 127من القانون المدني الجزائري[8] بنصها : "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك"،إلا أن حقيقة المشرع الجزائري كونه لم يعرف القوة القاهرة في القانون المدني في حين كان يعرفها في قانون 05-07

[7] بن سالم خيرة , تنفيذ الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد 19 , حوليات جامعة الجزائر 1, عدد خاص : القانون و جائحة كوفيد19 , كلية الحقوق جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانه (الجزائر), 2020, ص69.

[8] قانون المدني 2007 ص 23

الملغى المتعلق بالمحروقات في المادة 5فقرة 20 منه بأنها:" القوة القاهرة : كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره و الذي يجعل تنفيذ هذه الأخير الحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها آنيا أو نهائيا غير ممكن."[9].

في حين نجد أن المشرع الفرنسي بعد التعديل الذي أدخله على القانون المدني الفرنسي بمقتضى الأمر الصادر بتاريخ 10 فبراير 2016, قد عرف القوة القاهرة في الفصل 1218 بقوله: " تتحقق القوة القاهرة في المسائل التعاقدية عندما يمنع حدث خارج عن سيطرة المدين, ولم يكن من الممكن التنبؤ به وقت إبرام العقد, ولا يمكن تفادي آثاره باتخاذ التدابير المناسبة , بحيث يمنع المدين من تنفيذ التزامه". [10]

أما فيما يخص المشرع المغربي أين عرفها في الفصل 269 من قانون الالتزامات و العقود المغربي بقوله: القوة القاهرة هي كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يتوقعه، كالظواهر الطبيعية، (الفيضانات والجفاف والعواصف والحرائق والجراد)، وغارات العدو وفعل السلطة، ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا." ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي كان من الممكن دفعه، ما م يقم المدين الدليل على أنه بذل العناية لدرئه عن نفسه. وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة السبب الذي ينتج عن خطأ سابق للمدين."[11]

ويعد هذا التعريف مشابها لما ورد في المجلة المدنية التونسية أين عرفها في الفصل 283 من المجلة الالتزامات والعقود التونسية على أنها: القوة القاهرة التي لا تيسر معها الوفاء بالعقود وهي كل مالا يستطيع الإنسان دفعه كالحوادث الطبيعية من فيضان ما وقلة أمطار وزوابع وحريق وجراد أو غزو أجنبي أو فعل الأمير ولا يعتبر السبب الممكن اجتنابه قوة قاهرة إلا إذا أثبت المدين أنه استعمل كل الحزم في درأه وكذلك السبب الحادث من خطأ متقدم من المدين فإنه لا يعتبر قوة قاهرة.[12]

على صعيد التشريعات الإدارية نلاحظ أن المشرع في قانون الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام لم يذكر تعريفا للقوة القاهرة في العقد الإداري، فقط أشار إليها في مادة 95المتعلقة

---

[9] القانون 05-07، المؤرخ في 2005/04/28، يتعلق بالمحروقات، ج.ر عدد50 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2015; الملغى بموجب القانون 19-13 المؤرخ في 2019/12/11،ينظم نشاطات المحروقات، ج.ر عدد 79 لسنة 2019

[10] Ordonnance n° 2016-131, sur Légifrance: https://www.legifrance.gouv.fr , Consulté le 16/12/2020.

[11]قانون الالتزامات والعقود، ظهري 9 رمضان 1331 ه، 12أغسطس1913م، مديرية التشريع، وزارة العدل، المملكةالمغربية.

[12]المادة 211 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية - نسخة محينه مصادق عليها من طرف المجلس الوطني لتنظيم الأحكام التشريعية و الترتيبية الجاري بها العمل وفقا للقانون عدد 87لسنة2015 المؤرخ في 15أوت2015.

بالبيانات الإلزامية للصفقة العمومية ،حيث ألزمت ذكر كيفيات تطبيق حالات القوة القاهرة ، كما أنه أشار إليها أيضا في مادة 147 فقرة 5 والتي تتعلق بإعفاء من غرامة المالية على التأخير في حالة القوة القاهرة.أما المادة 151 من قانون الصفقات العمومية نصت على أنه:"...يمكن القيام بالفسخ التعاقدي للصفقة العمومية، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد، حسب الشروط المنصوص عليها صراحة لهذا الغرض".[13]

أما دفتر التعليمات الإدارية العامة المطبقة على صفقة الأشغال العمومية لوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل فرغم عدم تعريفه للقوة القاهرة، إلا أنه عالجها بشكل غير مباشر، إذ أخرج مجموعة من الحوادث من دائرة ما يمكن أن ينفي عن المتعامل المتعاقد مسؤولية عدم تنفيذ التزاماته التعاقدية، فمثال رفض هذا الدفتر تملص المقاول من التزاماته بناء على حالات نصت عليها هذه المادة كما يلي وهي :

- الاستغلال العادي للأملاك والمرافق العمومية، أو وجود قنوات أو خطوط أو غيرها في ورشة العمل أو وجود ورش تعمل على نقل هذه المنشآت أو تحويلها .
- تزامن أشغال الورشة مع أشغال أخرى.
- التلف و الضياع الناتج عن لا مبالاة أو إهمال المقاول.
- حماية الآلات والمنشآت من العواصف والأمطار والفيضانات وكل الظواهر المناخية.

كما أخرجت هذا النص إمكانية استفادة المقاول من التعويض بفعل القوة القاهرة إذا مست الكارثة التي أنشأت حالة القوة القاهرة عتاد المقاول[14].

أما فيما يخص فرنسا نص قانون الطلب العمومي في المادة 2-2195-1 على أنه" يجوز للجهة المتعاقدة (المشتري العمومي) فسخ العقد في حالة القوة القاهرة ".وفي مصر لم ينص قانون تعاقدات الجهات العامة على الأحكام المتعلقة بالحالة القوة القاهرة صراحة.[15]

---

[13]المرسوم الرئاسي15-247 المؤرخ في 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50لسنة 2015 ،مؤرخة بتاريخ 2015/09/20.

[14] المادة 27 من دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقة الشغال العمومية لوزارة البناء والأشغال العمومية والنقل.

[15] أشار إليه: محفوظ عبد القادر , أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري , رسالة دكتوراه, كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام جامعة أبي بكر بلقايد, الجزائر,2019, ص 130.

الملاحظ من هذه النصوص (التشريعات الإدارية) أنها استعملت عبارات "القوة القاهرة، والظروف خارجة عن إرادة المتعاقد" ولكن لم تحدد بدقة شروط اللجوء إليها. لذلك كان للقضاء له دور في توضيح هذه الشروط.

ثانيا: التعريف الفقهي للقوة القاهرة

لقد تعددت التعاريف الفقهية للقوة القاهرة نذكر منها:

عرف عميد الفقهاء القانون العرب عبد الرزاق السنهوري القوة القاهرة بأنّها: "كل حدث لا يمكن توقعه، ولا بالمستطاع دفعه أو تلافيه، والذي يحصل من غير أن يكون للحارس يد فيه" .[16]وعرفها أيضا بكونها: "أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هناك خطأ في جانب المدين".[17]

أما الفقيه الفرنسي DévouerMandilعرفها بأنها : "كل واقعة تنشأ باستقلال عن إرادة المدين، ولا يكون باستطاعته هذا المدين توقعها أو حدوثها، ويترتب عليها أن يستحيل عليه مطلق الوفاء بالتزامه".كذلك الفقيهDomokعرف القوة القاهرة " فكرة القوة القاهرة ، وكما تستفاد من القضاء الفرنسي جد بسيطة فهي تعرف باستحالة التنفيذ الناتجة عن واقعة غير متوقعة الحدوث، لا يساهم فيها خطأ من المدين".[18]

أما بالنسبة للفقه الإداري الفرنسي عرف القوة القاهرة بكونها " الحادث الخارجي عن إرادة الأطراف المتعاقدة، وغير المتوقع وغير المرتقب والذي يستحيل دفعه، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية"[19] وعرفها الفقه الإداري المصري "حادث غير متوقع لا يمكن دفعه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا".[20] كذلك في لبنان يعرفها البعض كونها "الحدث الخارج عن الشخص

---

[16]عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء 01 -مصادر الالتزام،دار النشر للجامعات العربية، 1952، ص، 876.

[17] عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظيرة العقد- منشورات الحلبي الحقوقية ،بيروت لبنان – ط2، 1998، ص 963.

[18]اوليدي موسى و قادري عبد الرزاق، أثر القوة القاهرة في العقود الدولية، مذكرة ماستر، جامعة قاصدي مرباح ورقلة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، 2018ص 10

[19] أشار إليه: علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، جزء7 ،الطبعة الأولى ،مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2011 ،ص 17.

[20] سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر،2008, ص.660.

المتعاقد وإرادته، لم يكن في حسبان وقت التعاقد، ولا يمكن تلافيه، والذي يجعل تنفيذ العقد مستحيلا كليا أو جزئيا".[21]

ثالثا: التعريف القضائي للقوة القاهرة

بالرجوع إلى القضاء الجزائري نجده حدد مفهوم للقوة القــاهرة في بعض القــرارات القضائية، نذكر منها القـرار الصـــادر عن المحكمة العليا بتاريخ 1990/06/11 والذي جاء فيه ما يلي:"حدث تسبب فيه القوة تفوق قوة الإنسان ، حيث لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها، كما تتميز القوة القاهرة أيضا بطابع عدم قدرة الإنسان على توقعها".[22]

كما قضت المحكمة العليا بأنه يشترط لوصف التوقف عن النشاط بالقوة القاهرة" هو أن يكون مفاجئا وغير متوقع، لا يمكن تفاديه أو مقاومته أو التحكم فيه،خارجا عن نطاق إرادة المستخدم، وغير ناتج عن الخطأ تعود مسؤولية ارتكابه إليه. مع الإشارة إلى أن التوقف الناتج عن الأسباب الاقتصادية لا يدخل في هذه الحالة، ويخضع للمواد 69، 70، 71 من القانون 90-11...[23].

وقد تأكدت العناصر المكونة لتعريف القوة القاهرة في العقود الإدارية من القضاء الإداري الفرنسي قي الحكم المبدئي الذي صدر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية الشركة البحرية Compagnie des messageries maritimes بتاريخ 1909/01/29 حيث تكونت عناصر القوة القاهرة في تقرير مفوض الحكومة Tardieu ،كما تكرست مرة أخرى في تقرير مفوض الحكومة La tournerie في قضية Compagnie des sceneries des africaines في قرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي تاريخ 1928/03/09 ثم في قرارات لاحقة ذات أهمية قصوى في تطبيقات عملية لفكرة القوة القاهرة. ورغم أن هذا القرار المبدئي لمجلس الدولة الفرنسي يعتبر حجر الأساس لتحديد معالم وشروط نظرية القوة القاهرة في العقود الإدارية، إلا انه ليس أول اجتهاد يؤسس هذه النظرية، بل يرى البعض أن مجلس الدولة الفرنسي أقر بالقوة القاهرة كسبب

---

[21] محفوظ عبد القادر , أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري , رسالة دكتوراه, جامعة أبي بكر بلقايد, كلية الحقوق والعلوم السياسية, قسم القانون العام, 2019 ,ص129.

[22]أنظر حكم الغرفة التجارية للمحكمة العليا بتاريخ 11 جوان 1990 الملف رقم 65920 مجلة قضائية عدد 2لسنة 1991

[23]قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، بتاريخ 03-12-2009،رقم 534176، ،صادر بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، جوان 2011، ص ص.169-172.

للإعفاء من التزامات المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري بموجب قرار sensine، بتاريخ 1858/03/18.[24]

وبخصوص موقف القضاء الإداري المقارن من تعريف القوة القاهرة، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بأن" القوة القاهرة تعفي من المسؤولية في نطاق القانون الإداري على النحو الذي عليه في ميدان قانون الخاص. ولا تتوفر حالة القوة القاهرة إلا إذ اتصفت الظروف محل البحث بأنها خارجة تماما عن إرادة المدين، وأنه ما كان يمكنه توقعها، وأنه أضحى أمام استحالة مطلقة تحول دون قيامه بتنفيذ التزامه .[25]

من خلال كل هذه التعريفات الفقهية والتشريعية والقضائية، لاحظنا أنها جميعا تتفق في نقاط معينة مثل عدم القدرة على التنبؤ، وعدم إمكانية الدفع، وغير قابلة للتنفيذ لذلك يمكننا استنباط تعريف مناسب ودقيق للقوة القاهرة إلى حدث لا يمكن لأطراف العقد توقعه وتسبب في الإخفاق في أداء التزاماتهم التعاقدية، بشرط أن يكون هذا غير متوقع ولا يمكن دفعه. أو بمعنى أخر، هو حدث مستقل عن إرادة المتعاقد، ولا يمكن التنبؤ بحدوثه أو منعه أو تفاديه، ولا يمكن تلافي عواقبه السلبية.

من خلال التعاريف السابقة يمكن القول إن القوة القاهرة عبارة عن حادث فجائي يستوجب توافر عدة مقومات لاكتسابها وصف القوة القاهرة ، حيث يشترط فيها ثلاثة شروط سنأتي لعرضها في الفرع الثاني ،وهي أنها غير ممكنة التوقع ، وغير ممكنة الدفع، وتنفيذها يكون مستحيلا استحالة مطلقة.

الفرع الثاني: تكييف وباء كورونا بالقوة القاهرة

بناء على التعاريف السابقة يمكن استخلاص شروط القوة القاهرة وهي كما يلي:

أولا:عدم إمكانية توقع وباء كورونا

إن فعل القوة القاهرة يجب أن يكون غير مرتقب أي غير قابل للتوقع، مع أن ذلك لا يعني عدم القابلية المطلقة، بل إن فكرة عدم القابلية للتوقع لا تبحث في حد ذاتها مجردة عن أية اعتبارات أو ظروف تساهم في حدوثها[26].

---

[24] محفوظ عبد القادر ، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري ، المرجع السابق, ص-ص129, 130.

[25]المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر بتاريخ 15-02-1962 ،الطعن رقم 1320 ،لسنة 12ق، المكتب الفني، ج14 ،مجلس الدولة ، ص،373.

[26]هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2015. ص 59.

ويرجع في تقدير عدم التوقع إلى وقت إبرام العقد، وعلى هذا فإن الفعل إن كان من غير الممكن توقعه وقت الإبرام كان ذلك قوة قاهرة حتى ولو أمكن توقعه فيما بعد[27]بمعنى يجب أن تكون القوة القاهرة والحادث الفجائي غير ممكن التوقع، فإذا أمكن توقع الحادث حتى لو استحال دفعه فلا يعتبر قوة قاهرة، ويقاس عدم إمكان التوقع بالمعيار الموضوعي وليس الذاتي، معنى ذلك أن يكون الحادث غير متوقع من أشد الناس حيطة وحرصا ولا نكتفي فيه بمعيار الشخص العادي، وبذلك يكون عدم إمكان التوقع مطلقا لا نسبيا، ولا يهم أن يكون الحادث جديدا، فقد يكون الحادث قد سبق وقوعه في الماضي ويبقى مع ذلك غير متوقع في المستقبل، وعلى سبيل المثال، الحرب، البركان الزلزال الفيضان والوباء(كفيروس كورونا) وغيرها، وعدم إمكان التوقع في المسؤولية العقدية يكون وقت إبرام العقد، ويعتبر ذلك كافيا حتى لو أمكن توقعه بعد التعاقد وقبل التنفيذ.[28] وقد سار مجلس الدولة الفرنسي في كثير من استعمالاته إلى القول إن الحادث غير المتوقع لا يمكن أن يقوم بمواجهة المتعاقد في وقت إبرامه.[29]

أما في الجزائر، اشترط مجلس الدولة شرطين أساسين للقول بوجود حالة قوة قاهرة في تنفيذ العقد الإداري، وذلك بتاريخ 1999/03/08، وهما:

1- أن يكون للحادث طابع عدم التوقع والاستثناء، وهو شرط متفق عليه وضروري للقول بوجود القوة القاهرة، ولعل استعمال القاضي لمصطلح "الاستثناء" هنا، يقصد من ورائه القول بأن الحادث غير عادي ويستحيل دفعه.

2- أن يكون الحادث قد تم أثناء تنفيذ العقد وليس بعده، ولعل هذا الشرط يبدو بديهيا نوعا ما، ولكنه شرط جوهري في هذه القضية، كون أن المتعاقد دفع بوجود حالة قوة قاهرة حالت بينه وبين إتمام المشروع المتعاقد عليه؛ إلا أن مجلس الدولة رفض هذا الدفع مبررا ذلك بأن مرور أكثر من سنتين على إبرام الصفقة دون أن يتم بناء المشروع، بينما

---

[27]محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة التي تحكم التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة- رسالة دكتواره، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر،1984، ص.271.

[28]قجالي مراد و مرابطين سفيان ,مستقبل تنفيذ الالتزامات العقدية في ظل الظروف الاستثنائية لفيروس كورونا(كوفيد-19), المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ،العدد:.02، جامعة الجزائر-1 السنة:2021 , ص 701.

[29] C.E.F. 17 Décembre 1926.Société des Charbon de l'Adour « … L'événement imprévisible est celui qui ne pouvait raisonnablement être envisagé par le contractant au moment où il a traité ».

إن الحادث غير المتوقع هو الحادث الذي لا يمكن مواجهته بشكل معقول من قبل المتعاقد في الفترة التي تعاقد بها .

أشار إليه: محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص 22.

كان أجل الإنجاز محدد بستة أشهر، يجعل القوة القاهرة أمرا مستبعدا للدفع باستحالة التنفيذ[30].

جدير بالذكر أنه فيما يتعلق بفيروس كورونا، لم يكن وباء كورونا فيروسا متوقع الانتشار بالسرعة التي شهدها من خلال اجتياحه ربوع العالم، بل أصبح فيروسا عابرا للقارات ليس بإمكان الأطباء المختصين توقع انتشاره بتلك السرعة بل أصبح الحديث عن مصدره هل هو فيروس أم من فعل الطبيعة أم انه قد تم تسريبه وبالتالي كانت للإنسان يد في وقوعه؟ [31]، خاصة وأن العالم يعيش في بيئة طبية وتكنولوجية عالية المستوى. كما أن الصينيون لم يتوقعوا غزو الوباء العالم ، فمنذ ظهور الفيروس في الصين، وإعلان عنه لمنظمة الصحة العالمية رسميًا في 30 ديسمبر 2020 ، إلا أن الدول لم تتخذ إجراءات وقائية داخلية، لأنها لم تتوقع وصول الفيروس إليها. وعند سرعة انتشار الوباء ووصوله إلى الدول بدأت الدول التي وصل إليها الفيروس باتخاذ إجراءات الوقائية، تعددت بدءا من النص على ضرورة التباعد الاجتماعي بين أفراد المجتمع، والعزلة الإجبارية، والتزام المواطنين بالبقاء في منازلهم بدلاً من التجوال، باستثناء للضرورة القصوى، والاستعانة بخدمات الشرطة والأمن لفرض الحظر تجوال ومنع المواطنين من التنقل، الأمر الذي يؤدي إلى انتشار الفيروس. كل ذلك يؤكد على أن الأفراد والدول لم يتوقعوا انتقال الوباء إليهم أو حدوثه في يوم من الأيام، وبالتالي على الرغم اعتقادنا أن هذا الشرط عدم التوقع من شروط حالة القوة القاهرة ، إلا أنه ينطبق تماما على حالة وباء كورونا "كوفيد 19".

ثانيا: عدم القدرة على دفع وباء كورونا

يستلزم عن شرط عدم توقع حدوث القوة القاهرة، شرط آخر مؤداه عدم إمكانية دفعها أو مقاومتها أو تلافي آثارها، وبالتالي تخرج من دائرة الحالات التي يمكن للإنسان العادي خلالها دفع مضار القوة القاهرة دون أن يستحيل معها ذلك.[32]

---

[30]محفوظ عبد القادر ، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري , مرجع السابق ص-ص 145,144.

[31] قجالي مراد و مرابطين سفيان ,مستقبل تنفيذ الالتزامات العقدية في ظل الظروف الاستثنائية لفيروس كورونا(كوفيد-19), مرجع السابق , ص 701.

[32]كمال مصطفى العزاوي, استقرار المعاملات في زمن القوة القاهرة –فيروس كوفيد19منوذجا-
-Covid virus 19 models- Stability of Transactions in Time of Force Majeure المجلة نظرة على القانون الاجتماعي,
.كلية الحقوق دار البيضاء المغرب ,العدد: رقم 01(2020) ص 7.

يجب أن يكون الحادث غير المتوقع مستحيل الدفع لكي نكون أمام قوة قاهرة، أما إذا أمكن دفع الحائل فلا يجوز اعتباره قوة قاهرة حتى إذا ثبتت استحالة توقعه وإمكانية الدفع تعني إما إمكانية التغلب عن الوضع الراهن أو إمكانية اجتنابه.

القوة القاهرة مستحيلة الدفع هي التي لا يمكن دفعها، فلا يكفي للمتعاقد إثبات أن الحادث كان غير متوقع، بل يجب أن يبين الطابع القهري لهذا الحادث الذي جعل منه عاجزا عن تنفيذ التزامه. فلو استطاع دفعه فلا يعد قوة قاهرة ولو توفر شرط عدم التوقع، مع ملاحظة وجوب قيام المتعاقد بدوره كاملا واتخاذ كل الاحتياطات اللازمة التي كان من شانها أن تكفل تنفيذ الالتزام[33]

ما يؤكد هذا الشرط فيما يتعلق بوباء كورونا هو أن الدول رغم قدراتها ووجود أطباء متخصصين، لم تكن قادرة على منع انتشار العدوى ووصولها إلى أراضيها وشعوبها.. بدأت الحالات تظهر في معظم الدول بالرغم من وجود إجراءات، بمعنى أنه على الرغم من هذه الإجراءات لم يستطع أحد تجنب هذه الآثار، بما في ذلك أطراف العلاقة التعاقدية الذين لم يتمكنوا من تجنب حدوث جائحة كورونا أو تجنب آثاره. ووضع في الحجر الصحي أو في المؤسسات الصحية لتلقي العلاج لكل من أصيب منهم بالفيروس، حتى ومن لم يتأثر بالوباء، لكن رغم ذلك ظل يعيش في ظل آثاره، مثل فرض حظر التجوال، ومنع التنقل، وعدم خروج الناس إلا للضرورة.، مما يعني أنه تقطعت أوصال أعاملهم وتقطعت بهم السبل، وأصبحوا غير قادرين على التواصل والوفاء بالتزاماتهم مختلفة.

ثالثا:جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة

لا يكفي لقيام القوة القاهرة عدم إمكانية توقع الحادث، بل يجب إضافة لذلك أن يستحيل دفعه. ومعنى ذلك أن الحادث يجب أن يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة.[34]ولهذا تعتبر استحالة التنفيذ شرطا جوهريا وضروريا للقول بوجود القوة القاهرة من عدمه، بل إنها تأتي في مركز متقدم عن عدم التوقع أمام القاضي الإداري، هذا الأخير الذي يبحث بالمقام الأول عن شرط

[33]اوليدي موسى و قادري عبد الرزاق, أثر القوة القاهرة في العقود الدولية, مذكرة ماستر, جامعة قاصدي مرباح ورقلة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق, 2018 ص19.

[34]عياش حمزة, الآثار القانونية المترتبة على العمال و الموظفين خلال العطلة الاستثنائية في ظل جائحة كورونا "كوفيد 19" , مجلة قانون العمل و التشغيل, عدد خاص, جامعة محمد البشير الإبراهيمي- برج بوعريريج , كلية الحقوق والعلوم السياسية, ص 166.

عدم المقدرة على الدفع، "لان الحادث الذي يمكن دفعه يستوي في شأنه أن يكون متوقع أم غير متوقع"[35].كما أن الاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة ليست نسبية، أي بمعنى أن يكون مانعا جذريا على المتعاقد الوفاء بالالتزامات التعاقدية.

وفيما يخص فيروس كورونا فإنه يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا وخاصة في ولاية البليدة التي طبق فيها الحجر الكلي حيث تنص المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم20-70[36]على أن: "يطبق حجر كامل على ولاية البليدة لمدة 10 أيام قابلة للتجديد. يمكن أن يمتد هذا الإجراء إلى ولايات أخرى عند الاقتضاء..."، فالاستحالة هنا مطلقة وليست خاصة بالمتعاقد، وبما أن جائحة كورونا كانت مانعة بصفة نهائية من تنفيذ الالتزام فإنه الأمر الذي جعل تنفيذ المتعاقد في ظل هذه الظروف لالتزاماته مستحيلا و الذي لم يكن بوسعه الإيفاء بالتزاماته في ظل هذا الوباء كورونا.

المطلب الثاني: اعتبار فيروس كورونا ظرفا طارئا

تشترك العقود المدنية والإدارية في الخضوع لأحكام موحدة عند تنفيذها، مع مراعاة خصوصية وطبيعة كلا النوعين من العقود. فكلاهما يعرف نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة . وإذا كان من المألوف أن العقود الإدارية تستمد جانبا من مبادئها من القانون الخاص، فإنه وعلى خالف ذلك فقد استمدت النظرية العامة للعقد المدني أحكام الظروف الطارئة من القانون والقضاء الإداريين[37].

الفرع الأول : مفهوم الظروف الطارئة

تعبيرا عن التقارب بين مفهوم نظريتي القوة القاهرة والظروف الطارئة، يطلق البعض على الظروف الطارئة تسمية "القوة القاهرة الإدارية"، كما ووصفت أيضا بأنها " مركز وسط بين الظروف العادية التي يستطيع فيها المتعاقد تنفيذ التزاماته وبن القوة القاهرة التي يستحيل فيها تنفيذ الالتزام إطلاقا. على أن بعض الآراء، تؤكد على " معنى الاستحالة " فهي: " تعني في القانون الخاص الاستحالة المادية المطلقة، أما في القانون الإداري فيمكن أن تكون الاستحالة اقتصادية" .

[35] محفوظ عبد القادر, أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الاداري , المرجع السابق ص 146.

[36] المرسوم التنفيذي رقم 20-70.

[37]عباس صادقي, آثار التدابير الوقائية لمواجهة جائحة كورونا على تنفيذ العقود في الجزائر -دراسة تحليلية مقارنة- مرجع السابق,ص 14.

[38]ولتوضيح المقصود بالظروف الطارئة يتم التطرق للتعريف بهذه النظرية(أولا)، ثم أساسها القانوني (ثانيا)

أولا: تعريف الظرف الطارئ

نظرية الظروف الطارئة (Théorie de l'imprévision) وكما يسميها البعض " تغير الظروف" و" نظرية الطوارئ غير المتوقعة"[39]

عرف الفقه الفرنسي ومنهم الفقيهPéquignotنظرية الظروف الطارئة بقوله: "إذا طرأت ظروف عامة لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وكان من شأنها قلب توازنه بطريقة تجعل تنفيذه أمرا مرهقا وإن لم يكن مستحيلا، ولم يكن في إمكان الطرفين المتعاقدين توقع ذلك الإرهاق،فإن للمتعاقد أن يطلب من الإدارة أن تساعده في تنفيذ العقد، عن طريق مقاسمته أعباء الظرف الطارئ في صورة تعويض يحسب على أساس العجز الذي يتحمله المتعاقد وبمراعاة كافة ظروف العقد". أما في مصر فهناك من عرفها بأنها : "الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادة الإدارة والمتعاقد معا، والتي تقع أثناء قيام المتعاقد بتنفيذ العقد وتؤدي إلى جعل تنفيذه مرهقا بالنسبة له من ناحية المالية وتعجزه عن تنفيذه، أي بمعنى آخر تؤدي إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد بشكل جسيم،مما يحتم على الإدارة تقدير تعويض مالي له يعيد للعقد توازنه ويعيد للمتعاقد قدرته على الاستمرار في تنفيذ العقد". [40]

أما في الجزائر، فيرى البعض أن الظرف الطارئ هو حادث استثنائي لم يكن في الوسع توقعه، غير أنه جعل تنفيذ الالتزام أمرا عسيرا ومرهقا وهدد المتعامل المتعاقد بخسارة فادحة أو مس بالتوازن الاقتصادي للعقد، فإنه يبقي تنفيذ العقد ممكنا و لا يجعل منه أمرا مستحيلا [41]

في حين هناك من عرفها بالقول: يقصد بهذه النظرية قيام أو ظهور أحداث مفاجئة أثناء تنفيذ العقد، لم تكن متوقعة عن إبرام العقد كحدوث زلازل أو حروب [42] ،جعلت نظرية الظروف الطارئة لمواجهة آثار ظرف يقع أثناء مدة تنفيذ العقد حيث يلحق بالتعاقد مع الإدارة خسائر فادحة تختل معها اقتصاديات العقد الإداري في حين أن المتعاقد لم يتوقع حدوث هذه الظروف حال

---

[38]عباس صادقي، مرجع السابق، ص15.

[39]عباس صادقي، نفس المرجع ، ص15 .

[40]. أشار إليه: محفوظ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص81 .

[41] أشار إليه: محفوظ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص82 .

[42] أشارت إليه : بوشيرب مليكة , المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية, مذكرة ماستر, كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام, جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية, 2014, ص ، ص 48

إبرامه العقد و لم يكن بوسعه توقعه أو استطاعته دفعه، الأمر الذي يلزم الإدارة بمشاركته في تحمل جزء من الخسارة بحيث يعود التوازن المالي للعقد إلى ما كان عليه قبل حدوث الظرف الطارئ،حيث يستوي في ذلك أن يكون مرجع الظرف الطارئ ظواهر طبيعية أو ظروف اقتصادية أو إجراءات إدارية صادرة عن غير جهة الإدارة المتعاقدة.[43]

وبالرجوع للقضاء ، فقد عرفت محكمة القضاء الإداري المصري نظرية الظروف الطارئة في قرارها الصادر في 1957/06/3530 كما يأتي: «إذا حدث أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد فقلبت اقتصادياته، وإذا كان من شأن هذه الظروف أو الأحداث أنها لم تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، بل أثقل عبئا أو أكثر كلفة مما قدره التقدير المعقول، وإذا كانت الخسارة الناشئة عن ذلك تجاوز الخسارة المألوفة العادية التي يحتملها أي متعاقد إلى خسارة فادحة استثنائية وغير عادية، فإن من حق المتعاقد المضار أن يطلب من الطرف الآخر مشاركته في هذه الخسارة التي تحملها بتعويضه عنها تعويضا جزئيا، وبذلك يضيف إلى التزامات المتعاقد معه التزاما جديدا لم يكن محل اتفاق بينهما عند إبرام العقد".[44]

وفي الجزائر، أشير لنظرية الظروف الطارئة في قرار المجلس الأعلى الصادربتاريخ13-12-1968، الذي فصل في النزاع بين الدولة الجزائرية وشركة V.B "حيث عقدت صفقة لتوريد خيم للإدارة، وبعد الإبرام فوجئت الشركة بزيادة على رسوم الإنتاج بنسبة 2.5%، فطلبت تعويضا مقابل هذه الزيادة، ولكن بما أن الحدث ليس غير متوقع أو غير عادي. فقد رفض القاضي تطبيق نظرية الظروف الطارئة[45].

وعلى الصعيد التشريعي فيرى العديد من المختصين أن نظرية الظروف الطارئة تجد أساسها في القانون المدني الجزائري وفي مادته 107 في فقرة الثالثة منه "إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكتفي 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 و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك

---

[43] بالسعيد زينة ، القيود الواردة على حرية الإدارة لدى التعاقد، مذكرة ماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس –مستغانم،2012، ص 66 .

[44] أشار اليه: محفوظ عبد القادر، المرجع السابق،ص 82

[45]قرار المحكمة العليا (المجلس ألاعلى) الصادر بتاريخ 13-12-1968, الذي فصل في النزاع بين الدولة الجزائرية وشركة V.B،المجلة الجزائرية، عدد 4 ،سنة 1969 ،ص. 1284 .مذكور لدى أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، طبعة 2 ،ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1986, ص. ص392-393.

"[46].فمن خلال نص هذه المادة يتضح لنا أن المشرع عرف نظرية الظروف الطارئة بأنها حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء إبرام العقد تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين بحيث تهدده بخسارة فادحة.

كما يرى البعض أن المشرع الفرعي الجزائري ذهب لتعريف الظرف الطارئ من خلال تنظيم الصفقات العمومية، "إذ اعتبرت المادة 136 في فقرتها الثامنة من المرسوم الرئاسي 15-247 [47] أن إذا ظهرت تبعات تقنية خارجة عن إرادة الطرفين وغير متوقعة، يسمح بإمضاء ملحق للصفقة حتى ولو أثر هذا الملحق على توازن الصفقة.

أما المادة 138من النص السابق الذكر فقد بينت بأنه يسمح بإبرام ملحق وعرضه على هيئة الرقابة الخارجية ولو خارج حدود آجال التنفيذ التعاقدية في حالة الاختلال المعتبر في التوازن الاقتصادي للعقد الناتج عن أسباب استثنائية خارجة عن إرادة الطرفين وغير متوقعة، والذي يؤدي إلى تأخير الأجل التعاقدي الأصلي ".

ولو أننا نرى أن هذه النصوص لم تعرف الظروف الطارئة، بل جعلت منها أساسا لإبرام الملحق وتجاوز الأجل المتفق عليه للتنفيذ، ولكن يبدو أن المشرع الفرعي اعتمد في تحديده لهذه الظروف على نفس العناصر المشترطة في نظرية الظروف الطارئة، والتي اتفقت عليها معظم التعريفات التي ذكرت أعلاه[48].

لذلك وتبعا لتكفل المشرع بالنص على تطبيقات متعددة لهذه النظرية يقول البعض: " لقد أصبحت نظرية الظرف الطارئ ذات الأصل الاجتهادي نظرية تقليدية. وقد كرست النصوص وخاصة في العقود الإدارية التي تنص على بنود لتعديل الأسعار تبعا للهزات الاقتصادية. إن بنود تغيير الأسعار وتحديد التعريفات تجنب الطوارئ غير المتوقعة واللجوء لنظرية الظرف الطارئ التي أصبح استخدامها محدودا".[49]

من المستحسن التذكير بأن نظرية الظروف الطارئة "نظرية قضائية تسمح للشريك المتعاقد مع الأشخاص العامين، الذي يتحمل خطر اقتصادي بالحصول على مساعدة مالية من الإدارة

---

[46] المادة 107 من الأمر 75-78 المتضمن القانون المدني.

[47]المرسوم الرئاسي15-247.

[48] محفوظ عبد القادر ، مرجع السابق، ص 84

[49]أحمد محيو، المرجع السابق، ص. .394

لمواصلة تنفيذ العقد الإداري... ويبرر الأخذ بهذه النظرية، الحق في التوازن المالي للعقد ومبدأ استمرارية الخدمات العامة".[50]

عندما تختل اقتصاديات العقد اختلالا جسيما لظروف استثنائية لم يكن في الوسع توقعها عند إبرام العقد، وينتج عن ذلك جعل التنفيذ أكثر إرهاقا للمتعاقد، بما يترتب عليها من خسائر تجاوز في حدتها الخسارة العادية المألوفة في التعامل، فإن للمتعاقد الحق في طلب مساعدة جهة الإدارة للتغلب على هذه الظروف، كي تشاركه في تحمل جزء من الخسارة التي لحقت به. وإن كانت الظروف الطارئة لا تؤدي إلى جعل تنفيذ العقد مستحيلا، إلا أنها تؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد رأسا على عقب،ويجب على المتعاقد الاستمرار في تنفيذ التزاماته العقدية على الرغم من وجود هذه الظروف ، وليس من العدل أن يترك بمفرده يواجه هذه الظروف التي لم يكن بإمكانه أن يتوقع حدوثها، وليس من صالح الإدارة أن يتعثر تنفيذ العقد، وما يترتب عن ذلك من أثار على سير المرفق العام الذي يخدمه هذا العقد.[51]

كما تتميز كذلك نظرية الظروف الطارئة عن القوة القاهرة، أن هذه الأخيرة رغم أنه لا يد لأطراف العقد في حدوثها، إلا أنها تجعل تنفيذ العقد مستحيلا، خلافا لنظرية الظروف الطارئة التي تجعل تنفيذ العقد ممكنا ولكنه مرهق ويبقى من حق المتعامل المتعاقد المطالبة بإعادة التوازن المالي.

ثانيا: التطور التاريخي لنظرية الظروف الطارئة

إن فكرة الظروف الطارئة هي فكرة عريقة في القدم ولكنها لم تستقر على مدلول واحد خلال جميع العصور، وللتعرف أكثر على أصول هذه النظرية ونشأتها نرى البدء بالتأصيل التاريخي لها في الشرائع القديمة، ثم إلقاء الضوء على نشأتها في التشريعات الحديثة وأقصد بذلك نشأتها في مجال العقود الإدارية.

1-نظرية الظروف الطارئة في الشرائع القديمة

---

[50] "Théorie jurisprudentielle permettant au cocontractant des personnes publiques، victime d'un aléa économique. D'obtenir une aide financière de L'administration، afin de poursuivre l'exécution du contrat administratif ... L'imprévision se justifie par le droit à l'équilibre financier du contrat et par le principe de continuité des services public" -Agathe VANG LANG & Geneviève GONDOUIN، Véronique INSERGUETBRISSET، Dictionnaire de droit administratif، 7 me édition، DALLOZ، France،2015..، p239

[51] حسن محمد علي حسن البنان , أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري – دراسة مقارنة- مجلة الرافدين للحقوق ، العدد 57 , 2018 ,ص 159 .

لا خلاف أن كثيرا من الأنظمة المعاصرة تجد أساسها ومنبعها في القوانين القديمة، فإذا كانت نظرية الظروف الطارئة حديثة النشأة في القوانين، حيث لم يكن لها بناء متكامل في القوانين القديمة؛ إلا أنه كان لها بعض التطبيقات المتناثرة في تلك التشريعات فمن خلال هذا سنلقي الضوء على الجذور الأولى للنظرية وذلك في الشرائع القديمة ولا سيما القانون الروماني، الكنسي، وفي الشريعة الإسلامية لنرى ما أصل هذه النظرية.[52]

عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الظروف الطارئة قبل أن يعرفها القانون الوضعي، هذا لان الشريعة الإسلامية قائمة على العدالة التي تعتبر من ركائزها الأساسية، ولهذا يجب الأخذ بيد من توقعه ظروف تتجاوز طاقته البشرية، فإذا تعارضت مبادئ العدالة مع القوة الملزمة للعقد فيتم تطبيق أحكام الطوارئ والتخلي عن القوة الملزمة للعقد، وبالرغم من الفقه الإسلامي عالج نظرية الظروف الطارئة خير علاج، إلا أنه لم يقم بصياغة النظرية، والسبب في ذلك أن فقهاء المسلمين كانوا يعالجون ما يعرض عليهم من مسائل ويضعون لها حلول عملية عادلة لتواجه حالات معينة.[53]

أما القانون الروماني، فكان يخلو من مبدأ عام يصلح أساسا لنظرية الظروف الطارئة وذلك لشدة تمسكه بالأمور الشكلية وعدم جواز تعديل العقد، كما أن هذه النظرية كانت بالمثابة ثغرة ينفذ منها القاضي ليس بالقوة الملزمة للعقد، حيث يستطيع تعديل العقد بطلب من أحد المتعاقدين دون رضاء المتعاقد الآخر،، فلم ينظم القانون الروماني نظرية الظروف على الرغم من مناداة بعض فقهائه بها ، على أساس أن التقيد بالعقد وبأحكامه يفترض بقاء ظروف إبرامه على ما هي عليه، فإن تغيرت هذه الظروف كان هناك مبرر لتعديل أحكامه لتتماشى مع ما استجد من ظروف، وهذا ما تقتضيه العدالة.[54]

كما ظهرت نظرية الظروف الطارئة في قانون الكنسي، إذ عرف هذا الأخير بعض التطبيقات الفرعية لهذه النظرية استمدها من المبادئ المسيحية التي تدعو إلى التراحم والتآخي ليسلم المجتمع من الضغائن والأحقاد وتنشر المحبة والسلام بين الناس، ذلك أن الكنيسة وضعت قواعد لحماية الطرف الضعيف في العقد.[55]

---

[52]محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، دار زهران، الأزهر، مصر، دون سنة النشر، ص 6 .

[53]سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، مصر، 2006، ص ص 38 39 .

[54] محفوظ عبد القادر ، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقود ، المرجع السابق ، ص85

[55] محفوظ عبد القادر ، المرجع السابق ، ص 84.

فلقد كان الفقهاء الكنسيون يحرصون على أن يسود العدل والإنصاف في عقودهم من أجل ذلك نادوا بالثمن العادل والأجر العادل، كما ساوى الكنسيون الغبن بالربا الذي حرمته الديانة المسيحية وأعطوه نفس الحكم، وقد سعوا إلى محاربته ومنعه سواء الغبن الذي تحقق وقت إبرام العقد، أو ذلك الذي يتحقق في وقت الحق على إبرامه.[56]

2-نظرية الظروف الطارئة في التشريعات الحديثة

إن ظهور نظرية الظروف الطارئة في القانون الحديث وازدهارها كان في ظل القانون العام، حيث بدأ من القانون الدولي العام، والتي سميت في ظله بنظرية شرط عدم تغير الظروف فاحتلت مكانة بالغة في المعاهدات الدولية حيث يحرص الأطراف على النص عليها كشرط في تلك المعاهدات .

فالقانون الدولي العام يفرض على المتعاقدين أن يوفوا بتعهداتهم، فكل دولة من واجبها أن تنفذ الالتزامات التي ارتبطت بها، وللدول التي تقررت لصالحها هذه العقود أن تطلب احترامها على الوجه المتفق عليه وليس لدولة أن تمتنع عن تنفيذ معاهدة ارتبطت بها بحجة أن التزامها أصبح مجحفا، بمعنى بقاء الدولة ملتزمة بالاتفاقية المنظمة إليها طالما لم تتغير الظروف وقد تم تقنين شرط عدم تغير الظروف في اتفاقية فينا لسنة 1969.

إن خلو العلاقات الدولية من أية سلطة مركزية تفرض واليتها القضائية على جميع الدول هو السبب في رواج نظرية الظروف الطارئة في مجال الاتفاقيات والمعاهدات التي تبرمها الدول، لأن الإرادة الدولية هي مصدر القواعد والمبادئ القانونية التي تنظم علاقات الدول في المحيط الدولي.

أما فيما يخص نشأة نظرية الظروف الطارئة في مجال العقود الإدارية ، يرجع الفضل في نشأتها إلى مجلس الدولة الفرنسي من خلال قراره في قضية compagnie généraled'éclairage de bordeaux، والمسمى بقضية "غاز بوردو"،ويعد هذا القرار هو الأساس في تحديد معالم النظرية إذ اشتمل على معظم الأحكام الرئيسية والتفصيلية لهذه النظرية من حيث شروط تطبيقها ونتائجها القانونية بحيث يمكن اعتبار هو حجر أساس نظرية الظروف الطارئة. ومنذ ذلك التاريخ أصبح القضاء الإداري يقبل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة كسبب

[56] بلقاسم زهرة , أثر تغير الظروف الطارئة على العقود , مذكرة الماستر في القانون , تخصص: عقود ومسؤولية , جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة , كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص , السنة الجامعية 2014 , ص16.

لمراجعة العقود والصفقات العامة، إذ يعتبر الفقه الفرنسي أن حكم مجلس الدولة الشهير في دعوى غاز بوردو هو دستور نظرية الظروف الطارئة التي تتلخص وقائعها في أن شركة الغاز للإضاءة بمدينة بوردو كانت ملزمة بأن تقوم بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ونتيجة لوقوع الحرب ارتفع سعر الفحم، ووجدت الشركة أن الأسعار التي تتقاضاها من الجهة الإدارية المتعاقدة معها لا تغطي نفقاتها، فلما رفع النزاع بين الشركة والمدينة إلى مجلس الدولة الفرنسي قضى بتعديل العقد بين الجهة الإدارية والشركة بما يتناسب والأسعار الجديدة. وعلى الرغم من اعتراف القضاء الإداري الفرنسي بتطبيق نظرية الظروف الطارئة، إلا أن محكمة النقض الفرنسية قد أحبطت كل المحاولات التي أقدمت عليها المحاكم لتطبيق نظرية الظروف الطارئة في مجال القانون الخاص.[57]

الفرع الثاني :شروط الظروف الطارئة وأثارها القانونية

تحظى نظرية الظروف الطارئة بأهمية واسعة بحكم تبنّيها لتوجُّهات جديدة في مجال العقود الإدارية، إذ أعطت جانبا مهما لمراعاة الطرف الضعيف في العقد.ولهذا سنتطرق الى شروطها (أولا) وآثارها القانونية(ثانيا).

أولا: شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة

لتطبيق هذه النظرية يجب توفر 3 شروط أساسية وهي كالتالي:

1- وقوع حوادث استثنائية غير متوقعة أثناء التنفيذ

ويقصد بالحادث الاستثنائي ذلك الحادث الذي ينذر وقوعه في الحياة العادية، فلا يدخل في الحسبان أي من طرفي العقد،[58]يجب أن يكون الحدث الذي أدى إلى الصعوبات في تنفيذ العقد غير متوقع وغير عادي، من البديهي أن كل عقد طويل المدى قد يواجه بعض التغيرات في الظروف لا يمكن أن تؤخذ كلها بعين الاعتبار عند إبرام العقد، وكمثال على الأحداث غير العادية وغير المتوقعة نذكر الحروب والأزمات النقدية والاقتصادية .

[57]بلقاسم زهرة ، المرجع السابق،ص ص19 20

[58] هبة محمد محمود ديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني،مذكرة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، 2012,ص36.

وتحديد إمكانية توقع الحدث من عدمه يرجع إلى احتمالية أو عدم احتمالية وقوعه، وكل ذلك يخضع لظروف العقد، فالمتعاقد يتوقع ارتفاعا معينا في الأسعار ويدخله في الحسبان عند إجراء حساباته، لكن الزيادة الفاحشة في الأسعار الناتجة عن ظروف عنيفة فهي غير متوقعة، وعلى ذلك فالظرف الطارئ غير المتوقع هو ذلك الظرف الذي لم يكن في حسابات المتعاقد عند إبرام عقده مع الإدارة [59].

حيت تعد من قبيل الظروف الاستثنائية غير المتوقعة ارتفاع أسعار بعض المواد المستعملة في تنفيذ المشروع ارتفاعا غير عادي، وذلك أن الارتفاع البسيط و الطبيعي أمره يقدره أطراف العقد و يضعونه بعين الاعتبار ساعة التعاقد، وفي حال ما إذا كان الارتفاع يسير بوتيرة متسارعة و مرتفعة كما هو الحال في القضية التي عرضت على مجلس الدولة الفرنسي، حيث تنتج عن نشوب الحرب العالمية الأولى ارتفاع أسعار الفحم بما سبب ضرر للملتزم فلم يعد باستطاعته تحمل الأعباء المالية الجديدة، ولما لجأ الملتزم للإدارة المتعاقدة لتعيد النظر في الأحكام المالية الواردة في العقد رفضت مما دفعه للجوء إلى مجلس الدولة الفرنسي الذي اعترف له بحقه في التوازن المالي بعنوان الظروف الطارئة، ومن يعود الفضل لهذه القضية في ظهور نظرية الظروف الطارئة سنة 1916. [60]

2- -أن يكون الحدث الطارئ خارج عن إدارة الطرفين

وهذا يعني ألا يكون لأي من المتعاقدين دخل في قلب اقتصاديات العقد، فلكي تطبق نظرية الظروف الطارئة يجب أن يكون الظرف الخارجي الطارئ الذي قلب اقتصاديات العقد خارجا مستقلا عن إرادة الأطراف المتعاقدة،[61]

لا يستفيد المتعامل المتعاقد من إعادة التوازن المالي تحت عنوان الظروف الطارئة إذا تسبب هو بعمله أو تدخله في إحداث السبب أو الطارئ الجديد، كذلك الحال فلا ينبغي أن تكون

---

[59] مروك أحمد . شروط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية , أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق , جامعة الجزائر 1 - بن يوسف بن خدة - كلية الحقوق ص28 .

[60] عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشرو التوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011 ، ص 231.

[61] محفوظ عبد القادر، مرجع السابق ص102 .

الإدارة هي المتسببة في ظهور هذا الطارئ الجديد، فان كانت هي من أحدثت بعملها الطارئ الجديد جاز مساءلتها تحت عنوان الإخلال بأحكام المسؤولية التقصيرية لا نظرية الظروف الطارئة.

و تظهر صرامة تطبيق هذا الشرط من خلال القرار الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية "بلدية بابيت" commune de papeete"حيث قامت المؤسسات المتعاقدة مع هذه البلدية بتأخير تنفيذ العقد، لكنها حصلت على مهلة إضافية من الإدارة، ونتيجة لهذا التأخير واجهت هذه المؤسسات ارتفاعا معتبرا في تكلفة التموين، وهنا نقض مجلس الدولة الفرنسي الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية وصرح انه نظر للظروف التي طرأت على تكلفة الصفقة والمتمثلة في ارتفاع أسعار المواد الأولية والمنتجات البترولية التي حدثت في الثلاثي الأخير من سنة 1974 ،والتي تعود أساسا للتأخير في تنفيذ الصفقة من طرف هذه المؤسسات، و نظرا لكون الأمر ببداية الأشغال لم يتم إلا بعد ثالثة أشهر من تاريخ دخول الصفقة حيز التنفيذ، فان هذه المؤسسات لا يمكنها المطالبة بالتعويض عن النفقات الإضافية.[62]

3-أن يكون من شأن الظرف الطارئ أن يؤدي إلى إخلال التوازن المالي للعقد

وذلك بأن يؤديَّ الحادثُ الطارئُ إلى إخلال جسيم باقتصاديات الصفقة إذ يُسبّب للمتعامل المتعاقد خسارة فادحة في مجمل الأرباح المتوقع تحقيقها بعد تنفيذ الصفقة. ويدخل في الحساب جميع عناصر العقد التي تؤثِّر في اقتصادياته واعتبار العقد في ذلك وحدة موحدة ويفحص في مجموعه لا أن ينظر إلى أحَد عناصره فقط، بل يكون ذلك بمراعاة جميع العناصر التي يتألف منها على أن يكون التعويض جزئيا غير شامل ومغطِّي لكافة الخسائر الناتجة، بل يوزع الضر ر بين طرفي العقد بشكل متوازن.[63]

ثانيا: الآثار القانونية لنظرية الظروف الطارئة في جائحة كورونا

1-التزام المتعاقد لاستمرار في تنفيذ العقود

[62] Conseil d'état، 17 juin 1981، Commune papete، Arrête n° 7.246.

[63]صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر ،معهد الحقوق و العلوم الإدارية،1984،ص120.

إذا توافرت الظروف والشروط السابقة يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة عدم إعفاء المتعامل من التزاماته، فالمتعامل المتعاقد يبقى ملزما بالاستمرار في تنفيذ الصفقة.[64] وذلك مُستوحى من الأحكام القضائية التي نصت صراحة على هذا الشرط ليكون بمقدوره المطالبة بالتعويض وفقا لنظرية الظروف الطارئة، ففي قضيّة شركةpropétrolأكد القضاء الإداري الفرنسي على شرط الاستمرارية في التنفيذ لتطبيق نظرية الظروف الطارئة. وتتلخص وقائع قضية شركةPropétrolأنه في تاريخ 16 ماي 1972 أبرمت هذه الشركة مع الديوان العام للسكن لمدينة ستراسبورغ صفقة تموين بمادة oïl-Fuel،وهي مادة تستخرج من بقايا تقطير البترول تستخدم بمفردها أو مختلطة مع زيوت أخرى للتدفئة المنزلية.

وفي شهر ماي 1973 شهدت السوق الدولية ارتفاعا في سعر المادة الأولية، فأدى بالشركة إلى توجيه رسالة تتضمن عزوفها في كل الأحوال عن هذه التموينات وذلك إبتداء من تاريخ 23 أوت1973 وطلبت من الديوان العام للسكن لمدينة ستراسبورغ إيجاد ممون آخر، ورفضت فعليا تموين الديوان بتاريخ 28سبتمبر 1973 ،فقرر على إثرها رئيس الديوان فسخ الصفقة على حساب المتعامل المتعاقد وذلك بتاريخ 5 أكتوبر 1973 وطالب الديوان من الشركة تعويض قدره 56،359695 فرنك وهو ما قضت به محكمة ستراسبورغ، فقدمت الشركة طعنا أمام مجلس الدولة الفرنسي مستندة في ذلك أن توقفها عن التموين كان نتيجة لظروف طارئة، هذا الأخير الذي جاء في قراره أن الشركة يحق لها عند الاقتضاء الاستفادة من تعويض لا غير على أساس الظرف الطارئ إذا ما هي واصلت تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

وهو ما يعتبر من وجهة نظرJean- Marc sauvé نائب رئيس مجلس الدولة الفرنسي تحديد بصفة أكثر لشروط وحدود تطبيق نظرية الظروف الطارئة وذلك مقارنة بما كان عليه الحال من قبل.

فيما أكّدMaurice Hauriou في نفس السياق بمناسبة تعليقه على قضية Gaz de bordeauأن المدينة تمنح للشركة تعويضا مناسبا مع الأخذ في الحسبان سعر الفحم و المواد الأولية الأخرى واليد العاملة فيم تستمر هذه الأخيرة في تأمين وضمان الخدمة ، كما أن نظرية

[64]بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة الماجستير في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.، ص 88.

الظروف الطارئة في ظل هذه القضية وفقا لرأيAndré de laubadère تم تبنّيها بالضبط لضمان استمرارية نشاط المرفق العام.[65]

إذا امتنع المتعاقد عن تنفيذ الالتزام وذلك في حالة توفر جميع شروط الظروف الطارئة ،فإن ذلك يعد خطأ عقديا يعطي للإدارة الحق في توقيع الجزاء المناسب عليه فلها أن تفسخ العقد أو توقع عليه غرامات تأخير عن الفترة التي توقف فيها عن تنفيذ الالتزام.

2-التزام الإدارة بتعويض المتعاقد

إن التزام المتعاقد مع الإدارة بالاستمرار في تنفيذ العقد في ظل قيام الظرف الطارئ يقابله التزام من الإدارة المتعاقدة معه بتحمل جزء من خسارة التي ألحقها به هذا الظرف الطارئ، وذلك بهدف مساعدته للاستمرار في تأدية الخدمة موضع العقد.

والتعويض الذي يستحقه المتعاقد هو تعويض جزئي عن الخسارة الحاصلة وليس تعويضا كاملا باعتبار أن هذه النظرية تهدف إلى مشاركة الإدارة في الخسارة الناتجة عن هذه الظروف وتوزيعها بينهما عن طريق تقديم عونا مؤقتا يقيل عثرة المتعاقد ويعينه على أداء التزاماته العقدية .

ولقد قام مجلس الدولة الفرنسي بالأخذ بهذا الحل في قضية شركة غاز بوردو Bordeaux بتاريخ 30 مارس 1916، ومن حيثيات هذه القضية أن هذه الشركة تدير مرفقا عاما لتوزيع الغاز والكهرباء في المدينة والتزمت ببيع الغاز للأفراد بثمن معين، إلا أن اندلاع الحرب العالمية الأولى ، أفضى إلى ارتفاع أسعار المواد عموما بما في ذلك أسعار الفحم الحجري كمادة خام لتجهيز الغاز، مما دفع بالشركة لتطلب من بلدية بوردو منح ترخيص لها برفع سعر الغاز، ولكن البلدية امتنعت عن منحها بذريعة أن العقد ملزم لطرفيه مستندة في ذلك قاعدة شريعة المتعاقدين.

وبعد تلقي الشركة لقرار الرفض بلدية بوردو لجأت إلى مجلس الدولة الفرنسي ،الذي قدم حلا يتجلى في الحكم للشركة بالتعويض، باعتبار أن تجهيز الغاز للسكان هو مرفق عام يتطلب الاستمرارية في أداء الخدمة ، أضف على ذلك أن ارتفاع أسعار الفحم ستؤثر على التوازن المالي للعقد، مما سيخل بتنفيذ العقد، لكل ذلك حكم للشركة بالتعويض مراعاة المصلحة

[65] بودالي محمد, خليفة خالد , أثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية, جامعة سيدي بلعباس، الجزائر, كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة سيدي بلعباس ، الجزائر ص-ص 178-179

العامة التي تقتضي المعاونة الشركة للتغلب على العثرة الناجمة عن ارتفاع أسعار الفحم.[66] والأساس في التعويض في هذا الإطار ليس خطأ بلدية بوردو، لأنها لم ترتكب أي خطأ،إنما الأساس هو ضمان تحقيق المصلحة العامة ولاعتبار قواعد العدل والإنصاف. وملاحظ أن نظرية الظروف الطارئة ساهمت في حماية الطرف الضعيف في العقد الإداري والذي وضعته الظروف لا دخل له فيها في مأزق حرج نتج عنه اضطراب التوازن المالي للعقد.ولا شك أن ما نعيشه اليوم من ظروف استثنائية وصعبة في ظل تفشي هذا الوباء وما تمخض عنه من تداعيات انعكست بالسلب على أشخاص القانون الخاص المرتبطين بعقود إدارية مع الإدارة ، سيجعل من هذه النظرية من وجهة نظر تحتمل الخطأ والصواب الأساس الذي سيبني عليه القضاء الإداري الجزائري مبدأ الحكم بالتعويض للمتعاقد مع الإدارة إذا ما جعل حالة الطوارئ الصحية من تنفيذ العقد الإداري المبرم مع أشخاص القانون العام أمر مرهقا وعسيرا.

أما بالنسبة للتعويض في الظروف الطارئة لا يغطي إلاّ الخسائر التي نجمت عن الظرف الطارئ، وبالتالي الذي يحصل عليه المتعامل المتعاقد مع الإدارة يكون ذو طابع جزئي من الخسارة التي لحقت به، وإذا لم يتوصل الطرفان إعادة التوازن المالي للعقد جاز للقضاء أن يفسخ العقد بناء على طلب أحد طرفي العقد.[67]

وهذا عن تطبيق نظرية الظروف الطارئة بصفة عامة. ولكن التساؤل المقصود هو هل يمكن اعتبار تدابير الوقاية من فيروس ظروفا طارئة؟ إجابة على ذلك يرى البعض بأن من النقاط الأساسية التي تؤخذ بعين الاعتبار لتطبيق نظرية الظروف الطارئة هو وقت إبرام العقد، فإذا كان من المقبول التسليم بتطبيق النظرية بالنسبة للعقود التي تم إبرامها قبل ظهور وباء كورونا، فإن العقود التي تم إبرامها مع بداية ظهوره وبعد تحوله إلى جائحة، قد لا يمكن لطرفيها التحجج بعدم التوقع كسبب للجوء لنظرية الظروف الطارئة، خاصة وأن ذلك تزامن مع بدأ اتخاذ تدابير معروفة كالحجر المنزلي والمنع من التنقل وغلق الحدود والأسواق والمنشآت والجامعات...مما يجعل ظروف تنفيذ العقد معلومة-ولو بشكل عام-بالنسبة للطرفين .

[66]Leticia chaves fretasbarbosa ،la théorie de l’imprévision dans les contrats de concession de service puplic،uneapproche comparée entre la France et le brésil، mémoire de droit puplic approfondi، université paris 2 pantheon-assas،2018،p32.

[67]عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 ،ص 228

وبالنسبة للعقود الإدارية فإن نظرية الظروف الطارئة تتيح للمتعاقد المستمر في تنفيذ العقد رغم الصعوبات التي يواجهها باستثناء-القوة القاهرة-الحق في التعويض عما يلحقه من أضرار، بالإضافة إلى الإعفاء من عقوبات التأخير... وهي الأحكام القابلة للتطبيق على تدابير كورونا عندما تؤدي لصعوبة في تنفيذ العقد ولقلب اقتصادياته بشكل ملاحظ وفقا لما قال به البعض .كما يظهر لنا بأنه وان كانت العبرة بوقت إبرام العقد لتحديد ما يمكن للطرفين توقعه، وبالتالي إذا كان بإمكان اعتبار تدابير كورونا ظروفا طارئة أم لا. إلا أن المشاهد أن استمرار الجائحة وتطورها وظهور تشدد في اتخاذ التدابير أحيانا وتبسيطها أحيانا أخرى يثير صعوبة في تحديد ما يمكن للأطراف توقعه لحظة إبرام العقد، وما يقع من تطورات بعد ذلك[68].

[68]عباس صادقي ،مرجع السابق ص22 .

المبحث الثاني: وباء كورونا من وجهة التشريع والقضاء المقارن

تعد جائحة كورونا وباء عالمي حسب توجيه منظمة الصحة العالمية , حيث أنها عطلت جميع مرافق الحياة وأدخلت العالم بحالة استنفار, ومما لاشك فيه أن هذا الوباء كان له أثرا واضحا على المجالات الحياة كافة كالاجتماعية والاقتصادية و...الخ, وتبعا لذلك فقط تأثرت التعاملات الدولية والداخلية وتركت بصمتها واضحة على العقود الإدارية والتي هي محل الدراسة في هذا البحث .سنتناول في المطلب الأول التكييف القانوني لجائحة كورونا أما في ما يخص المطلب الثاني سندرس موقف القضاء المقارن من تأثير وباء كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية.

المطلب الأول: التكييف القانوني لجائحة كورونا

صاحب انتشار وباء كورونا في الجزائر مجموعة المراسيم التنفيذية التي وضعت تدابير وقائية من انتشار فيروس كورونا ومكافحته أهمها المرسوم التنفيذي 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020, والمتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا ومكافحته ,وضع تدابير تكميلية للوقاية من انشار فيروس كورونا تتمثل أساسا في وضع الحجر المنزلي, وتقييد الحركة ,وتأطير الأنشطة التجارية وتموين المواطنين مع قواعد التباعد الاجتماعي, وغيرها من المراسيم التنفيذية التي توالت الى يومنا هذا.ولهذا سنتناول في الفرع الأول التكييف القانوني لجائحة كورونا في التشريع المقارن, أما الفرع الثاني سنتطرق الى التكييف القانوني لجائحة كورونا في التشريع الجزائري.

الفرع الأول: التكييف القانوني لجائحة كورونا في التشريع المقارن

إن الحالة كورونا بالذات، والتي أدت إلى شلل غير مسبوق في الحياة الطبيعية للعالم بأكمله، هناك اتجاه قانوني يذهب نحو استخلاص أن إعلان منظمة الصحة العالمية فيروس كورونا وباء عالميا يدخلنا من ناحية القانونية تحت بند القوة القاهرة التي كان لها تأثير مباشر على عدم قدرة على تنفيذ الالتزامات ، فوباء كورونا أمر خارج عن الإرادة، ولا يمكن توقعه أو دفعه أو حتى تلافي آثاره.

وفي هذا الاتجاه أصدرت مؤخرا محكمة استئناف " كولمارColmar "بتاريخ 2020/03/12 حكما لافتا، اعتبرت بموجبه أن تغيب السيد فيكتور Victor عن حضور جلسة المحكمة مرده إلى الظروف الاستثنائية التي لا يمكن مقاومتها والتي تتكيف طبيعتها مع حالة القوة القاهرة المتصلة بوباء كورونا ... فمقابلة السيد فيكتور Victor لمدة ساعة واحدة موظفا يعمل في

منظمة فرسان مالطا بحضور شخص ثالث تبين أنه يعاني من عوارض فيروس كورونا، وهو يخضع للفحص الطبي للتثبت من مدى إصابته بوباء كورونا ... ما أدى بالنتيجة إلى التزام الموظف الذي أجرى المقابلة بالحجر الصحي لمدة 14 يوما ... وهذا الأمر ينطبق أيضا على السيد فيكتور Victor الذي كان حاضرا في مركز فرسان مالطا نفسه، وعليه أيدت محكمة الاستئناف ما ذهبت إليه محكمة البداية التي أخذت بالاعتبار قرار المحافظ القاضي بحجر السيد فيكتور Victor إداريا لمدة أربعة عشر يوما.

فنجد أن المحكمة قد تعاملت مع نتائج الحدث واعتبرتها قوة قاهرة بغض النظر عن الحدث بذاته إذا انطبقت عليه شروط القوة القاهرة أم لا.[69]

إضافة إلى ذلك أصدر المشرع الفرنسي قانون الطوارئ رقم 290-2020 المؤرخ في 2020/03/23 لمواجهة فيروس كورونا –كوفيد19- الذي تلاه صدور الأمر رقم 2020/303 المؤرخ في 25/03/2020 المتضمن تكييف قواعد الإجراءات الجزائية على أساس قانون الطوارئ السالف ذكره حيث تم تكييف مختلف المواعيد بما يتناسب والوضعية الصحية التي تعيشها فرنسا وتم مثلا توقيف آجال تقادم الدعوى العمومية وتقادم العقوبة، كما ضاعف آجال الطعن وسمح بإرسال مختلف المذكرات بموجب رسالة موصى عليها مع العلم بالوصول،كما سمح بإجراء استئناف أو طعن بالنقض عن طريق البريد الالكتروني المخصص لهذا الغرض واللجوء لتقنية المحادثة المرئية دون شرط الموافقة المسبقة.

أما في ما يخص تونس فقد تدخل المجلس الأعلى للقضاء بمذكرة مؤرخة في 2020/03/15 اعتبر فيها أن الوضع الصحي الاستثنائي الذي تمر به البلاد بسبب فيروس كورونا يدعوا إلى اعتبار هذا الوضع الصحي العام من قبيل القوة القاهرة.

وقد تدخلت محكمة التعقيب التونسية من خلال الاجتهاد القضائي للأخذ بالقوة القاهرة في المرافعات المدنية والتجارية على أساس التكامل بين الإجراءات المدنية والإجراءات الجزائية ضمان للمحكمة العادلة.

في ما يخص المشرع المغربي بدوره قام بإصدار مرسوم مؤرخ في 2020/03/23 يتعلق بسنّ أحكام خاصة بحالة الطوارئ الصحية وإجراءات الإعلان عنها، الذي نصّ في مادته السادسة

---

[69] محمود المغربي، بلال صنديد، التكييف القانوني للجائحة"الكورونية" على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة بين صلابة المسلمات ومرونة الاعتبارات، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية- السنة الثامنة- ملحق خاص-العدد 06 – شوال 1441 ه- يونيو2020،ص ص81 82 .

على وقف سريان مفعول جميع الإجراءات المنصوص عليها في النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل خلال فترة حالة الطوارئ الصحية المعلن عنها واستئناف حسابها من اليوم الموالي ليوم رفع حالة الطوارئ المذكورة.[70]

الفرع الثاني: التكييف القانوني لجائحة كورونا في التشريع الجزائري.

في الجزائر، ولعدم تدخل المشرع صراحةً بناءً على الحالة الصحية العامة التي شاهدتها بلادناوالعالم بأسره بسبب تفشي وباء covid 19على عكس تشريعات مقارنة فإن التجربة التي تمر بها بلادنا تستدعي أخذ العبرة وتكييف القوانين لتكون مناسبة للتصدي لأحداث مماثلة، كضرورة مراجعة قانون عصرنة العدالة بطريقة تجعل من اللجوء للمحاكمة عن بعد دون اشتراط موافقة المعني في حالة القوة القاهرة التي تجعل من عملية استخراج المحبوسين غير ممكنة، فإن حل الإشكال يكون بتفعيل أحكام المادة 322 من قانون إجراءات المدنية والإدارية التي تنص على مايلي:

" كل الآجال المقررة في هذا القانون من أجل ممارسة حق، أو من أجل حق الطعن، يترتب على عدم مراعاتها سقوط الحق، أو سقوط ممارسة حق الطعن، باستثناء حالة القوة القاهرة أو وقوع أحداث من شأنها التأثير في السير العادي لمرفق العدالة.

يتم تقديم طلب رفع السقوط إلى رئيس الجهة القضائية المعروضة أمامها النزاع، يفصل فيه بموجب أمر على عريضة غير قابل لأي طعن، وذلك بحضور الخصوم، أو بعد صحة تكليفهم بالحضور".[71]

غير أن ما يلاحظ في شأن تأثير فيروس كورونا على ممارسة حق الطعن والمطالبة بالحقوق أنه يختلف عن تأثير على الالتزامات التعاقدية، من منطلق أن هذه الأخيرة متفاوتة ونسبية، في حين أن ممارسة حق الطعن والمطالبة بالحقوق ليست كذلك. ذلك أن الجهات القضائية المعروضة أمامها النزاع هي نفسها بالنسبة لكن المنازعات التي تقع ضمن اختصاصها، وأن أثر

---

[70] عبد الرشيد طبي : القوة القاهرة وأثرها على التشريع والقضاء: فيروس كوفيد 19 ، نشر بجريدة الخبر يوم 07 ماي 2020 ،على الرابط :
https://elmouhami.com/القوّة-القاهرة-و-أثرها-على-التّشريع-و/، تاريخ الزيارة 15 جويلية 2021 .

[71] القانون رقم 08-09 المؤرخ في2008/02/25،المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر، عدد 21 ، الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

فيروس كورونا على تنقل الأشخاص لتسجيل دعاواهم هو نفسه كذلك بالنسبة لكل المواطنين، سواء الخاضعين للحجر الكلي أو الجزئي.

فمثلا لا يمكن التنقل من وإلى ولاية البليدة إلا بالرخصة استثنائية ما يجعل تسجيل الطعون أما الجهات القضائية بهذه الولاية أو من سكانها أمام جهات قضائية لولاية أخرى أمرا مستحيلا بسبب فيروس كورونا.

وبالتالي فإن حكم مادة 322 من قانون إجراءات المدنية والإدارية يعتبرا قاصرا عن معالجة هذه الظاهرة، والأجدر بالمشرع أن يصدر نصا قانونيا واحدا استثنائيا يقضي بتوقيف كل المواعيد والآجال القضائية إلى حين التخلص من جائحة كورونا ، وهذا لاتحاد أثرها على ممارسة هذه الحقوق من جهة، ولتفادي رفع مئات الطلبات فيما بعد للمطالبة برفع السقوط من جهة أخرى.[72]

[72]محفوظ عبد القادر،فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02 ،الجزائر.، مجلة الدراسات الحقوقية المجلد 8 العدد 1 ماي 2021 ، ص ص 42،43.

المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن من تأثير وباء كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية

الفرع الأول: إشكالية الزمن

السـؤال الذي يطرح نفسـه هو متى يتم تقدير شـرط "عدم توقع الحدث" أي فيروس كورونا من طرح القضاء؟ مبدئيا يتم ذلك بالنظر إلى تاريخ إبرام العقد وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ2009/12/29بمناسبة قضية تتعلق بوباء (chukungunya) الذي ظهر شهر يناير 2006معتبرة أن شرط "عدم التوقع" الذي يبرر فسخ العقد لم يتحقق مادام أن الاتفاق تم شهر أوت سنة2006 أي بعد ظهور الوباء بأشهر.

توجه قضائي نستشف منه أن هذا الإشكال لن يطر ح الآن بمناسبة فيروس كورونا بالنسبة للعقود القديمة لكن التساؤل سيطرح بالنسبة للعقود التي أبرمت بعد ظهور هذا الوباء، وهنا أيضا نتوقع حدوث نقاش جاد حول التاريخ الواجب اعتماده لإعلان ظهور فيروس كورونا، هل تاريخ إعلانه بالصين؟ أم بالبلد الذي توجد به الشركة التي تتمسك بالقوة القاهرة؟ أم التاريخ الذي حددته منظمة الصحة العالمية؟

الفرع الثاني: إشكالية تحديد المناطق المصابة بالوباء كورونا

إن مسألة تحديد المناطق هذه ليست بالسهلة أو اليسيرة لاختلاف المعايير، وقد أثير هذا الإشكال سابقا في نزاعات تتعلق بقضايا الأسفار حيث تم رفض السفر إلى مناطق قريبة، ومحاذية لاماكن وصفت بالخطيرة لانتشار وباء صحي بها، حيث اعتبرت محكمة باريس أن الخطر الصحي لم يكن قاهرا وموجودا بدولة التايلاند وأنه لم يكن مقبولا اعتبار السفر إلى هذا البلد مستحيلا حكم بتاريخ 2004/05/05، وفي حكم آخر بتاريخ 1998/7/25أكدت نفس محكمة باريس أن توقف الطائرة ببلد مجاور لمنطقة تعر ف انتشار وباء الطاعون لا يشكل خطرا يفسر أنه قوة قاهرة.[73]

[73] جلطي منصور, الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد - covid 19 على الالتزامات التعاقدية, حوليات جامعة الجزائر 1, عدد خاص :القانون وجائحة كوفيد 19, جامعة الجزائر 1 بالجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية, ص 491.

الفصل الثاني
مظاهر تأثير الوباء على إجراءات إبرام العقود الإدارية

الفصل الثاني: مظاهر تأثير الوباء على إجراءات إبرام العقود الإدارية

الوضعية الوبائية التي أوجدها فيروس كورونا برزت معها العديد من الاحتياطات المرتبطة بعملية مكافحة انتشار فيروس كورونا ومكافحته, ولتلبيتها وجب على الدولة إبرام العديد من العقود وذلك لكونها تمثل جانبا هاما من أعمال الدولة بالنظر إلى مكانتها في تحقيق النفع العام . لكن الآجال والإجراءات الشكلية المعقدة التي يتطلبها إبرام العقود الإدارية جعلتها لا تتكيف لتضمن تلبية احتياجات الوضعية الوبائية مما تطلب اتخاذ العديد من التدابير على جميع المستويات, وعلى المستوى القانوني تم تحديد تدابير خاصة مكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار المرض فيروس كورونا ومكافحته , سنحاول التطرق إلى تأثير فيروس كورونا على إجراءات إبرام العقود الإدارية في المبحث الأول, ثم نعرج على تأثير الوباء على تحديد السعر في العقد الإداري.

المبحث الأول: تأثير فيروس كورونا على إجراءات إبرام العقود الإدارية

رغم أن الإدارة طرف يتمتع بامتيازات السلطة العامة، فإنها في مجال العقود ليست حرة تتعاقد بأي طريقة تشاء. بيان ذلك أن المشرع غالباً ما يتدخل ليرسم للإدارة طريقة التعاقد، التي يرى أنها الطريقة التي تحقق التعاقد بأفضل الشروط وأحسن المواصفات، وبأقل الأسعار إذا كانت الإدارة مشترية أو ملتزمة بالمقابل، وبأعلى الأسعار إذا كانت بائعة أو مستحقة للمقابل.

وفي الجانب الآخر فإننا لا نقابل للمتعاقد مع الإدارة أي دور في صياغة العقد أو تكوين شروطه، ذلك أن الإدارة تنفرد بصياغة العقد بكل شروطه وبنوده، وتعرضه على المتعاقد معها، الذي لا يكون له إلا أن يقبل العقد على علاوته وبكل شروطه، أو أن لا يتعاقد مع الإدارة.

ويعتبر ذلك نتيجة منطقية لكون الإدارة تستهدف تحقيق الصالح العام، الأمر الذي جعلها في موقع أقوى وأعلى من موقع المتعاقد معها على نحو ما أسلفنا، وعليه سنتطرق في المطلب الأول إلىإجراءات المكيفة في مجال إبرام عقود الإدارية أما المطلب الثاني سنتطرق إلى إجراءات المكيفة في مجال تنفيذ الخدمات موضوع العقود الإدارية بغرض مكافحة فيروس كورونا وحد من انتشاره.

المطلب الأول: الإجراءات المكيفة في مجال إبرام العقود الإدارية

قبل أن نتناول مجموعة الآليات التي تحكم إبرام العقود الإدارية لاختيار المتعامل المتعاقد مع الإدارة المحددة, لابد من أن نتعرض بإيجار لأهم القواعد التي تحكم إبرام العقود الإدارية ذلك

أن المشرع عمل على تقييد حرية الإدارة بمجموعة من مبادئ العامة التي تتمثل في مبدأ المساواة بين المترشحين , مبدأ حرية الوصول للطلبات **و**مبدأ شفافية الإجراءات, وهذا ما سوف نتطرق له في الفرع الأول لنتطرق بعد ذلك إلى مدى تكريس هذه المبادئ في طرق اختيار المتعامل من طلب العروض وتراضي وإجراءات السير فيها في الفرع الثاني والثالث على التوالي.

الفرع الأول: القواعد التي تحكم إبرام العقود الإدارية

ثمة مبادئ يتعين على الإدارة احترامها عند القيام بالتعاقد. وقد أوجبت أنظمة العروض واللوازم احترامها،كما تجد هذه المبادئ أساسها القانوني في المادة الخامسة من المرسوم الرئاسي رقم 15-247[74]، وأهم هذه المبادئ مبدأ المساواة بين المترشحين،مبدأ حرية الوصول للطلبات **و**مبدأ شفافية الإجراءات سنتناول هذه المبادئ على النحو التالي:

أولا: مبدأ المساواة بين المترشحين

يقوم هذا المبدأ على أساس أن جميع المتقدمين بعطاءاتهم يكونوا على قدر المساواة مع بقية المتنافسين، وليس للإدارة أن تقيم أي تمييز غير مشروع بينهم ،فلا تطلب من أحدهم مالا تطلبه من.غيره .

إلا أن هذا القيد لا ينبغي تعميمه، إذ أن الإدارة تستطيع أن تفرض شروطا إضافية على المتقدمين إليها تضمن توافر خبرات خاصة أو تطلب وثائق أو شهادات معينة لا تتوافر إلا لفئة معينة من الراغبين في التعاقد .

ناهيك أن عن الإدارة تملك إعفاء بعض المتقدمين من بعض الشروط كإعفاء الشركات الوطنية من التامين الابتدائي الواجب تقديمه أو شرط توافر القدرة المالية[75].

يقضي هذا المبدأ وجوب احترام الشروط القانونية للتعاقد والالتزام بها على قدم المساواة أمام جميع المتقدمين بعروضهم دون تفرقة، وتلك الشروط تتعلق بالمواعيد والإجراءات الشكلية والشروط الموضوعية التي تحكم بإبرام العقد، فمثلا لا تقبل العروض خارج الآجال القانونية، أو التي لا تستوفي الشروط المطلوبة للتعاقد، وبهذا يكون أي استثناء في التطبيق يرد على قاعدة عامة

---

[74] مرسوم رئاسي رقم 15-247 .

[75] عاطف محمد عبد الطيف ،امتيازاتالإدارة في قانون المناقصات والمزايدات ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2009، ص 305.

من القواعد المقررة للتعاقد لا مبرر قانوني له، يعد إخلالا بمبدأ المساواة بين المتقدمين بعروضهم.[76]

ثانيا: مبدأ حرية الوصول للطلبات

وهو المبدأ الذي يتحقق من خلال الدعوة للمنافسة، التي تتم عن طريق النشر والإشهار بكل الوسائل المتاحة، ما يؤدي إلى وصول العرض أو طلب التعاقد إلى عدد أكبر من الناس، وبالتالي توسيع نطاق العرض للعملية العقدية، وتعد الدعوى للمنافسة حسب القواعد التي أرساها الفقه والقضاء واعتمدها التشريع بفرنسا، من المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام العقود الإدارية ومنها عقد الصفقة العمومية وعقود تفويض المرفق العام.[77]

حرية المنافسة هي فتح المجال للأشخاص الطبيعية والمعنوية الذين تتحقق فيهم الشروط المطلوبة للتقدم بعروضهم أمام إحدى الهيئات المؤهلة قانونا لإبرام العقود الإدارية وفقا للشروط التي تضعها وتحددها مسبقا، بمعنى أن تقف الإدارة المتعاقدة موقفا حياديا إزاء المتنافسين وليست حرة في استخدام سلطتها التقديرية بتقرير الفئات التي تدعوها وتلك التي تستبعدها وقد جاء هذا تماشيا مع مبدأ حرية الصناعة والتجارة.

وقد شهد تعديل قانون المنافسة الجزائري رقم 08-12 المؤرخ في 25 جويلية 2008 إدراج الصفقات العمومية ضمن مجالات تطبيقه، مما يعني سريان القواعد والضوابط المنظمة للمنافسة على الصفقات العمومية من تاريخ الإعلان عنها غلى غاية المنح النهائي، خاصة ما تعلق منها بالممارسات المقيدة للمنافسة الواردة في الفصل الثاني (من المادة 6 إلى المادة 14) من نفس القانون وعلى الخصوص الفقرة الأخيرة من المادة السادسة يدل على الاهتمام المتزايد بحماية المنافسة في مجال الصفقات العمومية ، ووجود إرادة سياسية تهدف إلى تعميق آليات اقتصاد السوق والحرية الاقتصادية بتكريسها في أجهزة الدولة،وإدخالها في المجال الإداري، لهذا إلزام الأشخاص العامة باحترام مبدأ المنافسة الحرة ومراعاته أثناء إبرام الصفقات العمومية أمر ضروري.[78]

---

[76]محمد فؤاد عبد الباسط، العقد الإداري (المقومات - الإجراءات –الآثار)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006، ص: 127 .

[77]Alain SERGE،Mescheriakoff، Droit des services publics،presses universitaire de France، 2em édition mise à jour، PARIS، 1991، p:304.

[78] حماني وليد, ضوابط إبرام العقود الإدارية, , مذكرة الماستر جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام , السنة الجامعية 2015 , ص-ص 41,42 .

والمنافسة تنظم عادة بقوانين خاصة تحدد أحكام المنافسة المشروعة وتمنع الاحتكار وهو ما نظمه المشرع الجزائري بموجب القانون رقم03-03، المتعلق بالمنافسة المعدل والمتمم.[79]

ثالثا: مبدأ شفافية الإجراءات

يتعين على الإدارة أن تقوم بالإعلان عن التعاقد في الجريدة الرسمية و الجرائد اليومية أو بوسائل الإعلام المختلف وتحدد موضوع العروض وشروط تقديم العروض وموعدها ومكان تقديمها والشروط الواجب توافرها ،فيمن يتقدم للعروض ،كل ذلك بشفافية مطلقة بين المتعاقدين و الإدارة ،فلا يجوز كقاعدة عامة أن تحيطه الإدارة إجراءات التعاقد بالسرية إلا في حالات الاستثنائية، ومن ثم فإن مبدأ شفافية الإجراءات من أهم المبادئ التي تحكم عملية إبرام العقد ،ويخلق نوع من الثقة المتبادلة بين الإدارة والمتعاقدين معها.[80]

[79] أنظر الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو2003، المتعلق بالمنافسة،جريدة رسمية عدد 43، صادرة بتاريخ 20 يوليو2003، ص25، المعدل والمتمم، بالقانون، رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد46، صادرة بتاريخ 18 أوت 2010، ص 10.

[80] عماري خالد، العقود الإدارية والعقود العادية ونظامهما القانوني ، مذكرة ماستر ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر- سعسدة- كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص 38.

الفرع الثاني: آلية طلب العروض لإبرام العقود الإدارية

ألغى المشرع الجزائري أسلوب المناقصة، ونص على طلب العروض بدلا منها في التنظيم الجديد للصفقات العمومية. وفيما يلي نعرض تعريفا لطلب العروض ثم القواعد الإجرائية الخاصة بأسلوب المناقصة.

أولا: تعريف طلب العروض

عرف المشرع الجزائري أسلوب" طلب العروض" بموجب نص المادة 40 من تنظيم الصفقات العمومية الجديدة رقم 15-247 [81]على النحو التالي:" :طلب العروض هو إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية استنادا إلى معايير اختيار موضوعية تعد قبل إطلاق الإجراء ." وهذا المصطلح يقابله في الصياغة الفرنسية للنص ذاته مصطلح "appeld'offres".

وعليه فطلب العروض أو استدراج العروض هو مجموعة الإجراءات التي حددها المشرع للمصلحة وقيد بها سلطتها في اختيار المتعامل المتعاقد، وذلك بإقامة والتنافس بين أكبر عدد ممكن من العارضين، يهدف الوصول إلى إبرام الصفقة العمومية مع العارض صاحب العطاء الأحسن من حيث المزايا الاقتصادية بالاستناد إلى المعايير الموضوعية التي تعدها مسبقا المصلحة الراغبة في التعاقد بها من شأنه أن يؤمن احتياجاتها الفعلية التي تهدف إلى تحقيقها من خلال إبرام الصفقة العمومية.

ثانيا: أنواع طلب العروض

إن الإدارة ليس لها الحرية الكاملة في اختيار المتعامل معها لأن المشرع الجزائري قيدها بنصوص قانونية، بحيث نص على طرق إبرام صفقاتها، كما حدد الأشكال التي يتخذها الأسلوب الواحد لاختيار المتعامل المتعاقد معها، فطلب العروض لها عدة أنواع فالمادة 42 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سالف الذكر حددتها ، يمكن تصنيفها إلى مجموعتين رئيسيتين ، الأولى تشمل أنواع طلب العروض من حيث مصدر المنتوج المتعاقد عليه. أما الثانية فتضم أنواع طلب العروض من حيث حرية الترشح .

[81]المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

1- أنواع طلب العروض من حيث مصدر المنتوج

قد يكون طلب العروض وطنيا عندما تقتصر المشاركة فيه على المترشحين المقيمين داخل البلاد، كما قد يكون دوليا إذا طرحته المصلحة المتعاقدة بغية الحصول على منتوج مستورد، فتشمل المنافسة المتعاملين الاقتصاديين الأجانب والوطنيين على حد سواء.[82]

أ- طلب العروض الوطني و/أو الدولي

لم يعرف المشرع الجزائري طلب العروض الوطني و/أو الدولي. وهذا الإجراء تلجأ إليه المصلحة المتعاقدة عند غياب المنتوج المحلي الذي يعادل المنتوج المستورد، وإذا كانت نوعيته غير مطابقة للمعايير التقنية والمطلوبة. كما لا يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء الى المناولةالأجنبية عندما تعجز المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري عن تلبية حاجاتها .[83]

وعلى العكس التنظيم السابق للصفقات العمومية رقم 10-236[84] لم ينص المشرع على طريقة معينة للإعلان عن طلب العروض الوطني و/ أو الدولي. إلا أنه نص على ضرورة نشر الإعلان عن طلب العروض بصفة عامة ضمن النشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي المنشأة بموجب المرسوم رقم 84-116 [85]إضافة إلى النشر الصحفي. كما أتاحت المادتان 203و 3/204 من تنظيم الصفقات العمومية الجديد وسيلة النشر الالكتروني عبر بوابة الكترونية للصفقات العمومية التي تسير من طرف وزارة المالية والوزارة المكلفة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال.[86] ويجب أن تنص دفاتر الشروط الدعوات للمنافسة الدولية في إطار السياسات العمومية للتنمية بالنسبة للمتعاهدين الأجانب على التزام بالاستثمار في شراكة عندما يتعلق الأمر المشاريع التي تحدد قائمتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية أو الوزير المعني بالنسبة لمشاريعها وبالنسبة لمشاريع المؤسسات العمومية التابعة لها.[87]

---

[82]سردوك هيبة ,ماهية طلب العروض في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام, جامعة باجي مختار عنابة. مخبر فقانون العمران والمحيط دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية و الإجتماعية, مجلد 12 عدد 3 جويلية 2020 السنة الثانية عشر , ص 153 .

[83]المادة5/85 من تنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247.

[84]مرسوم رئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. جريدة الرسمية عدد 58 , الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

[85]مرسوم رقم 84 -116 مؤرخ ،12 مايو 1984 يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15،20 مايو 1984

[86]لم يصدر القرار الوزاري المشترك الذي يؤسس البوابة الالكترونيةللصفقاتالعموميةتطبيقالنصالمادة203 من تنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247 .إلا أنه صدر قرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 الذي يحدد محتوى البوابة الكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بطريقة الالكترونية ، جريدة رسمية عدد 21. 20014/04/09.

[87] المادة 1/84 من تنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247.

وقد منح المشرع هامش أفضلية بنسبة 25 % للمنتجات ذات المنشأ الجزائري و/أو المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري التي يحوز أغلبية رأسمالها جزائريون مقيمون، فيما يخص جميع أنواع الصفقات المحددة بموجب المادة 19 من وتنظيم والصفقات والعمومية الجديد.[88]

ولقد خص المشرع الفنيين الحرفيين والمؤسسات المصغرة برعاية خاصة رغبة منه في تشجيعهم لتطوير والارتقاء بالمنتوج المحلي. حيث تخصص الخدمات المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين.

هذا ويتعين على المصلحة المتعاقدة تخصيص الخدمات التي يمكن أن تلبيها المؤسسات المصغرة المرتبطة بالنشاطات الحرفية الفنية للحرفيين.[89]

ب- طلب العروض الوطني

تلتزم المصلحة المتعاقدة بأن تصدر دعوة للمنافسة وطنية عندما يكون الإنتاج الوطني أو أداة إنتاج الوطني قادرين على استجابة للحاجات الواجب تلبيتها ، يعلن عنها وجوبا بالنشر في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي وعلى الأقل في جريدتين يوميتين موزعتين على المستوى الوطني .إضافة إلى إمكانية النشر الالكتروني عبر البوابة الالكترونية للصفقات العمومية.

كما يجوز للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الإعلان المحلي بالنسبة لطلبات عروض الولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها كما هو محدد بموجب المادة 2/65 من تنظيم الصفقات العمومية بما من شأنه إضفاء الشفافية على عملية إبرام الصفقة العمومية.[90]

2- أنواع طلب العروض من حيث حرية الترشح

يقسم طلب العروض بالنظر إلى حرية الترشح للتعاقد مع الإدارة العامة أربعة أنواع رئيسية محددة قانونا، يختلف مضمونها تبع لإجراءاتها ونوع الأعمال أو الخدمات التي تكون محل لها هي :

---

[88] المادة 1/83 من تنظيم الصفقات العمومية رقم 15-247.

[89] المادة 87 من نفس التنظيم رقم 15-247 .

[90] سردوك هيبة ،مرجع السابق، ص ص 153-154 .

أ- طلب العروض المفتوح

من خلال المادة 43 من المرسوم 15-247 نجد أنه عرفها كما يلي : "طلب العروض المفتوح هو إجراء يكن من خلاله أي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا".

يتضح من خلال نص المادة أن هذا الأسلوب من أساليب التعاقد في شكل طلب العروض مفتوح يكفل لكل عارض مؤهل تقديم عرضه، وهو ما يفتح باب المنافسة الواسعة بين العارضين، فليس هناك شروط انتقائية أو إقصائية، وبإمكان من توفرت فيهم الشروط المعلن عنها المشاركة فيها وتقديم العرض[91].

الهدف الأساسي من هذا الإجراء هو الحصول على عدد كبير من المتنافسين مما يجسد مبدأ المنافسة كما أن طلب العروض المفتوح أو العام تتسع دائرته فيضم أطرافا أجنبية، إذا كان طلب العروض وطني وأجنبي.

ب- طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا

ورد تعريفها في مادة 44 من المرسوم 15-247 سالف الذكر بقولها : طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو إجراء يسمح فيه لكل المرشحين الذين تتوفر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المعاقدة مسبقا قبل إطلاق الإجراء ، بتقديم تعهد. ولا يتم انتقاء قبلي للمرشحين من طرف المصلحة المتعاقدة.

تخص الشروط المؤهلة القدرات التقنية والمالية والمهنية الضرورية لتنفيذ الصفقة. وتكون متناسبة مع طبيعة وتعقيد وأهمية المشروع.

يتضح من خلال هذه المادة أن طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا هو صورة جديدة استحدثتها تنظيم الصفقات العمومية الجديد بحيث يسمح بموجب هذا الإجراء لكل متعهد يتوفر فيه الحد الأدنى لبعض الشروط المؤهلة والمحددة مسبقا بمعرفة المصلحة المتعاقدة قبل إطلاق الاجراء دون أن تقوم بالانتقاء القبلي المترشحين.[92]

---

[91] بالسعيد زينة، مرجع السابق،ص 32

[92] سردوك هيبة ،مرجع السابق، ص154 .

ت- طلب العروض المحدود

هو إجراء جديد عرفه المشرع بموجب نص المادة 1/45 من المرسوم الرئاسي سالف الذكر على أنه: " طلب العروض المحدود هو إجراء لاستشارة انتقائية، يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد.

فطلب العروض المحدود يمكن من خلاله متعهدين معينين يتم انتقاؤهم مسبقا للمشاركة بعد تأهيل أولي على مرحلة واحدة أو على مرحلتين، فبالمقاربة مع المرسوم الرئاسي 10-236 فإنه لا يتم انتقاء المترشحين مسبقا بل اكتفى بأن تكون لدى المترشحين شروط دنيا مؤهلة وذلك في 30 .[93]

وفقا للقانون الصفقات العمومية الجديد، فإن هذا الشكل مخصص لإجراء استشارة انتقائية ، بحيث يكون المرشحون الذين تم انتقاؤهم الأولي من قبل مدعوين وحدهم لتقديم تعهد ، وخلال هذا النوع من شكل طلب العروض يتم وضع قائمة معينة لمؤسسات مؤهلة بين يدي المصلحة المتعاقدة للمشاركة في استشارة انتقائية.

تنفذ المصلحة المتعاقدة الانتقاء الأولي لاختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو العمليات المعقدة و/ أو ذات أهمية خاصة. اللجوء إلى طلب العروض المحدود محدد على سبيل الحصر إذ تحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة.[94]

فطلب العروض المحدود كما يقول "محمد صغير بعلي" يقتصر فيه تقديم التعهدات العطاءات على من تتوافر فيهم الشروط والمواصفات التي تضعها الإدارة مسبقا، كاشتراط

[93]أنظر المادة 30 من المرسوم الرئاسي 10- 236 .

[94]Laksaci Sid Ahmed، RFO as a general rule for the conclusion of public procurement in Algerian legislation، Journal of Economic Growth and Entrepreneurship Spatial and entrepreneurial development studies laboratory،Phd in law، University of Adrar، Algeria،Year : 2019 Vol.2 No.1، p84-85.

الأقدمية لمدة 10 سنوات من الخبرة، أو امتلاك إمكانيات معينة، وذلك نظرا لأهمية وضخامة وصعوبة العملية التي تتطلب مبدئيا الخبرة والإمكانيات العالية.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تحدد في دفتر الشروط العدد الأقصى للمرشحين الذين ستتم دعوتهم لتقديم تعهد، بعد انتقاء أولي، بخمسة (5)منهم.[95]

ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية إما على مرحلتين طبقا لأحكام المادة 46من هذا المرسوم الرئاسي سالف الذكر، وإما على مرحلة واحدة.

على مرحلة واحدة : عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع إلى مقاييس محددة والنجاعة التي يتعين بلوغها أو متطلبات وظيفية .

على مرحلتين: استثناء عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها حتى بصفقة دراسات

كما يمكن المصلحة المتعاقدة القيام باستشارة مباشرة للمتعاملين الاقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس انتقاء أولي، بمناسبة إنجاز عمليات دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة أو عمليات اقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري، وفي هذه الحالة يجب تجديد الانتقاء الأولي كل ثلاث (3)سنوات.

ويجب أن يتم النص على كيفيات الانتقاء الأولي والاستشارة في إطار طلب العروض المحدود في دفتر الشروط وتحدد قائمة المشاريع التي يمكن أن تكون موضوع طلب العروض المحدود، بموجب مقرر من مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة.[96]

[95]محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، الجزائر، دار العلوم للنشر، 2004 ،ص1 3

[96]Laksaci Sid Ahmed، RFO as a general rule for the conclusion of public procurement in Algerian legislation، Journal of Economic Growth and Entrepreneurship Spatial and entrepreneurial development studies laboratory،Phd in law، University of Adrar، Algeria،Year : 2019 Vol.2 No.1، p85

ث- المسابقة

تعتبر المسابقة شكلا من أشكال طلب العروض تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة قصد إنجاز عملية تشمل على جوانب تقنية واقتصادية أو جمالية خاصة مما يسمح بوضع أصحاب ورجال الفن في المنافسة، وكمثال على ذلك تصميم وإعداد أوراق نقدية، وضع لحن لنشيد لمناسبة وطنية معينة

وباستقراء المادة 47 من المرسوم الرئاسي 15-247 سالف الذكر ، نجد أن المشرع الجزائري خول للمصلحة المتعاقدة حق اللّجوء إلى هذا الأسلوب إذا اقتضت ذلك عبارات فنية أو مالية، أو جمالية استوجبت القيام بدراسات مسبقة قبل التعاقد وهذا من أجل الحصول على أحسن العروض المقدمة من طرف المتنافسين من رجال الفن والإبداع[97].

وقد بين نص المادة 5/48 من تنظيم الصفقات العمومية الجديد إجراءات ومراحل المسابقة والمحدودة، ففي المرحلة الأولى يستدعى المرشحون لتقديم أطرفة ملفات الترشيحات فقط، ويحدد المرشحون المقبولون ,في الانتقاء الأولي بعد تقييم العروض.

أما في المرحلة الثانية فتوجه دعوات للمرشحين الذين تم انتقائهم الأولي لتقييم العروض التي تشتمل على ظرف الخدمات وظرفين خاصين بالعرض التقني والمالي.

ويجوز للمصلحة المتعاقدة أن تحدد العدد الأقصى للمرشحين الذين سيتم دعوتهم بعد الانتقاء الأولي بخمسة مرشحين، على أن تنص على ذلك صراحة في دفتر شروط المسابقة.[98]

الفرع الثالث: التراضي كاستثناء في إبرام عقود الإدارية

تستدعي الأوضاع الحالية التي أرهقتها جائحة كوفيد- 19 بوصفها أوضاعا استثنائية مستجدة وغير معهودة وغير متوقعة وكابحة لمختلف النشاطات، اللجوء إلى المقتضيات التي قررها المرسوم الرئاسي رقم15-247 استثناء وخروجا عن القواعد العامة للخروج من الأزمة، ألا وهي إبرام عقود إدارية عن طريق التراضي.

[97]بوشيرب مليكة، مرجع السابق، ص 17.
[98]سردوك هيبة ، المرجع السابق ، ص 156

أولا:تعريف التراضي

إن القصد من إطلاق تسمية التراضي كطريقة من طرق التعاقد في مجال القانون العام، أن الإدارة بموجبه تتحرر من الخضوع للقواعد الإجرائية ويمكنها مباشرة اختيار المتعاقد معها دون التقييد بهذه الإجراءات[99] . وهي عكس الطريقة طلب العروض التي تفقد نسبيا هذه الحرية وتخضع لجملة من القيود الشكلية والإجرائية.

نصت المادة 41 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام على أن : التراضي هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية إلى المنافسة .ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة. وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة.فالإدارة تلجأ إلى التراضي إلا في حالات محددة.

ثانيا: أشكال وحالات التراضي

إن أسلوب أو طريقة التراضي يعفي الإدارة من الخضوع للإجراءات الطويلة التي تفرضها طريقة طلب العروض لاختيار المتعاقد معها، وقد قسم المشرع الجزائري أسلوب التراضي إلى شكلين.[100]

1-التراضي البسيط

إن المشرع الجزائري جعل طلب العروض هي القاعدة العامة في مجال إبرام الصفقات، واستثناء من ذلك يجوز في الحالات المحددة قانونا على سبيل الحصر إبرام لصفقة بطريق التراضي فالمشرع كفل للإدارة حرية اختيار المتعاقد معها دون إلزامها بالخضوع لإجراءات الإعلان ودون إلزامها للجوء إلى الاستشارة إن توافرت أحد حالات التراضي البسيط، حيث أنه مكنها من حق الاختيار إلا أنه قيدها بحالات محددة منصوص عليها في المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سالف الذكر وهي:

أ- عندما لا يمكن تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية، أو لحماية حقوق حصرية أو لاعتبارات تقنية أو لاعتبارات ثقافية وفنية.

[99]عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011، صفحة 185.
[100]عمار بوضياف،نفس المرجع.

وتوضح الخدمات المعنية بالاعتبارات الثقافية والفنية بموجب قرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية.

ب- في حالة الاستعجال الملح المعلل بوجود خطر يهدد استثمارا أو ملكا للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي أو بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد في الميدان، ولا يسعه التكليف مع أجال إجراءات إبرام الصفقات العمومية، بشرط أنه لم يكن في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال، وألا تكون نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها.

ت- في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المعاقدة ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها،

ث- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية وذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا، بشرط أن الظروف التي استوجبت هذا الاستعجال لم تكن متوقعة من المصلحة المتعاقدة، ولم تكن نتيجة مناورات للمماطلة من طرفها. وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير دينار (10 .000.000.000دج)، وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر.

ج- عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما تنجز هذه المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.

تحدد كيفيات تطبيق أحكام هذه المادة، عند الحاجة، بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية".سنتطرق إلى هذه الحالات كل واحدة على حدى:

1. الوضعية الاحتكارية للمتعامل المتعاقد:

وهي الحالة التي لا يمكن فيها تنفيذ الخدمات إلا على يد متعامل متعاقد وحيد، وتجدر الإشارة إلى أن هذه الفقرة جاءت أكثر تفصيلا من سابقتها في المرسوم الرئاسي الملغى رقم 10-236،حيث أورد المشرع الاعتبارات الثقافية والفنية ولم تكن سابقا مشمولة بالنص. والحقيقة أن الطابع الاحتكاري هو الذي يبرر اللجوء للتراضي البسيط، وذلك اعتبارا أن الخدمة التي تطلبها المصلحة المتعاقدة لا يمكن تلبيتها إلا على يد متعامل اقتصادي وحيد يحتل وضعية احتكارية أي

يحتكر النشاط، وقد أحسن المشرع الجزائري عندما حرر المصلحة المتعاقدة من الخضوع لإجراءات طلب العروض بل وحتى الاستشارة في هذه الحالة طالما ثبت أن هناك متعاقد وحيد يحتل وضعية احتكارية.[101]

2. حالة الاستعجال الملح

ويكون الاستعجال الملح معلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار الدولة، ويجب أن تكون حالة الاستعجال الملح غير متوقعة، وأن لا تكون نتيجة مناورات للمماطلة، ومثال على ذلك كأن يكون مبنى مهددا بالسقوط ويكون هذا المبنى ملك للدولة مما يستدعي الاستعجال لأنّه يمثل خطرا داهم لملك الدولة[102].

3. حالة تموين مستعجل مخصص لضمان توفير حاجات السكان الأساسية

في هذه الحالة يتعلق موضوع العقد بتوريد السلع، حيث عندما تحتاج الدولة لمواد أساسية لضمان سير الاقتصاد أو توفير حاجات السكان الأساسية وذلك بحكم الضرورة المستعجلة، وكمثال على ذلك حدوث زلزال أصاب منطقة معينة، هذا الظرف الطارئ أدى بالإدارة إلى تموين السكان بمواد استهلاكية، ففي هذه الحالة تلجأ الإدارة إلى التموين المستعجل بحيث تتصل بممون من أجل توفير المواد والمنتوجات اللازمة للسكان.

4. حالة مشروع ذي أهمية وطنية

تلجأ المصلحة المتعاقدة لهذه الحالة عندما يتعلق الأمر بالمشاريع ذات الأولوية الوطنية التي لها أثار إيجابية عامة على كل إقليم الدولة كبناء سكنات جراء زلزال، فهذه المشاريع تعطي الحق للإدارة في اختيار المتعامل معها دون اللّجوء للمنافسة وفي هذه الحالة يخضع اللّجوء للتراضي للموافقة المسبقة لمجلس الوزراء[103]

5. حالة وجود نص تشريعي

تلجأ المصلحة المتعاقدة لهذه الحالة عندما يمنح نص تشريعي، أو تنظيمي مؤسسة عمومية ذات طابع صناعي وتجاري حقا حصريا للقيام بمهمة الخدمة العمومية، أو عندما

---

[101]عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، ص ص223 -224.

[102]بوشيربمليكة، ، مرجع السابق ص 28 .

[103]بوشيرب مليكة، نفس المرجع السابق ص 29.

تنجز المؤسسة كل نشاطها مع الهيئات والإدارات العمومية والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري.[104]

6. حالة ترقية الأداة الوطنية

تكمين الأداة المعنية من إبرام الصفقة في زمن يسير بقصد ترقية الأداة الوطنية للإنتاج، واشترطت الفقرة رقم 05 من المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على ضرورة الحصول على الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايير، أو الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ السالف الذكر أي يقل عن عشرة ملايير دينار جزائري.[105]

2-التراضي بعد الاستشارة

هو ذلك الإجراء الذي يسمح بإبرام صفقة بموجب استشارة بسيطة محدودة، بواسطة وسائل مكتوبة حول أوضاع السوق والمتعاملين الاقتصاديين، دون الشكليات الأخرى.

جاء تحديد حالات التراضي بعد الاستشارة في نص المادة 51من المرسوم الرئاسي 247/15سالف الذكر وهي كالأتي:

1. حالة إعلان عدم جدوى طلب العروض للمرة الثانية

وهنا تكون الإدارة على دراية سلفا بالمعنيين بالخدمة أو المشروع ويفترض هنا أن عددهم قليل ، حيث أنها لا تلجأ لطريقة التراضي بعد الاستشارة إلا بعد أسلوب طلب العروض، إذ أن أعمال هذا الأخير كان غير مثمر ومنه لم يحقق النتائج المرجوة منه. وهذا بسبب اما لم يتم استلام أي عرض، أو لم يتم الإعلان بعد تقييم العروض عن مطابقة أي عر ض لموضوع الصفقة ولمحتوى دفتر الشروط، يفهم من هذه الحالة أنه تعلن حالة عدم جدوى بعد استلام العروض وأثناء فتح وتحليل العروض وتقييمها تبين أن العروض غير مطابقة وهذا نظرا على سبيل المثال بسبب الأهلية أو غير مطابق لمحتوى وبنود دفتر الشروط.

---

[104]ضريفي نادية ، لجلط فواز ، إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد؟؟؟ وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 ، جامعة محمد بوضياف بالمسيلة ' مجلة صوت القانون ، المجلد 6، العدد 02/ نوفمبر 2019 ، ص 225

[105]ضريفي نادية ، نفس المرجع ، ص 225 .

وأما لعدم التمكن من ضمان تمويل الحاجات بمعنى أن المتعهد الذي قدم العرض مبلغ هي فوق الغلاف المالي للعملية وعليه تعلن عدم جدوى ويذكر سبب عدم القدرة على التمويل.[106]

2. حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة التي لا تستلزم طبيعتها اللجوء إلى طلب العروض

إن الطبيعة الخاصة لمثل هذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة إعمال أسلوب التراضي بعد الاستشارة، فالمرسوم الرئاسي 236/10 سابقا لم يحدد ولم يبين طبيعة هذه الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة وما المراد بها، حيث أن مصطلح "الخاصة" أضفى عليها نوعا من الغموض

فيمكن أن يكون قصد المشرع به صفقات الدولة التي تكتسي طابعا سريا في إبرامها وتنفيذها ولها علاقة بأسرار الدولة وتمس بالسيادة الوطنية كصفقات الأسلحة ولوازم وزارة الدفاع الوطني والأمن، وهذا بحكم طبيعتها المهمة التي لا تتوافق مع أسلوب طلب العروض

إلا أنه طبقا للمرسوم الرئاسي رقم 247/15 فقد ذكر أن خصوصية هذه الصفقات تحدد بموضوعها أو بضعف مستوى المنافسة أو بالطابع السري للخدمات.[107]

وتحدد قائمة الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة[108].

3. حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة

قد استحدثت هذه الحالة بموجب أحكام المرسوم الرئاسي رقم 338/08[109]، وقد تم الإبقاء عليها فهي تتعلق بالأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة، يتم تحديد

---

[106]شداد سارة ,التراضي في العقود الإدارية في الجزائر, مذكرة الماستر في الحقوق, جامعة زيان عاشور -الجلفة- كلية الحقوق والعلوم السياسية , 2020 , ص 26.

.

[107]أنظر المادة 51 فقرة 02 من المرسوم الرئاسي رقم247/15

[108]أنظر المادة 52 فقرة04 نفس المرسوم.

[109]المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج ر عدد 62 ،الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008 ،ملغى.

طبيعتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية للدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني حسب ما ورد في الفقرة 04 من المادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15.

إن اعتبار هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة كان مقصودا من المشرع لتعلقها بالعمليات المتميزة بالدقة والسرية إذ تخص اَلمن والدفاع الوطني، فهذا النوع من الصفقات يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى مع عملية النشر في طلب العروض[110]

4. حالة العمليات المنجزة في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية وتحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات

تم النص على هذه الحالة بموجب المادة 51 فقرة 05 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ،بحيث تلجأ المصلحة المتعاقدة لاختيار المتعامل المتعاقد معها بواسطة التراضي بعد الاستشارة عندما تنص اتفاقية التمويل الامتياز ية على ذلك؛ وقد نص التنظيم القانون للصفقات العمومية على إمكانية حصر الاستشارة في مؤسسات البلد المعني في حالة الاتفاقيات الثنائية ومؤسسات البلد المقرض للأموال في الحالات الأخرى.

لم يحدد المشرع المقصود بالتمويلات الامتيازية ولم يبين الكيفية التي يتم بموجبها تحويل الديون إلى مشاريع تنموية أو هبات، وهذا ما يفتح المجال للمصلحة المتعاقدة للتحايل على تطبيق قانون الصفقات العمومية، وهو ما من شأنه أن يقضي على الطابع الاستثنائي للتراضي بعد الاستشارة كأسلوب ثاني لاختيار المتعامل المتعاقد[111].

ثالثا:إجراءات التعاقد وفق أسلوب التراضي

سبقت الإشارة إلى أن الإدارة تستطيع اللجوء إلى التعاقد عن طريق إجراء التراضي مباشرة في اختيارها للمتعاقد معها، شأنها في ذلك شأن الأفراد العاديين في اختيارهما من يتعاقدون معهم،وتكون لها الحرية في التفاوض والمساومة دون قيد أو شرط، وذلك في الحالات المحددة قانونا كحالة الاستعجال أو عندما يكون هناك احتكار لخدمة من شخص معين، أو في حالة تموين مستعجل مخصص لضمان سير الاقتصاد، أو توفير حاجات السكان الأساسية.

[110]شداد سارة ، مرجع السابق ، ص28.

[111]بحري إسماعيل، مرجع سابق، 24.

ففي هذه الحال لا تستدعي الإدارة مباشرة شركة أو شركات للتفاوض معهم من ضمن الأفراد أو الشركات المسجلين لديها في قوائمها الخاصة وتحدد لهم تاريخ معين للحضور للتفاوض ويتم التفاوض معهما لتعرف على أسعارهم وشروطهم ،بعد الاتفاق يتم التعاقد[112]

1-الدعوة إلى التعاقد

رغم أن أسلوب التراضي بشكليه لم يضبط و لم يضع له القانون إجراءات محددة و هذا راجع إلى أن هذا الأسلوب استثنائي في اختيار المتعامل المتعاقد إلا أن المصلحة المتعاقدة لا يمكنها إعمال هذا الأسلوب إلا بضوابط محددة، وعليه فان دعوة المتعاملين للتعاقد تعد أول مرحلة يتعين على المصلحة المتعاقدة القيام بها ،فتقوم باستدعاء المتخصصين في مجال التعاقد و هو ما يقابل الإعلان في مختلف أشكال المناقصة تطبيقا لمبدأ حرية المنافسة و ذلك للحصول على عدد من العارضين حتى تتعدد فرص الانتقاء لدى المصلحة المتعاقدة، إلا أن لجوء المصلحة المتعاقدة لهذا الإجراء لا يكون إلا بعد تأكدها من توافر شرطين و هما:

الشرط الأول: يجب أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من أن قيمة الصفقة المزمع عقدها يفوق السقف المالي الذي حدد ب 12.000.000دج أو يقل عنه بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم و6.000.000دج بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات، وعليه إذا كانت قيمة الصفقة تقل أو تساوي هذه المبالغ فان الأمر لا يقتضي وجوبا إبرام صفقة وفق الإجراءات المنصوص عليها، استنادا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 247/15 ،وهذا تطبيقا لنص المادة 13 من ذات المرسوم.

فقد رفع المرسوم الرئاسي رقم 247/15 الحد الأدنى لإبرام صفقة، إذ كانت المبالغ في المرسوم 236/10 مقدرة ب 8.000.000 دج بالنسبة لخدمات الأشغال أو اللوازم، و4.000.000دج بالنسبة لصفقات الدراسات أو الخدمات.

الشرط الثاني: سبقت الإشارة إلى أن أسلوب التراضي بشكليه البسيط وبعد الاستشارة قد حددت حالات اللجوء إلى كل واحد منهما من خلال قانون الصفقات، حرصا من المشرع على عدم التوسع في إعماله وهذا حفاظا على الصفة الاستثنائية لهذا الأسلوب.

وبعد أن تتأكد المصلحة المتعاقدة من توافر الشرطين معا تقوم بتوجيه دعوة للتعاقد إلى المهتمين والمختصين في موضوع العقد، إذ تلزم بتوجيه خطابات تشمل العناصر الأساسية للتعاقد،

[112]دراجي سيهام , قاضي اسمهان , ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري, مذكرة لنيل شهادة الماستر, جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام , ص 32.

قد تتم باستدعاء كتابي أو بطريق شفهي بالاتصال مباشرة بالمتعاملين الذين سبق للمصلحة المتعاقدة التعامل معهم[113].

2-التفاوض

يقوم اجراء التراضي على أساس التفاوض بين الإدارة والمترشحين الراغبين في الحصول على الصفقة، فبعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض التي سبق لها دعوة أصحابها للتعاقد، تقوم بإجراء مفاوضات مباشرة مع أصحاب تلك العروض.

واعترافا بأهمية المفاوضات في عملية إبرام صفقات التراضي، أشار المشرع في أحكام المرسوم رقم 247/15 إلى هذا الاجراء في نص المادة 52 التي جاء فيها:" فيما يخص العروض التي تكون مطابقة للمقتضيات التقنية والمالية المنصوص عليها في دفتر الشروط، فانه يمكن للجنة تقييم العروض أن تطلب، بواسطة المصلحة المتعاقدة، كتابيا، من المتعاملين الاقتصاديين الذين تمت استشارتهم، توضيحات أو تفصيلات بشأن عروضهم"...

فالتفاوض اجراء تقوم به المصلحة المتعاقدة مع الطرف الراغب في التعاقد من أجل الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلاف بينهما تتعلق بإحدى بنود العقد أو تنفيذه، كما انه يختلف في الميدان الخاص عن مجال الصفقات العمومية من حيث أن الخواص يتمتعون بحرية مطلقة في التفاوض، بينما تواجه الإدارة بعض القيود عند التفاوض في نطاق الصفقات، وهذا راجع لأهمية العقد فالإدارة تتعامل بالأموال العامة وهذا يستلزم اتخاذ احتياطات لكيلا يتم التلاعب بها.

يمكن تعريف التفاوض في اجراء التراضي بأنه أسلوب قائم على التشاور والحوار عن طريق تبادل وجهات نظر وأفكار الطرفين أي الإدارة والمترشحين من اجل الوصول الى اتفاق، فالإدارة تعمل على الحصول على أحسن عرض من حيث السعر والجودة والأجل أي تخفيض السعر ورفع الجودة، أما المترشح فيعمل على الحفاظ على هامش كبير للحصول على الأرباح. ولتحقيق ذلك وجب على كل طرف اتباع سياسة معينة خاصة المصلحة المتعاقدة، فلا توجد قواعد إجرائية محددة تنظم التفاوض الأمر الذي يجعل الإدارة تتمتع بحرية في تنظيمه ولكن دون أن تكون هذه الحرية مطلقة، فعليها احترام بعض المبادئ المتعلقة بالتفاوض والمتمثلة في:

[113]دراجي سيهام ، قاضي اسمهان مرجع السابق, ص ص 33-34 .

1. **مبدأ عدم المساس بالعرض:** بمعنى انه لا يجب تغيير الميزات الأساسية لدفتر الشروط وقت التفاوض.
2. **مبدأ المساواة في معاملة المترشحين:** وذلك بوضع الشروط المتعلقة بالإعلام السابقة للتفاوض تحت علم المترشحين دون تمييز .
3. **مبدأ سرية العروض** فلا يجب على الإدارة الإدلاء للمترشحين بمعلومات من شأنها كشف عروض مترشحين آخرين مثل: الأسرار التجارية، براءة الاختراع، .... الخ
4. **مبدأ شفافية الإجراءات:** فعلى الإدارة بمجرد اللجوء للتفاوض إعلام المترشحين بذلك وبالشروط التي تنظمها مثل شكل التفاوض، مدة التفاوض، شروط التفاوض .
5. **مبدأ تتبع الإجراءات:** حيث يستلزم التفاوض إمكانية تتبع مجمل المفاوضات معالم ترشحين[114]

3-مرحلة التعاقد

بعدما تقوم المصلحة المتعاقدة بتجميع العروض عن طريق دعوة المتعاملين للتعاقد وانتقاء أفضلها وأنسبها في مرحلة المفاوضات، تقوم المصلحة المتعاقدة بإسناد الصفقة بطريق مباشر للمتعامل الذي اختارته وتفاوضت معه على جميع شروط العقد .تجدر الإشارة في هذا المقام أن المصلحة المتعاقدة وان كان لها السلطة التقديرية الكاملة في اختيار المتعامل المتعاقد معها وفقا لأسلوب التراضي، الا أنها ملزمة بأن تضع نصب أعينها المصلحة العامة وأن تعمل من أجلها، خاصة وأن المرسوم الرئاسي رقم247/15 أفاد في المادة 60 منه على أنه:"يجب على المصلحة المتعاقدة أن تعلل اختيارها عند كل رقابة تمارسها أي سلطة مختصة ."ومن ثم وجب على المصلحة المتعاقدة التصرف وفق ما تمليه المصلحة العامة ضمانا لسير المرافق العامة بانتظام واطراد .وعليه فطبيعة صفقات التراضي وفق ما هو معمول به في التشريعات المقارنة وكما هو وارد في النظرية العامة للعقود الإدارية، تفرض مراعاة المراحل السابقة للوصول إلى الاختيار السليم والصحيح للمتعامل المتعاقد وتحصين المصالح المتعاقدة من الفساد والمفسدين.[115]

[114]دراجي سيهام ، قاضي اسمهان ، مرجع السابق ،ص ص34-35 .

[115]تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، مرجع سابق، ص، 104.

وفي الأخير ما يمكن حوصلته مما سبق أن التراضي في شكليه يشكل استثناءات على القاعدة العامة وهي إجراء طلب العروض، إلا أن شكلا التراضي يختلفان فيما بينهما، وذلك أن شكل التراضي البسيط هو الذي تنتفي فيه المنافسة نهائيا، أما التراضي بعد الاستشارة فلا تنتفي فيه المنافسة نهائيا بل توجد ولكنها لا تصل إلى المنافسة التي تتم في إجراء طلب العروض بل تبقى منافسة محدودة وذلك باستشارة عدد محدود من المتعهدين، غير أن الصفقة في هذه الحالة تمنح للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية .

المطلب الثاني:الإجراءات المكيفة في مجال تنفيذ الخدمات موضوع العقود الإدارية بغرض مكافحة فيروس كورونا وحد من انتشاره

تكون مرحلة تنفيذ الصفقة العمومية لاحقة لعملية إتمام الصفقة العمومية لكن أجاز التشريع بموجب المرسوم الرئاسي 236-20 تنفيذ الخدمات موضوع الصفقات العمومية بغرض مكافحة فيروس كورونا والحد من انتشاره (الفرع الأول)، وبعد تنفيذ الخدمات يتم إبرام صفقة عمومية في سبيل التسوية والوقاية عليها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الإجراءات السابقة على إبرام العقود الإدارية

أجاز المشرع تنفيذ الخدمات المرتبطة بمكافحة فيروس كورونا وحد من انتشاره قبل إبرام العقود الإدارية (أولا)، كما سمح بالتسوية المالية للخدمات المنفذة قبل إبرام العقد التسوية (ثانيا)

أولا: تنفيذ خدمات قبل إبرام العقود الإدارية

تكتسي مرحلة تنفيذ العقد الإداري أهمية كبرى فبفضلها يتم تحقيق الأهداف المرجوة من عملية الابرام ولا يتم الشروع في تنفيذ الخدمات قبل إتمام عملية إبرام العقد الإداري أي بالانتهاء من جميع الترتيبات إجرائية المنصوص عليها تنظيميا[116]، وذلك طبقا لنص المادة الثالثة من المرسوم الرئاسي247/15والتي جاء نصها كالآتي : " تبرم الصفقات العمومية قبل أي شروع في تنفيذ الخدمات" .

استثناء أجاز تنظيم الصفقات العمومية بالشروع في تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية وذلك في حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر داهم يتعرض له ملك أو استثمار قد تجسد

[116] انظر محمد بكرارشوش، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على ضوء قانون الوقايةمن الفساد ومكافحته ، الجزء الأول، ، الصفقة العمومية المفهوم والإجراءات، دار صبحي للنشر، الطبعة الأولى ،2014، ص ص 141-142 .

في الميدان أو ملك للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، على أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط لمواجهة الظروف السالفة الذكر.

كما أشار المرسوم الرئاسي 237-20 كذلك إلى الاستعجال الملح بموجب المادة الثانية منه والتي تنص على أنه: " بغض النظر عن أحكام المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر سنة 2015 والمذكور أعلاه، وفي إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد - 19) ومكافحته، يمكن مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير أو الوالي، بموجب مقرر معلل، أن يرخص بالشروع في بدء تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقة العمومية. ويجب أن تقتصر هذه الخدمات على ما هو ضروري فقط للتمكين من مواجهة الظروف المذكورة أعلاه.

يثبت الاتفاق بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد عن طريق تبادل الرسائل في حالة الاستعجال الملح المنصوص عليه في هذه المادة.[117]

بمطابقة المادتين الثانية عشر من تنظيم الصفقات العمومية المرسوم الرئاسي 15- 247 والثانية من المرسوم الرئاسي 237-20 نجد بأن كلاهما أشارت إلى عبارة الاستعجال الملح بحيث حددت له حالات محددة بموجب المادة الثانية عشر، أما في آخر فقرة من المادة الثانية أعلاه ذكرت عبارة " في حالة الاستعجال الملح المنصوص عليه في هذه المادة "مما يبين بأن حالة المنصوص عليها هي حالة استعجال الملح تمت إضافته بموجب هذا المرسوم للحالات السالفة الذكر بموجب تنظيم الصفقات العمومية.

فالمشرع الجزائري إذا اعتبر الوضعية الوبائية التي سببها فيروس كورونا ظرفا استثنائيا لا يمكن معه انتهاج الإجراءات الإدارية المقررة في الظروف العادية لأنها ستصبح عائقا ومعطلا للوقاية من الوباء ومكافحته، وعلى هذا الأساس منحت للإدارة صلاحيات واسعة بإجراءات مكيفة تمكنها من مواجهة الظروف الاستثنائية وذلك لتمكينها من الإسراع في اتخاذ ما يجب من أجل احتواء الوباء الذي يسببه فيروس كورونا ومحاصرته لتفادي الوقوع الضرر في الأنفس.

كما تشير المادتين كذلك إلى ألا تتعدى المصلحة المتعاقدة ما هو ضروري فقط للتمكين من مواجهة الوباء "فالضرورة تقدر بقدرها" كما تنص على ذلك القاعدة الفقهية الإسلامية، مما يستفاد

[117]برباوي رقية، آثار جائحة كورونا على إجراءات إبرام الصفقات العمومية ، جامعة طاهري محمد بشار (الجزائر)،المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية - المجلد 05، العدد 03 خاص (2020) ص 219 .

منه أن تكون الغاية من الخدمات التي سيشرع في تنفيذها قبل إبرام الصفقة العمومية ضرورية للوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا (كوفيد -19) ومكافحته.

تشترك المادتين كذلك في إعفاء المصلحة المتعاقدة من تحرير الصفقة وإعدادها بحيث يثبت الاتفاق بتبادل الرسائل بين الطرفين المتعاقدين وذلك ما أشارت إليه المطة الأخيرة من المادة الثانية المذكورة أعلاه. [118]

ثانيا: التسوية المالية للخدمات المنفذة قبل إبرام صفقة التسوية

أشار المرسوم الرئاسي 20-237 السالف الذكر إلى إمكانية التسوية المالية للخدمات المنفذة في إطار هذا المرسوم بصفة استثنائية وذلك قبل إبرام صفقة التسوية وبعد أداء الخدمة المصادق عليها من قبل الأمر بالصرف المختص وذلك بموجب المادة الخامسة منه والتي تنص على أنه :" يمكن أن تكون الخدمات المنفذة في إطار هذا المرسوم، بصفة استثنائية محل تسوية مالية، قبل إبرام صفقة التسوية وبعد أداء الخدمة المصادق عليها من قبل الأمر بالصرف المختص".

هذا الإجراء الاستثنائي انفرد به المرسوم الرئاسي 20-237 ولم تتم الإشارة إليه في تنظيم الصفقات العمومية 15-247 السالف الذكر، يمكن تبرير ذلك بالنظر لطبيعة الظرف الاستثنائي الذي فرضه وباء كورونا الذي أجاز بموجبه التشريع التسوية المالية للخدمات حتى قبل إبرام صفقة التسوية وذلك للتسريع في تلبية احتياجات المصلحة المتعاقدة من جهة ومن جهة أخرى للتخفيف من آثار الجائحة الاقتصادية على أطراف الصفقة العمومية لاسيما المتعاملين الاقتصاديين المتعاقدين مع المصلحة المتعاقدة.[119]

نصت عليها المادة 5 من المرسوم الرئاسي 237/20 ،حيث رخصت بصفة استثنائية للخدمات المنفردة في إطار هذا المرسوم ، أن تكون محل تسوية المالية ، قبل ابرام صفقة التسوية وبعد أداء الخدمة المصادق عليها من قبل الأمر بالصرف المختص.

هذا الإجراء الاستثنائي انفرد به المرسوم الرئاسي 20-237 ولم تتم الإشارة إليه في تنظيم الصفقات العمومية 15-247 السالف الذكر، يبقى الهدف الأساسي من هذا الإجراء هو تسهيل عملية إبرام الصفقات العمومية، وضمان التسوية المالية للمتعاملين الاقتصاديين في هذه الظروف

[118] برباوي رقية، مرجع السابق , ص 219 .

[119] برباوي رقية، نفس المرجع ، ص 220.

الاستثنائية التي تستلزم الإسراع في تقديم وتنفيذ بعض الخدمات الاستعجالية التي لا يمكن تأخيرها، مراعاة لمقتضيات المرحلة الصحية الصعبة التي تعيشها الجزائر والعالم في ظل تفشي جائحة كورونا.[120]

الفرع الثاني: إبرام العقود الإدارية على سبيل التسوية والرقابة عليها

بعد تنفيذ الخدمات موضوع الصفقات العمومية بغرض مكافحة فيروس كورونا والحد من انتشاره يتم إبرام عقود إدارية على سبيل التسوية (أولا)، كما تتم الرقابة عليها (ثانيا).

أولا: إبرام العقود الإدارية على سبيل التسوية

تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى إبرام صفقة تسوية بصفة استثنائية في حالة عدم تمكنها من إبرام صفقة تدرج فيها الخدمات المنفذة سابقا، ولقد أشار المشرع الجزائري في تنظيم الصفقات العمومية إلى هذا النوع من الصفقات بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 12 التي تنص على ما يلي: " ومهما يكن من أمر فلا بد من إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية، خلافا لأحكام المادة(3) أعلاه خلال ستة (6) أشهر ابتداء من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور أعلاه إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13 أدناه،وعرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية"،

وهي ضمن إجراءات المتخذة في حالة الاستعجال الملح ليتم إبرامها خلال ستة أشهر من تاريخ التوقيع على المقرر المذكور مع عرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية إذا كانت العملية تفوق المبالغ المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 13، كما أشار إليها كذلك بموجب الفقرة الأخيرة من المادة 23 في قسم الإجراءات الخاصة بالصفقات العمومية التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، وجعل أجل تحريرها خلال ثلاثة (3) أشهر ابتداء من الشروع في تنفيذ الخدمات مع عرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية.

بمقارنة المواد السالفة الذكر نجد بأن المشرع الجزائري أجاز إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية في حالتين في تنظيم الصفقات العمومية وهما حالة الاستعجال الملح المعلل بخطر

---

[120]بركات رياض ، مسيكة محمد الصغير، التدابير الخاصةالمكيفة لاجرات ابرام الصفقات العمومية في ظل جائحة (كوفيد 19) –قراءة في المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 2020/08/31. ، جامعة أحمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت العدد 03 , 2020 , ص 199 .

.

داهم الذي يتطلب بداية تنفيذ الخدمات لمواجهة الظروف المذكورة قبل إبرام الصفقة العمومية وكذا حالة الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار.

كما أدرج الخدمات المنفذة في إطار الوقاية من انتشار مرض فيروس كورونا (كوفيد -19) ومكافحته ضمن حالات الاستعجال الملح والتي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، فتطلب إبرام صفقة عمومية على سبيل التسوية في إطار الخدمات المنفذة بموجها، لكن مع اختلاف أجل إبرام صفقة التسوية من حالة الأخرى فجعل عشرة أشهر من تاريخ التوقيع على المقرر في المرسوم 20-237 السالف الذكر على خلاف تنظيم الصفقات العمومية الذي جاء الأجل فيه ستة أشهر لحالات الاستعجال وثلاثة أشهر الحالات الصفقات التي تتطلب السرعة في اتخاذ القرار، ولعل المبرر في تمديد الأجل في الخدمات المنفذة في إطار الوقاية من انتشار فيروس كورونا ومكافحته يعود إلى أن المشرع لم يرغب في التضييق على المصلحة المتعاقدة لكون جائحة كورونا شكلت خطر غير معلوم المدة ولا يعلم أحد متى تنتهي الجائحة مما استوجب إعطاء الوقت الكافي للمصلحة المتعاقدة لإبرام صفقة التسوية.[121]

ثانيا: الرقابة على العقود الإدارية على سبيل التسوية

أشارت الفقرة الثانية من المادة السادسة من المرسوم 20-237 السالف الذكر على ما يلي:" عندما يتعدى مبلغ الخدمات المذكورة المبالغ في الفقرة الأولى من المادة 13 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق ل 16 سبتمبر 2015 والمذكور أعلاه، تعرض صفقة التسوية على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية لدراستها".

وعليه فإن الخدمات المنفذة في إطار الوقاية من انتشار فيروس كورونا ومواجهته إذا تعدت حاجات المصلحة المتعاقدة فيها 12 مليون دينار لصفقات الأشغال أو اللوازم، و6 ملايين دينار لصفقات الدراسات والخدمات وجب عرضها على الهيئة المختصة بالرقابة الخارجية للصفقات العمومية لدراستها، والملاحظ أن نفس الإجراء جاءت به المادة4/12

من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 السالف الذكر. ولا تقتصر الرقابة على الصفقة العمومية على سبيل التسوية على الرقابة الخارجية بل تشمل أيضا مقررات المصلحة المتعاقدة التي تم تنفيذ الخدمات موضوع صفقة التسوية بناء عليها فلقد اشترط المرسوم الرئاسي 20-237

[121]برباوي ,مرجع السابق،ص 220 -221.

السالف الذكر على مسؤول الهيئة العلمية أو الوزير أو الوالي أن يرخص بالشروع في بدء تنفيذ الخدمات قبل إبرام الصفقات العمومية بموجب قرار معلل، كما أجاز كذلك قيام المصلحة المتعاقدة بطلبات من نفس الطبيعة مع نفس المتعامل التعاقد بموجب مقرر أو مقررات معللة بحيث كل طلب من نفس الطبيعة مع نفس المتعامل يرفق بمقرر معلل بحيث أعطيت السلطة التقديرية المسؤول المصلحة المتعاقدة في تحديد ما هو ضروري لمواجهة الحالة الوبائية، لكن لم تترك هذه الصلاحيات على إطلاقها بدون رقابة بل أوجب المرسوم إرسال المقرر المذكور بموجب المادتين المذكورتين إلى كل من مجلس المحاسبة والوزير المكلف بالمالية، وذلك بموجب المادة الرابعة من نفس المرسوم 20-237 والتي تنص على ما يلي:" ترسل نسخة من المقرر المذكور في المادتين 2 و 3 من هذا المرسوم، إلى مجلس المحاسبة وإلى الوزير المكلف بالمالية".

ما يمكن الإشارة إليه أن تحديد طبيعة الخدمات التي من شأنها التكفل بالخطر الذي ولدته الحالة الوبائية ترك لتقدير شخص وحيد وهو مسؤول الهيئة العلمية أو الوزير أو الوالي واقترح البعض ألا يترك التقدير لشخص واحد حتى لو كان مسؤول المصلحة المتعاقدة لتحديد حالة الاستعجال الملح والضروري من الخدمات لمجابهته [122]. ونعتقد أن هذا ينطبق أيضًا على الخدمات المتعلقة بمكافحة انتشار فيروس كورونا، لذلك يمكن تشكيل لجنة من الأعضاء المطلعين على الفيروسات المسببة للأوباء وطرق الوقاية والحد من انتشاره. اللجنة تعتبر أنه من المناسب الاستجابة للوضع ، يمكن تحديد اللجنة الوبائية وتشكيلتها بشكل دوري، بحيث في حالة حدوث أي وباء تكون مستعدة للاجتماع في أقرب وقت ممكن لاتخاذ قرار من أجل التعامل مع الانتشار السريع لهذا الوباء.

[122]خرشي النوي، الصفقات العمومية،دار الهدى،دون طبعة، سنة 2018 ص52.

المبحث الثاني:تأثير الوباء على تحديد السعر في العقد الإداري

تلتزم المصلحة المتعاقدة بتمكين المتعامل المتعاقد،عندما ينفذ التزاماته،من الحصول على حقوقه المالية التي تحددها صراحة بنود العقد التي تربطهما، لكن لا مناص من تأثير جائحة كوفيد-19 وتداعياتها على تنفيذ هذا الالتزام، قد وضع المرسوم الرئاسي رقم

15-247 المقتضيات الملائمة لمثل هذه الظروف، فنص على إمكانية تعديل السعر(المطلب الأول) وعلى التوازن المالي للعقد (المطلب الثاني).

المطلب الأول : تعديل السعر في العقد الإداري

أهم الآثار المترتبة على تنفيذ العقد الاداري، وأهم الحقوق التي يتمتع بها المتعامل المتعاقد هو الحق في المقابل المالي أو الأجر الأصل في الأجر أو السعر أنه ثابت، غير قابل للتغيير، لكن ترد على هذا الأصل استثناءات، بعضها تمليها إرادة المتعاقدين، وبعض منها تقتضيه طبيعة الصفقة أو موضوعها، والبعض الآخر تفرضه ظروف خارجية تخل بالتوازن المالي للصفقة، كما هو الحال في آثار جائحة كوفيد-19 وتداعياتها التي تستدعي نوعا من المرونة، وبالتالي يصبح الملاذ الوحيد هو تعديل سعر العقد.

يمكن اللجوء إلى تعديل السعر بتحيينه قبل الشروع في إنجاز الخدمات الفرع الأول, أو مراجعته أثناء إنجاز الخدمات الفرع الثاني، أو اللجوء بصفة استثنائية في حالات محددة حصرا إلى تقنية السعر المؤقت، حتى يكون أكثر مرونة وله قابلية أكبر للتعديل الفرع الثالث.

الفرع الأول :تحيين السعر قبل الشروع في إنجاز الخدمات

أولا :تعريف التحيين

يعتبر التحيين بمثابة الطريقة القانونية لمعالجة اختلال سعر الصفقات العمومية يتلاءم مع بداية مرحلة التنفيذ بحيث يسمح بتغير السعر الأولي الثابت في العروض وذلك بحدوث متغيرات اقتصادية بين تاريخ تثبيته وتاريخ بداية تنفيذ الخدمات أو الأشغال وذلك بغرض الحصول على سعر جديد للصفقة العمومية ،وبالتالي يتحول السعر الأولي الثابت إلى سعر نهائي جديد في بداية تنفيذ الصفقة وهذا لمرة واحدة فقط،، ونظرا لتأثير قيمة العقد بالمتغيرات الخارجية فإن هذا الأسلوب يجعل قيمة العقد المتفق عليه أثناء إبرامه تتناسب مع القيمة المستوجبة عند تنفيذه.[123]

التحيين هو عملية إعادة النظر والتقييم للأسعار، المتفق عليها في إنجاز الصفقة نظرا لتقلبات الاقتصادية التي تؤثر انعكاساتها على الأسعار.

[123]هزة أحمد ، زغدودأنيس ، الحقوق المالية للمتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية ، مذكرة الماستر جامعة محمد الصديق بن يحي ـ جيجل ـ كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق2018/2017 ص 16-17 .

فالتحيين يسمح بتغيري وتحويل السعر الابتدائي (الأصلي) الثابت إلى سعر جديد على الأقل، سواء بسعر إجمالي أو بصيغة مدرجة في الصفقة.[124]

ثانيا : شروط التحيين

لكي يحين سعر الصفقة يجب توفر شروط قانونية بحيث يسمح للمتعامل المتعاقد المطالبة بإعادة النظر في الأسعار، من أجل تغير السعر ليصبح السعر بناء على السعر المحين وليس السعر الأولي ولكن بتوفر الشروط القانونية والتي نصت عليها المواد 98-100 من المرسوم الرئاسي 15-247.

وبالرجوع لنص المادة 98 من المرسوم الرئاسي 15 -247 : "يمكن قبول تحيين الأسعار التي يحدد مبلغها طبقا للمادة 100 من هذا المرسوم. ....".

حسب نص هذه المادة فإنه لتحيين سعر الصفقة العمومية يجب تجاوز فترة تفوق مدة تحضير العروض زائد ثلاثة أشهر بين التاريخ المحدد لإيداع العروض وتاريخ الأمر بالشروع في تنفيذ الخدمات، على أن يحدث في هذه الفترة تغيير في الظروف الاقتصادية.[125]

أما نص المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سالف الذكر فقد نص على الشروط الواجب توافرها من أجل تحيين السعر "إذا ورد في الصفقة بند ينص على تعيين الأسعار، فإن تطبيق هذا البند يتوقف على الشروط الآتية:

-يحدد مبلغ التحيين بتطبيق صيغة مراجعة الأسعار، دون الجزء الثابت، الذي ينبغي أن تستعمل كمرجع باستثناء المبررة كما ينبغي، حتى وإن كانت الأسعار غير قابلة للمراجعة.

-لا يمكن تطبيق تحيين الأسعار إلا على الفترة التي تتراوح بين تاريخ آخر اجل لصلاحية العروض وتاريخ تبليغ الأمر بالشروع في الخدمات التقاعدية.

-الأرقام الاستدلالية القاعدية (IO)التي يجب مراعاتها هي أرقام شهر نهاية صلاحية العرض.

غير أنه يمكن السماح بتحيين الأسعار في حالة التأخر في بداية تنفيذ الصفقة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد، وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات العمومية المبرمة بأسعار ثابتة

---

[124] شمياني محمد لمين ، بوتدارة محمد ، سعر الصفقـــات العمومية في التشريع الجزائري، مذكرة الماستر ، جامعة أحمد دراية – أدرار ، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق ، ،:2019/2018 ،ص 30 .

[125] انظر المادة 98 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 مرجع السابق .

وغير قابلة للمراجعة إذا لم يتسبب في ذلك المتعامل المتعاقد، وتطبق هذه الأحكام كذلك على الصفقات العمومية المبرمة بأسعار ثابتة وغير قابلة للمراجعة.[126]

بناءً على مخالفة السلطة المتعاقدة للعقد، إذا لم تخطر السلطة المتعاقدة العميل المتعاقد بالبدء في تقديم الخدمات والمشاريع، مما أدى إلى تقلبات الأسعار، فإن تنفيذ هذه الصفقة سيكون مرهقا بالنسبة له من الناحية المالية، الأمر الذي يتطلب منه الحصول على حق طلب التحيين.

الفرع الثاني:مراجعة السعر

أولا : موضوع المراجعة

إن تطبيق صيغة المراجعة يعني أن السعر الابتدائي لم يعد صالحا نتيجة حدوث تغيرات اقتصادية لذلك وجب مراجعته على أن تنصب المراجعة على الخدمات المنفذة فعلا .ويكون السعر قابلا للمراجعة إذا كان محل اتفاق يتم النص عليه كبند في بيانات الصفقة وهو ما يعني عدم إمكانية طلب المتعامل المتعاقد مراجعة السعر مهما كانت الظروف إذا لم يتم النص على عملية المراجعة وصيغتها في الصفقة وهو ما يعني أن الصفقة قد أبرمت بسعر ثابت وغير قابل المراجعة.[127]

وعليه في حالة قبول السعر للمراجعة يجب أن يتم تحديد صيغة المراجعة وكيفية تطبيقها مع العلم انه لا يمكن العمل ببند المراجعة في الحالات التالية[128]:

-في الفترة التي تغطيها صلاحية العروض

-في الفترة التي تغطيها بند تحيين الأسعار

-أكثر من مرة واحدة كل ثالثة اشهر

ثانيا: صيغ المراجعة

يجب أن يراعى في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعلقة بطبيعة كل خدمة في الصفقة من خلال تطبيق معاملات وأرقام استدلالية تخص المواد والأجور والعتاد، وهذا ما نصت عليه المواد 102 و103 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

---

[126]أنظر نص المادة 100 من المرسوم الرئاسي رقم 15 – 247،مرجع سابق.

[127]حمودي محمد ، تعديل السعر في الصفقة العمومية - التحيين والمراجعة -دراسة في اطار المرسوم الرئاسي 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المركز الجامعي تندوف، العدد التاسع مارس 2018 المجلد الأول، ص 173.

[128]المادة 101 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

ولا يمكن أن يكون السعر قابلا للمراجعة، إلا إذا كان اتفاق يدرج كبند في بيانات الصفقة وتتضمنه بشكل صريح، من خلال الاتفاق على صيغة رقمية للمراجعة تأخذ بعين الاعتبار بالإضافة إلى مختلف العناصر المكونة للسعر، فقانون الصفقات يفرض هوامش ثابتة لا يمكن أن تكون محل مراجعة إذ يجب أن تتوفر في صيغ مراجعة الأسعار الأهمية المتعقلة بطبيعة كل خدمة في الصفقة وذلك بتطبيق معاملان وأرقام استدلالية تخص المواد الأجور، والعتاد.

فالمعاملات التي يجب مراعاتها في صيغ الأسعار حسب نص المادة 102 من المرسوم الرئاسي 15 -247 " :المعاملات المحددة مسبقا والواردة في الوثائق المتعلقة باستشارة المؤسسات، باستثناء الحالات المبررة كما ينبغي، المعاملات المحددة باتفاق مشترك بين الأطراف المتعاقدة عندما يتعلق الأمر بصفقة عمومية مبرمة حسب إجراء التراضي البسيط".[129]

أما الصيغ التي يجب أن تشتمل عليها صيغ مراجعة الأسعار حسب المادة 102 الفقرة 1 و 2 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سالف الذكر هي:

- جزء ثابت لا يمكن أن يقل عن نسبة المنصوص عليها في العقد فيما يخص التسبيق الجزافي، ومهما يكن من أمر، لا يمكن أن يقل هذا الجزء عن خمسة عشر في المائة (15%).
- حد استقرار التغير في الأجور قدره خمسة في المائة (5 %).
- الأرقام الاستدلالية "الأجور" و"المواد" المطبقة ومعامل التكاليف الاجتماعية.

أما فيما يخص الأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار فقد حددتها المادة 103 من المرسوم الرئاسي 15 -247 " الأرقام الاستدلالية المعمول بها في صيغ مراجعة الأسعار، هي الأرقام التي تنتشر في الجريدة الرسمية في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي في كل نشريه أخرى مؤهلة لاستقبال الإعلانات القانونية والرسمية .وتطبق المصالح المتعاقدة هذه الأرقام الاستدلالية ابتداء من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير المكلف بالسكن، بالنسبة لقطاع البناء والأشغال العمومية والري .

أما بالنسبة للأرقام الاستدلالية الأخرى ابتداء من تاريخ التصديق والموافقة عليها بقرار من الوزير الذي تتبعه الهيئة المعنية...".

ثالثا: تحديد السعر مؤقتا كاستثناء في حالات محصور:

[129] هزة أحمد ، زغدود أنيس ، مرجع السابق ص ص 19-20

حصر التنظيم الحالي اللجوء إلى تحديد السعر مؤقتا كاستثناء، لما ينطوي على مخاطر، لا تحمد عقباها، في الحالات الآتية- :

- الصفقات العمومية للإشراف على إنجاز أشغال مبرمة على أساس كلفة الغرض المطلوب

-الصفقات العمومية المبرمة بالتراضي البسيط في حالة الاستعجال الملح،

-خدمات تكميلية، في إطار صفقات الأشغال

- .الصفقات العمومية المعقدة المبرمة على أساس نجاعة يتوجب بلوغها، يدرج في الصفقة بندا تحفيزيا يسمح بالحصول من المتعامل المتعاقد على أحسن علاقة جودة/سعر/آجال[130].

المطلب الثاني:التوازن الاقتصادي للعقد الإداري وتسوية النزاعات التي تطرأ على العقد جراء فيروس كورونا

إن تنفيذ العقود الإدارية يخضع لقاعدة جوهرية مفادها أن المتعامل المتعاقد ملزم بتنفيذ التزاماته،على نحو ال يعرض للخطر السير المنظم للمرفق العام بل يجب عليه أن يسهله، و في مقابل ذلك يتعين على المصلحة المتعاقدة أن تضمن التوازن المالي للعقد في كل حالة يختل فيها ذلك التوازن ألي سبب، سواء كان راجعا هذا السبب للإدارة أو إلى غيرها.

هذا الحق كرسه تنظيم الصفقات العمومية الجزائري من خلال المادة 2/153 من المرسوم الرئاسي رقم 247/15 1و التي جاء فيها: "يجب على المصلحة المتعاقدة،دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه،أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها , و يتضح من نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية أن المشرع الجزائري يبيح صراحة للإدارة المعنية حق إعادة النظر في أسعار الصفقات وفقا للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة أطراف الرابطة العقدية .و منه فإن المشرع جعل هذا الحق- التوازن المالي للصفقة العمومية- التزاما يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة و هذا باتخاذ طريق التسوية الودية للنزاعات بهدف التنفيذ الحسن و الأكمل للصفقة المتعاقد عليها, لذا سنتطرق الى التوازن الاقتصادي للعقد الإداري في الفرع الأول , أما الفرع الثاني سنتناول تسوية النزاعات التي تطرأ على العقد جراء فيروس كورونا.

الفرع الأول : التوازن الاقتصادي للعقد الإداري

ألقت جائحة «كورونا» التي تضرب العالم بظلالها على الالتزامات التعاقدية سواء بين الأفراد فيما بينهم أو بين الأفراد والمؤسسات فلم تسلم العقود الخاصة ولا العامة من جعل التزامات

[130] انظر المادة 3/97 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

الأطراف أمرا صعبا، أو تنفيذ الالتزام مستحيلاً، وهنا تتدخل التشريعات وتضع الآليات القانونية لرد الالتزامات إلى حالتها المتعادلة وتحقيق التوازن الاقتصادي للعقد.

و إن كان الأصل العام هو أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق أطراف العقد أو للأسباب التي يقررها القانون، ولكن هناك استثناء لهذه القاعدة، مضمونه أنه وفي الحالات التي تظهر فيها حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً يجاوز سعة المدين، ويهدده بخسارة فادحة جاز تعديل العقد ولاسيما في الصفقات العمومية فاكبر مشكل قد تترتب عليه جائحة كوفيد 19 هو التوازن المالي للصفقة يعني ضرورة وجود تناسب بين التزامات المتعاقد وحقوقه حتى يمكنه تنفيذ العقد على النحو المتفق عليه.

الفرع الثاني: تسوية النزاعات التي تطرأ على العقد جراء فيروس كورونا

لقد أكد المنظم في الصفقات العمومية على حالات قد تظهر عند التنفيذ من نزاعات بين المصلحة المتعاقدة والمتعاقد معها حيث اوجب على المصلحة المتعاقدة إن تبحث عن حل ودي يسمج ب :

- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل من الطرفين.
- التوصل إلى أسرع انجاز لموضوع الصفقة.
- الحصول على تسوية نهائية أسرع وبأقل تكلفة

غير انه وفي حالة عدم اتفاق الأطراف يعرض النزاع على لجنة التسوية الودية للنزاعات المستحدثة بموجب نص المادة 154 من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247.

إن هذا الإجراء رخص للطرفين المتعاقدين إعادة النظر في الأحكام المالية للصفقة بما يعيد الاعتبار المالي للمتعامل المتعاقد وخاصة مع عدم تمكنه من مواصلة تنفيذ التزاماته بسبب الجائحة فتنص الفقرة الثانية من المادة 153 من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247 ، على إلزام المصلحة المتعاقدة أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بإيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين، وفي هذا يسند الحق للمتعامل المتعاقد في إيجاد التوازن في تحمل التكاليف المترتبة على تنفيذ الصفقة بطريق ودي توخيا للتنفيذ الحسن والأكمل للصفقة المتعاقد عليها، ويتعين على المصلحة المتعاقدة، مراعاة لجائحة كوفيد-19

وتداعياتها، أن تأخذ بعين الاعتبار الظروف الجديدة التي طرأت أثناء التنفيذ وفرضت على المتعامل المتعاقد تحمل نفقات أكثر، وأن تحاول أن تنصف المتعاقد معها وتحسم الأمر وديا دون أن ترهقه باللجوء إلى القضاء للمطالبة بحقه في التوازن المالي للصفقة، أو أن تنكر عليه هذا الحق خاصة وأن المادتين 136 و137 من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247 في غاية من الوضوح تبيحان صراحة للمصلحة المتعاقدة حق إعادة النظر في أسعار الصفقة وفقا للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف الـمترتبة في ذمة كل طرف في الرابطة العقدية[131].

لكن، رغم حقيقة المشكل المطروح من جرّاء التقلبات الاقتصادية، لا زال بعض المشرعين مترددين في قبول نظرية الظروف الطارئة، فالمشرع المدني الفرنسي مثلا، كان من أشد المعارضين لنظرية الظروف الطارئة، حرصا منه على التمسك بالحرية التعاقدية وشريعة المتعاقدين، لم يأخذ بها مع أنه لم يتجاهل العوامل الاقتصادية التي تبررها، فاكتفى ببعض الأحكام الخاصة لمواجهة بعض الحالات، مثل مراجعة الإيجار وتخفيض أسعار بيع المحلات التجارية، وفسخ بعض الصفقات التي أصبحت تكاليف تنفيذها تفوق ما كان يمكن توقعه من جراء الحرب العالمية الثانية، و كذا تعديل المرتبات لمدى الحياة...إلخ[132].

طبّق المشرع الجزائري هذه النظرية في عدة عقود منها عقد المقاولة طبقا للمادة 3/561 من التقنين المدني، وخوّل للقاضي سلطة تعديل العقد، لما يحققه من عدالة واستمرار في تنفيذ العقد،بينما في مجال 16 المدني، وخوّل للقاضي سلطة تعديل العقد، لما يحققه من عدالة واستمرار في تنفيذ العقد، الصفقات العمومية فإن المتعاقدين ينظمان طرق مراجعة التزاماتهم حتى يتم إنجاز المشروع في الآجال المحددة وبأقل تكلفة، ويسعيان للبحث عن الحل الودي الذي يجنبهما و يغنيهما عن اللجوء إلى التسوية القضائية في حالة وقوع نزاع يرتبط بإعادة التوازن الاقتصادي للصفقة[133].

أغفل المشرع تحديد طبيعة الظرف الطارئ والعقود المعنية به، فبالنسبة لطبيعة الحادث الطارئ لا شك أنه يشمل كل الأحداث أيا كانت طبيعتها، اقتصادية (أزمة اقتصادية، ارتفاع

---

[131]بن سالم خيرة ، تنفيذ الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد 19 ، حوليات جامعة الجزائر 1، المجلد: 34 /عدد خاص : القانون و جائحة كوفيد19 ،كلية الحقوق جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانه (الجزائر)2020، ص 76.

[132]فيلالي علي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، طبعة منقحة ومعدلة، 2008، ص ص 371-372 ،وينظر في تفصيل ذلك أيضا: مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر1-بن يوسف بن خدة-، كلية الحقوق، 2014-2015 ،ص15-22.

[133]مروك أحمد، المرجع السابق، ص54.

الأجور أو الأسعار...)، أو اجتماعية، أو سياسية (إعلان الحرب، غلق الممرات المائية، ثورات، انقلابات...)، أو طبيعية (زلازل، فيضانات، جفاف، سيول، أوبئة، عواصف...)، وقد يتمثل الحادث الطارئ كذلك في قانون أو إجراءات إدارية أو جبائية جديدة...الخ، [134] ولا شك أن جائحة كوفيد-19 وتداعياتها تكيف على أنها ظرف طارئ، وللقاضي السلطة التقديرية في تحديد ذلك.

يشترط لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يؤثر الحادث الطارئ على أحد المتعاقدين من الناحية الاقتصادية، فيصبح تنفيذ الالتزام مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة، دون أن يجعله مستحيلا، وهذا ما جاء في الفقرة الثالثة من المادة 107 من القانون المدني: "...وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة. ..."

تجنب المشرع تحديد الإرهاق ومقداره، أي مقدار التفاوت ما بين الالتزامات الذي يجعل الالتزام مرهقا، بل اكتفى بوصف هذا الإرهاق بالخسارة الفادحة، أي الخسارة الجسيمة غير المألوفة، مما يستدعي تدخل القاضي لتقدير مدى فداحة الخسارة، وهو يتمتع في هذا المجال بسلطة تقديرية واسعة

أما إذا كان من شأن الحادث الطارئ أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، فالمجال يفسح لتطبيق نظرية القوة القاهرة، وينقضي الالتزام،[135]وعلى من يدعي وجود القوة القاهرة أن يثبت شروطها طبقا لنص المادة 127 من القانون المدني.

لم يشر المشرع صراحة إلى هذه النظرية في قانون الصفقات العمومية، إلا أننا يمكن أن نستنتج من نص المادة 29 من القرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال العامة[136]، بعد إبرام عقد الأشغال العامة وأثناء تنفيذه، عندما تظهر ضرورة إنجاز منشآت لم يرد ذكرها في الجدول ولا في المجموعة يتم دون تأخير إعداد أسعار جديدة حسب أسعار السوق، أو يتم تشبيه المنشآت بمثيلاتها، وفي حالة ما إذا تعذر تماما تشبيهها تتم المقارنة باعتماد الأسعار الجارية في المنطقة حيث تتم الأشغال، ويتم حساب الأسعار الجديدة بنفس الشروط الاقتصادية لأسعار السوق، وبصورة يجعل بالإمكان الزيادة أو النقصان فيها إذا

---

[134] انظر المواد 95-97-98-153 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 .

[135]-فيلالي علي، مرجع سابق، ص 373

[136]بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني-العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005، ص257 .

سمحت السوق بذلك، وبعد مناقشتها من طرف المقاول والمهندسين أو المهندس المعماري تطرح لموافقة السلطة المختصة وتبلغ للمقاول عن طريق أمر مصلحي، وفي انتظار موافقة السلطة المختصة تدفع للمقاول مؤقتا الأسعار التي يحددها المهندسين ويعتبر ذلك بمثابة تعويض جزئي مؤقت .

غير أنه يلاحظ أن تشجيع التعديل عن طريق الملحق أدى إلى تراجع طلبات التعويض تطبيقا لنظرية الظروف الطارئة، فحرصا على مواصلة تنفيذ الصفقة يصبح من الضروري إبرام ملحق من أجل إعادة التوازن المالي للصفقة، ويمكن إبرام الملحق الذي يؤسس على نظرية الظروف الطارئة خارج حدود الآجال التعاقدية[137]، وفي جميع الحالات يخضع لرقابة لجنة الصفقات المختصة.

في غياب الأرقام الحقيقية عن الملاحق المبرمة بسبب الظروف الطارئة وغياب اجتهاد قضائي لا يمكن الجزم بتطبيق أو تراجع نظرية الظروف الطارئة في ميدان الصفقات العمومية في الجزائر .إذا تبين أن العقد لن يعود له توازنه المالي وأصبح نهائيا بما يتعارض مع الطبيعة المؤقتة التي يتسم بها الظرف الطارئ يحق لطرفي العقد الـــمطالبة بفسخ العقد، و إ ذا تســـببت المصلحة المـــتعاقدة في إحداث ضرر للمتعامل المتعاقد جاز لهذا الأخير مطالبتها بالتعويض . يعتبر التصرف الانفرادي في إنهاء العقد أو الفسخ امتيازا استثنائيا مقررا للمصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها بموجب نص تضمنه قانون الصفقات العمومية، ومن هنا كان واجب الاعتراف بالمقابل لذلك بالالتزام بحفظ حقوق هذا المتعاقد في التعويض، وقد تأخذ تصرفات المصلحة المتعاقدة في هذه الحالات صورا متعددة قد تكون إما مسؤولية عقدية أو مسؤولية تقصيرية .نشير إلى أن التعويض بصفة عامة قد يكون تعويضا اتفاقيا بين الإدارة والمتعاقد، كما قد يكون التعويض قضائيا إذا لم ينظم العقد أو القانون أو التنظيم المتعلق بالصفقات مبدأ استحقاق التعويض ومقداره وعناصره فإن القاضي في هذه الحالة هو الذي يحدد مقدار هذا التعويض المستحق والذي يغطي ما لحق المتعاقد من خسارة وما فاته من ربح وكسب على أن يثبت هذا المتعاقد إما خطأ المصلحة المتعاقدة أو تجاوزها لأحد بنود الصفقة للمطالبة بهذا التعويض .يبقى القضاء حاميا لحقوق الأفراد وحرياتهم، مما يفسر أن الحديث عن جمود الروابط التعاقدية يشكل

[137]قرار مؤرخ في21 نوفمبر 1964 ،يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية , العدد 06 ،المؤرخة في19 جانفي 1965 ،ص 46 – 64.

إنكارا للتطور في العقود، وأي تأثير يقتضي مراعاته من السلطة القضائية، وأن القضاء هو الذي يظهر حكم القانون مجسدا في الواقع بشكل يجعل القانون مواكبا لحركية المجتمع.[138]

[138]بن سالم خيرة 19، مرجع سابق ص 78.

الخـــاتـــمـــة

إن جائحة فيروس كورونا المعلن عنه من طرف منظمة الصحة العالمية في 11مارس 2020 كوباء عالمي أودى بحياة الكثير من البشر، ولحد الآن لم يتمكن العلم إلى الحد منه، ولا حصره فكان كصاعقة نزلت على الأرض أدت إلى اضطراب الحكومات ولجوئها إلى سن التشريعات من حين إلى أخرى في سبيل مواجهة هذا الفيروس.

كما كان للجائحة تأثير كبير على جل مجالات الحياة الاجتماعية، الاقتصادية...الخ، وعلى العقود الإدارية بالخصوص , حيث وضع إطار تنظيمي خاص يتمثل في المرسوم الرئاسي 237/20المؤرخ في 2020/08/31, المتضمن تكييف إجراءات وطرق إبرام الصفقات العمومية، وقد خلصت هذه الدراسة إلى مجموعة من النتائج ، والتي نذكر منها:

أن تدابير الوقاية من فيروس كورونا تم النص عليها بموجب تشريعات الملزمة, وهي تختلف في تأثيرها على تنفيذ العقود على حسب طبيعة كل عقد ومجال تنفيذه الزمني والمكاني, ووفقا لهذا التفاوت في التأثير يتراوح تكييف تدابير الوقاية بأنها ظروف قاهرة-إذا كان من شأنها أن تمنع تنفيذ الالتزام بشكل مطلق-أو ظروف طارئة-إذا كان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا وليس مستحيلا.

إن اجتهادات القضاء العادي والإداري المرتبطة بالأوبئة-على ندرتها الشديدة-أو المرتبطة بالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة ، لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تضع بين أيدي الباحث تصورا شاملا عما سيكون عليه وضع هذه النظريات في ظل تطور أزمة كورونا أو لا قدر الله أزمة مشابهة لها، فقد أظهر القضاء وفقا لاختلاف الظروف حلولا متعددة وتصورات متفاوتة وتفسيرات غير متطابقة في كل الحالات بشأن نفس النظرية.

أنه لا يمكن التنبؤ بمستقبل الوباء ولا بمدى تأثيره على العقود على نحو جازم، فحتى حالات القوة القاهرة والظروف الطارئة لا يزال تفسيرها على ضوء ما وقع من تطبيقاتهما سابقا، كالحروب والأوبئة التي عرف مداها صحيا واقتصاديا... لذلك فإن ما أصدرته المحاكم بشأن تحقق القوة القاهرة أو الظروف الطارئة لا يمكن تطبيقه بالضرورة بشأن وباء كورونا.

وفي الأخير يشار إلى أن الأزمات التي مرت بها البشرية، طالما كانت عاملا حاسما في تطور نظمها القانونية والسياسية والاقتصادية، وأن قيم التضامن والعدالة العقدية يحتاجان إلى تثبيت تقنيات التكافل على النحو الذي يحقق الأمن التعاقدي ويحافظ عليه.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

أولا:الكتب

أ) العربية

1. أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة د. محمد عرب صاصيلا، ط2 ،الديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 1986.
2. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، التصرف القانوني-العقد والإرادة المنفردة، الجزء الأول،ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2005.
3. خرشي النوي ، الصفقات العمومية ،دار الهدى،دون طبعة، سنة 2018 .
4. سعيد السيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، دار الكتاب الحديث، الإسكندرية، مصر، 2006.
5. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008.
6. عاطف محمد عبد الطيف ،امتيازات الإدارة في قانون المناقصات والمزايدات ،الطبعة الأولى ،دار النهضة العربية ،القاهرة ،2009.
7. عبد الرزاق أحمد السنهوري, نظيرة العقد- منشورات الحلبي الحقوقية ,بيروت لبنان – ط2, 1998.
8. عبد الرزاق السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني،الجزء 01 -مصادر الالتزام، دار النشر للجامعات العربية, 1952.
9. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، جزء7 ،الطبعة الأولى ،مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، لبنان، 2011.
10. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، القسم الأول، جسور للنشر والتوزيع، 5 الطبعة الخامسة، الجزائر، 2017 .
11. عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، جسور للنشر و التوزيع، المحمدية، الجزائر، 2011.

12.عوابدي عمار، القانون الإداري، الجزء الثاني، (النشاط الإداري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2000 .

13.فيلالي علي، الالتزامات-النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، طبعة منقحة ومعدلة، 2008 .

14.محمد الصغير بعلي، العقود الإدارية، الجزائر، دار العلوم للنشر، 2004.

15.محمد بكرارشوش، متابعة الجرائم المتعلقة بالصفقات العمومية على ضوء قانون الوقاية من الفساد ومكافحته , الصفقة العمومية المفهوم والإجراءات, الجزء الأول, الطبعة الأولى ، دار صبحي للنشر ،2014.

16.محمد عبد الرحيم عنبر، الوجيز في نظرية الظروف الطارئة، دار زهران، الأزهر، مصر، دون سنة النشر .

17.محمد فؤاد عبد الباسط، **العقد الإداري (المقومات - الإجراءات –الآثار)**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2006 .

18.محمود عبد المجيد المغربي، المشكلات التي يواجهها تنفيذ العقود الإدارية وأثارها القانونية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 1998.

19.هيثم حليم غازي، التوازن المالي في العقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2015.

ب) الأجنبية

- Agathe VANG LANG & Geneviève GONDOUIN, Véronique INSERGUETBRISSET, Dictionnaire de droit administratif, 7 me édition, DALLOZ, France, 2015.
- Alain SERGE, Mescheriakoff, **Droit des services publics**, presses universitaire de France, 2em édition mise à jour, PARIS, 1991.

ثانيا: الرسائل الجامعية

أ) الرسالة الدكتوراه

- محفوظ عبد القادر , أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري , رسالة دكتوراه, كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام جامعة أبي بكر بلقايد, الجزائر, 2018-2019.

- محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة التي تحكم التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة-رسالة دكتواره، جامعة عين شمس, كلية الحقوق والعلوم السياسية ، مصر،1984.
- مروك أحمد، شرط إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الجزائر1-بن يوسف بن خدة-، كلية الحقوق، 2015 .
- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه,جامعة مولود معمري-تيزي وزو- كلية الحقوق والعلوم السياسية,2013.

ب) مذكرات ماجستر

1. بحري إسماعيل، الضمانات في مجال الصفقات العمومية في الجزائر، مذكرة الماجستير في الحقوق ، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2009.
2. صدراتي صدراتي، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر ،معهد الحقوق و العلوم الإدارية،1984.
3. هبة محمد محمود ديب، أثر الظروف الطارئة على العقود المدنية، دراسة تحليلية في مشروع القانون المدني الفلسطيني،مذكرة ماجستير، جامعة الأزهر، فلسطين، 2012.

ت) مذكرات ماستر

- اوليدي موسى و قادري عبد الرزاق, أثر القوة القاهرة في العقود الدولية, مذكرة ماستر, جـامعة قاصدي مرباح ورقلة كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق, 2018.
- بالسعيد زينة , القيود الواردة على حرية الإدارة لدى التعاقد, مذكرة ماستر, كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق, جامعــة عبد الحميد بن باديس –مستغانم, 2012.
- بلقاسم زهرة , أثر تغير الظروف الطارئة على العقود , مذكرة ماستر , تخصص: عقود ومسؤولية , جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة , كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون الخاص , السنة الجامعية 2014/2013 ,
- بوشيرب مليكة , المتعامل مع الإدارة في عقود الصفقات العمومية, مذكرة ماستر, كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام, جامعة عبد الرحمان ميرة – بجاية, 2013-2014.
- حماني وليد, ضوابط إبرام العقود الإدارية, , مذكرة الماستر في القانون العام , جامعة أكلي محند أولحاج-البويرة – كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم القانون العام , السنة الجامعية 2015/2014 .
- دراجي سيهام , قاضي اسمهان , ابرام الصفقات العمومية عن طريق التراضي في التشريع الجزائري, مذكرة لنيل شهادة الماستر, جامعة أكلي محند اولحاج – البويرة كلية الحقوق والعلوم السياسية2016.
- شداد سارة ,التراضي في العقود الإدارية في الجزائر, مذكرة الماستر في الحقوق, جامعة زيان عاشور -الجلفة- كلية الحقوق والعلوم السياسية , 2020/2019 .
- شمياني محمد لمين , بوتدارة محمد , سعر الصفقــات العمومية في التشريع الجزائري, مذكرة الماستر , جامعة أحمد دراية – أدرار , كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق , 2019 .

- عماري خالد, العقود الإدارية والعقود العادية ونظامهما القانوني , مذكرة ماستر , جامعة الدكتور مولاي الطاهر- سعيدة- كلية الحقوق والعلوم السياسية, قسم الحقوق , 2018.
- هزة أحمد , زغدود أنيس , الحقوق المالية للمتعامل المتعاقد في الصفقات العمومية , مذكرة الماستر جامعـــة محمـــد الصديـــق بن يحـــي جيجل كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقـــوق 2018.

الأجنبية:

- Leticia chaves fretas barbosa ,la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service puplic, uneapproche comparée entre la France et le brésil, mémoire de droit puplic approfondi, université paris 2 pantheon-assas,2018.

مقالات:

أ) العربية:

.

- برباوي رقية, آثار جائحة كورونا على إجراءات إبرام الصفقات العمومية , جامعة طاهري محمد بشار (الجزائر)، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية ، العدد 03 خاص (2020).
- بركات رياض , مسيكة محمد الصغير, التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في ظل جائحة (كوفيد 19) –قراءة في المرسوم الرئاسي رقم 20-237 المؤرخ في 2020/08/31. , جامعة أحمد بن يحي الونشريسي تيسمسيلت العدد 03 , 2020.
- بن سالم خيرة , تنفيذ الصفقات العمومية في ظل جائحة كوفيد 19 , حوليات جامعة الجزائر 1, عدد خاص : القانون و جائحة كوفيد19 , كلية الحقوق جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانه (الجزائر), 2020.
- بودالي محمد, خليفة خالد , أثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية, العدد 2, جامعة سيدي بلعباس، الجزائر, كلية الحقوق والعلوم السياسية , 2020 .
- جلطي منصور, الآثار القانونية لفيروس كورونا المستجد - covid 19 على الالتزامات التعاقدية, حوليات جامعة الجزائر 1, عدد خاص :القانون وجائحة كوفيد 19, جامعة عبد الحميد بن باديس بمستغانم ، كلية الحقوق والعلوم السياسية,2020.
- حسن محمد علي حسن البنان , أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري – دراسة مقارنة- مجلة الرافدين للحقوق ، العدد 57 , كلية الحقوق, جامعة الموصل, 2018.
- حمودي محمد , تعديل السعر في الصفقة العمومية - التحيين والمراجعة -دراسة في اطار المرسوم الرئاسي 247-15المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ,العدد 9, المركز الجامعي تندوف, 2018.
- سردوك هيبة ,ماهية طلب العروض في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام, مخبر فقانون العمران والمحيط دراسات وأبحاث المجلة العربية للأبحاث والدراسات في العلوم الإنسانية و الإجتماعية, عدد 3 , جامعة باجي مختار عنابة, 2020 .

- ضريفي نادية , لجلط فواز , إبرام الصفقات العمومية بأسلوب التراضي ومبدأ المنافسة أي جديد؟؟؟ وفق أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15-247 , مجلة صوت القانون , العدد 02 , 2019 , ص 225 .
- عباس صادقي, أثار التدابير الوقاية من فيروس كورونا على تنفيذ العقود في الجزائر –دراسة تحليلية مقارنة-المجلة المتوسطية للقانون والاقتصاد, العدد05 , المركز الجامعي بإليزي – الجزائر,2020.
- عياش حمزة, الآثار القانونية المترتبة على العمال و الموظفين خلال العطلة الاستثنائية في ظل جائحة كورونا "كوفيد 19" , مجلة قانون العمل و التشغيل, عدد خاص, جامعة محمد البشير الإبراهيمي- برج بوعريريج , كلية الحقوق والعلوم السياسية,2020.
- قجالي مراد و مرابطين سفيان ,مستقبل تنفيذ الالتزامات العقدية في ظل الظروف الاستثنائية لفيروس كورونا(كوفيد-19), المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية ،العدد:.02، جامعة الجزائر-1 السنة:2021.
- كمال مصطفى العزاوي, استقرار المعاملات في زمن القوة القاهرة –فيروس كوفيد19منوذجا المجلة نظرة على القانون الاجتماعي, كلية الحقوق دار البيضاء المغرب ,العدد: رقم 01(2020) .
- محفوظ عبد القادر,فيروس كورونا بين القوة القاهرة والظروف الطارئة, مجلة الدراسات الحقوقية, العدد 1,كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران 02 ،الجزائر., 2021 .
- محمود المغربي, بلال صنديد, التكييف القانوني للجائحة"الكورونية" على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة بين صلابة المسلمات ومرونة الاعتبارات, دراسة مقارنة, مجلة كلية القانون الكويتية العالمية- السنة الثامنة- ملحق خاص-العدد 06 – شوال 1441 ه- يونيو2020.

.

الأجنبية:

- Laksaci Sid Ahmed, RFO as a general rule for the conclusion of public procurement in Algerian legislation, Journal of Economic Growth and Entrepreneurship Spatial and entrepreneurial development studies laboratory, Phd in law, University of Adrar, Algeria, Year : 2019 Vol.2 No.1.

- Leticia chaves fretas barbosa ,la théorie de l’imprévision dans les contrats de concession de service puplic, uneapproche comparée entre la France et le brésil, mémoire de droit puplic approfondi, université paris 2 pantheon-assas,2018

النصوص القانونية

الوطنية:

1- النصوص التشريعية

الأمر رقم 03-03، المؤرخ في 19 يوليو2003، المتعلق بالمنافسة، ج ر عدد 43، صادرة بتاريخ 20 يوليو2003، ص25، المعدل والمتمم، بالقانون، رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010، ج ر عدد46، صادرة بتاريخ 18 أوت 2010،

أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ،المتضمن القانون المدني الجزائري ج.ر عدد 78 ،الصادر في 30سبتمبر 1975 ،المعدل والمتمم بالقانون رقم 07 -05 مؤرخ في 11 ماي 2007 ،جريدة الرسمية, عدد 31 ،الصادر في 13 ماي 2007.

القانون 05-07, المؤرخ في 2005/04/28, يتعلق بالمحروقات, ج.ر عدد50 الصادرة بتاريخ 20 يوليو 2015; الملغى بموجب القانون 19-13 المؤرخ في 2019/12/11,ينظم نشاطات المحروقات, جريدة الرسمية, عدد 79 لسنة 2019.

القانون رقم 08-09 المؤرخ في2008/02/25,المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية, ج.ر, عدد 21 , الصادرة بتاريخ 2008/04/23.

2- النصوص التنظيمية

- الوطنية :

أ- المراسيم الرئاسية

المرسوم الرئاسي15-247 المؤرخ في 2015/09/16، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50لسنة 2015 ،مؤرخة بتاريخ 2015/09/20.

مرسوم رئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية. جريدة الرسمية عدد 58 , الذي يتضمن تنظيم الصفقات العمومية.

المرسوم الرئاسي رقم 338/08 المؤرخ في 26 أكتوبر 2008 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي 250/02 المؤرخ في 24جويلية 2002 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، جريدة الرسمية , عدد 62 ،الصادرة بتاريخ 09 نوفمبر 2008 ،ملغى.

ب-المراسيم النفيذية

مرسوم رقم 84 -116 مؤرخ ,12 مايو 1984 يتضمن إحداث نشرة رسمية خاصة بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي، جريدة رسمية عدد 15،20 مايو 1984 .

المرسوم التنفيذي رقم 20-70 المؤرخ في 24مارس 2020 ،المعدل والمتمم الصادر في الجريدة الرسمية عدد 16 ,2020.

قرارالغرفة التجارية للمحكمة العليا بتاريخ 11 جوان 1990 الملف رقم 65920 مجلة قضائية عدد 2لسنة 1991

قرار الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا، بتاريخ 03-12-2009، رقم 534176, ،صادر بمجلة المحكمة العليا، العدد الأول، جوان 2011.

قرار المحكمة العليا (المجلس الأعلى) الصادر بتاريخ 13-12-1968, الذي فصل في النزاع بين الدولة الجزائرية وشركة V.B،المجلة الجزائرية، عدد 4 ،سنة 1969 ،ص

قرار مؤرخ في21 نوفمبر 1964 ،يتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، جريدة الرسمية الجمهورية الجزائرية , العدد 06 ،المؤرخة في19 جانفي 1965 .
- الأجنبية:
في مصر:
المحكمة الإدارية العليا بمصر، صادر بتاريخ 15-02-1962 ،الطعن رقم 1320 ،لسنة 12 قضائية , المكتب الفني، جلسة 14 ،مجلس الدولة .
قرار رئيس مجلس الوزراء رقم 768لسنة 2020،الصادر في الجريدة الرسمية عدد 12مكرر ب في 24 مارس 2020.

في المغرب

قانون الالتزامات والعقود، ظهري 9 رمضان 1331 ه، 12أغسطس1913م، مديرية التشريع، وزارة العدل، المملكة المغربية

في تونس

مجلة الالتزامات والعقود التونسية - نسخة محينه مصادق عليها من طرف المجلس الوطني لتنظيم الأحكام التشريعية و الترتيبية الجاري بها العمل وفقا للقون عدد 87لسنة2015 المؤرخ في 15 أوت 2015.

في فرنسا:

- Conseil d'état, 17 juin 1981, Commune papete, Arrête n° 7.246.
- CA Colmar, 12 mars 2020, RG n°20/01098 (Date de lecture 15-08-2020 à l'heure 22:50) Lien: https://www.doctrine.fr/d/CA/Colmar/2020/C8A8F3A305EEEBB31F249

- Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, JORF n°0072 du 24 mars 2020.

المواقع الكترونية :

عبد الرشيد طبي : القوة القاهرة وأثرها على التشريع والقضاء: فيروس كوفيد 19 , نشر بجريدة الخبر يوم 07 ماي 2020 ,على الموقع :
https://elmouhami.com/القوّة-القاهرة-و-أثرها-على-التّشريع-و/

الفــهــرس

إهداء.....أ

شكر وعرفان.....ب

قائمة مختصرات.....ج

مقدمة.....1

فصل الأول: تحديد الطبيعة القانونية لفيروس كورونا 5

المبحث الأول: الاتجاهات المفسرة لفيروس كورونا.....7

المطلب الأول: اعتبار فيروس كورونا قوة قاهرة 7

الفرع الأول: تعريف القوة القاهرة.....7

الفرع الثاني: تكييف وباء كورونا بالقوة القاهرة 13

المطلب الثاني: اعتبار فيروس كورونا ظرفا طارئا 16

الفرع الأول : مفهوم الظروف الطارئة.....17

الفرع الثاني :شروط الظروف الطارئة وأثارها القانونية 23

المبحث الثاني: وباء كورونا من وجهة التشريع والقضاء المقارن.....30

المطلب الأول: التكييف القانوني لجائحة كورونا.....30

الفرع الأول: التكييف القانوني لجائحة كورونا في التشريع المقارن 30

الفرع الثاني: التكييف القانوني لجائحة كورونا في التشريع الجزائري.....32

المطلب الثاني: موقف القضاء المقارن من تأثير وباء كورونا على تنفيذ الالتزامات التعاقدية.....34

الفرع الأول: إشكالية الزمن 34

الفرع الثاني إشكالية تحديد المناطق المصابة بالوباء كورونا 34

الفصل الثاني: مظاهر تأثير الوباء على الاجراءات إبرام العقود الادارية 35

المبحث الأول: تأثير فيروس كورونا على إجراءات إبرام العقود الإدارية 36

المطلب الأول: الإجراءات المكيفة في مجال إبرام العقود الإدارية.....37
الفرع الأول: القواعد التي تحكم إبرام العقود الإدارية 37
الفرع الثاني: آلية طلب العروض لإبرام العقود الإدارية.....40
الفرع الثالث: التراضي كاستثناء في إبرام عقود الإدارية 46
المطلب الثاني:الإجراءات المكيفة في مجال تنفيذ الخدمات موضوع العقود الإدارية بغرض مكافحة فيروس كورونا وحد من انتشاره.....56
الفرع الأول: الإجراءات السابقة على إبرام العقود الإدارية.....56
الفرع الثاني: إبرام العقود الإدارية على سبيل التسوية والرقابة عليها 59
المبحث الثاني:تأثير الوباء على تحديد السعر في العقد الإداري 62
المطلب الأول : تعديل السعر في العقد الإداري 62
الفرع الأول :تحيين السعر قبل الشروع في إنجاز الخدمات.....62
الفرع الثاني:مراجعة السعر 64
المطلب الثاني:التوازن الاقتصادي للعقد الإداري وتسوية النزاعات التي تطرأ على العقد جراء فيروس كورونا 66
الفرع الأول : التوازن الاقتصادي للعقد الإداري.....67
الفرع الثاني: تسوية النزاعات التي تطرأ على العقد جراء فيروس كورونا 67
الخاتمة 72
قائمة المراجع 75
الفهرس 80

الماستر مـلخص مذكرة

لقد أدت تدابير الوقاية من فيروس كورونا كالحجر المنزلي والمنع من التنقل وغلق الحدود والأسواق والمنشآت...إلى طرح التساؤل عن مدى تأثير هذه التدابير على تنفيذ الالتزامات التعاقدية، وعن الحلول القانونية والقضائية التي تؤطر العلاقة بين المتعاقدين عند تغير ظروف تنفيذ العقد عن ظروف إبرامه، في العقود المدنية والعقود الإدارية؟

وقد خلص البحث إلى نتيجة مفادها أن تأثير تدابير الوقاية قد يستدعي تطبيق نظريتي الظروف الطارئة أو القوة القاهرة بالنسبة مع دراسة شروط تطبيق هذه النظريات وما تثيره من صعوبات عند إسقاطها على تدابير مواجهة جائحة كورونا.

الكلمات المفتاحية:

1/كوفيد 19 2/العقود الإدارية 3/القوة القاهرة 4/.الظروف الطارئة 5/الالتزام التعاقدي 6/ الصفقات العمومية

Abstract of The master thesis

Corona virus prevention measures such as quarantining homes, preventing movement, and closing borders, markets, and facilities have led...To the question of the extent to which such measures affect the implementation of contractual obligations, and of the legal and judicial solutions that frame the relationship between contractors when the conditions of execution of a contract change from those of its conclusion, in civil and administrative contracts?

The research concluded that the impact of prevention measures may require the application of emergency or force majeure theories in relation to the study of the conditions for the application of these theories and the difficulties that arise when they are dropped on measures to respond to the corona virus pandemic.

keywords:

1/covid 19 2/administrative contracts 3/ forse majeure

4/theory of unforeeability 5/contractual commitment
6/public procurement