مجلة الاجتهاد القضائي - المجلد 13 - (العدد التسلسلي 28) - نوفمبر 2021 (ص ص: 437 - 450)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

أحكام تنفيذ الصفقة العمومية في ظل جائحة فيروس كورونا

Provisions for implementing public transaction under the Corona virus pandemic

ط. د عمر خالدي [1]
طالب دكتوراه - كلية الحقوق
جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان (الجزائر)
Khaldi.omar@univ-tlemcen.dz

د. بن مالك بشير [2]
أستاذ محاضر - كلية الحقوق
جامعة أبي بكر بلقايد – تلمسان
bachir.benmalek@univ-tlemcen.dz

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
12 أفريل 2021	08 سبتمبر 2021	02 نوفمبر 2021

الملخص:

لمعرفة آثار تنفيذ الصفقة العمومية في ظل ظروف جائحة فيروس كرونا كوفيد 19 وجب الاستناد على نظريتين أساسيتين هما نظرية الظروف الطارئة التي تجعل الوفاء بالالتزام مرهقا، أو نظرية القوة القاهرة التي يستحيل فيها الوفاء بالالتزامات، الأمر الذي يؤدي بنا إلى البحث عن الحقوق التي أقرها المشرع للمصلحة المتعاقدة من خلال سلطة التعديل وإلزام المتعاقد في الاستمرار في تنفيذ العقد أو إنهائه لاستحالة تنفيذه، وفي مقابل ذلك اعترف المشرع للمتعامل المتعاقد بحقوق تتمثل في ضمان التوازن المالي، من خلال التعويض الجزئي والإعفاء من غرامة التأخير، أو الفسخ في حالة استحالة الوفاء بالالتزامات.

الكلمات المفتاحية : نظريةالقوة القاهرة – نظرية الظروف الطارئة – تعويض جزئي – المتعاقد – الالتزامات التعاقدية.

Abstract:

In order to know the effects of the implementation of the public transaction under the circumstances of the Carona Covid virus pandemic 19, two basic theories must be based on the theory of emergency circumstances that make compliance cumbersome, or the theory of force majeure in which it is impossible to fulfill obligations. This leads us to seek the rights that the legislator has approved for the contracting interest by means of the adjustment authority and obliging the contractor to continue or terminate the contract for the impossibility of its execution, in return the legislator has recognized the contracting transaction rights of ensuring the financial balance, through partial compensation, Exemption from a penalty of delay, or a breach in the event of default.

Keywords: *Force Majeure Theory; the Emergency Circumstances; compensation in part; the contractor; Contractual obligations.*

[1] المؤلف المرسل: ط. د عمر خالدي ـــــــــــــ ***Email : khaldiomar234@gmail.com***

مقدمة:

كانت ولا تزال مخاطر الأمراض والأوبئة تثير العديد من الإشكالات الاقتصادية والاجتماعية والقانونية كذلك، ومن هذه الأوبئة فيروس كورونا كوفيد 19 باعتباره وباء صحيا عالميا فقد اثر بشكل مباشر على المعاملات التجارية والسياسية، ولعل أهمها العقود الإدارية ونخص بالذكر عقود الصفقات العمومية التي تأثرت أيما تأثر بهذه الجائحة بفعل الإجراءات التي اتخذتها الدول والحكومات لمحاربة تفشي هذا الفيروس كالحجر الصحي وشل كل القطاعات الحيوية كالمواصلات، والخدمات بأنواعها.

وفي ظل هذه الظروف الصعبة جعلت الوفاء بالالتزامات أمرا صعبا ومستحيلا أحيانا، مما انجر عنه أضرار للأطراف المتعاقدة، فالمصلحة المتعاقدة تسهر على حسن تنفيذ الصفقة وفق ما هو محدد في دفتر الشروط، وقد لا يتأتى لها ذلك في ظل هذه الظروف، أما المتعامل المتعاقد فقد استحال عليه الوفاء بالتزاماته، وحتى إن وفى بها فسيكون على حساب التوازن المالي للصفقة.

ومن هذا المنطلق تثار إشكالية جوهرية حول كيف يمكن تجسيد توازن بين مصلحة المتعامل المتعاقد وبين مصلحة الإدارة المتعاقدة في ظل جائحة فيروس كورونا ؟

وتهدف هذه الدراسة إلى الكشف عن تداعيات فيروس كورونا وتأثيره على تنفيذ الصفقات العمومية ومقارنتها مع شروط نظرية القوة القاهرة والظرف الطارئ، بالاظافة الى معرفة دور قانون الصفقات العمومية في توضيح حقوق والتزامات المصلحة المتعاقدة المألوفة، التي ينص عليها العقد، وكذلك تبيان أنجع السبل المتوفرة للمصلحة المتعاقدة للوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها، وتفيدنا أيضا هذه الدراسة في معرفة أهم حقوق والتزامات المتعامل المتعاقد بالاستناد إلى هاتين النظريتين.

وقد اتبعنا المنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية الخاصة بالموضوع، وعرض الآراء الفقهية وموقف القضاء. وللإجابة على هذه التساؤلات نتبع الخطة التالية: المبحث الأول: حقوق المصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية في ظروف جائحة كورونا، المبحث الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقات العمومية في ظروف جائحة كورونا.

المبحث الأول: حقوق المصلحة المتعاقدة في الصفقات العمومية في ظل جائحة فيروس كورونا

تعتبر المصلحة المتعاقدة أحد أطراف العلاقة التعاقدية في تنظيم الصفقات العمومية، وتبرم هذه العقود من أجل تحقيق المصلحة العامة، وضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد، ولكن قد يصطدم تنفيذ العقد بظروف طارئة غير متوقعة وخارجة عن إرادة الطرفين مما يؤثر على السير الحسن للصفقة، ومنها ظروف جائحة كورونا مما جعل المشرع يتدخل ويعترف

للمصلحة المتعاقدة بحقوق تحمي مصالحها في هذه الظروف، من خلال آليات تضمن من خلالها استمرار تنفيذ العقد (المطلب الأول)، أو إنهاءه تجنبا للأضرار في حال استحالة تنفيذه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقوق المصلحة المتعاقدة لضمان تنفيذ الصفقة في ظروف جائحة كورونا

مما لا شك فيه أن جائحة كورونا أثرت على العلاقات التعاقدية ومن بينها عقود الصفقات العمومية والتي ترتب التزامات وحقوقا لمختلف أطراف العلاقة التعاقدية، ومدى القدرة على تنفيذها بالوجه المتفق عليه، ولكن الظروف الطارئة ترتب حقوقا للمصلحة المتعاقدة بصفتها صاحبة المشروع، ما يجعلها تبحث عن كل الآليات التي بموجها تضمن استمرار تنفيذ العقد رغم الظروف الاستثنائية، ومن هذه الحقوق الحق في التعديل (الفرع الأول) والحق في إلزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحق في تعديل الصفقة لمواجهة تداعيات جائحة كورونا

المشرع الجزائري قد أشار إلى سلطة التعديل من خلال المواد 30،31 و32 من دفتر الشروط الإدارية العامة لسنة 1964 [1]،وتكون التي تجريها المصلحة المتعاقدة سواء بزيادة حجم الأشغال أو إنقاص كمياتها. وكذلك ورد النص عليها في قانون الصفقات العمومية 247/15 في القسم الخامس منه تحت عنوان الملحق *L'avnant* وتحديدا في المواد 135، 136، 137، 138، 139.[2]

وعند استقراء هذه النصوص نلاحظ أن المشرع اعترف للمصلحة المتعاقد بالتعديل في شروط الصفقة وذلك عن طريق الملحق، وفي نظرنا نعتبر أن ظروف جائحة كرونا تعتبر من الظروف المستجدة التي يمكن أن تستند إليها المصلحة المتعاقدة في قرارها بتعديل موضوع الصفقة، خاصة في حال تغير الأسعار، أو تعديل مدة الانجاز بما يتوافق مع هذه الظروف[3]، ولممارسة هذا الحق وجب على المصلحة المتعاقدة أن تلتزم بالشروط الآتية:

- أن تمارس الإدارة سلطة التعديل وفقا لأسباب جدية ووفقا لأوضاع وظروف حقيقية تستدعي التدخل.
- أن تقتصر سلطة التعديل على موضوع العقد، فلا يجوز للإدارة أن تفرض تعديلات تجعل المتعاقد أمام عقد جديد.
- ألا يؤذي التعديل إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد.
- أن تحترم الإدارة قواعد المشروعية عند إصدارها قرار التعديل.[4]

ولقد تعددت القرارات القضائية حول أحقية المصلحة المتعاقدة في التعديل ولعل أحدث قرار وهو ما صدر عن مجلس الدولة الفرنسي في07 أكتوبر 2010 والذي أكد فيه بصفة قاطعة

أحقية جهة الإدارة في ممارسة سلطة التعديل للعقد الإداري، وفقا لمتطلبات المصلحة العامة، وإعمالا للقواعد العامة المطبقة على العقود الإدارية.[5]

الفرع الثاني: الحق في إلزام المتعاقد بإكمال تنفيذ الصفقة رغم الظروف الطارئة

إن اعتبار جائحة فيروس كورونا ظرفا طارئا يترتب عليه في نطاق العقود الإدارية وخاصة الصفقات العمومية التزامات متبادلة بين طرفي العقد تقتضيها فكرة دوام سير المرفق العام، وتتمثل في إلزام المتعاقد بالاستمرار في تنفيذ العقد متى كان ذلك في استطاعته،على الرغم من وجود ظرف طارئ، ولكنه ليس مستحيلا وإنما مرهقا جعل تنفيذ العقد شاقا، فالعقد الإداري يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة وضمان استمرار سير المرفق العام بانتظام واطراد، فالمتعاقد وإن كان يهدف من وراء هذا التعاقد تحقيق الربح إلا أنه يعد مساعدا للمصلحة المتعاقدة لتحقيق المصلحة العامة[6].

ويتعين على المتعامل المتعاقد بالرغم من الظروف الطارئة الاستمرار في تنفيذ التزاماته، وهذا الاستمرار أساسه ضرورة سير المرفق العام بانتظام واضطراد ومن ثمة لا يعفى المتعاقد من الوفاء بالتزامه حتى لو أن هذا الالتزام أصبح مرهقا له، وإلا تعرض للجزاءات الإدارية، كما أن هذا التوقف سيحرمه من حقه في المطالبة بتطبيق النظرية إذا توفرت شروطها، وفي مد يد العون والمساعدة له، ومرد ذلك إلى ضرورة حسن سير للمرفق العام متطلبات المصلحة العامة[7].

وقد استقر الفقه والقضاء الإداري على هذا المبدأ، ففي فرنسا قد حرص مجلس الدولة الفرنسي على تأكيد هذا المعنى في قراره في قضية غاز بوردو حيث أكد التزام المتعاقد بمواصلة تنفيذ العقد على الرغم من الارتفاع غير المتوقع على أسعار الفحم ما هو إلا التزام مستمد من قاعدة دوام سير المرافق العامة بانتظام واطراد.[8]

أما في الجزائر فتطبيقات المبادئ الإجتهادية التي جاءت عن القضاء الإداري الجزائري، وعلى الرغم من قلتها إلا أنها لها دلالات معينة، منها ما جاء في إحدى القرارات الصادرة عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16 حول قضية)ع.ط(ضد والي قالمة بسلطة التعديل من خلال إصدارها قرار يقضي بتغيير موقع التنفيذ.[9]

وبناء على ما سبق ذكره يمكن القول أن حق المصلحة المتعاقدة في ضمان استمرار تنفيذ الصفقة رغم ظروف جائحة كرونا باعتبارها ظرفا طارئا، وما رافقه من إرهاق للمتعامل المتعاقد في التنفيذ، ورغم ذلك فهو ملزم بتنفيذ التزاماته ولا يمكن له أن يتحجج بهذه الظروف الصعبة التي يمر بها للتوقف عن التنفيذ، ما سيحرمه من المطالبة بالتعويض إعمالا بنظرية الظروف الطارئة في حال توقفه.

المطلب الثاني: الحق في إنهاء الصفقة العمومية لتجنب أثار جائحة كورونا

تتمتع المصلحة المتعاقدة بامتيازات مهمة والتي من بينها قدرتها على إنهاء العلاقة التعاقدية مع المتعامل المتعاقد بإرادتها المنفردة، فإذا رفض المتعاقد الاستمرار في تنفيذ موضوع الصفقة أو قصر فيه متحججا بظروف جائحة كورونا بالرغم من التسهيلات التي قامت بها المصلحة المتعاقدة، فهنا تلجأ للفسخ الجزائي (الفرع الأول)،كما أنها تستطيع إنهاء العقد من طرف واحد ودون خطأ المتعاقد إذا استدعت المصلحة العامة ذلك، وهذا ما يعرف بالإنهاء الانفرادي للعقد الإداري لدواعي المصلحة العامة (الفرع الثاني)

الفرع الأول: الحق في فسخ الصفقة لمواجهة إخلال المتعامل المتعاقد لالتزاماته

لعل أهم الجزاءات التي تفرضها المصلحة المتعاقدة على المتعامل المتعاقد الذي أخل بالتزاماته في الاستمرار بالتنفيذ جزاء الفسخ بالإرادة المنفردة، وتجدر الإشارة أن قانون الصفقات العمومية لم يعط تعريفا للفسخ الجزائي، بل اكتفى في المادة 149[10] بالإعلان عنه، إلاّ أنّه يمكن استنتاجه من تفسير المادة التي نصت عليه، فالفسخ الجزائي بصفة عامة لا يعدو عن كونه جزاءا إداريا رادعا نهائيا، وإن اختلف نوع الصفقة العمومية.

ويشترط لكي تباشر المصلحة المتعاقدة سلطتها في توقيع الفسخ الجزائي، أن يرتكب المتعاقد خطأ جسيما[11]، وأن تقوم بإعذاره وإعطائه أجل محدد قبل توقيع هذا الجزاء نظرا لخطورة الآثار المترتبة عنه[12].

ولم يكتف المرسوم بالإعلان عن الفسخ من جانب واحد، بل نص في المادة 152 على عدم قابلية الفسخ للاعتراض إذا لجأت الإدارة إلى تطبيق البنود التعاقدية، والغرض من ذلك الاستمرار في فرض الضغوط المعنوية والقانونية على المتعامل المتعاقد حتى يتقيد أكثر بالالتزامات التعاقدية، بما يضمن حقوق الإدارة ويكرس مبدأ حسن سير المرفق العام بانتظام واضطراد[13].

وبناء على ما تقدم فان الفسخ الجزائي حق للمصلحة المتعاقدة في الظروف العادية والظروف الاستثنائية في حال توقف المتعامل المتعاقد عن الوفاء بالتزاماته، وبالرغم من الآثار الاقتصادية التي خلفتها جائحة فيروس كورونا جعلت الوفاء بالالتزامات في بعض الصفقات أمرا مرهقا للمتعاقد ليس إلى حد الاستحالة في التنفيذ، وبالتالي توقف المتعامل المتعاقد عن التنفيذ، ومنه يعتبر فسخ الصفقة من جانب المصلحة المتعاقدة حلا بعد استفاء جميع الجزاءات الأخرى.

الفرع الثاني: الحق في إنهاء الصفقة دون خطأ المتعامل المتعاقد

بالإضافة إلى الفسخ الجزائي تملك المصلحة المتعاقدة حق إنهاء الرابطة التعاقدية دون خطأ المتعاقد، ففي ظروف جائحة فيروس كورونا وما صاحبه من تداعيات أثرت على تنفيذ بعض الصفقات، فأصبح تنفيذ بعضها غير مجد للمصلحة المتعاقدة لزوال الغاية التي من أجلها أبرمت الصفقة، وبعضها استحال تنفيذه استحالة مطلقة من طرف المتعامل المتعاقد وهنا نميز نوعين من الفسخ:

أولا - الإنهاء الانفرادي لدواعي المصلحة العامة:

ويعرف بأنه قيام الإدارة بوضع نهاية للعلاقة التعاقدية مع المتعاقد معها قبل انقضاء الأجل المحدد للتنفيذ، وبإرادتها المنفردة ودون أي خطأ من المتعاقد، ولا يلزم النص على هذا الحق في العقد، وللمتعاقد في هذه الحالة الحق في التعويض الكامل عن ما فاته من كسب وما لحقه من ضرر بسبب إنهاء العقد.[14]

وقد تبنت العديد من الأحكام القضائية فكرة سلطة الإدارة في إنهاء عقودها الإدارية بإرادتها المنفردة لدواعي المصلحة العامة في العديد من الأحكام الصادرة منها ما قضت به محكمة القضاء الإداري في أحد القرارات الصادرة عنها حيث أكدت: "... ويترتب على ذلك أن للإدارة سلطة إنهاء العقد إذا قدرت أن هذا يقتضيه الصالح العام، وليس للطرف الآخر إلا الحق في التعويض إن كان له وجه وهذا على خلاف الأصل في العقود المدنية..."[15].

ولقد نصت المادة 150 من المرسوم 247/15 على هذا النوع من الفسخ الذي لم يكن موجودا في النصوص السابقة الخاصة بالصفقات العمومية، لما أعطى حرية مطلقة للمصلحة المتعاقدة في تقدير غايتها من إبرام الصفقة والمصلحة العامة، ومثال ذلك قيام المصلحة المتعاقدة متمثلة في مديرية الخدمات الجامعية في إنهاء صفقة التوريد بالاقامات الجامعية بعد إغلاق هذه الأخيرة إلى أجل غير مسمى بسبب تفشي فيروس كرونا.

ثانيا - الإنهاء الاتفاقي أو التعاقدي:

فإلى جانب الفسخ الأحادي فقد أجازت المادة 151 من المرسوم 247/15 اللجوء للفسخ التعاقدي للصفقة، عندما يكون مبررا بظروف خارجة عن إرادة المتعامل المتعاقد وحسب الشروط المتفق عليها في العقد أو الصفقة، وهنا تقترب الصفقة من العقد المدني الذي يخول أطرافه أحقية الفسخ التعاقد طبقا للمادة 120 من القانون المدني، وفي حال اللجوء للفسخ الاتفاقي لصفقة جارية التنفيذ، وطبقا للفقرة 2 من المادة 152 يتعين على الطرفين توقيع وثيقة الفسخ التي تنطوي على كشف الحسابات المعدة تباعا لما تم انجازه من أعمال وما بقي منها[16].

وما يمكن استنتاجه أن ظروف جائحة كورونا وتأثيرها على تنفيذ الصفقة العمومية ما جعل تنفيذها مستحيلا أحيانا بفعل الركود الاقتصادي، فهنا يتفق الطرفان على فسخ الصفقة لتفادي أي تبعات أخرى ليست في صالح الطرفين لو استمر العقد في هذه الظروف، ويعد أفضل وسيلة للتحلل من الالتزامات في ظل استحالة تنفيذ الصفقة بسبب ظروف جائحة كورونا.

المبحث الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد في تنفيذ الصفقات العمومية في ظروف جائحة كرونا

لقد أثرت التدابير الاحترازية التي اتخذتها دول العالم للحيلولة دون انتشار فيروس كورونا وأدت إلى ركود اقتصادي وتعطل الأنشطة التجارية، وهذه الأوضاع جعلت تنفيذ الالتزامات مرهقا في بعض الصفقات مما يهدد المتعاقد بخسائر فادحة فتؤدي إلى اختلال التوازن المالي للعقد، أو مستحيلا في بعض عقود الصفقات خاصة التي تعتمد على المنتجات الخارجية واليد العاملة التقنية المختصة الأجنبية، ما جعل المشرع يتدخل لوضع ضمانات من شأنها توفير حماية للمتعامل المتعاقد في حالة التنفيذ المرهق باعتبار جائحة كورونا ظرفا طارئا (المطلب الأول)، أو في حالة استحالة التنفيذ باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: حقوق المتعامل المتعاقد باعتبار جائحة كورونا ظرفا طارئا

لقد تبنى الفكر القانوني والاجتهاد القضائي عبر العالم آلية تعتبر من الوسائل الحمائية للمدينين الذين يصبحون مهددين بالإفلاس، أو خطر على ذمتهم المالية[17]، هذه الآلية هي نظرية الظروف الطارئة التي ترمي إلى علاج الحالات التي يصير فيها الالتزام التعاقدي صعب التنفيذ، وباعتبار جائحة كورونا ظروفا طارئة، فقد اقر المشرع مجموعة من الضمانات التي من شأنها حماية للمتعامل المتعاقد.

الفرع الأول: الحق في إعادة التوازن المالي للصفقة

لقد أشار المرسوم الرئاسي رقم 247/15 إلى هذا الحق في نص المادة2/152 والتي جاء فيها: «يجب على المصلحة المتعاقدة، دون المساس بتطبيق أحكام الفقرة أعلاه،أن تبحث عن حل ودي للنزاعات التي تطرأ عند تنفيذ صفقاتها كلما سمح هذا الحل بما يأتي :- إيجاد التوازن للتكاليف المترتبة على كل طرف من الطرفين...».[18]

ويتضح من نص المادة 153 من تنظيم الصفقات العمومية أن المشرع الجزائري يبيح صراحة للمصلحة المتعاقدة حق إعادة النظر في أسعار الصفقات وفقا للظروف الجديدة تحت عنوان إيجاد التوازن المالي للتكاليف المترتبة في ذمة أطراف الرابطة العقدية، وكذلك المادة 138 من المرسوم ذاته التي ورد فيها بصريح العبارة إمكانية إعادة التوازن المالي في إطار الملحق

ودون الحاجة للخضوع لهيئات الرقابة الخارجية، بما يعني أن تنظيم الصفقات العمومية راعى الظروف الطارئة والأعباء المالية للمتعامل المتعاقد، فأجاز إعادة الاعتبار المالي له في إطار حل ودي يتجسد في ملحق [19] للصفقة الأصلية.

ومنه فإن المشرع جعل هذا الحق- التوازن المالي - التزاما يقع على عاتق المصلحة المتعاقدة، وهذا من خلال الاعتراف بحق إعادة النظر في أسعار الصفقات وفقا للظروف الجديدة أو عن طريق الملحق، وفي حالة عدم وفاء الإدارة بالتزامها بإعادة التوازن المالي، جاز للمتعاقد اللجوء إلى القضاء لتقرير هذا الحق.

الفرع الثاني: الحق في المطالبة بالتعويض

لعل أهم حقوق المتعامل المتعاقد في حال تحقق شروط الظروف الطارئة هو مطالبته بالتعويض، فيحق له أن يطلب من المصلحة المتعاقدة المشاركة في تحمل الأعباء الإضافية، ولا يكون التعويض المقرر في هذه الحالة شاملا ومغطيا لكافة الخسائر التي تعرض لها بل يكون جزئيا[20]، بجعل الضرر موزع بين طرفي العقد بشكل متوازن يكفل تنفيذه على أكمل وجه.[21]

وفي ذات السياق فقد ألزم القضاء الإداري الجزائري الإدارة المتعاقدة بتعويض المتعاقد معها عن الخسائر التي لحقت به، من جراء الظروف الطارئة، وذلك في قرار صدر بتاريخ 1993/10/10[22]، حيث جاء فيه أن السوق محل العقد المبرم بين المستأنف والمستأنف عليه بقي مغلقا بسبب مرض الحمى الذي أصاب المواشي، وأن ذلك يعد حدثا استثنائيا غير متوقع، يستوجب تعويض الطاعن عن الأضرار التي لحقت به، ونلاحظ من خلال هذه القضية تشابه الوقائع المادية بين الحمى التي أصابت المواشي واعتباره حدثا استثنائيا من القاضي، وله تداعيات مثل جائحة فيروس كورونا واعتباره حدثا استثنائيا وجب فيه تعويض المتعامل المتعاقد المتضرر.

أما عن وقت المطالبة بالتعويض فيستوي أن يطالب المتعاقد المتضرر بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي، وهو ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر في حكمها الصادر في القضية رقم 82 بتاريخ 14 ابريل 1960 بأنه «يستوي إن يطالب المتضرر بالتعويض خلال تنفيذ العقد أو بعد وفائه بالتزامه التعاقدي»[23].

وإذا اعتبرنا أن جائحة كورونا ظرفا طارئا في هذه الحالة سيثار إشكالية الزمن: السؤال الذي يطرح نفسه هو متى وكيف يتم تقدير شرط "عدم توقع الحدث"، أي فيروس "كورونا" من طرف القضاء؟

يتم ذلك بالنظر إلى تاريخ إبرام العقد وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية بجلسة 29 ديسمبر 2009 بمناسبة قضية تتعلق بوباء "شيكونغونيا" الذي ظهر شهر يناير 2006

معتبرة أن شرط "عدم التوقع" الذي يبرر فسخ العقد لم يتحقق ما دام أن الاتفاق تم شهر أغسطس سنة 2006 أي بعد ظهور الوباء بأشهر.

توجه قضائي نستشف منه أن هذا الإشكال لن يطرح الآن بمناسبة فيروس "كورونا" بالنسبة إلى العقود 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؟[24]

المطلب الثاني: حقوق المتعامل المتعاقد باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة

بناء على المرسوم 20-69 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا ومكافحته[25]، فتم شل كل أنواع المواصلات وغلقت كل المرافق العمومية التي تستقبل الجماهير، ومع غلق كل المطارات الدولية وتعليق الرحلات أصبح المتعامل المتعاقد أمام هذه الظروف مجبرا على التوقف أمام استحالة تنفيذ الصفقة، وبالتالي تصبح هذه الظروف كقوة قاهرة، وجعلت حقوق المتعامل المتعاقد على المحك، الامر الذي يؤدي بنا الى البحث عن الحقوق التي اقرها المشرع للمتعاقد في حال استحالة تنفيد العقد.

الفرع الأول: الحق في الإعفاء من غرامة التاخير

غرامة التأخير مبلغ من المال ينص عليه في العقد ويتحدد بمبلغ محدد أو بنسبة مئوية من قيمة العقد يتعين على المتعاقد أداءه كل يوم أو أسبوع أو شهر، أو أي فترة زمنية يحددها العقد عند تأخره في الوفاء بالتزاماته العقدية.[26]

والمشرع الجزائري ألزم المصلحة المتعاقدة إعفاء المتعامل المتعاقد من تطبيق عقوبات التأخير من خلال المرسوم الرئاسي 247/15 في المادة 147 الفقرة الخامسة، ونرى أن المشرع من خلال هذه المادة قد اعتمد على قواعد العدالة إذ من غير المعقول أن نحاسب شخصا ونفرض عليه جزاءا على خطأ لم يرتكبه، ولم يكن له علاقة به.

في هذا الإطار فقد وجه الوزير الأول، اليوم الأربعاء15 ابريل 2020 تعليمة لأعضاء الحكومة والولاة، مفادها انه تقرر تعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات بسبب التأخير في الإنجاز وهذا للتخفيف من آثار إجراءات الوقاية من وباء كورونا ومكافحته على الأداة الوطنية للإنجاز.[27]

وهذه التعليمة اعتراف صريح من السلطة العامة على اعتبار أن جائحة كورونا قوة قاهرة، من خلال القرار الذي اتخذته بتعليق فرض العقوبات المالية على المؤسسات بسبب التأخير في الإنجاز.

الفرع الثاني: الحق في الحصول على تعويض

لقد ذهب أحد الفقهاء إلى القول أنه لكي تطبق النصوص الواردة بدفتر الشروط والمتعلقة بالتعويض في حالة القوة القاهرة يجب أن ينص عليها صراحة في العقد باتفاق إرادتي أطراف الرابطة العقدية، وبمفهوم المخالفة فلا يحق للمتعاقد المطالبة بالتعويض احتجاجا بالقوة القاهرة إذا لم ينص على ذلك في بنود العقد.[28]

أما بالنسبة للجزائر فقد حسم المشرع هذا الجدال من خلال دفتر الشروط الإدارية العامة في المادة 27 فقرة 4 والتي سمحت للمتعاقد باقتضاء تعويض عن حالة القوة القاهرة، ولكن بشرط إعلام الإدارة كتابيا في أجل 10 أيام من يوم حصول القوة القاهرة، واستثنت الفقرة 6 من ذات المادة التعويض عن حالة القوة القاهرة الخاصة بالأجهزة العائمة كونه مشمول ضمنيا في أسعار الصفقة[29].

ومن خلال ما سبق ذكره فان عبئ إثبات القوة القاهرة يقع على المتعامل المتعاقد حتى يتسنى له المطالبة بالتعويض المنصوص عليه في دفتر الشروط. ونلاحظ أن المشرع قد اخضع طلبات المتعاقد إلى شرط الأجل في حال رغبته في التذرع بالقوة القاهرة، وإلا سقط حقه بالتعويض في حال إخلاله بهذا الشرط.

الفرع الثالث: الحق في فسخ الصفقة

إذا أصبح تنفيذ الصفقة مستحيلا استحالة مطلقة جاز للمتعامل المتعاقد فسخ الصفقة على أساس القوة القاهرة عكس الاستحالة النسبية[30]، التي لا تعطي المتعامل المتعاقد الحق في طلب الفسخ، ويجب هنا على المتعامل المتعاقد الذي يدعي باستحالة تنفيذ التزاماته بسبب القوة القاهرة أن يلجأ إلى القضاء للحصول على حكم بانفساخ الصفقة، إذ لا يمكن للأفراد حرية تقدير توافر حالة القوة القاهرة من عدمها وهذا الحل يعتبر في صالح الإدارة، وفي صالح المتعاقد معها، فما يمكن اعتباره قوة قاهرة قد لا يعتبره القضاء كذلك، فإذا ما توقف المتعاقد عن تنفيذ التزاماته قد يتعرض لتطبيق الجزاءات التعاقدية عليه، وإذا حكم القاضي للمتعاقد بفسخ العقد فان آثار الفسخ ترتد إلى تاريخ رفع الدعوى[31].

أما المشرع الجزائري ومن خلال المرسوم 247/15 فقد أشار في المادة 151 على إمكانية فسخ الصفقة على أساس القوة القاهرة عن طريق الفسخ التعاقدي وفي حالة اللجوء للفسخ الاتفاقي لصفقة جارية التنفيذ وطبقا للفقرة 2 من المادة 152 يتعين على الطرفين توقيع وثيقة الفسخ التي تنطوي على كشف الحسابات المعدة تبعا لما تم انجازه من أعمال، وما بقي منها[32]، فيصبح الفسخ الاتفاقي بسبب القوة القاهرة أداة لحماية المتعامل المتعاقد تعفيه من أي مسؤولية[33]، وتجنبه الخسارة التي كانت ستلحقه إن لم يقم بهذا الإجراء.

وبناء على ما تقدم ذكره يمكن القول أن للمتعامل المتعاقد آليتين لإنهاء العلاقة التعاقدية والتحلل من الالتزامات في حال استحال تنفيذها، فإما إن يكون الفسخ قضائيا بطلب من المتعاقد وعلى هذا الأخير أن يثبت حالة القوة القاهرة للقاضي، وأنه قام بكل الوسائل لدفع أو تجنب هذه القوة القاهرة، والقاضي الإداري له سلطة تقدير القوة القاهرة بناء على المعطيات التي مرت بها ظروف العقد، وكذلك يمكن للمتعاقد والمصلحة المتعاقدة أن يتفقا على إنهاء الرابطة التعاقدية إذا تأكد الطرفان استحالة تنفيذ الصفقة في هذه الظروف.

خاتمة:

من خلال ما سبق يمكن القول:

– أن المشرع الجزائري من خلال النصوص القانونية الخاصة بتنظيم الصفقات العمومية لم ينظم حالة القوة القاهرة أو الظروف الطارئة بشكل كاف ومفصل من شأنه توفير حماية أكثر للمتعامل المتعاقد الذي يلجأ دائما للحماية القضائية مما يؤثر بشكل كبير على تنفيذ الصفقة لما تتطلبه هذه الحماية من جهد وإجراءات وآجال طويلة للفصل فيها.

– تعتبر الامتيازات والسلطات التي تملكها المصلحة المتعاقدة في مواجهة المتعامل المتعاقد أفضل آلية لحمايتها في كل الظروف من خلال سلطة التعديل والفسخ، بالإضافة إلى سلطة توقيع الجزاء.

– سلك القضاء الإداري مسلكا قوامه إقامة التوازن بين طرفي عقد الصفقة العمومية، في معالجته للآثار المترتبة عن تغير ظروف تنفيذ الصفقة، في حالة التنفيذ المرهق، أو في حالة استحالة التنفيذ، فهو من جهة يسعى لحماية المرفق العام محل التعاقد، من خلال إلزام المتعاقد معها بالاستمرار في تنفيذ العقد، ولم يسمح له أبدا بالتذرع بالتكاليف الإضافية للتوقف عن التنفيذ، إلا أنه من جهة أخرى لم يغفل حق المتعاقد في التوازن المالي لعقده، بتعويض يتماشى مع مقدار الضرر الذي لحق به.

وبناء على هذه المعطيات يمكن أن نقدم التوصيات التالية:

– نهيب بالمشرع الجزائري أن يفصل أكثر في أحكام التوازن المالي للعقد الإداري من خلال تقنين الظروف الطارئة، حيث أنه لم يبين آليات إعادة هذا التوازن لحالته الطبيعية في قانون الصفقات العمومية، وكذلك لم يشر إلى الدور الذي يلعبه القضاء الإداري في إعادة التوازن المالي للصفقة، ولم يقنن الحلول التي صاغها القضاء في هذا المجال.

– لا بد من وضع نظام قانوني من شأنه تكييف الأمراض والأوبئة في أوضاع قانونية معينة يتسنى من خلالها معرفة الحقوق والالتزامات وبالتالي يسهل عي الجهات القضائية الفصل في الدعاوى التي أثيرت بفعل هذه الأوبئة.

- إيجاد حلول مرضية لأطراف العقد في حال استمرار القوة القاهرة لمدة طويلة بإعادة التوازن المالي بما يكفل حقوق المتعاقد وذلك بتوسيع صلاحيات القاضي الإداري.

الهوامش:

[1] - حيث نصت م 32 في الفقرة الأولى من القرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل المؤرخ في 16رجب 1384 الموافق ل21 نوفمبر1964، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 6 الصادرة في 17رمضان1384 الموافق ل19يناير 1965، ص 57. على أنه: "عندما تتضمن الصفقة تفصيلا تقديريا يبين أهمية مختلف أنواع الأشغال، وعندما يتبين أن التغييرات التي تأمر بها الإدارة أو تنتج عن ظروف غير متأنية من خطأ أو عمل المقاول، فتتناول أهمية مختلف أنواع الأشغال بشكل تختلف فيه المقادير بما يفوق الخمسة والثلاثين بالمائة بزيادة أو نقصان عن المقادير المقيدة في التفصيل التقدير."

[2] - تنص المادّة 136 من المرسوم الرئاسي رقم 15 -247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مؤرخ في 2 ذي الحجة عام 1436 الموافق 16 سبتمبر 2015، ج، ر، ج، ج عدد 50 الصادرة بتاريخ 6 دو الحجة 1436 الوافق ل20 سبتمبر 2015: "يشكل الملحق وثيقة تعاقدية تابعة للصفقة، ويبرم في جميع الحالات إذا كان هدفه زيادة الخدمات أو تقليلها و/ أو تعديل بند أو عدة بنود تعاقدية في الصفقة".

[3] - وهو ما نصت عليه كذلك المادة 136 / 07 من المرسوم الرئاسي رقم 15 / 247 على أنه:"بإمكان المصلحة المتعاقدة عندما تبرر الظروف ذلك، إبرام ملحق لصفقة تم تنفيذ موضوعها شريطة أن لا يكون في وسع المصلحة المتعاقدة توقع الظروف التي استدعت هذا التمديد، وأن لا تكون نتيجة ممارسات مماطلة من طرفها، ولا يمكن أن تتجاوز مدة الملحق ثلاثة أشهر والكميات بالزيادة، نسبة 10 % في المائة المذكورة في الفقرة الأولى من المادة 139"

[4] - عثمان اليوسف سمير، نظرية الظروف الطارئة وأثرها في التوازن المالي للعقد الإداري، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2009، ص137.

[5] - مجدوب عبد الحليم، الضمانات القانونية المخولة لجهة الإدارة في مواجهة المتعاقد معها أثناء تنفيذ العقد الإداري، دراسة مقارنة، اطرحوه لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعه أبو بكر بلقايد تلمسان، السنة الجامعية 2019/2018، ص 109.

[6] - جهاد ضيف الله دياب الجازي، إعادة التوازن المالي للعقد الإداري إزاء تدخلات أجنبية، دراسة تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعه الأميرة نورة بنت عبد الرحمن، كلية الإدارة والأعمال السعودية، المجلد 3 العدد 1 (2020)، ص 592.

[7] - محفوظ عبد القادر، أثر تغير الظروف على تنفيذ العقد الإداري، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في الحقوق تخصص قانون عام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون العام، جامعه أبي بكر بلقايد تلمسان 2019، ص 212.

[8] - الطماوي محمد سليمان، الأسس العامة للعقود الإدارية، دراسة مقارنة، الطبعة السادسة، دار الفكر العربي، ، 2012، ص 571.

[9] - قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا بتاريخ 1989/12/16، ملف رقم 65145 قضية (ع. ط) ضد (و .ق حرف) المجلة القضائية الجزائرية العدد الأول، 1991، ص ص 133 -135.

كما اعترف مجلس الدولة الجزائري هو الآخر لجهة الإدارة بسلطة التعديل الإنفرادي مع عدم المساس بالمزايا المالية للمتعاقد في إحدى القرارات الحديثة الصادرة عنه، قضى فيه أن:"حيث أنه خلال الإجتماع الذي تقرر بالولاية بشأن التعديل الذي طرأ على البطاقة التقنية بأن مصالح المستأنف عليها – والية برج بوعريريج – قد وافقت على مراجعة وتعديل مساحة الشقة والتي تؤخذ بعين الاعتبار خلال إعادة البطاقة التقنية كما هو ثابت من المراسلة رقم 2006/1385 المؤرخة في 2006/12/09 دون تعديل سعر المتر المربع للشقة". أشار اليه: هبة إسماعيل، تنفيذ الصفقات العمومية والرقابة الخارجية عليها، مذكرة ماجستير في القانون العام الإقتصادي، كلية الحقوق والعلو م السياسية، جامعة وهران 2، 2017/2016، ص 19.

[10] – تنص المادة 149 من المرسوم 247/15:"إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، توجه له المصلحة المتعاقدة إعذارا ليفي بالتزاماته التعاقدية في أجل محدد. وإذا لم يتدارك المتعاقد تقصيره في الأجل الذي حدده الإعذار المنصوص عليه أعلاه، فإن المصلحة المتعاقدة يمكنها أن تقوم بفسخ الصفقة العمومية من جانب واحد. ويمكنها كذلك القيام بفسخ جزئي للصفقة".

[11] – ومن أمثلة الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ في نظر الفقه والقضاء الفرنسي: ترك مواقع العمل وإيقاف تنفيذ الأشغال، وعدم تنفيذ الأعمال في مواعيدها المحددة، والتنازل عن العقد دون موافقة الإدارة. انظر رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، 2010، ص 100

[12] – سبكي ربيحة، سلطات المصلحة المتعاقدة اتجاه المتعامل المتعاقد معها في مجال الصفقات العمومية، مذكرة ماجستير، فرع قانون الإجراءات الإدارية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2013، ص 141.

[13] – عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، طبقا المرسوم الرئاسي 15 /247، القسم الثاني، الطبعة الخامسة جسور للنشر والتوزيع، المحمدية الجزائر 2017، ص 34.

[14] – ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، ب ط، دار الجامعة الجديدة لينشر، الإسكندرية، مصر، ص 575.

[15] – محكمة القضاءالإداري المصرية، 1958/06/30، القضية رقم 983، أشار إليه:مجدوب عبد الحليم، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري لدواعي المصلحة العامة، المجلة المتوسطية للقانون والإقتصاد، المخبر المتوسطي للدراسات القانونية، جامعة أبو بكر بلقايد- تلمسان-الجزائر، المجلد 2، العدد 2، 2017، ص ص 262-263.

[16] – بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 35.

[17] – علاء رضوان، 2020، هل الآثار القانونية لفيروس كورونا تمتد إلى الالتزامات التعاقدية؟ مقال نشر في موقع *https://www.youm7.com/* اطلع عليه يوم 06 أبريل 2020 الساعة 17.30.

[18] – انظر المادة 152 الفقرة 2 من المرسوم الرئاسي 247/15.

[19] – وقد أشار إلى هذا الحل كذلك تعليمة وزير الاقتصاد والمالية المغربي الخاصة بالصفقات العمومية وتسييرها في ظروف الطوارئ الصحية: «... ويسمح لأصحاب المشاريع اللجوء إلى ملحق للتنصيص على هذا التمديد مباشرة بعد رفع حالة الطوارئ الصحية. »

[20] – هو نفس الاتجاه الذي يتبناه القضاء الإداري المصري، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا بمصر بتاريخ 1972/06/17 أنه "إذا طرأت ظروف طارئة فإن من حق المتعاقد المتضرر أن يطلب من الإدارة مشاركته في هذه

الخسارة، ويكون التعويض هنا جزئيا...". أشار إليه: جابر جاد نصار، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2004، ص 329.

[21] – عشي علاء الدين، 2012، مدخل القانون الإداري، ب ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع –عين مليلة الجزائر. ص 212.

[22] – قرار الغرفة الإدارية بالمحكمة العليا، بتاريخ 1993/10/10، بين (د.ح) والمجلس الشعبي البلدي لبلدية عين الباردة، المجلة القضائية، 1994، ع.1، ص 217.

[23] – علي بن عبد الكريم السويلم، 2007، فكرة التوازن المالي للعقد الإداري في المملكة العربية السعودية، رسالة الدكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، ص 196.

[24] – علاء رضوان، المقال السابق.

[25] – المرسوم التنفيذي 69/20 السابق والمرسوم 70/20 المؤرخ في 24 مارس2020 يحدد تدابير تكميلية للوقاية من انتشار فيروس كرونا ج.ر.ج العدد 16.

[26] – حسن عبد الله حسن، عقود مقاولات الأعمال، دكتوراه في القانون العام، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2015، ص 328.

[27] – انظر التعليمة التي أصدرها الوزير الأول عبد العزيز جراد في 15 ابريل 2020 تعليق غرامات التأخر على المقاولات المكلفة بالمشاريع العمومية، نشر في موقع: (تم الاطلاع عليه في 18 2021/01 على الساعة 18:00)
https://www.radioalgerie.dz/news/ar/article/20200415/192325.html

[28] – محفوظ عبد القادر، المرجع السابق، ص 248.

[29] – انظر المادة 27 من القرار المتضمن المصادقة على دفتر الشروط الإدارية العامة.

[30] – بن ددوش نضرة، انقضاء الالتزام بدون الوفاء به في القانون الوضعي والفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه دولة في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعه وهران، 2011، ص 78.

[31] – علي محمد علي عبد المولى، الظروف التي تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 1991، ص 424

[32] – بوضياف عمار، المرجع السابق، ص 35.

[33] – تلعب القوة القاهرة دورا في إعفاء من الالتزامات في كل من القانون المدني والقانون الإداري، كما وأنها تعتبر سببا لتعطيل تطبيق العديد من الأحكام القانونية الأخرى، مثلما نصت عليه المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، التي جعلت من القوة القاهرة سببا لوقف آجال سقوط الحق انظر: القانون 09/08 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق ل 25فبراير 2008، الصادر في الجريدة الرسمية عدد 21 المؤرخ في 17 ربيع الثاني 1429الموافق ل 23ابريل2008، ص 27.