

تدابير إبرام العقود المتأثرة بجائحة كوفيد ١٩ وتنفيذها

(التشريع الفرنسي نموذجاً)

محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق محطة الحقوق

د. سماعين لعبادي

أستاذ القانون الإداري والدستوري المساعد

كلية القانون - جامعة الشارقة

E-mail: slabadi@sharjah.ac.ae

تدابير إبرام العقود المتأثرة بجائحة كوفيد ١٩ وتنفيذها (التشريع الفرنسي نموذجاً)

د. سماعين لعبادي

أستاذ القانون الإداري والدستوري المساعد

كلية القانون - جامعة الشارقة

الملخص

اتخذت فرنسا عدة تدابير بعد اعتماد نظام الطوارئ الصحية بموجب القانون رقم ٢٠٢٠-٢٩٠ المؤرخ ٢٣ مارس ٢٠٢٠ للتعامل مع كوفيد ١٩. ومن بين هذه التدابير الأمر رقم ٢٠٢٠-٣١٩ المؤرخ ٢٥ مارس ٢٠٢٠، المتعلق بوضع تدابير لتكييف قواعد منح أو إجراء أو تنفيذ العقود الخاضعة لقانون المشتريات العامة والعقود العامة التي لا تدرج تحت قانون الطلب العمومي أثناء الأزمة الصحية الناشئة عن وباء كوفيد - ١٩.

وإذا كان الدافع من وراء إصدار هذه التدابير هو تفادي النزاعات المحتملة عبر إعادة تكييف قواعد قانون العقود الادارية لمواجهة تأثير الجائحة وضمان استقرار العلاقات التعاقدية ودعم الاقتصاد الوطني، فالملاحظ وفقاً لهذه الدراسة أن نطاق التطبيق بدأ فضفاضاً وفيه مساس لمبدأ الأمن القانوني. كما أن الاستعجال في وضع هذه التدابير نتج عنه صياغة غير متناسقة ومنسجمة مع القانون المنظم للطلب العمومي وكذلك مع النظريات المتعلقة بإعادة التوازن المالي للعقد الإداري التي كرسها القضاء الإداري الفرنسي.

Measures Taken to Conclude and Implement Administrative Contracts Affected by COVID-19 Pandemic (French Legislation as a Model)

Dr. Smain Labadi

Assistant professo
College of Law- University of Sharjah

Abstract

Upon the adoption of the Law No. 2020-290 of March 23, 2020 on Health Emergency System related to COVID-19, France has taken several regulatory measures. Among the adopted measures is the Ordinance No. 2020-319 of March 25, 2020 which created rules for awarding, concluding or executing contracts regulated by the public procurement code and public contracts that do not fall under the public procurement code during the health crisis resulted from the COVID-19 pandemic. The reasoning behind implementing these measures was to avoid potential conflicts by re-adapting the rules of administrative contracts law to confront the impact of the pandemic, to ensure the stability of contractual relations and to support the national economy. This study concludes that the scope of the application of these measures is broad and prejudices the principle of legal security. On the other hand, the rabid adoption of these measures resulted in an inconsistent formulation with the law regulating the public request, as well as with the theories related to restoring the financial balance of the administrative contract that has been established by the French administrative judiciary.

Keywords: Administrative Contracts Measures for concluding an administrative contract - Measures to implement the administrative contract- COVID-19 Pandemic.

المقدمة

تعد الأزمة الصحية المرتبطة بوباء فيروس Covid-19 غير مسبوقة. فمنذ بداية عام ٢٠٢٠، انتشر هذا الوباء، بعد أن ضرب الصين، إلى بقية دول العالم. الأمر الذي أدى بجل هذه الدول إلى اتخاذ العديد من التدابير والإجراءات الطارئة لاحتواء هذه الأزمة الصحية، كإعلان حالة الطوارئ وتقييد حرية التنقل وإغلاق الحدود البرية والبحرية و الجوية.

الأمر الذي نتجت عنه عواقب وخيمة على أداء الاقتصادات المختلفة، حيث شهد جزء كبير من العالم تباطؤاً هائلاً في النشاط الاقتصادي حسب ما أشار إليه المعهد الوطني للإحصاء والدراسات الاقتصادية في فرنسا في أحد تقاريره. فعلى الصعيد العالمي، يفقد مناخ الأعمال ١٠ نقاط إلى ٩٥ نقطة بفعل جائحة كورونا وهو أكبر انخفاض في المؤشر منذ بداية الثمانينات^١.

وتعد فرنسا من بين الدول التي تأثرت بهذه الجائحة من الناحية الاقتصادية، والتي سارعت لمواجهتها من خلال اعتماد نظام الطوارئ الصحية بموجب القانون رقم ٢٠٢٠-٢٩٠ المؤرخ ٢٣ مارس ٢٠٢٠ للتعامل مع كوفيد ١٩^٢.

هذا القانون أذن للحكومة باتخاذ عدة تدابير ونصوص على شكل أوامر^٣. ومن بين هذه النصوص صدر أمر يتضمن تدابير لتكييف قواعد إبرام العقود الإدارية، والمواعيد النهائية للدفع، والتنفيذ والإنهاء، لاسيما تلك المتعلقة بالعقوبات التعاقدية المنصوص عليها في قانون المشتريات العامة وكذلك شروط العقود العامة^٤. وعلى هذا الأساس، اعتمدت الحكومة الأمر رقم ٢٠٢٠-٣١٩ المؤرخ ٢٥ مارس ٢٠٢٠، المتعلق بوضع تدابير عديدة لتكييف قواعد منح أو إجراء أو تنفيذ العقود الخاضعة لقانون المشتريات العامة والعقود العامة التي لا تندرج تحت قانون الطلب العمومي

١- انظر في ذلك تقرير المعهد الوطني للإحصاء والدراسات الاقتصادية الفرنسي الصادر بتاريخ ٢٦ مارس ٢٠٢٠. آخر زيارة file:///C:/Users/TEMP/Downloads/Point_de_conjoncture_INSEE_26mars2020_7h30.pdf (للموقع 30 جوان 2020).

2- 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.

3- Vingt-cinq ordonnances prises en application de la loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ont été présentées en conseil des ministres.

لمزيد من التفصيل يمكن الاطلاع على الموقع الإلكتروني:

-https://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2020-03-25/faire-face-a-l-epidemie-de-covid-19). (آخر زيارة للموقع 30 جوان 2020).

٤- نصت الفقرة الأولى من المادة ١١ من القانون رقم ٢٠٢٠-٢٩٠ بشأن الطوارئ ضد جائحة كوفيد ١٩ على أنه يسمح للحكومة باتخاذ التدابير الضرورية عن طريق أوامر في أجل ٣ أشهر من صدور هذا القانون ابتداء من ١٢ مارس ٢٠٢٠ في المجالات المخصصة للقوانين، وذلك باتخاذ أي إجراء للتعامل مع العواقب الاقتصادية والمالية والاجتماعية لانتشار وباء كوفيد -١٩ وعواقب التدابير المتخذة للحد من هذا الانتشار، لاسيما المنع والحد من توقف نشاط الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين ومزاولة النشاط الاقتصادي والجمعياتي وأثره في التشغيل.

أثناء الأزمة الصحية الناشئة عن وباء كوفيد - ١٩.

يبقى الهدف من إصدار هذا الأمر، المتضمن ٨ ثماني مواد، هو وضع التدابير اللازمة لتخفيف القواعد المنطبقة على أداء العقود العامة التي قد تتعرض لعدة مخاطر نتيجة وباء كوفيد ١٩، حتى لا يعاقب الفاعلون الاقتصاديون ويسمح باستمرار هذه العقود. وبعبارة أخرى، فإن الهدف هو ضمان استقرار العلاقات التعاقدية، وبالتالي الحد من الآثار الاقتصادية للأزمة الصحية.

إن صدور مثل هذا الأمر، يطرح لنا إشكالية تتمثل في البحث عن أثر جائحة كوفيد ١٩ في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية وفقا للتشريع الفرنسي وتحديد مدى فعالية الحلول التي اقترحها الأمر رقم ٢٠٢٠-٢١٩ المؤرخ ٢٥ مارس ٢٠٢٠ لمواجهة الآثار المترتبة عن جائحة كوفيد، لاسيما في ظل وجود قوانين ثابتة تنظم قواعد الشراء العمومي وإبرام العقود الإدارية والتي تبنت عدة نظريات كالقوة القاهرة والظروف الاستثنائية وفعل الأمير، وكذلك الصعوبات المادية غير المتوقعة، لمواجهة تأثير أي ظروف خارج إطار العقد الإداري.

فهل تعد النصوص التشريعية الأصلية المنظمة للعلاقات التعاقدية الإدارية في فرنسا عاجزة عن إيجاد الحلول لمثل هذه الأزمات، أم الأمر استلزم فعلا التدخل من قبل الحكومة لوضع بديل ولو مؤقت للتعامل مع الظروف الناجمة عن هذه الجائحة ؟

لدراسة هذه الإشكالية، اعتمدنا المنهج الوصفي والتحليلي، لبيان مدى الانسجام أو التداخل بين هذه النصوص والتأثير المحتمل على العلاقات التعاقدية الإدارية من خلال التحليل والمناقشة.

المبحث الأول

محاولة استباقية نحو إعادة تكييف قواعد قانون العقود الإدارية

لمواجهة تأثير الجائحة على إبرام العقود وتنفيذها

أثرت جائحة كوفيد ١٩ بشكل واضح في مختلف المجالات الحياتية، وتسببت في صدور العديد من القرارات والتدابير الاحترازية الصارمة وغير المعهودة في العديد من الدول، لاسيما ما يتعلق بإصدار إجراءات وأدلة خاصة كثيرة، تتضمن آليات إبرام الصفقات أثناء حالة الطوارئ المرتبطة بأزمة كوفيد - ١٩^٦. ويعتبر المجال الاقتصادي من أهم المجالات التي تأثرت بشكل واضح،

5- Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de covid-19. JORF n°0074 du 26 mars 2020

٦- انظر بخصوص ذلك:

Communication from the commission, guidance from the EC on using the public procurement framework in the emergency situation related to the Covid-19 crisis (2020/C 108 I/01) , 01/ 04/2020. (Acceded 30 june 2020).

لاسيما فيما يتعلق بتلك العقود الإدارية التي أبرمت والتي لاتزال في مرحلة التنفيذ. هذا ما أدى بالحكومة الفرنسية إلى إصدار أمر يخفف من حدة الأزمة أو على الأقل يضمن استقرار المعاملات الاقتصادية يتمثل في الأمر ٢٠٢٠-٣١٩.

إن هذا النص يرمي صراحةً وضمنياً، إلى تعديل بعض أحكام قانون الطلب العمومي الفرنسي. والمتضمن في محتوى هذا الأمر يلاحظ أن أحكامه تستمد مصادرها مادياً من تلك النظريات الكلاسيكية لقانون العقود الإدارية، وعلى وجه الخصوص، من نظرية فعل الأمير، والظروف الطارئة، أو حتى من القوة القاهرة.^٧

المطلب الأول

إعادة تكييف بعض قواعد قانون العقود الإدارية

ضمان استقرار العلاقات التعاقدية

المطلع على الأمر رقم ٢٠٢٠-٣١٩ والقارئ للمواد الثمانية المتضمنة فيه، يستخلص أن المشرع الفرنسي لا يبتكر ولا يصنع قواعد جديدة خارج أطر القواعد الثابتة المتأصلة في أحكام قضائية إدارية واجتهادات، بل ويستند إلى تلك الحلول القضائية الكلاسيكية المعروفة في نطاق العقود الإدارية. فالحكومة وضعت التكييفات والتعديلات على أحكام القواعد المنظمة للعقود الإدارية التي بدت ضرورية للتخفيف من الآثار المباشرة للأزمة الصحية. حيث تعكس هذه التعديلات في المقام الأول الرغبة في إعادة بلورة بعض آليات قانون العقود الإدارية، وبشكل أكثر تحديداً العقود الخاضعة لقانون الطلب العمومي الفرنسي^٨، على الرغم من أن الأمر ينطبق أيضاً على العقود العامة التي لا تدرج تحته، وهذا من أجل ضمان استقرار العلاقات التعاقدية .

https://eur-lex.europa.eu/legal_content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.CI.2020.108.01.0001.01.ENG&WT.mc_id=Twitter . (آخر زيارة للموقع 30 جوان 2020)

٧- يتم استيفاء شروط القوة القاهرة إذا كانت القرارات التي يتعين اتخاذها كالتوقف عن التنفيذ أو خفض النشاط، والفسخ، ناتجة عن سبب خارج عن إرادة الأطراف في العقد، ولا يمكن دفعه، ويكون غير متوقع لأطراف العقد. وحتى إذا تم استيفاء شروط القوة القاهرة، فلا يزال من الضروري التحقق من شروط العقد لتحديد ما إذا كانت الشركات قد أعفيت بالفعل من مسؤوليتها التعاقدية.

في الواقع، لا تنطبق شروط وأثار القوة القاهرة إذا حالت الشروط التعاقدية دون تطبيقها، حيث إن الأطراف المتعاقدة حرة في تنظيم علاقاتها التعاقدية. إذ يمكن لهم على وجه الخصوص تبني تعريفاً أكثر تقييداً أو أكثر شمولاً لمفهوم القوة القاهرة، مما يؤدي إلى استبعاد هذا التكييف لأحداث معينة.

أنظر في ذلك المذكرة التفسيرية الصادرة عن مديرية الشؤون القانونية لوزارة المالية الفرنسي، بخصوص الأسئلة والأجوبة عن نتائج الأزمة الصحية على الطلب العمومي :

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/crise%20sanitaire/questions-reponses-coronavirus-commande-publique.pdf . (آخر

زيارة للموقع 20 سبتمبر 2020)

8- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique.

بمجرد صدور قانون الطوارئ رقم ٢٠٢٠-٢٩٠ لمواجهة وباء كوفيد ١٩، أصدرت الحكومة الفرنسية المرسوم رقم ٢٠٢٠-٢٩٣ المتعلق بالتدابير العامة الضرورية لمواجهة كوفيد ١٩ في إطار حالة الطوارئ الصحية^٩، الذي تضمن العديد من التدابير التي تعدل بشكل كبير قواعد ممارسة الأنشطة الاقتصادية، حيث أصبح من الضروري تعديل شروط تنفيذ العقود العامة.

على هذا الأساس، سارعت الحكومة بالموازاة إلى ذلك، نحو إصدار الأمر رقم ٢٠٢٠-٣١٩ بهدف ضمان إمكانية الحفاظ على العلاقات التعاقدية، بل وحتى استقرارها قبل إبرام وأثناء التنفيذ، فضلا عن وضع إطار قانوني لكيفيات إنهاءها.

وفي اعتقادنا أن الهدف واضح، يدور في مجمله حول مسألة منح السلطات العامة فرصة التمكين من الاستمرار في تلبية تلك الاحتياجات ذات المصلحة العامة التي سبق الالتزام بها قبل بدء الجائحة، أو تلك الالتزامات المفروضة عليهم ويقتضي تحملها خلال الأزمة.

لابد من التوضيح بداية أن أحكام هذا الأمر تنطبق على العقود الخاضعة لقانون المشتريات العامة وكذلك العقود العامة التي لا تدرج تحت هذا القانون على حد تعبير النص، وكذلك تلك العقود قيد التنفيذ أو المبرمة خلال الفترة الممتدة من ١٢ مارس ٢٠٢٠ حتى ٢٣ يوليو ٢٠٢٠. وهذا معناه أن الحكومة أرادت أن تستبق وتواجه مخاطر الأزمة الصحية على المجال الاقتصادي، لاسيما في مجال العقود الإدارية.

مما يمكن من القول إن، أن نصوص هذا الأمر وضعت لتسيير أزمة قد تعصف بالعلاقات التعاقدية بين السلطات الإدارية والمتعاملين الاقتصاديين، والتي يتم تنفيذها فقط إلى الحد الذي تكون فيه ضرورية للتعامل مع العواقب الناجمة عن انتشار وباء كوفيد ١٩ والتدابير المتخذة للحد من هذا الانتشار، في مجال إبرام وتنفيذ هذه العقود.

ومن أهم الأحكام الداعمة لاستقرار العلاقات التعاقدية خلال مرحلة إبرام العقد الإداري تلك الأحكام الواردة في المواد من ٢ إلى ٤ من الأمر رقم ٢٠٢٠-٣١٩.

حيث نصت المادة ٢ على ما يلي:

«بالنسبة للعقود الخاضعة لقانون الطلب العمومي، باستثناء تلك الحالات التي لا يمكن فيها تأخير الخدمات التي يغطيها العقد، يتم تمديد المهل الزمنية لاستلام الطلبات والعطاءات وفقا للإجراءات الحالية لمدة كافية، تحددها السلطة المتعاقدة، وذلك للسماح للمتعاملين الاقتصاديين بتقديم ترشيحاتهم أو عطاءاتهم.»

9- Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

يلاحظ هنا، أن النص جاء لتعديل جميع الأحكام المتعلقة بالمواعيد النهائية المنصوص عليها في قانون المشتريات العامة. وهذا ما سيؤثر على آليات إبرام العقود الإدارية من الناحية الزمنية المنصوص عليها أصلاً في قانون الطلب العمومي الفرنسي. والملاحظ أيضاً، أن أحكام المادة ٢ من الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ لا يتم الإشارة فيها صراحةً إلى الأحكام التي يتم تقييدها ضمن القواعد العامة التي تحكم شروط إبرام العقود الإدارية سواء في قانون الطلب العمومي أو غيره، ولا إلى المحتوى الدقيق للاستثناء المصرح به، والذي لم يتم تحديده مسبقاً. وبالتالي في اعتقادنا أن التدخل الحتمي وفقاً لهذا الأمر كان من الأجدر أن يكون دقيقاً في تحديد المواد التي سيتم استبعاد تطبيقها من قانون الطلب العمومي وتعويضها بالإجراءات الجديدة في خصوص المراحل التي تسبق وتعاصر مرحلة إبرام العقد الإداري، حتى لا يكون هناك أي لبس في تفسير النصوص، وتجنب حدوث نزاعات إدارية

ومن أجل تحقيق نفس الهدف المتمثل في ضمان إمكانية إبرام عقود جديدة، واتباع نفس طريقة إعادة التكييف للنصوص الأصلية المنظمة، أشارت المادة الثالثة من نفس الأمر إلى أنه «عندما لا يمكن للسلطة المتعاقدة احترام شروط المنافسة المنصوص عليها في قانون المشتريات العامة، لاسيما المتعلقة بالمستندات الخاصة باستشارة الشركات، يجوز لها ترتيبها أثناء الإجراء وفقاً لمبدأ المساواة في معاملة المرشحين».

ووفقاً لهذا الطرح، فإنه يتعين على السلطات المتعاقدة أن تقيّم، كل حالة على حدة، من ناحيتين. من الناحية الأولى: مدى تلبية شروط تطبيق هذه الأحكام، ومن ناحية أخرى: آليات أو طرق تنفيذها.

إن محتوى المادتين ٢ و ٢ لا يغطيان أي نص معين من قانون الطلب العمومي، فيه مفاد بتحديد مجال تطبيق الاستثناء الذي يخص مرحلة إبرام العقد، كما أنهما لا تحددان المدى الدقيق للإعفاءات التي تسمح بها. وهذا معناه أن الحكومة فضلت منح المرونة التامة للسلطات المتعاقدة في اتخاذ الإجراء المناسب للعقود التي لم يتم إبرامها بعد، وكذلك العقود التي تم الإعلان عنها خلال فترة أزمة كوفيد ١٩. إن منح هذه الصلاحية من قبل الحكومة دون أي شروط أو على الأقل دون تحديد المواد المراد استبعادها من قانون الطلب العمومي بشكل دقيق، بموجب الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ قد تجعل المصالح الإدارية المتعاقدة متعسفة في عدم احترام شروط المنافسة بشكل عام بغض النظر عن ظروف الجائحة.

أما عن العقود المنتهية، أو التي ستنتهي مع بداية الحجر الصحي والأزمة الصحية، خصها المشرع بإجراء يسمح من خلاله بتمديد العقود قيد التنفيذ التي تنتهي بين ١٢ مارس ٢٠٢٠ وفترة بعد شهرين من انتهاء حالة الطوارئ الصحية، دون منافسة مسبقة. حيث يجوز تمديد العقود

التي انتهت صلاحيتها خلال الفترة المذكورة سابقا بملحق يتجاوز المدة المنصوص عليها في العقد عندما يتعذر تنفيذ إجراء تنافسي.

وعلى الرغم من عدم تحديد المواد المعنية بالتعديل في قانون الطلب العمومي والمعنية صراحة مرة أخرى بتمديد العقود الإدارية التي لا تزال في طور التنفيذ، إلا أننا يمكن أن نستنتج ذلك بالعودة إلى قانون الطلب العمومي في مجال تعديل العقود والصفقات العمومية. فالأمر ٢٠٢٠-٣١٩ صعب المسألة أمام المتعاقدين في تحديد المواد المعنية بالاستبعاد من قانون الطلب العمومي على الرغم من أن مضمون هذا الأمر حسب عنوانه متعلق بتكليف قواعد الإبرام وإجراءات التنفيذ الخاصة بقانون الطلب العمومي. ومن قواعد الأمن القانوني أن تكون النصوص المعنية بإعادة التكليف صريحة وواضحة ويمكن الوصول إليها بسهولة. فهذه الحلقة الأخيرة مفقودة، إذ لا بد من إعادة قراءة كل مضامين قانون الطلب العمومي واستنتاج المواد المعنية بالتعديل وإعادة التكليف، وهو ما يشكل معاناة كبيرة.

بعد تفحص قانون الطلب العمومي، يمكن أن نستنتج أن الأمر ٢٠٢٠-٣٩٠ قد أضاف استثناء جديدا يتعلق بتمديد العقود قيد التنفيذ التي تنتهي بين ١٢ مارس ٢٠٢٠ وفترة بعد شهرين من انتهاء حالة الطوارئ الصحية والمتأثرة بأزمة كوفيد ١٩، لقائمة الاستثناءات المشار إليها في المادتين L2194 الفقرة الأولى وL3135 الفقرة الأولى، اللتان أجازتا التعديل في الصفقات وعقود الامتياز وفقا للحالات التالية:

يجوز تعديل الصفقة أو عقد الامتياز دون إجراء مناقصة تنافسية جديدة عندما:

يتم النص على التعديلات في الوثائق التعاقدية الأولية.

تكون الأشغال أو التوريدات أو الخدمات الإضافية لازمة وضرورية.

تكون التعديلات ضرورية بسبب ظروف غير متوقعة.

يحل مالك جديد محل صاحب العقد الأولي.

تكون التعديلات ليست جوهرية.

تكون التعديلات بخصوص كمية صغيرة.

نستنتج مما سبق أن الأمر المتضمن التدابير لمواجهة تأثير كوفيد ١٩، قد أضاف بندا جديدا يتعلق بإمكانية التعديل وتمديد العقود الإدارية في ظل هذه الجائحة وفقا للمدة المحددة من ١٢ مارس لغاية ٢٣ جويلية ٢٠٢٠. وعلى الرغم من أن التشريع المتعلق بالطلب العمومي أشار في البند الثالث إلى أنه يمكن إدخال التعديل على العقود المبرمة بسبب ظروف غير متوقعة، إلا أن الأمر الصادر في مارس ٢٠٢٠ بتضمينه نصا مستقلا يفيد بكون المشرع لم يعتبر جائحة كوفيد ١٩ من ضمن الظروف الاستثنائية، بل تعامل معها بشكل مستقل.

وإذا كانت المادة الرابعة من الأمر لم تحدد المواد المعنية بالتعديل بنص صريح بخصوص تمديد العقود الإدارية، وكانت محل استنتاج فقط، فإن نفس المادة ركزت على نوع مهم من العقود الإدارية وهي الخاصة بالاتفاقات المؤطرة لـ "Les accords-cadres"، وهي أحد الابتكارات التي أدخلها التوجيه الأوروبي ١٨/٢٠٠٤ لغرض المرونة^{١١}. حيث كانت موضوع توضيح في الفقرة ٢ من نفس المادة الرابعة السالفة الذكر، التي تنص على أن المدة القصوى المنظمة لها والمنصوص عليها في المادتين L. 2125 و 1-2325 من قانون الطلب العمومي يمكن تجاوزها بفعل حالة الأزمة الصحية لكوفيد ١٩.

إن الاتفاقات المؤطرة تسمح بتخطيط عمليات الشراء والنفقات ذات الصلة، بحيث تكون السلطة المتعاقدة قادرة على إدارة مشترياتها على مدى فترة طويلة إلى حد ما، فضلا عن مزايا أخرى تتمثل فيما يلي:

- يمكن للسلطة المتعاقدة إجراء عمليات شراء متكررة من خلال تنفيذ إجراء واحد كامل عن طريق المنافسة للمشغلين الاقتصاديين المحتملين، وبذلك تستفيد من توفير كبير للوقت ومن التوريد من خلال بناء مجموعة من الشركاء يمكن الاتصال بهم عند الحاجة ووفقاً لإجراءات بسيطة؛

- تجعل من الممكن مراعاة التطورات التكنولوجية والأسعار التي تؤثر في الخدمات أو المنتجات المعنية بشكل أفضل^{١٢}.

أما عن الجزء الأخير من المادة الرابعة من الأمر، فقد تطرقت الفقرة الثالثة إلى التعديل الذي سيضم المادة ٨-3114 L. من قانون الطلب العمومي. أي فيما يتعلق بتطبيق الإعفاء من الفحص المسبق من قبل الدولة للتجديد بعد مرور ٢٠ عاماً على بعض الامتيازات الممنوحة في قطاع المياه والصرف الصحي والنفائيات المنزلية وغيرها^{١٣}. حيث أشارت المادة صراحة إلى أنه لا يجوز أن

١٠- تتيح الاتفاقية المؤطرة إمكانية الاختيار المسبق لواحد أو أكثر من المشغلين الاقتصاديين بهدف إبرام عقد يحدد كل أو جزء من القواعد المتعلقة بالأوامر التي سيتم تقديمها خلال فترة معينة. ولا يجوز أن تتجاوز مدة الاتفاقات الإطارية أربع سنوات للسلطات المتعاقدة وثماني سنوات لكيانات المتعاقدة، باستثناء الحالات الاستثنائية المبررة حسب الأصول، ولا سيما من خلال هدفها أو بحقيقة أن تنفيذها يتطلب استثمارات قابلة للاستهلاك على مدى فترة زمنية طويلة.

على سبيل المثال، يمكن استخدام الاتفاقية الإطارية لخدمات تتعلق بمجال أسواق الاتصالات أو أسواق معدات تكنولوجيا المعلومات ذات إمكانات التطور التكنولوجي العالية، أو للاحتياجات التي يجب تلبيتها بمجرد ظهورها. لمزيد من التفصيل انظر:

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/publications/Vademecum2015/pdf-vade-mecum-mp/Fiche08.pdf. (آخر زيارة للموقع 20 سبتمبر 2020).

11- Laurent Richer et François Lichère, Droit des contrats administratifs, (11 édition, L.G.D.J, Paris, 2019), P.486.

12- Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, (6 édition, Gualino, Paris, 2017), P.101.

١٣- الأصل أن عقود الامتياز هي عقود محددة المدة من قبل السلطة المانحة للامتياز. وتشمل مجال مياه الشرب والصرف الصحي والنفائيات المنزلية والنفائيات الأخرى، ولا يجوز أن تزيد مدة عقود الامتياز عن عشرين عاماً باستثناء إجراء الفحص المسبق من

تزيد مدة عقود الامتياز عن عشرين سنة باستثناء صدور مبادرة من سلطة الترخيص تسمح بالتمديد ويجاز الفحص المسبق من قبل السلطة المختصة في الدولة. وبالتالي، وبعد صدور الأمر في ظل الأزمة الصحية وتأثيرات كوفيد، يمكن الإعفاء من الفحص المسبق وتمديد هذا النوع من العقود بشكل تلقائي للفترة ما بين ١٢ مارس ٢٠٢٠ و ٢٣ جويلية ٢٠٢٠.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق الأمر ٣١٩-٢٠٢٠ وآليات دعم مجالات إبرام وتنفيذ العقد الإداري

يشير نطاق تطبيق الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ من حيث المضمون والزمن، العديد من الأسئلة. من ناحية أولى، ينطبق الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ على العقود الخاضعة لقانون المشتريات العامة و«على العقود العمومية التي لا تدرج تحتها»، حسب التعبير الوارد في النص. إن تعبير «العقود العمومية» ليس مفهوماً مطابقاً لقانون الطلب العمومي ويتجاوز مفهوم العقود الإدارية. ولا يشير مفهوم «العقد العمومي» في الواقع إلى أي نظام قانوني محدد، في حين أنه يشمل كلا من العقود الخاضعة للقانون الإداري والعقود الخاضعة للقانون الخاص على حد تعبير المهتمين بالقانون الإداري^{١٤}. وهو ما يجعل تدخل الحكومة وفقاً للأمر ٢٠٢٠-٣١٩ واسعاً جداً ومعقداً في نفس الوقت بالنسبة للمتعاقدين وحتى القضاة في مجال تحديد نطاق تطبيقه.

ومع ذلك، فإن جميع أحكام الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ لو نظرنا فيها بتمعن، لنجدها تقريباً تتعلق فقط بعقود المشتريات العامة والطلب العمومي، أي أن الأحكام تشير صراحة إلى قانون الطلب العمومي الفرنسي لاسيما المواد: المادة ٢؛ ٣؛ المادة ٤ الفقرتان ٢ و ٣ من الأمر، أو أن المفاهيم المستخدمة تشير إلى حالة معينة من قانون الطلب العمومي كالمادة ٤، الفقرة ١، التي تشير إلى المنافسة الإلزامية la mise en concurrence obligatoire؛ أو المادة ٥، التي تتعلق بمبلغ الصفقة أو أمر الشراء montant du marché ou du bon de commande؛ أو المادة ٦، التي تشير إلى الشريك المتعاقد titulaire^{١٥}، فضلا عن تلك المصطلحات الواردة في قانون الطلب العمومي الفرنسي كأمر الشراء «bon de commande»، أو الصفقة «marché»، أو عقد الامتياز «concession».

في النهاية، يمكن تطبيق الفقرتين ١ و ٢ فقط من المادة ٦ على «العقود العمومية» التي لا تخضع لقانون الطلب العمومي أو حتى على نطاق أوسع للقانون الإداري، أي تلك العقود العمومية الخاضعة للقانون الخاص، بحكم صيغتها العامة، وعدم تحديدها صراحة لنوع العقد أو القانون

قبل السلطة المختصة في الدولة، بمبادرة من سلطة الترخيص التي تضع مبررات تجاوز هذه المدة.

14-Jean-claude Ricci et Frédéric Lombard, Droit administratif des obligations, (Paris, Sirey, coll. Université, 2018), pp. 42-43.

15- Le titulaire est l'opérateur économique qui conclut le marché avec le représentant du pouvoir adjudicateur. En cas de groupement des opérateurs économiques, le « titulaire » désigne le groupement, représenté par son mandataire.

محل التطبيق^{١٦}.

وفي اعتقادنا أن عبارة العقود العمومية لا تتناسب مع الأحكام الأكثر جوهرية في ذات الأمر ٢٠٢٠-٢١٩، لاسيما المادة الأولى منه التي أكدت على أنه تنطبق أحكام هذا الأمر على العقود الخاضعة لقانون الطلب العمومي وكذلك العقود العمومية التي لا تندرج تحتها، أو قيد التنفيذ أو المبرمة خلال الفترة الممتدة من ١٢ مارس ٢٠٢٠ حتى ٢٢ يوليو ٢٠٢٠، مما يجعلها صيغة غير فعالة، تؤثر في الأمن القانوني وفي قابلية الوصول إلى القانون بشكل واضح وسهل.

من جهة ثانية، تفتقد الفقرة الثانية من المادة ١ من الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ إلى بيان شروط تطبيقها بشكل محدد، عندما أشارت إلى أنه يتم تنفيذه فقط إلى الحد الذي تكون فيه ضرورية للتعامل مع العواقب الناجمة عن انتشار وباء كوفيد ١٩ والتدابير المتخذة للحد من هذا الانتشار، في مجال إبرام وتنفيذ هذه العقود. فهذا النص يستدعي بالضرورة إثبات وجود علاقة سببية بين تطبيق أحكامه على حالة معينة، من ناحية، وعواقب انتشار الوباء والتدابير المتخذة من قبل الحكومة للحد من هذا الانتشار من ناحية أخرى.

وفي نظرنا، أن استقرار العلاقات التعاقدية التي فكر فيها المشرع الفرنسي وفقا للصفة التي وضعها تعتمد بشكل كبير على موقف القاضي من العقد محل النزاع، بما أنه هو المؤهل لتقييم مدى ارتباط وتأثر العقد بجائحة كوفيد ١٩ وبالتدابير المتخذة من قبل السلطات الإدارية، سواء من حيث الإبرام أو التنفيذ أو حتى إنهائه. وعليه، نرى أن المشرع لم يكن موفقا في رسم مسار مخطط مسبق لضمان تطبيق هذا الأمر بشكل واضح، مما نتج عنه عدة أوجه قصور تحريرية في النص. على صعيد آخر، ومن أجل دعم الاقتصاد العام في حالات الطوارئ ولا سيما عن طريق تحرير النقد، وضعت الحكومة ضمن التدابير الواردة في الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ المادتان ٥ و ٦ لجعل قانون الطلب العمومي على وجه الخصوص، أداة للدعم.

والملاحظ أن هتين المادتين لم تحددا المواد المعنية بالتعديل أو إعادة التكييف في قانون الطلب العمومي الفرنسي بشكل واضح وصريح، وهذا ما يجعل الأمر معقدا للمتعاملين الاقتصاديين وكذلك للمصالح المتعاقدة، وفيه مساس بالأمن القانوني. الأمر الذي نضطر فيه إلى العودة

١٦- من المرجح أيضًا أن تنطبق أحكام الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ على العقود العامة الأخرى غير تلك المتعلقة بقانون الطلب العمومي الفرنسي مثل اتفاقيات شغل الأراضي أو عقود الإيجار الانتفاعي. والتي لها طابع العقود الإدارية.

وهذا ما أوضحتها مديرية الشؤون القانونية بوزارة الاقتصاد والمالية الفرنسية في وثيقتها التقنية الصادرة في ٠٦ أبريل ٢٠٢٠. https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches_techniques/crise%20sanitaire/FT_Urgence_Covid_19%20commande_publicque_06-04-2020.pdf. (آخر زيارة للموقع 20 سبتمبر 2020).

لنصوص الواردة في قانون الطلب العمومي لبيان الأحكام التي كانت محل إعادة النظر في ظل جائحة كوفيد ١٩.

لقد خصصت المادة ٥ من الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ بالكامل لتخفيف القواعد التي تحكم دفع التسبيق في العقود الخاضعة لقانون المشتريات العامة. حيث يمكن للجهات المتعاقدة، عن طريق ملحق، تعديل شروط دفع التسبقة، هو المبلغ الذي يدفع قبل تنفيذ الخدمات موضوع العقد، وبدون مقابل للتنفيذ المادي للخدمة، أين أجاز الأمر برفع القيمة إلى مبلغ أكبر من ٦٠٪ من مبلغ العقد أو أمر الشراء^{١٧}.

الملاحظ وفقاً لهذه المادة أنها عدلت من المادة الأساسية 3-L2194 الواردة في قانون الطلب العمومي الفرنسي، في كيفية دفع التسبيق، حيث نصت هذه الأخيرة على أنه لا يمكن تغيير بنود العقد المتعلقة بمعدل وشروط سداد التسبقة أثناء التنفيذ. الملاحظ مرة أخرى، أن المادة ٥ من الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ لا تغطي صراحة الأحكام التي يمكن الخروج عنها وعدم التقيد بها، بشكل محدد وناف للجهة.

من حيث المبدأ، تسمح المادة ٥ من الأمر للطرفين بإعفاءهما من تطبيق المادة 3-L. 2191^{١٨}، التي تحظر إدخال تعديلات على بنود العقود المتعلقة بدفع التسبقة. ومن الناحية الفنية، يتيح هذا الاستثناء عدم التقيد بالمادة 7-R2191 من قانون الطلب العمومي الفرنسي، المتعلقة بحساب الحد الأقصى للمبلغ المقدم للتسبقة^{١٩}.

كما تتيح قراءة الفقرة ٢ من نفس المادة الخامسة استهدافها لتعديل المادة 8-R 2191 على وجه التحديد، أين تم رفع السقف استثنائياً لمبلغ التسبيق وفي ظل ظروف الجائحة ولمدة محدودة إلى أكثر من ٦٠٪ من الصفقة^{٢٠}.

١٧- الأصل في التشريع الفرنسي لقانون الطلب العمومي أنه يمنح المشتري العمومي تسبقة لصاحب العقد عندما يكون المبلغ الأولي للعقد أكبر من ٥٠٠٠٠ يورو وبقدر ما تكون فترة التنفيذ أكبر من شهرين.

أنظر المادة: 3-R2191 من قانون الطلب العمومي الفرنسي.

١٨- تنص المادة 2191 3-L. من قانون الطلب العمومي الفرنسي على أنه: لا يمكن تعديل بنود العقد المتعلقة بسعر وشروط دفع التسبقة أثناء التنفيذ.

١٩- تنص المادة 2191 7-R: عندما تكون مدة العقد أقل من أو تساوي اثني عشر شهراً، يتم تحديد مبلغ التسبقة بين ٥٪ و ٣٠٪ من المبلغ المبدئي لجميع الضرائب المدرجة في العقد.

عندما تكون مدة العقد أكثر من اثني عشر شهراً، يتم تحديد مبلغ التسبقة ما بين ٥٪ و ٣٠٪ من مبلغ يساوي اثني عشر ضعفاً المبلغ الأولي لجميع الضرائب المدرجة في العقد مقسومة على مدته المعبر عنها بالأشهر.

بالنسبة للعقود العامة الممنوحة من قبل الدولة، يتم رفع الدفع المسبق إلى ٢٠٪ عندما يكون حامل العقد العام أو المقاول من الباطن المعترف به للدفع المباشر مؤسسة صغيرة ومتوسطة الحجم مذكورة في المادة 13- 2151 R.

٢٠- يمكن للمشتري أن يحدد مبلغ التسبقة المحسوبة وفقاً لأحكام المادة 2191 7-R. بعد أقصى ٦٠٪.

وعند فحص الأحكام المنظمة للتسبيق، فإنه إذا كانت المادة ٥ من الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ تسمح بتعديل في سياق شروط دفع التسبقة، فإن نصوص الأمر شابها السكوت بشأن التعديل المتعلق بمبدأ التسبقة في حد ذاته، المنظم بموجب أحكام المادة 5-R 2191 من قانون الطلب العمومي التي تنص على أنه: « يجوز للمتعاقد رفض دفع التسبقة ». فماذا لو أراد المتعاقد التراجع عن ذلك في ظل الجائحة، هل يمكن له ذلك أم لا ؟

لقد كان من الأجدر بالمشرع الفرنسي، أن يفتح المجال أولاً للمبدأ نفسه في كيفية ممارسته من قبل المتعاقد، بتمكينه من التراجع عن رفض دفع التسبقة، ثم الانتقال إلى شروط دفع التسبقة وبيان آليات التطبيق الاستثنائية لدعم الجانب المالي وتمكين المتعاقدين من مواصلة إنجاز العقود المبرمة في أحسن الظروف في ظل جائحة كوفيد ١٩.

من جانب آخر، وردت المادة ٦ من الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ لتحديد تلك الآليات التي يمكن تطبيقها في حالة وجود صعوبات في تنفيذ العقد، بغض النظر عن أي نص مخالف، وباستثناء تلك الشروط التي ستكون أكثر ملاءمة لصاحب العقد. حيث تقدم هذه المادة مجموعة من الآليات التي تهدف إلى توفير الدعم العام في حالات الطوارئ للمتعاملين الاقتصاديين في ثلاث مسائل.

أولاً : فيما يتعلق بالتمديد

عندما لا يتمكن المتعاقد من احترام الموعد النهائي لتنفيذ واحد أو أكثر من التزامات العقد، أو عندما يتطلب هذا التنفيذ في الوقت المناسب وسائل من شأنها أن تفرض على عاتقه أعباء ومصاريف بالغة بشكل واضح، فإن هذا الموعد النهائي يمدد بفترة تعادل على الأقل الفترة الممتدة من ١٢ مارس ٢٠٢٠ حتى ٢٣ يوليو ٢٠٢٠، بناء على طلب المتعاقد قبل انقضاء المدة التعاقدية.

ثانياً : فيما يتعلق بتنزيل العقوبة

لقد وضع الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ في مادته السادسة، آليات لمنع تطبيق العقوبة في ظل حالة الطوارئ التي تسبب فيها انتشار وباء كوفيد ١٩ بعد استحالة التنفيذ لعدم وجود وسائل كافية، أو عندما تتسبب بشكل واضح في تحمل أعباء مضطرة على عاتق المتعاقد. ويمتد هذا المنع ليشمل العقوبات التعاقدية، حيث يتم منع إثارة المسؤولية التعاقدية من قبل الأطراف الإدارية المتعاقدة.

وفي نفس الإطار، وضعت المادة السادسة آلية حظر إبرام عقد بديل على حساب المتعاقد الأصلي، وبالتالي حرمان السلطات المتعاقدة من تطبيق هذه الشروط غير المألوفة التي تتميز بها العقود الإدارية، على حساب المتعاقد الأول. كما منح الأمر استثناءاً بموجبها يمكن للجهة المتعاقدة إبرام

عقد استبدال مع متعاقد آخر إذا كانت الاحتياجات موضوع العقد ضرورية، ولا يمكن تليتها من قبل المتعاقد الأول بسبب جائحة كوفيد ١٩. وبالتالي لا يمكن أيضا للمتعاقد الأول الاحتجاج، وإثارة المسؤولية التعاقدية للجهة الإدارية المتعاقدة^{٢١}.

ثالثا : فيما يتعلق بآليات التعويض

وضع الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ أحكاما متعلقة بالتعويض لصالح المتعاملين مع المصالح الإدارية المتعاقدة، بسبب ظروف جائحة كوفيد ١٩، مستنبطة من تلك الأحكام الواردة في قانون الطلب العمومي، أو التطبيقات القضائية، لاسيما نظرية فعل الأمير. وقد شملت في مجملها تلك الحالات المرتبطة بالصفقات العمومية وكذلك عقود الامتياز.

ففي مجال الصفقات العمومية، وعندما يكون إلغاء الطلبية أو فسخ الصفقة من قبل المشتري ناتج عن التدابير المتخذة من قبل السلطات الإدارية المختصة في إطار حالة الطوارئ الصحية، يمكن للمتعاقد أن يعرض من قبل المشتري عن النفقات التي تكبدها عندما تعزى مباشرة إلى الطلبية الملغاة أو الصفقة التي تم فسخها^{٢٢}.

-أما في مجال عقود الامتياز، فعندما يتم تعليق عقد الامتياز بقرار من المانح أو عندما يكون هذا التعليق ناتجا عن تدابير الضبط الإداري، يتم تعليق أي دفع للمانح. وإذا كان وضع العامل الاقتصادي يبرر ذلك ولغاية احتياجاته، يجوز دفع تسبقة من المبلغ المستحق من المانح لصاحب عقد الامتياز.

كذلك عندما يضطر المانح، إلى إجراء تعديل كبير على طرق التنفيذ المنصوص عليها في العقد، دون تعليق الامتياز، يحق لصاحب الامتياز الحصول على تعويض يهدف إلى تعويض التكلفة الإضافية الناتجة عن تنفيذ ولو جزئي، للخدمة أو الأشغال، عندما يتطلب استمرار أداء الامتياز استخدام وسائل إضافية لم ينص عليها العقد الأول والتي من شأنها أن تمثل عبئا مفرطا على

٢١- نص الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ في مادته السادسة الفقرة الثانية :

عندما يكون المتعاقد غير قادر على تنفيذ كل أو جزء من أمر الشراء أو العقد، لا سيما عندما يثبت أنه ليس لديه وسائل كافية أو أن الأعباء ستكون مثقلة بالنسبة له بشكل بلغ:

لا يجوز معاقبته بعقوبات تعاقدية أو تحمل مسؤولية تعاقدية لهذا السبب :

يجوز للمشتري إبرام عقد استبدال مع طرف ثالث لتلبية احتياجاته التي لا يمكن تأخيرها ، بغض النظر عن أي شرط حصري ودون أن يتمكن صاحب العقد الأول من القيام لهذا السبب بإثارة المسؤولية التعاقدية للمشتري ؛ لا يمكن تنفيذ عقد الاستبدال على حساب صاحب العقد الأول ؛

٢٢- انظر البند الثالث من المادة ٦ من الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ :

3° Lorsque l'annulation d'un bon de commande ou la résiliation du marché par l'acheteur est la conséquence des mesures prises par les autorités administratives compétentes dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, le titulaire peut être indemnisé, par l'acheteur, des dépenses engagées lorsqu'elles sont directement imputables à l'exécution d'un bon de commande annulé ou d'un marché résilié ;

الوضع المالي لصاحب الامتياز^{٢٢}.

المبحث الثاني

صياغة غير ناجحة ومتناسقة مع القانون المنظم للطلب العمومي

على الرغم من أن الحلول التي اعتمدها الحكومة في الأمر رقم ٢٠٢٠-٢١٩ تُظهر بوضوح تأثيرها بالحلول القديمة، فإنه ليس من المؤكد بأي حال من الأحوال أنها يمكن أن تثبت فعاليتها من الناحية القانونية.

إن التناقضات أو عدم اليقين يظهر عند قراءة الأمر رقم ٢٠٢٠-٢١٩ في العديد من أحكامه، لأنه تم التعبير عنها بشكل غير متناسق مع القواعد المعيارية المكتوبة الموجودة مسبقاً، كما أن صياغتها تخفي العديد من النقائص.

تأتي هذه النتيجة بالتأكيد من سرعة الصياغة وظروفها الاستعجالية وصعوبة عزل حالة أو حالات معيارية. ومع ذلك، ومن خلال وضع مقارنة أو محاكاة للمعايير الجديدة مع المعايير الموجودة مسبقاً، دون التفكير بعناية في قصورها، يمكن للأمر ٢٠٢٠-٢١٩ أن يشكل في عمومها ضماناً لحل مؤقت فقط. ولسنا هنا بصدد تصور نقد شامل، ولكن الريبة تحوم حول فعالية نصوص الأمر في حد ذاته، والتي قد تكون غير مضمونة.

إن تدابير الطوارئ الواردة في الأمر محل الدراسة تتماشى بشكل غير متناغم مع القواعد السارية المفعول الضابطة للعقود الإدارية، فهي تخلق منافسة وتداخل غير ضروري في كثير من الأحيان، مع القواعد الثابتة والمكتوبة المنظمة للعقود الإدارية. يكفي طرح بعض الأمثلة لتحديد المشكلة، سواء فيما يتعلق بأحكام قانون الطلب العمومي (المطلب الأول) أو النظريات المستنبطة من القضاء الإداري (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تداعيات الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ على قانون الطلب العمومي

لقد أقرت أحكام المادة ٢ من الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ إجراء يتعلق بتخفيف المهل الزمنية، لمواجهة

٢٢- انظر البندين ٥ و ٦ من المادة ٦ من الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ :

5° Lorsque le concédant est conduit à suspendre l'exécution d'une concession, tout versement d'une somme au concédant est suspendu et, si la situation de l'opérateur économique le justifie et à hauteur de ses besoins, une avance sur le versement des sommes dues par le concédant peut lui être versée ;
6° Lorsque, sans que la concession soit suspendue, le concédant est conduit à modifier significativement les modalités d'exécution prévues au contrat, le concessionnaire a droit à une indemnité destinée à compenser le surcoût qui résulte de l'exécution, même partielle, du service ou des travaux, lorsque la poursuite de l'exécution de la concession impose la mise en œuvre de moyens supplémentaires qui n'étaient pas prévus au contrat initial et qui représenteraient une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire.

تأثير انتشار جائحة كوفيد ١٩ ، حيث تم تمديد المهل لاستقبال الترشيحات والعروض بمدد كافية. ولكن تم وضع قيد على هذا التمديد يتعلق باستثناء الحالات التي لا يمكن أن تتعرض فيها الخدمات الخاضعة للعقد لأي تأخير. حيث نص الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ على عدم التقيد بهذا الالتزام بالتمديد عندما لا يمكن تأخير الخدمات^{٢٤}.

وإذا كان هذا الإجراء مفيداً في ظل أزمة كوفيد ١٩ لتأمين مواصلة إبرام العقود بشكل منتظم وسلس، فإنه بالمقابل يطرح تساؤلاً حول مدى انسجامه مع مقتضيات قانون الطلب العمومي وهو التشريع الأساسي المنظم للصفقات العمومية، لاسيما وأن الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ يشير في بعض الأحيان إلى المواد التي تخضع لإعادة التكييف صراحة في قانون الطلب العمومي مثلما أشار ضمن أحكامه إلى المواد 1-L. 2325، 1-L. 3114، 8-L. 2125. ومع ذلك، لم ينص ذات الأمر على عدم التقيد بالمادة R ٢١٥١-٥ التي تؤدي إلى الإلغاء التلقائي للعطاءات الواردة بعد الموعد النهائي^{٢٥}، ليتحقق التناغم بين النص الجديد والقانون الأساسي المنظم للصفقات العمومية الفرنسي.

كان من الممكن أن يكون هذا الاستثناء مفيداً، شريطة على سبيل المثال، أن يتم النص صراحة على أنه يتحمل العارض المتأخر عبء إثبات الصعوبات التي واجهها. وكذلك النص صراحة على استثناء تطبيق R ٢١٥١-٥ من قانون الطلب العمومي الفرنسي في ظل هذه الجائحة مثلما فعل مع بعض المواد التي تم الاستدلال بها وكانت موضوع إعادة للتكييف بشكل واضح وصريح.

في اعتقادنا أيضاً أن هذا المثال يدل على مساس جزئي بالأمن القانوني، يركز بالأساس على مسألة عدم اليقين بخصوص نطاق المادة ٢ من الأمر محل البحث وفي الشروط الملموسة للتمديد لمدة كافية، والتي تحددها السلطة المتعاقدة للسماح للشركات الاقتصادية بتقديم طلبها أو عطاءها. إن أول انعكاس عملي يتمثل في تحميل السلطة الإدارية عبء تحديد الفترة اللازمة، وهو ما يجعلها في وضع غير مريح. فالسلطة الإدارية ليست بالضرورة قادرة على معرفة الظروف العملية ومدتها لممارسة أنشطتها وتحقيق حاجاتها من قبل متعاملين اقتصاديين محتملين في ظل الجائحة. كما أنه من جهة ثانية، يثور التساؤل حول المعيار الذي سيعتمده القاضي في حالة نشوء أي نزاع لتقدير المدة الزمنية التي وضعتها السلطة الإدارية لتقدير الصعوبات المحتملة التي يواجهها المتعامل الاقتصادي؟

24- Article 2 : Pour les contrats soumis au code de la commande publique, sauf lorsque les prestations objet du contrat ne peuvent souffrir aucun retard, les délais de réception des candidatures et des offres dans les procédures en cours sont prolongés d'une durée suffisante, fixée par l'autorité contractante, pour permettre aux opérateurs économiques de présenter leur candidature ou de soumissionner.

25- Article R 2151-5 : Les offres reçues hors délai sont éliminées.

علاوة على ذلك، هناك نوع من التناقض في فرض تمديد للمهل الزمنية من ناحية، وترك مسؤولية السلطة المتعاقدة من ناحية أخرى لتقرير المدى عن طريق تحديده. فالنص في جزء منه يلزم السلطة المتعاقدة بوضع مدة كافية. ولكن، ماذا لو رأت هذه الأخيرة، مع مراعاة ظروف الزمان والمكان، أنه لا ضرورة للتمديد، حتى ولو كان الأمر لا يتعلق بعقود لا تحتل التأخير، فهل يمكنها التنازل عن هذا التمديد؟ كان من الممكن أن تكون صيغة النص أكثر انسجاماً وتناغماً بتحديد إمكانية، وليس الزامية السلطة المتعاقدة بتمديد الحدود الزمنية.

بالإضافة إلى ذلك، يمكن عرض حالات أخرى تبين إمكانية الاستغناء عن الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ والاكتمال بما ورد في قانون الطلب العمومي. فقد وضع هذا القانون متطلبات الحد الأدنى من المواعيد النهائية مثلما ورد في المادة R. 2161-2، والأمر متروك للسلطة المتعاقدة بالفعل لتحديد المواعيد النهائية بشكل متناسب، حسب درجة تعقيد طبيعة الصفقة، ووضع الوقت اللازم للمتعاملين الاقتصاديين لإعداد طلبهم وفقاً لمقتضيات المادة R. 2143-1 من قانون الطلب العمومي^{٢٧}.

بالإضافة إلى ذلك، فإن إمكانية تمديد المواعيد النهائية المذكور سلفاً في أحكام قانون الطلب العمومي، لاسيما المادة R. 2151-4^{٢٨}، أين أشارت إلى أنه يتم تمديد الموعد النهائي لاستلام العطاءات في الحالات التالية:

١- عندما لا يتم توفير المعلومات الإضافية اللازمة لإعداد العرض، المطلوبة في الوقت المناسب من قبل المتعامل الاقتصادي، ضمن الحدود الزمنية المنصوص عليها في المادة R. 2132-6.

٢- عند إجراء تعديلات كبيرة على وثائق الاستشارة.

وحتى إذا فرضت المادة R. 2151-4 تمديدًا للمواعيد النهائية في حالات معينة، فلا شيء يمنع السلطة العامة من تمديد المواعيد النهائية لتلقي الطلبات أو المناقصات في ظروف أخرى، بشرط احترام المبادئ الأساسية للمشتريات العامة.

26- Le délai minimal de réception des candidatures et des offres est de trente-cinq jours à compter de la date de l'envoi de l'avis de marché.

٢٧- تشير الفقرة الأولى من المادة R. 2143-1 من قانون الطلب العمومي، إلى أنه تحدد السلطة المتعاقدة المواعيد النهائية لاستلام الطلبات، مع مراعاة تعقيد الصفقة والوقت اللازم للمتعاملين الاقتصاديين لإعداد طلباتهم.

28- Le délai de réception des offres est prolongé dans les cas suivants :

1° Lorsqu'un complément d'informations, nécessaire à l'élaboration de l'offre, demandé en temps utile par l'opérateur économique, n'est pas fourni dans les délais prévus à l'article R. 2132-6 ;

2° Lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de la consultation.

La durée de la prolongation est proportionnée à l'importance des informations demandées ou des modifications apportées.

وأخيراً، لا تتعامل المادة ٢ من الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ مع العواقب التي يتم رسمها عندما يتم استلام عروض معينة بالفعل قبل قرار التمديد. في هذه الحالة، يبدو أن المساواة في المعاملة تتطلب أن تقترح السلطة المتعاقدة على المترشح أو المتنافس - الذي قدم طلبه أو عرضه مقدماً - الاستفادة من التمديد لمراجعة طلبه أو عرضه، وإذا لزم الأمر، منح الفرصة لاقتراح عرض جديد يتكيف مع الوضع الاقتصادي الجديد.

وبالنتيجة، يمكن القول إن المادة ٢ من الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ المؤرخ ٢٥ مارس ٢٠٢٠ في أغلب مضامينها لا تشكل يقينا قانوني حقيقيا، لا للمتعاملين الاقتصاديين ولا للسلطة المتعاقدة.

وبالتعرض لنص المادة ٣ من الأمر ٢٠٢٠-٣١٩، المتعلقة بإمكانية تعديل إجراءات المنافسة أثناء سريانها، يلاحظ أيضا أنها غير ضرورية من حيث المضمون. فالتعديل خلال أي إجراء من إجراءات المناقصة أو المنافسة لا يتعارض في حد ذاته مع مبادئ المشتريات العامة، ولا مع التوجيهات الأوروبية. وهو ما أشار إليه البند رقم ٨١ من التوجيه الأوروبي التوجيه ٢٠١٤/٢٤ الصادر عن الاتحاد الأوروبي للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي في ٢٦ فبراير ٢٠١٤ بشأن المشتريات العامة وإلغاء التوجيه ٢٠٠٤/١٨ / CE 24²⁹.

ومع ذلك، إذا ثبتت فائدة مثل هذا النص، فإنه بحاجة إلى أن يوضع في سياق النص الأساسي المنظم لعملية التعاقد الإدارية، عبر تضمين اشتراط احترام المبادئ الأساسية للشراء العمومي، وهو ما لم تفعله المادة ٢ من الأمر ٢٠٢٠-٣١٩. فلا يمكن قبول إمكانية تعديل شروط المنافسة أثناء الإجراء إلا بشرط إبلاغ جميع المتعاملين الاقتصاديين. فهذا الحد الأدنى من التوضيح منقوص وغير موجود في النص.

عموما، ومن خلال صياغتهما العامة، لا تحدد المادتان ٢ و ٣ تفصيلهما للأحكام التي ستكون محل تعديل في قانون الطلب العمومي بشكل واضح وصريح. ولا بالأحرى، للأحكام التي يمكن أن تكون متزامنة معها. وبدون ربط هذه الأحكام الجديدة بالأحكام الموجودة مسبقاً من قانون الطلب العمومي، فإن الأمر يبقى غامضا ويثير التساؤل حول مدى التناسق المعياري بينهما.

يمكن إثارة مسألة أخرى تتعلق بالبند ب) من الفقرة ٢ من المادة ٦ الواردة في الأمر ٢٠٢٠-٣١٩، حيث نصت على أنه: «عندما يكون المتعاقد غير قادر على تنفيذ كل أو جزء من أمر الشراء

29- Il convient de préciser que, en raison de la nécessité de faire en sorte que les opérateurs économiques disposent d'un délai suffisant pour élaborer des offres recevables, il est possible que les délais fixés initialement doivent être prolongés. Tel serait, en particulier, le cas lorsque des modifications importantes sont apportées aux documents de marché. Il convient également de préciser que, dans ce cas, on devrait entendre par «modification importante» toute modification, en particulier des spécifications techniques, pour laquelle les opérateurs économiques auraient besoin d'un délai supplémentaire pour la comprendre et en tenir compte de manière appropriée.

أو العقد، لا سيما عندما يثبت أنه ليس لديه وسائل كافية أو أن الأعباء ستكون مثقلة بالنسبة له بشكل بليغ:....

يجوز للجهة المتعاقدة إبرام عقد بديل مع طرف ثالث لتلبية احتياجاتها التي لا يمكن تأخيرها، بغض النظر عن أي شرط حصري ودون أن يتمكن صاحب العقد الأول من القيام لهذا السبب بإثارة المسؤولية التعاقدية للجهة المتعاقدة ؛ ولا يمكن تنفيذ العقد البديل على حساب صاحب العقد الأول.

وهذا معناه أن هذا البند وبسبب ظروف الجائحة أوقف إمكانية التنفيذ على حساب المتعاقد الأصلي. وكما هو معلوم، أن هذه الآلية تتمثل في قيام الإدارة بنفسها مقام المتعاقد في تنفيذ التزاماته، أو أن تحل غيره محله في القيام بها على حساب ومسؤولية المتعاقد^{٢٠}. وهي وسيلة ضغط تمارس على المتعاقد المقصر عن طريق الإدارة نفسها وهي قابلة للتطبيق حتى بدون نص^{٢١}.

لذلك أذن الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ بإبرام عقد بديل، في حالة عدم قدرة الطرف المتعاقد على تنفيذ العقد الذي يضعه في مواجهة رسوم مفترطة بشكل واضح، لتنفيذ احتياجات الشخص المعنوي العام والتي لا يمكن تأخيرها. كما أن ذات الأمر يحمي الشخص المعنوي العام من أي مسؤولية تعاقدية تثار لهذا السبب.

والملاحظ هنا، أن الأمر لا ينص صراحة على أنه يجب أن يسبق إبرام عقد الاستبدال أو يؤدي تلقائياً إلى إنهاء العقد الأول. وهي مسألة غير واضحة وسكت عنها الأمر ٢٠٢٠-٢١٩.

وإذا كان هذا البند يمنع صاحب العقد الأول من القيام لهذا السبب بإثارة المسؤولية التعاقدية للجهة المتعاقدة. فهل ذلك يُقرأ على أنه يجعل أي طعن ضد قرار إبرام عقد بديل غير مقبول أمام القضاء الإداري؟

فعلى سبيل المثال، سبق وأن تدخل مجلس الدولة الفرنسي بخصوص هذه المسألة في قرار صادر له بتاريخ ٢١ مارس ٢٠١١ في قضية بلدية بيزييه، حيث تم التخلي عن منع القضاء من إلغاء تدابير الفسخ الضروي للعقد من قبل الإدارة، حيث أصبح بإمكان المتعاقد رفع دعوى القضاء الكامل ضد

٢٠- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٩٦، ص ٥٩٢.

٢١- أكد مجلس الدولة الفرنسي أنه يترتب على القواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية أن الهيئة المتعاقدة للأشغال العامة التي أخطرت المتعاقد معها في إخطار رسمي لأداء الخدمات التي التزم بأدائها وفقاً لأحكام العقد، لها الحق في تنفيذها، على نفقة ومسؤولية الطرف المتعاقد معه، من قبل طرف ثالث... بحيث يمكن إعلانه حتى في حالة عدم وجود أي شرط في العقد ينص على ذلك صراحةً، بسبب المصلحة العامة المرتبطة بإتمام الأشغال العمومية.

أنظر في ذلك قرار مجلس الدولة الفرنسي:

مثل هذه التصرفات من قبل الإدارة والمطالبة بعودة العلاقة التعاقدية وتنفيذها مجدداً ٢٢١. وعليه، نرى أن صيغة البند ب من الفقرة ٢ من المادة ٦، غير واضحة ولا تتماشى مع ما تم تبنيه من قبل القضاء الفرنسي، ولا يجب أن يفهم منها المنع التام من تحمل الجهة المتعاقدة للمسؤولية التعاقدية في حال لجوئها إلى التنفيذ مع متعاقد آخر، خاصة وأن النص لم يشير تماماً إلى مسألة فسخ العقد الأصلي.

المطلب الثاني

تداعيات نصوص الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ على استقرار الاجتهاد القضائي

لو انتبهنا إلى عنوان الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ على اعتبار أنه يتعلق بتعديل تدابير إبرام العقود المتأثرة بجائحة كوفيد ١٩ وتنفيذها، لأمكننا أن نستنتج أن الحكومة تبحث عن حلول معينة للخروج من الأزمة الصحية. لكن هذه الحلول التي اعتمدها الحكومة ليست أكثر وضوحاً فيما يتعلق بعلاقتها مع الاجتهادات القضائية. فعنوان التعديل حسب قراءتنا كان سيؤدي بالحكومة إلى إعادة تشكيل ظروف القوة القاهرة، وحقيقة نظرية فعل الأمير والظروف غير المتوقعة، وفقاً لما كرسته الاجتهادات القضائية في مادة العقود الإدارية.

إن المتعمق في الطرح الوارد ضمن أحكام الأمر ٢٠٢٠-٣١٩، يستنتج أن وجوده وإصداره يكاد يكون عديم الفائدة في أفضل الأحوال، أو لا لزوم له، وفي أسوأ الأحوال غير مؤكد بشأن نطاقه، وبالتالي يشكل مصدراً لانعدام الأمن القانوني.

يمكن توضيح ذلك، من خلال نص البند ب من الفقرة ٢ من المادة ٦ الذي ورد فيه أنه: "لا يجوز معاقبة المتعاقد بعقوبات تعاقدية أو تحمل مسؤولية تعاقدية عندما يكون غير قادر على تنفيذ العقد".

إن هذا البند يندرج ضمن آلية الإعفاء من المسؤولية التعاقدية والمتمثلة في القوة القاهرة. حيث أن هذا الشرط الذي أضافه المشرع الفرنسي المتعلق بالإعفاء من المسؤولية التعاقدية يدخل ضمن آليات تطبيق القوة القاهرة المنصوص عليها في القانون المدني وليس القانون الإداري. ولا بد من التوضيح في هذا الإطار، إلى أن القوة القاهرة في قانون العقود الإدارية تتميز عن القوة القاهرة في القانون المدني. حيث إن تقييم عدم القابلية للتنفيذ في العقود الإدارية نتيجة القوة القاهرة يكون بشكل أكثر مرونة، حيث لا يشترط أن يكون التنفيذ مستحيلًا، إذ يمكن بيع بعض الجهود المالية للشريك المتعاقد من متابعة تنفيذ العقد الإداري^{٣٣}.

32-Jaqueline Morand-Deville, Droit administratif, (L.G.D.J, Paris, 2013) P.419.

33- dans le cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser définitivement le contrat de telle sorte que le cocontractant ne peut plus équilibrer ses dépenses avec les ressources qui lui sont procurées par l'exécution du contrat, il y a « force majeure administrative ». La différence avec

فالقراءة المتأنية لمحتوى البند ب من الفقرة ٢ من المادة السادسة ٦ من الأمر، تشير إلى الإعفاء النهائي من أي مسؤولية أو توقيع أي عقوبة عند عدم القدرة على التنفيذ بسبب الجائحة وهي مرتبطة بمفهوم القوة القاهرة في القانون الخاص وليس القانون العام. مما ترتب عنه ظهور قراءة جديدة في المفاهيم المطبقة على العقود الإدارية لاسيما ما يتعلق بالقوة القاهرة الإدارية la force majeure administrative^{٣٥}، وذلك على الرغم من كون الاستحالة التي وردت في البند ب من الفقرة ٢ من المادة ٦ تتمثل في غياب « الوسائل الكافية» أو « في توفير الإمكانات التي تفرض عبئا مفرطا وبشكل واضح » .

وبالتالي أصبح مجرد غياب الوسائل الكافية وتحمل المتعاقد تكاليف باهضة لتوفير هذه الإمكانات سببا للإعفاء من المسؤولية التعاقدية، وهو ما لا ينطبق على نظرية القوة القاهرة الإدارية التي ظهرت بمناسبة قضية شركة السكك الحديدية لشربورق في فرنسا لسنة ١٩٣٢^{٣٥}.

لا يتوقف الأمر عند الحالة السابقة فقط كمثال، وإنما يمكن التعرض أيضا لما وضعه البند ٣ من المادة ٦ من الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ كآلية للتعويض في حالة قيام المشتري العمومي أو الجهة العمومية بإلغاء أمر الشراء أو إنهاء العقد نتيجة للتدابير التي اتخذتها السلطات الإدارية المختصة في حالة الطوارئ الصحية. فالملاحظ هنا، أن هذا الحكم مستوحى من نظرية فعل الأمير. حيث يمكن تعريف هذا الفعل بأنه كل عمل غير متوقع ناجم عن إجراء مشروع قامت به السلطات العامة مهما كان أساسه أو مضمونه ويؤدي من حيث النتيجة إلى جعل تكاليف العقد أشد إرهاقا بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة وغير متوقع زمن إبرام العقد. مما يسمح له بالمطالبة بالتعويض الكامل عن الأضرار التي لحقت به^{٣٦}.

la force majeure-cause d'exonération de la responsabilité contractuelle tient à ce qu'il n'est pas exigé que l'exécution soit rendue impossible : à force d'efforts financiers, le cocontractant pourrait encore la poursuivre.

L. Richer F. Lichère, Op.cit.p.270.

٢٤- هذه النظرية ظهرت بمناسبة قضية شركة السكك الحديدية لشربورق لسنة ١٩٣٢ التي أشارت إلى أنه تكون أمام قوة قاهرة إدارية في حالة حدوث ظروف غير متوقعة أدت إلى الإخلال بالعقد بحيث لم يعد المتعاقد المشترك قادراً على موازنة نفقاته مع الموارد المقدمة له خلال تنفيذ العقد.

La notion de « force majeure administrative » a été introduite par le célèbre arrêt du 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg: dans le cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser définitivement le contrat de telle sorte que le cocontractant ne peut plus équilibrer ses dépenses avec les ressources qui lui sont procurées par l'exécution du contrat, il y a « force majeure administrative ».

35- CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, req. n° 89655. <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636689/>

36- Laurent leveneur, le Covid-19, la force majeure et le fait de prince, Contrats conc.consom.Mai 2020. Accessed 20 september 2020.

ومع ذلك، فإن القراءة الدقيقة لشروط تطبيقه تكشف عن حقيقة أن الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ يتجاوز الفقه القانوني الذي يرفض تطبيق هذه النظرية في الحالة التي تكون فيها السلطة المصدرة للقرار ليست هي نفسها الجهة المتعاقدة.^{٣٧}

والواقع أن الجهة المطالبة بالتعويض وفقاً لنص الأمر هي : الجهة العمومية المتعاقدة وليست السلطات الإدارية المختصة في سياق حالة الطوارئ الصحية. والنتيجة المباشرة لهذه الصيغة هي أنه سيتعين على السلطات المتعاقدة بخلاف الدولة أن تتحمل العواقب المالية لإدارة الأزمة الصحية من قبل الدولة. وبالتالي هناك قراءة جديدة لنظرية فعل الأمير على عكس ما تم توارثه من أحكام قضائية سابقة في القضاء الإداري الفرنسي.

بالإضافة إلى ذلك، فإن الهدف الأساسي للبند ٣ هو ضمان تعويض الشريك المتعاقد، حيث تحظر النظرية من حيث المبدأ التعويض عن التدابير ذات النطاق العام. خاصة وأن التعويض ينصب في هذه الحالة على أساس المسؤولية دون ارتكاب أي خطأ من الجهة العمومية المتعاقدة. فللحصول على تعويض بفعل الأمير، يجب أن ينتهك أيضاً عنصراً أساسياً في العقد، مرده القرار الانفرادي الصادر عن الجهة المتعاقدة.

في النهاية، اختارت الحكومة حلاً محدوداً لمبدأ التعويض. إذ تم إرساؤه بشرط إثبات العلاقة السببية بين تدابير إدارة الأزمات من جهة، وقرار الإنهاء أو الإلغاء من ناحية أخرى. فالتعويض يمكن أن يغطي فقط النفقات المتكبدة عندما تعزى مباشرة إلى تنفيذ طلب شراء ملغى أو عقد تم إنهاؤه.

فالتعويض الذي يمكن أن ينشأ عن فوات فرص كسب الربح المحتملة، غير وارد في هذا الأمر. وبالتالي التعويض عن المكسب الضائع يختفي مع العقد وبالأخص مع غياب بداية التنفيذ. وفي هذا الإطار لا بد من التنويه بأن مراحل إبرام العقد قبل البدء في تنفيذه قد تمر بإجراءات طويلة يمكن أن يتكبد من خلالها المتعاقدين مصاريف ونفقات باهضة، فمن يعوضه عن هذه المصاريف حتى ولو تعلق الأمر بجائحة كوفيد ١٩ الواضح إذا أن الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ لم يتعرض لهذه المسألة وكانت حلوله من أنصاف الحلول.

وإذا كان الهدف من نظرية فعل الأمير تمكين المتعاقدين من الاستمرار في تنفيذ العقد دون ضرر يلحقه بإقرار حقه في التعويض الشامل، فإن الأعباء الناشئة عن هذا الفعل يجب ألا تؤدي إلى خلق ظروف جديدة للعقد من شأنها أن تضع الأطراف أمام عقد جديد. وعندئذ لا يكف أن يطالب المتعاقدين بالتعويض إنما يكون له الحق بطلب فسخ العقد.^{٣٨}

37- CE, 20 octobre 1971, [n° 79315].Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz,
<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007642699/>

٣٨- بسام الكراي، سفيان السوسي، « الصفقات العمومية في ظل أزمة كوفيد ١٩ »، مجلة دراسات قانونية، العدد ٢٥، القانون في

من جهة أخرى، شكل البند ٦ من المادة السادسة ٦ من الامر ٢٠٢٠-٢١٩ تطبيقاً واضحاً للغاية لنظرية الظروف الطارئة *théorie de l'imprévision*^{٢٩}. حيث نص على أنه عندما يضطر المانع إلى إجراء تعديل كبير على طرق التنفيذ المنصوص عليها في العقد، دون تعليق الامتياز، يحق لصاحب الامتياز الحصول على تعويض يهدف إلى تعويض التكلفة الإضافية الناتجة عن التنفيذ ولو جزئياً للخدمة أو الأشغال، عندما يتطلب استمرار أداء الامتياز استخدام وسائل إضافية لم ينص عليها العقد الأول والتي من شأنها أن تمثل تكلفة مفرطة بشكل واضح على الوضع المالي لصاحب الامتياز .

إن تطبيق هذه النظرية، متعلق بالمخاطر الاقتصادية للعقد، وتعد أحكامها من صنع فقه القضاء الفرنسي، ويعد مجلس الدولة الفرنسي أول من صاغها^{٣٠}.

يمكن للمرء أن يتساءل ببساطة عن مدى جدوى مثل هذا الحكم إذا كان أصلاً تم النص عليه مع الفقرة الثالثة من المادة L.6 من قانون الطلب العمومي الفرنسي والتي كانت محل تعديل حديث منذ نوفمبر ٢٠١٨، وفقاً لما يلي:^{٣١}

«عندما يقع حدث خارجي على الطرفين لا يمكن التنبؤ به ويزعزع توازن العقد مؤقتاً، يحق للطرف الآخر، الذي يواصل تنفيذه، الحق في الحصول على تعويض.»

بالرجوع إلى المذكرة التفسيرية الصادرة عن المديرية العامة للشؤون القانونية لوزارة الاقتصاد والمالية، نلاحظ أنها ربطت تطبيق الأمر ٢٠٢٠-٢١٩ بنص المادة L. 6 من قانون الطلب العمومي الفرنسي، ولكن مع تحديد نوع العقود المقصودة في التطبيق وهي عقد الامتياز بقولها :

« إذا لم تستطع السلطة المانحة تعليق تنفيذ عقد الامتياز من أجل ضمان استمرارية الخدمة العامة على وجه الخصوص، وأدخلت تعديلات كبيرة على شروط التنفيذ المنصوص عليها في العقد، يحق لصاحب الامتياز الحصول على التعويض الناجم عن التكلفة الإضافية الناتجة عن أداء الخدمة أو العمل ولو جزئياً.»

زمن كوفيد-١٩، كلية الحقوق جامعة صفاقس، ٢٠١٩-٢٠٢٠، ص.١٢٥.

39- CE, 24 mars 1916, Cie Générale d'Éclairage de Bordeaux, <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007629465/>

٤٠- تتلخص وقائع القضية التي كانت مناسبة لإقرار هذه النظرية في أن شركة كانت ملتزمة بتوزيع الغاز على مدينة بوردو، ولكن بسبب الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم وهي المادة التي كانت تستخرج آنذاك الغاز اللازم لتنفيذ العقد، بحيث بلغت الزيادة المفاجئة في الأعباء المالية المحمولة على المتعاقد درجة من الارتفاع ما قد أصبح يهدد التوازن المالي للعقد ومواصلة تنفيذ الالتزام، وبالرغم من عدم وجود شروط في العقد تجيز التعويض قضى مجلس الدولة بأن تساهم الإدارة المتعاقدة في تحمل جزء من هذه الأعباء الطارئة.

انظر في ذلك : محمد رضا جنيح، القانون الإداري، طبعة ثانية، مركز النشر الجامعي، ٢٠٠٨، ص ٢٥٦.

41- ... Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ;

ويتعلق الأمر هنا بتنفيذ الحق في التعويض للمتعاقد المشار إليه في المادة L.6 من قانون الطلب العمومي، حتى لو نص العقد على عكس ذلك، عند إجراء تعديل على عقد الامتياز بشكل ضروري نظرا لظروف لا تستطيع السلطة توقعها... »^{٤٢}.

في اعتقادنا، أن نص الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ لم يأت بجديد في هذا الخصوص، وما فعله هو فقط حصر التطبيق ليشمل فقط عقود الامتياز. ونرى أنه كان بالإمكان الاستغناء عن هذا النص طالما أن الأصل العام للتعامل مع هذه الحالة من صنع واجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، فضلا عن كونها أصبحت مكرسة تشريعيا بموجب المادة السادسة L6 في قانون الطلب العمومي. كما أن اتباع ما ذكر في المذكرة التفسيرية لمديرية الشؤون القانونية بوزارة المالية الفرنسية DAJ سيحرم ببساطة المادة L.6 من قانون الطلب العمومي، من عمومية أثرها بالنسبة لجميع العقود الإدارية العامة.

الخاتمة

إن إصدار الحكومة الفرنسية للأمر رقم ٢٠٢٠-٣١٩ المؤرخ ٢٥ مارس ٢٠٢٠، المتعلق بوضع تدابير عديدة لتكييف قواعد منح أو إجراء أو تنفيذ العقود الخاضعة لقانون المشتريات العامة والعقود العامة التي لا تدرج تحت قانون الطلب العمومي أثناء الأزمة الصحية الناشئة عن وباء كوفيد-١٩، كان يصبو في ظاهره وبالدرجة الأولى إلى حماية الأطراف المتعاقدة، لاسيما الجهات العمومية، وذلك أولا عن طريق جعل قواعد الإبرام أكثر مرونة. وثانياً، من خلال الإذن بالاحتفاظ بالعقود المبرمة قبل الجائحة والمستمرة في التنفيذ بعد حدوثها وانتشارها. وثالثاً، بتنظيم شروط الدعم المالي العام من قبل السلطات المتعاقدة لأصحاب هذه العقود. كما أنها تهدف وبشكل أقل، إلى حماية السلطات المتعاقدة من استحالة تولي مهامها وكذلك من بعض مخاطر التقاضي وظهور الكثير من النزاعات.

ومن الواضح أن الضرورة الملحة لصياغته تعكس أهمية الهدف الاقتصادي من جهة، ومحاولة معالجة عواقب الأزمة الصحية عن طريق تسطیح منحى التأثير بأكبر قدر من جهة ثانية، فضلا عن بث رسالة طمأننة للمتعاملين الاقتصاديين والشركات المتعاونة في ظل أزمة كوفيد ١٩ غير المتوقعة.

لقد بحثت الحكومة عن الوصفة الطبية المعالجة للأزمة في مجال العقود الإدارية ولكن نتائجها ليست مضمونة، هذا ما يؤدي بنا إلى عرض نتائج البحث كما يلي:

على الرغم من تزويد قانون العقود الإدارية بشكل عام ، وقانون الطلب العمومي على وجه الخصوص بآليات محددة تهدف إلى ضمان استمرارية العقود وتقديم ردود تكيف مع حالات الأزمات ، إلا أن الأمر في صياغته القانونية لم يكن بالوضوح التام. لاسيما في علاقته بين النظريات الفقهية والقضائية ، والأحكام المحددة لقانون الطلب العمومي الساري المفعول ، فالأمر رقم ٢٠٢٠-٣١٩ يوفر فقط مسكنات مؤقتة على حساب اليقين القانوني والتناغم مع القواعد المعيارية المكتوبة سابقا المتعلقة بالإبرام وتنفيذ العقود الإدارية.

إذا كان الغرض من الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ السعي إلى الحفاظ على النظام العام الصحي والاقتصادي عبر اتخاذ إجراءات تتلاءم مع الوضع الدقيق الذي تمر به الدولة مثل ما تضمنه الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ فإن ذلك لا يجب أن يكون فيه إخلال باستقرار النصوص القانونية الأساسية المتضمنة أصلا لحلول، يمكن اللجوء إليها في ظل استمرار الجائحة، على مستوى آليات الإبرام والإجراءات المعاصرة لها، وما يتعلق أيضا بتنفيذ العقود الإدارية.

المساس بالأمن القانوني لاسيما في الوصول بشكل سهل وواضح للمواد محل التعديل الخاصة بكيفية الإبرام والتنفيذ من قبل الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ والتي لها علاقة أصلية بقانون الطلب العمومي الفرنسي.

يمكن للأمر ٢٠٢٠-٣١٩ أن يتسبب في حدوث عدة نزاعات بخصوص العقود الإدارية سواء على مستوى الإبرام أو التنفيذ خلال الفترة المعنية بتأثير جائحة كوفيد ١٩ لاسيما وأنه منح الحرية التامة للجهات الإدارية المتعاقدة في مجال استلام وفحص العروض وتجاوز شروط المنافسة. قد ينجم عن التطبيق حدوث اضطراب لدى الجهات القضائية الإدارية في تطبيق القواعد الأصلية الواردة في قانون الطلب العمومي الصالحة للتطبيق في ظل الجائحة، والقواعد المنصوص عليها في الأمر ٢٠٢٠-٣١٩.

التوصيات

إعادة النظر في صياغة الأمر ٢٠٢٠-٣١٩ بنصوص أكثر دقة توضح المواد التي يمكن إعادة تكييفها سواء في قانون الطلب العمومي الفرنسي أو قوانين أخرى لها صلة بالعقود الإدارية في حال استمرار تطبيقه وتطبيق حالة الطوارئ الصحية، لاسيما وأن نهاية أزمة كوفيد ١٩ غير مؤكدة لحد كتابة هذا البحث.

العمل على تضمين النصوص الأساسية للعقود الإدارية آليات دائمة بشكل أكثر وضوح لمواجهة مثل هذه الأزمات الصحية بشكل أكثر دقة بدلا من الاعتماد على النصوص الترقيعية المصاحبة للأزمات.

التوجه نحو منح القضاء الإداري الصلاحية الكاملة في دراسة القضايا والنزاعات التي تأثرت بجائحة كوفيد ١٩ حالة بحالة في مجال العقود الإدارية، في ظل النظريات الكلاسيكية التي استقر العمل بها كنظرية فعل الأمير أو الظروف الاستثنائية أو القوة القاهرة، وذلك بدلا من تجويبه بأوامر ونصوص استثنائية واستعجالية قد تربك المتعاقدين والمتعاملين الاقتصاديين.

قائمة المصادر والمراجع

أولا : النصوص القانونية :

- 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.
- la loi d'urgence n° 2020-290 du 23 mars 2020 pour faire face à l'épidémie de Covid-19 ont été présentées en conseil des ministres.
- Ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique .
- Décret n° 2020-293 du 23 mars 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire

ثانيا : الكتب

- ماجد راغب الحلو، القانون الإداري، دار المطبوعات الجماعية، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- محمد رضا جنح، القانون الإداري، طبعة ثانية، مركز النشر الجامعي، ٢٠٠٨.
- Christophe Lajoie, Droit des marchés publics, 6 édition, Gualino, Paris, 2017.
- Jean-claude Ricci et Frédéric Lombard, Droit administratif des obligations, Paris, Sirey, coll. Université, 2018.
- Laurent Richer et François Lichère, Droit des contrats administratifs, 11 édition, L.G.D.J, Paris, 2019.
- L. Richer F. Lichère, Droit des Contrats Administrative, Paris, L.G.D.J, 2019
- Jaqueline Morand-Deville, Droit administratif, L.G.D.J, Paris, 2013.

ثالثا : المقالات

- بسام الكراي، سفيان السوسي، الصفقات العمومية في ظل أزمة كوفيد ١٩، مجلة دراسات قانونية، العدد ٢٥، القانون في زمن كوفيد-١٩، كلية الحقوق جامعة صفاقس، ٢٠١٩

Laurent leveneur, le Covid-19, la force majeure et le fait de prince, Contrats conc.consom.Mai 2020.

رابعاً : الاجتهادات القضائية

Conseil d'état, Assemblée, 09/11/2016, 388806, Publié au recueil Lebon.

CE, 20 octobre 1971, Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, n° 79315.

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007642699/>

CE, 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, req. n° 89655.

<https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000007636689/>.