دفع الغرامة التأخيرية في الصفقات العمومية على ضوء الأحكام القانونية الجديدة الخاصة بالتدابير الوقائية الخاصة بجائحة كورونا –كوفيد 19

Pay the late fine in public procurement in light of the new legal provisions on preventive measures related to the Corona-Covid-19 epidemic

نورالدين بوشليف*
جامعة جيجل – الجزائر
nbouchlif@yahoo.fr

تاريخ الارسال:21 /05/ 2021 تاريخ القبول:31/05/ 2021 تاريخ النشر:08 /06/2021

ملخص: أدى انتشار وباء كورونا (كوفيد– 19) في الجزائر إلى تأثيره على العلاقات التعاقدية خصوصا عقب صدور المرسوم20–69 المؤرخ 21 مارس2020 المتعلق بتدابير الوقاية من انتشار وباء كورونا (كوفيد– 19) ومكافحته، حيث اقر حزمة من التدابير الوقائية جعل المتعاقد مع الإدارة في وضعية الإخلال بالالتزامات التعاقدية، في ظل هذا الوضع وللتخفيف من آثار التدابير الوقائية اتخذت الحكومة الجزائرية تدابير مؤقتة اعتبرت وباء (كوفيد– 19) قوة قاهرة يعفي المتعاقد مع الإدارة من دفع غرامة التأخير، إلا أن هذه التدابير غير فعالة مما يستدعي بحث آليات قانونية تحقق الموازنة بين مصلحة الإدارة المتعاقدة من جهة ومصلحة المتعاقد معها من جهة أخرى.

من أجل الوقوف على ذلك ينبغي بحث الحلول القانونية للأثر القانوني لـ(كوفيد– 19) على غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية في القانون الجزائري .

كلمات مفتاحية: غرامة التأخير. القوة القاهرة. الظروف الطارئة. كوفيد 19.

Abstract: The spread of the Corona (Covid-19) epidemic in Algeria has resulted in its impact on contractual relations, in particular after the publication of Decree 20-69 of March 21, 2020 relating to measures to prevent and fight against the spread of the Corona epidemic (Covid-19). A situation of breach of contractual obligations, in light of this situation and to mitigate the effects of preventive measures, the Algerian government has taken temporary measures considering the epidemic (Covid-19) as a case of force majeure which exempts the contracting with the administration of the late payment of the fine, but these measures are ineffective, requiring research into the legal mechanisms for achieving the budget. Show the interest of the contracting authority on the one hand and the interest of the contractor on the other.

To find out, we must discuss the legal solutions to the legal impact (of Covid-19) on the late payment fine in the field of public procurement under Algerian law

Keywords: latte payment fine. The majeure force. Emergency conditions. Covid 19.

*المؤلف المرسل

مقدمة:

تعتبر الغرامة التأخيرية وسيلة قانونية في تنفيذ العقود الإدارية بشكل عام والصفقات العمومية على وجه الخصوص وأحد مظاهر امتيازات السلطة العامة، تلجأ إليها المصلحة المتعاقدة لضمان السير الحسن للمرافق العامة بانتظام واضطراد تحقيقا للنفع العام.

غير أن المتعاقد مع الإدارة قد تواجهه أثناء تنفيذ الصفقة العمومية ظروف واعتبارات لم يكن بمقدوره العلم بها وقت الإبرام هذه الظروف والاعتبارات من شانها التأثير على عملية تنفيذ الصفقة.

حقيقة عرف العالم نهاية سنة 2019 ظاهرة صحية تمثلت في انتشار فيروس كورونا المعروف (بكوفيد – 19)، كانت البداية الأولى له في الصين ثم انتشر بسرعة فائقة في أرجاء المعمورة بما فيها الجزائر.

وحفاظا على الصحة العامة والوقاية من الفيروس ومكافحته سارعت جميع الدول قاطبة بما فيها الجزائر إلى إقرار حزمة من الإجراءات الوقائية لمواجهة هذا الفيروس القاتل كان أهمها المرسوم التنفيذي 20-69 [1] المتعلق بتدابير الوقاية من فيروس كورونا بتاريخ 21 مارس 2020 كغلق الحدود بين الدول تعليق الرحلات ومنع السفر ، تدابير الحجر المنزلي الصحي تعليق ممارسة الأنشطة الاقتصادية، تعليق الدراسة.

وبلا شك أن هذه التدابير الوقائية الصادرة عن المرسوم 20-69 كانت لها انعكاسات خطيرة على جميع مناحي الحياة اقتصاديا، اجتماعيا، سياسيا، ثقافيا، ومن أهم المجالات التي انعكست عليها هذه التدابير الوقائية تنفيذ الالتزامات التعاقدية في العقود بشكل عام والصفقات العمومية بشكل خاص.

ووفقا لما هو متعارف عليه في فقه القانون الإداري واجتهادات القضاء الإداري أنه يستوجب على الإدارة المتعاقدة التدخل بشكل عاجل ومساعدة المتعاقد معها للتخفيف من الآثار المترتبة عن هذه الظروف والاعتبارات .

فعلا وللحد من التأثيرات والانعكاسات السلبية للتدابير الوقائية المترتبة على تطبيق المرسوم 20-69 السابق الذكر على المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ الصفقات العمومية صدرت مجموعة من النصوص القانونية كان أولها صدور المرسوم الرئاسي 20-237 [2] له علاقة مباشرة بطرق إبرام الصفقات العمومية الذي يعدل المرسوم الرئاسي 15-247 الخاص بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، وأعقبه صدور التعليمة الوزارية رقم 163 المؤرخة في 2020/04/13 تتعلق بالتخفيف من أثار تدابير الوقاية من فيروس كورنا (كوفيد-19) ومكافحته على الأداة الوطنية للانجاز[3]، ثم تلاه صدور مراسلة المديرية العامة للميزانية رقم 2138 المؤرخة في 26 أفريل 2020 [4]التي أكدت على تطبيق غرامة التأخير على ضوء التعليمة الوزارية رقم 163 المؤرخة في 13 افريل 2020.

مما لا شك فيه أن لمعالجة هذه الورقة البحثية أهمية بالغة بالنسبة للمتعاقد مع الإدارة باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة التعاقدية، فبعد إقرار الجزائر حزمة من التدابير الوقائية كتعليق الرحلات الجوية ، تدبير الحجر

الصحي المنزلي ، الغلق الإداري تعذر على المتعاقدين مع الإدارة تنفيذ الصفقات العمومية كما هو متفق عليه في بنوذ العقد الأمر الذي جعلهم في وضعية الإخلال بالالتزامات التعاقدية يكون ذلك مبررا للإدارة المتعاقدة توقيع الجزاءات المالية (الغرامة التأخيرية) وذلك لجبرهم على التنفيذ ، جاء هذا المقال لتسليط الضوء على النصوص القانونية التي لها علاقة بالموضوع ومدى مساهمتها في التخفيف من أثار(كوفيد– 19)على تنفيذ الصفقة العمومية .

تقودنا هذه المقدمة إلى طرح الإشكالية التالية: بحكم التأثير الكبير لوباء كورونا –كوفيد 19– على تنفيذ الصفقات العمومية بشكل عام، فهل هناك مستجد في مسألة تطبيق الغرامة التأخيرية على المتعاقد الذي لم ينفذ التزاماته؟

للإجابة عن هذه الإشكالية تم اعتماد المنهج التحليلي والمنهج الجدلي كما قمنا بتقسيم هذه الورقة البحثية إلى نقطتين أساسين:

المبحث الأول: الطابع المميز لتطبيق الغرامة التأخيرية في مجال الصفقات العمومية على ضوء جائحة كورونا.

المبحث الثاني: آثار إتباع الإجراءات الخاصة لدفع الغرامة التأخيرية لإبرام الصفقات العمومية: الإعفاء أم الإلزام؟

المبحث الأول: الطابع المميز لتطبيق الغرامة التأخيرية في مجال الصفقات العمومية على ضوء جائحة كورونا.

تمتلك الإدارة المتعاقدة سلطة توقيع الجزاءات الإدارية كجزاء إخلال المتعاقد مع الإدارة بأحد بنود الصفقة ومن أهم الجزاءات الإدارية توقيع غرامة التأخير، وهذه السلطة التي تتمتع بها الإدارة المتعاقدة تستمدها من امتيازات السلطة العامة في الصفقات العمومية ومبدأ حسن سير المرافق العامة.

نستعرض الطابع المميز لغرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية من خلال الوقوف على مميزات تطبيق غرامة التأخير، ثم نعرج على شروط تطبيق غرامة التأخير، وأخيرا أتطرق إلى الطبيعة القانونية لغرامة التأخير.

المطلب الأول: مميزات غرامة التأخير.

تعرف الغرامة التأخيرية لدى غالبية الفقه بأنها مبلغ مالي يتم الاتفاق عليه في العقد على أداء المتعاقد لصالح الإدارة بسبب إخلاله بالتزاماته التعاقدية بالمدة التي يحددها العقد، تهدف هذه الغرامة لضمان تنفيذ العقد في الموعد المحدد في العقد، وذلك ضمانة لحسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد[5].

تشتمل غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية على الخصائص التالية :

الفرع الأول: غرامة التأخير تلقائية.

تطبق غرامة التأخير بصفة تلقائية بمجرد التأخير ودون حاجة إلى تنبيه أو اعذار للمتعاقد مع الإدارة ، كما أنها توقع ولو لم يترتب عليها أي ضرر[6]، حيث سبق لمجلس الدولة المصري اعتماد هذا التوجه وقضى "أن الغرامة التأخيرية تستحق بمجرد انتهاء آجال التنفيذ المنصوص عليها في العقد الإداري دون التنبيه باستحقاقها"[7].

ويختلف الوضع عنه في فرنسا حيث تلتزم الإدارة المتعاقدة من حيث المبدأ بإعذار المتعاقد معها المقصر بالغرامة التأخيرية قبل توقيعها، وهذا تماشيا مع الخصائص المشتركة للجزاءات الإدارية والتي تبدأ في السريان من يوم الاعذار بها[8].

في الجزائر لا تشير نص المادة 147 من تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام لهذه الخاصية، غير أنه وباستقراء أحكام المرسوم 15-247 لاسيما البند المخصص للجزاءات الإدارية فهي تولي أهمية بالغة لإعذار المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاءات الإدارية بشكل عام، حيث اشترطت المادة 149 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويض المرفق العام عند استخدام الإدارة لحقها في الفسخ ضرورة توجيه الاعذار قبل توقيعه[9] .

ويعتبر اعذار المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع الجزاء أمر منطقي وضروري تفرضه قواعد العدالة، إذ يمكن له بعد اعذاره تصحيح المخالفة وقد تنتهي المشكلة عند هذا الحد .

الفرع الثاني: غرامة التأخير تفرض بقرار إداري.

تحدد غرامة التأخير بموجب قرار إداري صادر من الإدارة المتعاقدة دون حاجة لصدور حكم قضائي ، وهذا القرار يلتزم من خلاله المتعاقد مع الإدارة بدفع الغرامة بمجرد وقوع التأخير في التنفيذ بغض النظر عن حصول الضرر وإثباته[10]، وتجد هذه الخاصية أساسها في امتيازات السلطة العامة التي تحظى بها الإدارة في القرارات الإدارية وهي التنفيذ المباشر.

وما هو متعارف عليه قانونا ومستقر عليه قضاء أن الأحكام التعاقدية للصفقة ودفاتر الشروط المتعلقة بها هي التي تحدد نسبة العقوبات المالية بما فيها غرامة التأخير، وتحدد كيفيات فرضها أو الإعفاء فيما تتولى المصلحة المتعاقدة نفسها فرض العقوبات المالية يكون ذلك بناءا على قرارات إدارية تتخذها لهذا الغرض.

تكرس المادة 147 -01 من المرسوم الرئاسي 15-247 هذه الخاصة بنصها على ما يلي:".....فرض عقوبات مالية دون الإخلال بتطبيق العقوبات المنصوص عليها في التشريع المعمول به"[11] .

يبقى الإشكال المطروح الذي ستجيب عليه هذه الورقة البحثية في الشق الثاني منها هل للسلطة الإدارية غير المتعاقدة إصدار قرارات إدارية تتضمن الإعفاء من دفع غرامة التأخير؟

الفرع الثالث: غرامة التأخير ذو طبيعة اتفاقية.

المستقر عليه أن العقد الإداري هو الذي يحدد مقدار الغرامة التأخيرية التي توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد معها جراء التأخر في التنفيذ أو التنفيذ بطريقة مخالفة لما تم الاتفاق عليه في بند الصفقة .

جدير بالملاحظة الإشارة أنه إذا ترتب عن التأخر في التنفيذ ضررا بالمصلحة المتعاقدة وفاق هذا الضرر قيمة مبلغ الغرامة المنصوص عليها فلا يجوز للإدارة تعديله حسب هذا التوجه، حيث يعتبر أن غرامة التأخير ذو طبيعة اتفاقية لا تنظيمية تخضع لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين [12].

من جهة أخرى يذكر أن فيه تيار فقهي يعارض بشدة هذه المسألة كونها تبرز الدور الأساسي لإرادة الأطراف في استبعاد القانون الذي ينظم القواعد الإجرائية لغرامة التأخير [13].

كرس المشرع الجزائري في المادة 02/147 من المرسوم 15-247 السابق الذكر الطابع التعاقدي والتنظيمي لغرامة التأخير كصورة للجزاءات المالية التي توقعها الإدارة المتعاقدة على المتعاقد المخالف، من خلال إخضاعها لأحكام العقد شريعة المتعاقدين ودفاتر الشروط التي تعدها المصلحة المتعاقدة مسبقا، وهي ذو طبيعة تنظيمية، حيث تنص المادة 147-02 من المرسوم 15-247 على ما يلي:".....تحدد الأحكام التعاقدية للصفقة نسبة العقوبات المالية وكيفيات فرضها أو الإعفاء منها طبقا لدفاتر الشروط المذكورة في المادة 26 من هذا المرسوم باعتبارها عناصر مكونة للصفقات العمومية.." [14].

المطلب الثاني: شروط تطبيق غرامة التأخير

يتطلب ممارسة الإدارة لحقها في توقيع غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية توفر بعض الشروط بالرغم من الامتيازات المعترف بها للإدارة في الصفقات العمومية، وهذا الأمر يدخل في إطار إضفاء المشروعية على التصرفات الإدارية بشكل عام، وتكمن هذه الشروط في:

الفرع الأول: أن ينسب التأخير إلى المتعاقد نفسه.

ويقصد بذلك وجود عنصر خارجي يكون سببا في التأخر في تنفيذ الصفقة العمومية، فإذا اثبت المتعاقد مع الإدارة توفر السبب الأجنبي كالقوة القاهرة يكون ذلك سببا للإعفاء من دفع غرامة التأخير .

خلافا لذلك لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة التحلل من التزاماته من دفع غرامة التأخير طالما أنه هو المتسبب في عدم التنفيذ في الآجال المقررة، وبذلك يكون قد ارتكب خطأ وخطأ المتعاقد هنا يتجلى في عدم التزامه بالمواعيد المحددة بموجب العقد.

جدير بالذكر أنه بمجرد تأخر المتعاقد مع الإدارة عن التنفيذ تملك الإدارة سلطة توقيعها ولا يرتبط ذلك بضرورة تحقق الضرر أو تحقيق مصلحة لجهة الإدارة المتعاقدة [15].

الفرع الثاني: تضمين الغرامة التأخيرية في نص العقد.

يتطلب لفرض الغرامة التأخيرية كبقية الجزاءات المالية النص عليها في العقد، وبخلاف ذلك لا يحق للإدارة توقيعها على المتعاقدين، غير أن بعض الفقه يرى أنه بإمكان إعفاء الإدارة من هذا الشرط في العقد على أساس أن الإدارة تستطيع النص في العقد على عدم تطبيق الغرامة في حالة تراخي المتعاقد في التنفيذ.

فضلا على أن عدم إلزامية النص عليه في العقد كشرط لتطبيق الغرامة عند البعض ينطلق من فلسفة الإدارة في توقيع الجزاء التي تعتبر سلطة مستقلة عن نصوص العقد، وهي موجودة حتى ولم ينص عليها في العقد وإذا نص القانون على بعضها لا يعني تقييد حريتها فيما عدى ما نص عليه [16].

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية المميزة لغرامة التأخير.

اختلف الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية لتوقيع غرامات التأخير على المتعاقد مع الإدارة، حيث يذهب اتجاه إلى اعتبار الأساس عقديا، وهي كما يفهم البعض مجرد تعويضات جزافية مصدرها نصوص العقد لا يشترط ثبوت الضرر ولا يجوز للمتعاقد الدفع بعدم وقوع الضرر [17].

بينما يرى اتجاه أخر أن الأساس القانوني لفرض الغرامة ليس تعاقديا وهي عبارة عن جزاء مالي تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد المخالف للشروط التعاقدية بغض النظر عن الضرر [18] ، وهناك اتجاه آخر يرى أن غرامة التأخير لها أساس مختلط تجمع بين التعويض الجزافي والتهديد.

الفرع الأول: الطبيعة التعاقدية للغرامة التأخيرية:

يرى أنصار هذه النظرية أن غرامة التأخير لها أساس عقدي على اعتبار أن الغرامة ما هي إلا مبالغ مالية توقعها المصلحة المتعاقدة نتيجة الإخلال بالالتزامات التعاقدية، وفي حالة عدم النص عليها في العقد لا يجوز المتعاقدة تطبيقها[19].

وهذا الاتجاه يجد من يسانده في القضاء حيث قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في بعض أحكامها بوجوب تطبيق ما ورد في العقد بشأن تحديد مقدار الغرامة وليس لها كقاعدة عامة أن يخالفه أو تطبق بشأنه نصوص لائحة المناقصات [20].

كما أكد مجلس الدولة الجزائري على الطابع التعاقدي لغرامة التأخير وذلك في إطار احترام دفاتر الشروط المعدة سابقا، تأكد ذلك في القرار القضائي الصادر عنه بتاريخ 13-06-2007 رقم 037552 باقراره ما يلي: "حيث كما هو متفق عليه بصريح العبارة في العقد، العارضة وجدت نفسها مجبرة على تطبيق عقوبات التأخير حسب الكيفية المبينة في المادة 24-01 من الصفقة باعتبار أن مبلغ العقوبة التأخيرية لا يقل عن 10 بالمائة من مبلغ الصفقة."[21].

الفرع الثاني: الطبيعة غير التعاقدية لغرامة التأخير:

يرى أغلب الفقهاء أن أساس فرض غرامة التأخير قانوني وليس تعاقدي على أساس أن امتيازات الإدارة في فرض العقوبات الإدارية موجودة ولا تحتاج إلى النص عليها في العقد[22]، كما أن حسن المرافق العامة بانتظام وباضطراد يحتم على الإدارة المتعاقدة إجبار المتعاقد معها على تنفيذ التزاماته التعاقدية ومن ثم توقيع الغرامات التأخيرية للضغط عليه دون حاجة لاستصدار حكم قضائي ودون حاجة للنص عليها[23].

خلاصة القول لقد اختلف حول الطبيعة القانونية لغرامة التأخير حيث يصفها البعض بأنها تعويضات جزافية مصدرها نصوص العقد لا يشترط ثبوت الضرر ولا يجوز للمتعاقد الدفع بعدم حدوث الضرر نتيجة

لتقصيره في تنفيذ التزاماته، يصفها البعض الأخر على أنها جزاء مالي كونها مجرد جزاء اتفاقي تملك الإدارة توقيعه على المتعاقد المخالف للشروط التعاقدية بغض النظر عن الضرر .

يذهب البعض الأخر إلى اعتبار غرامة التأخير ذو طبيعة مختلطة وهي الجمع بين النص القانوني والعقد ، وهو ما أخد به القانون الجزائري في المادة 147 من المرسوم 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ، وحرص القضاء الإداري الجزائري على تكريسه في العديد من القضايا المعروضة عليه .

المبحث الثاني: آثار إتباع الإجراءات الخاصة لدفع الغرامة التأخيرية في مجال الصفقات العمومية: الإعفاء أم الإلزام؟

لا يختلف اثنان في أن أزمة كورونا شكلت بلا ريب أزمة قانونية واختبارا حقيقيا مباشرا لمدى فعالية النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع في إيجاد تكييف قانوني لها من خلال الثابت من المفاهيم المسلم بها منذ عقود من الزمن، ولمعرفة أثار إتباع الإجراءات الخاصة على الغرامة التأخيرية يتطلب بحث مسالتين في غاية الأهمية المسألة الأولى تتعلق بالتكييف القانوني الحقيقي لوباء كورونا ، والمسألة الثانية تتعلق بالتكييف في ضوء القانون الجزائري وأثر ذلك على سير المرفق العام (الفرع الثاني).

المطلب الأول: التكييف القانوني لوباء كورونا: بين القوة القاهرة والظروف الطارئة.

توجد بعض الأحداث قد تطرأ لأسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين تجعل من المستحيل أو على الأقل من الصعب على المتعاقدين مع الإدارة تنفيذ الالتزامات وفقا لما هو محدد في نص العقد أو الصفقة .

وطبقا لمبادئ القانون الإداري وأحكام القضاء الإداري فان نظرية القوة القاهرة تجعل من تنفيذ الصفقة العمومية مستحيلا يكون مبررا لفسخ العقد من طرف الإدارة، في حين أن نظرية الظروف الطارئة يستمر المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ الالتزامات التعاقدية ولا يجعل تنفيذه مستحيلا، وهو ما يؤثر بلا شك على تطبيق الغرامة التأخيرية من عدمها.

الفرع الأول: التكييف القانوني لـ (كوفيد- 19)على أنها قوة قاهرة.

لمعرفة مدى انطباق نظرية القوة القاهرة على واقعة وباء كورونا (كوفيد- 19) يقتضي التركيز على أهم المسائل القانونية المرتبطة بها ، كتعريف القوة القاهرة، وإبراز شروط إعمال النظرية.

أولا-تعريف القوة القاهرة.

أ-التعريف الفقهي

من أشهر تعريفات القوة القاهرة لدى الفقهاء تعريف السنهوري، حيث يعرفها " أنها أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هناك خطا في جانب المدين"[24].

ب- التعريف التشريعي للقوة القاهرة.

عرف المنظم الجزائري القاهرة في المادة 19/05 من القانون رقم 05-07 المتعلق بالمحروقات بأنها: "كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره، والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية، أو العديد منها آنيا أو نهائيا غير ممكنا"[25].

كما أشار إليها في القانون المدني واعتبرها سببا عاما من أسباب الإعفاء من المسؤولية، حيث تنص المادة 127 من القانون المدني على ما يلي:" إذا ثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لايد فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر"[26].

وأشارت المادة 322 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الجزائر واعتبرت القوة القاهرة استثناء لسقوط حق الطعن بسبب عدم احترام الآجال المقررة في القانون [27].

ج-التعريف القضائي للقوة القاهرة.

تبنى القضاء الجزائري تعريف القوة القاهرة في العديد من أحكامه، حيث عرفها في القرار الصادر عنه (المحكمة العليا) سنة 1990 على أنها " ...حدث يسبب قوة تفوق قوة الإنسان لا يستطيع هذا الأخير أن يتجنبها أو أن يتحكم فيها ، كما تتميز القوة القاهرة بطابع عدم القدرة على التوقع.."[28].

ثانيا-شروط القوة القاهرة.

من خلال تعريفنا للقوة القاهرة يتضح أن الفعل أو الحادث حتى يكتسي القوة القاهرة لابد من توافر الشروط التالية:

أ-أن تكون الواقعة غير ممكنة التوقع.

يقصد بهذا الشرط أن تكون الواقعة غير ممكنة في لحظة معينة، ويشترط الرأي الراجح في الحادث أن يكون غير متوقع لا من جانب الخصم بل من اشد الناس حرصا[29].

وهذا الشرط حرص على تكريسه اجتهاد المحكمة العليا الجزائرية في العديد من المناسبات، ففي مجال نقل الأشخاص جاء في قرارها بتاريخ 30-03-1983 بأنه".... يلزم ناقل المسافرين وفقا للمادتين 62-63 من القانون التجاري الجزائري بضمان سلامة المسافر ولا يجوز إعفاءه من المسؤولية إلا إذا اثبت أن الضرر سببه القوة القاهرة أو خطأ المسافر ، أو لم يكن يتوقعه....."[30].

جدير بالملاحظة أن تقدير عدم التوقع تكون عند إبرام العقد الأمر الذي يفهم منه أنه لا يلزم لاعتبار الحادث ممكن التنبؤ إذا علم به المدين وكان لا تخفى على رجل حريص [31] ، وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 29-12-2009 بمناسبة قضية تتعلق بانتشار وباء **(chukungunya)** سنة 2006 حيث اعتبرت هذه الأخيرة أن شرط عدم التوقع الذي يبرر فسخ العقد لم يتحقق ما دام أن الاتفاق ظهر في يناير 2006 ، أي بعد ظهور الوباء[32].

ب-استحالة الدفع والتنفيذ.

يقصد باستحالة الدفع عدم قدرة المدين على منع وقوع الحادث، وحتى تتحقق ذلك وجب أن يكون هذا الأخير قد اتخذ جميع الخطوات اللازمة لمنع تحقق الحدث .

وعليه تكون القوة القاهرة سببا في استحالة التنفيذ إذا كان المدين قد وقف في مواجهتها كما يقف الرجل العادي واتخذ اللازم من الاحتياطات ولم يقصر في التنفيذ، ويعود تقدير ذلك لقاضي الموضوع يستنتجها من الظروف والملابسات المحيطة بكل حادثة [33].

الجدير بالملاحظة بشأن شروط إعمال القوة القاهرة أن اغلب التشريعات تبنته، غير أن التشريع الفرنسي المدني عدل في السنوات الأخيرة عن هذه الشروط لإعمال النظرية والتي كانت منصوص عليها بموجب المادة 1148 من القانون رقم 07-002-1808 بتاريخ 1804/02/17 لصالح تكريس جديد للقوة القاهرة في المادة 1218 المستحدثة بموجب المرسوم رقم 131 لعام 2016 بتاريخ 10-02-2016 والتي تنص على أنه" تتحقق القوة القاهرة ففي المسائل التعاقدية عندما يمنع حدث خارج عن سيطرة المدين لم يكن من الممكن التنبؤ به وقت إبرام العقد، ولا يمكن تفادي أثاره باتخاذ التدابير المناسبة بحيث يمنع المدين من تنفيذ التزاماته".

وتطبيقا على وباء كورونا يمكن القول أن وباء كوفيد-19 قد يصنف على أساس قوة قاهرة إذا جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا، وبذلك نقول باستحالة التنفيذ وانفساخ العقد بقوة القانون دون الحاجة إلى حكم قضائي أو ينفسخ جزئيا بما يوازي الظروف المستجدة، وقد لا تصنف على أساس قوة قاهرة والأمر متروك للسلطة التقديرية للقاضي .

إن البحث في نتيجة توافر وباء كورونا على هذه الشروط يدفع باتجاه ايجابية النتيجة كون الفيروس حدث عالمي يشمل كافة الدول ولا يمكن توقعه أو دفع نتائجه، لهذا من الممكن لبعض الأنشطة التجارية والخدماتية المتضررة مباشرة التمسك بتوافر معيار القوة القاهرة كمبرر لفسخ العقد من تلقاء نفسها أو إيقاف تنفيذها إلى حين زوال الوباء كما هو معمول به في المادة 1218 من القانون المدني الفرنسي [34].

إذ أن وباء كورونا قد أثر على جميع مناحي الحياة إذ أن العديد من الالتزامات والعقود التي أبرمت قبل ظهور الوباء أو بعدها توقف تنفيذها بسبب الإجراءات والتدابير الوقائية التي اتخذتها كافة الدول كالحجر الصحي والتباعد الاجتماعي...الخ .

ومن الناحية النظرية قد يصعب القول أو الحكم بانعدام القوة القاهرة عن وباء كورونا أمام هذه الوضعية، وهذا ما صرح به السياسيون بعد اكتشاف الوباء مباشرة، لاحظنا مثلا تصريح كلا من وزيري العمل **بينيكو ميريا** ووزير الاقتصاد الفرنسي **برينو لومار** في لقاء تلفزيوني حيث صرحا بأن وباء كورونا قوة قاهرة بالنسبة للمؤسسات والعمال وأصحاب العمل ، كما صرح الرئيس الفرنسي **ايمانويل ماكرون** لوسائل الإعلام أن ما يحدث حرب بيولوجيا، كذلك الصين التي ظهر فيها الوباء وصل بها الأمر إلى استصدار شهادات القوة القاهرة للتخفيف من أثار الجائحة، كما اعتبرته منظمة الصحة العالمية بمثابة جائحة .

إلا أن القضاء لا يتقيد بالتصريح أو النص القانوني و له كامل الصلاحية في إطار سلطته التقديرية في اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة، فيمكن اعتبارها قوة قاهرة ويمكن اعتبارها ظرف طارئ.

جدير بالذكر الإشارة إلى ما ذهب إليه القضاء الفرنسي الإداري في العديد من الأحكام، حيث اسقط وصف القوة القاهرة عن كثير من المواضيع التي لها علاقة بالأوبئة، وضيق إلى ابعد الحدود من نطاق تطبيق القوة القاهرة .

ومن مظاهر تضييق مجلس الدولة الفرنسي من نطاق تطبيق القوة القاهرة في مجال الأوبئة اشتراط أن يكون الحادث أو الوباء بعد إبرام العقد وليس قبله، كما هو الحال بالنسبة للحكم الصادر عن محكمة الاستئناف(**Basse-terre**) الذي قضى بانعدام القوة القاهرة إذا كان سابقا على العلاقة التعاقدية وذلك عقب انتشار مرض وباء (**chikungunya**) على الرغم من خطورة الوباء وما يسببه من مضاعفات كبيرة وآلام على مستوى المفاصل والحمى والتعب، وجاء هذا الرفض بعدما اعتبرته محكمة الاستئناف متوقع في المنطقة ويمكن دفعه حيث يكفي أخذ أدوية ومسكنات للحد من انتشاره وبدون آثار جانبية على الجسم[35].

كما شددت الغرفة الأولى لمحكمة الاستئناف (**لنانسي**) من نطاق تطبيق القوة القاهرة على اثر انتشار وباء **حمى الضنك** في جزيرة **المارتينيك** في سبتمبر 2007 ولم تعتبر وباء حمى الضنك من قبيل القوة القاهرة رغم خطورته مؤسسة رفضها على أساس أن وباء **حمى الضنك** ليس خطرا غير متوقعا بالنظر إلى الطابع الوبائي للمرض بهذه المنطقة، وأضافت أن المنطقة سبق وان على عرفت حالات مماثلة سابقا مما ينفي عن الحادث لأمر عدم التوقع، فضلا عن أمكانية دفع الوباء خاصة مع وجود وسائل الحماية والوقاية [36].

غير أن القضاء الفرنسي في بعض الأحيان قد يغير من موقفه إزاء تطبيق نظرية القوة القاهرة في مجال الأوبئة، حيث عرضت عليه قضايا مماثلة بعد انتشار وباء كورونا كوفيد 19 اعتبر خلالها أن وباء كوفيد 19 قوة قاهرة ، فقضت محكمة استئناف (**douai**) أن الأحداث الصحية المرتبطة بفيروس كورونا والتي أدت إلى إلغاء الرحلة الجوية المبرمجة بتاريخ 9 مارس 2020 من فرنسا إلى ايطاليا من طرف السلطات الايطالية حادث يتعلق بقوة قاهرة ولا يمكن إسناده إلى خطأ عدم العناية من طرف الإدارة[37].

كما قضت محكمة استئناف (**Colmar**) أن الأحداث الناتجة عن جائحة كورونا والتي منعت شخصا من جنسية سنيغالية تطلب اللجوء السياسي في فرنسا السيد (**Victor**)من حضور الجلسة يعود لطابع القوة القاهرة فهي خارجة عن إرادة الأطراف غير متوقعة ولا يمكن دفعها[38].

الفرع الثاني: التكييف القانوني لـ(كوفيد- 19) على أنه ظرف طارئ.

بناء على امتيازات الإدارة المتعاقدة في الصفقات العمومية تمتلك هذه الأخيرة سلطة تعديل العقد بإرادتها المنفردة ولا يقيدها في ذلك إلا المصلحة العامة وعدم المساس بجوهر الحق، إلا أنه وبالنظر إلى ظروف وأحداث قد تطرأ بعد إبرام العقد ولم تكن متوقعة أثناء إبرامه تقلب اقتصاديات العقد الإداري وتجعله مرهقا في

التنفيذ لا مستحيلا، في هذا الإطار جاز للمتعاقد مع الإدارة التمسك بمساهمة الإدارة في تحمل الخسارة ومن تم الاستفادة من أحكام النظرية .

من الأهمية بمكان التطرق إلى تعريف الظروف الطارئة وتناول شروط قيام الظروف .

أولا-تعريف الظروف الطارئة:

تعرف نظرية الظروف الطارئة في فقه القانون الإداري والقضاء الإداري أنه إذا حدثت أثناء تنفيذ العقد الإداري أن طرأت ظروف أو أحداث لم تكن متوقعة عند إبرام العقد وقلبت اقتصادياته وجعلت تنفيذ العقد مرهقا جاز للمتعاقد المتضرر أن يطلب من الطرف الأخر مشاركته في هذه الخسارة [39].

كما تعرف النظرية على أنها" كل حادث عام لاحق على تكوين العقد وغير متوقع الحصول أثناء التعاقد يؤدي إلى إرهاق المدين في التنفيذ إرهاقا شديدا، وتتهدده خسارة فادحة تخرج عن المألوف في خسارة التجار، ودون أن يبلغ القوة القاهرة"[40].

تم تكريس نظرية الظروف الطارئة في التشريع الجزائري بموجب المادة 107 من القانون المدني الجزائري بنصها على ما يلي: ".....غير انه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وان يصبح مستحيلا صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة جاز، للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق يخالف ذلك"[41] .

من خلال تعريف الظروف الطارئة يمكن استخلاص شروط انطباقها وهي:

ثانيا-شروط انطباق الظروف الطارئة .

من أجل تطبيق نظرية الظروف الطارئة ينبغي توفر شروط أساسية وهي:

1-تنفيذ الالتزام مرهقا لا مستحيلا:

وهذا الأمر يختلف عن القوة القاهرة يترتب عنه وبمقتضى القانون وتبعا للظروف وبعد الموازنة بين المصالح المختلفة للأطراف برد الالتزام إلى الحد المعقول، حيث تتوزع الخسارة أو تبعة الحادث بين أطراف العلاقة التعاقدية ، كما ويرجع أمر تقدير الظروف والموقف إلى السلطة التقديرية للقاضي[42].

2-استمرارية المتعاقد في تنفيذ الصفقة العمومية:

وهذا الأمر مستوحى من الأحكام القضائية التي أسست هذا الشرط ليتمكن المتعاقد من الاستفادة من النظرية، لان نظرية الظروف الطارئة لا تجعل التنفيذ مستحيلا.

ففي فضية (**propétrol**) أكد القضاء الفرنسي الإداري خلالها على شرط الاستمرارية في التنفيذ كشرط للنظرية، وذلك حين توقفت الشركة عن التموين بسبب الارتفاع الذي عرفته السوق الدولية في سعر المواد الأولية ابتداء من 23 أوت 1973، بعد توجيه اعذار من الديوان العام للسكن لمدينة **سترازبورغ** الأمر الذي قرر خلاله رئيس الديوان فسخ الصفقة على حساب المتعاقد، فضلا عن المطالبة بالتعويض لدى المحكمة

الإدارية **سترازبرغ**، وعليه قضت المحكمة لصالح رئيس لإدارة، وعندما عرضت المسألة على مجلس الدولة الفرنسي أقر مجلس الدولة بأحقية الشركة في الاستفادة من نظرية الظروف الطارئة إذا واصلت الشركة تنفيذ التزاماتها التعاقدية(43).

وبخصوص إمكانية فرض الغرامة التأخيرية في ظل الظروف الطارئة فان العديد من أخصائي القانون الإداري يؤيدون تطبيق غرامة التأخير على المتعامل إذا ما توقف عن مواصلة تنفيذ التزاماته استنادا إلى الظروف الطارئة، ولا يمكن للظرف الطارئ أن يشكل عذرا لعدم التنفيذ مادام ذلك ممكنا وإلا تعرض المتعاقد مع الإدارة لتوقيع غرامة التأخير (44).

ويمكن القول أن جائحة كورونا كوفيد19 قد يشكل ظرفا طارئا إذا جعلت تنفيذ الالتزام صعبا أو مرهقا لا مستحيلا، وبذلك نتجه إلى مواصلة تنفيذ العقد الإداري ولا يتوقف المتعاقد مع الإدارة التنفيذ أثناء الظروف الطارئة، كما أن توقف المتعاقد مع الإدارة أثناء الظروف الطارئة لا يلغي حق الإدارة في توقيع الغرامة التأخيرية، وعليه فكل واقعة مادية حكمها الخاص بها الذي يجب على قاضي الموضوع تقديره.

خلاصة القول وباء كورونا يخضع إلى كل النظريتين ويكون معيار خضوعه هو مدى تأثيره في العقد المطلوب تنفيذه فإذا كان التأثير هو إرهاق أحد طرفي العقد إرهاقا شديدا بأن يتسبب كورونا في ارتفاع تكلفة الإنتاج أو زيادة أسعار الشحن بصورة مرهقة فان الوباء يعتبر من قبل الظروف الطارئة بالنسبة للدول التي تأخذ بالنظرية ، أما إذا تسبب الوباء في استحالة تنفيذ العقد كأن يصبح ثقل الخدمات والوفاء بالالتزام مستحيلا فان الوباء يعتبر قوة قاهرة .

وهذا الأمر في اعتقادي مسألة تقديرية ينظر فيها قاضي الموضوع واقعة بواقعة.

المطلب الثاني: تكييف وباء كوفيد -19 في ضوء القانون الجزائري وأثر ذلك على أداء المرفق العام.

طبقا لما هو مستقر عليه في الفقه والقضاء أن الجزاءات المالية بما فيها غرامة التأخير تتخذها السلطة الإدارية المتعاقدة نظرا لما تتميز به الإدارة المتعاقدة من سلطات وامتيازات واسعة في العقد الإداري، وهذه الامتيازات في الحقيقة تبررها حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، كما أن إيثار ضرورة حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد على المصالح الخاصة للمتعاقد ليس معناه التضحية بهذه المصالح، وعليه يمكن للمصلحة المتعاقدة إعفاء المتعاقد من دفع غرامة التأخير إذا كان الأمر ضروري يستدعي الإعفاء. وعليه يمكن البحث فيما إذا كان وباء كوفيد- 19 في الجزائر يشكل قوة قاهرة تستدعي الإعفاء،؟ وإذا كانت الإجابة بالقبول ما أثر ذلك على أداء المرفق العام؟

الفرع الأول: اعتبار كوفيد 19- قوة قاهرة في ضوء التعليمة رقم 163 المؤرخة في 13-04-2020 .

لا يختلف اثنان على أن تطورات الوضعية الصحية المرتبطة بوباء كوفيد 19 والآثار الناجمة عن تدابير الوقاية من الفيروس ومكافحته قد أثرت سلبا على وضعية المتعاقد مع الإدارة، ، فلاشك أن الكثير

المتعاقدين مع الإدارة وجدوا نفسهم أمام استحالة حقيقة أو إرهاق شديد في تنفيذ التزاماتهم التعاقدية طبقا لما تم الاتفاق عليه في بنود الصفقة ودفتر الشروط .

في هذه الأثناء سارعت الحكومة الجزائرية إلى إصدار تعليمة تحمل رقم 163 المؤرخة في 13 أفريل 2020[45]للتخفيف من أثار تدابير وباء كورونا كوفيد 19 ومكافحته على الأداة الوطنية للانجاز، تم من خلالها تعليق فرض غرامات التأخير والإعفاء من دفعها في حق المتعاقدين الذين يجدون أنفسهم في استحالة تنفيذ الالتزامات التعاقدية، ويتعلق الأمر بجميع صفقات الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات ذات الطبع الإداري .

من قراءة التعليمة رقم 163 الخاصة بالتخفيف من أثار التدابير الوقائية لمنع انتشار كوفيد 19 ومكافحته، وما ترتب على ذلك من إعفاء المتعاقدين مع الإدارة بسبب استحالة التنفيذ تعكس مدى حرص المشرع الجزائري في توفير الحماية القانونية للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وهذا أمر منطقي تقتضيه المصلحة العامة وهو ليس بشيء جديد في القضاء الإداري حيث يعترف القضاء الإداري للمتعاقد مع الإدارة بإعادة التوازن المالي للعقد إذا كانت الظروف المحيطة لا تسمح بتنفيذ العقد كما تم الاتفاق عليه في العقد .

إلا أن القراءة الفاحصة للتعليمة رقم 163 المشار إليها أعلاه تجعلنا أمام تحديين هامين وهما:

أولا-هل يشكل وباء كورونا كوفييد- 19 قوة قاهرة تستدعي الإعفاء من دفع غرامة التأخير في الجزائر؟

من الناحية النظرية قد يصعب القول أو الحكم بانعدام القوة القاهرة عن الوباء الحالي خاصة أمام التدابير التي اتخذتها الجزائر لمنع انتشار مرض وباء كوفيد 19 ومكافحته من تعليق وسائل النقل وتعليق ممارسة الأنشطة الاقتصادية، واحترام قواعد التباعد الاجتماعي وما ترتب عنه من عدم توفر اليد العاملة، ناهيك عن انطباق شروط القوة القاهرة على هذا الوباء .

إلا أنه وبإجراء مقارنة بسيطة ببعض الدول التي عرفت منظوماتها القانونية تطبيق تدابير وقائية صارمة وعلى نطاق واسع بسبب حصد الوباء لعدد هائل من الضحايا ، وأسوة ببعض الاجتهادات القضائية في هذه الدول لاسيما اجتهادات مجلس الدولة الفرنسي التي توجهت إلى التضييق من نطاق تطبيق القوة القاهرة فيما يتعلق بالأوبئة عموما وكورونا على وجه الخصوص، وعليه يمكن أن تكون الإجابة على خلاف ما تقرره التعليمة رقم 163 المؤرخة في 13 أفريل 2020 لاسيما وأن التعليمة السابقة تشير إلى أحد الشروط العامة للقول بالقوة القاهرة ويتعلق الأمر باستحالة التنفيذ متجاهلة في ذلك بقية الشروط العامة التي أقرتها النصوص القانونية و كذلك الشروط الخاصة التي وضعها القضاء.

يمكن القول أن انتشار وباء كوفيد 19 في الجزائر قد لا يستدعي اتخاذ هذه التدابير الوقائية التي أصبحت في الوقت الحالي مصدر قلق للفرد والمجتمع، كما أن تكييف كوفيد- 19 بأنه قوة قاهرة يعفي المتعاقد

مع الإدارة من دفع غرامة التأخير في جميع الأحوال ودون تضييق نطاق تطبيقه أمر مبالغ فيه، وقد يترتب عن هذا الإطلاق أثار سلبية على انجاز المشاريع الحكومية.

ثانيا-عن استبعاد سلطة القاضي في تكييف وباء كوفيد 19- على أنه قوة قاهرة.

بالنظر إلى السوابق القانونية والقضائية في مجال تكييف الحوادث وبالنظر للآراء الفقه الإداري يمكن القول في قراءتنا القانونية للتعليمة رقم 163 المتعلقة بالتخفيف من آثار التدابير الوقائية للوقاية من فيروس كورونا ومكافحته والإعفاء من توقيع غرامة التأخير أنه من السابق لأوانه اللجوء إلى تفسير وباء كورونا بالقوة القاهرة دون تدخل سلطة القضاء الإداري .

كما لا يخلو على الجميع أن المزية الكبرى من وراء المطالبة بتدخل القضاء الإداري في تكييف وباء كورونا على أنه قوة قاهرة أو ظرف طارئ تكمن في تحقيق الموازنة بين المصلحة الخاصة للمتعاقد مع الإدارة والمصلحة العامة المتمثلة في حسن سير المرافق العامة بانتظام.

الفرع الثاني: أثر اعتبار كوفيد 19 قوة قاهرة في التشريع الجزائري على سير المرفق العام.

لا شك أن فرط اللجوء إلى القوة القاهرة كأساس لعدم توقيع الجزاءات المالية وغرامات التأخير ضد المتعاقد مع الإدارة والتوسع في تفسير القوة القاهرة دون وضع القضاء للضوابط القانونية سيكون بلا شك لها آثار وخيمة على سير المرافق العامة .

صحيح أن من حق الدولة بناء على سلطتها التقديرية الإعفاء جزئيا أو كليا صراحة أو ضمنا من الغرامة التأخيرية، إلا أن التوسع في الإعفاء له انعكاسات سلبية على أداء الخزينة العمومية، لاسيما وان التعليمة رقم 163 المؤرخة في 2020/04/13 قررت إعفاء كل صفقات الإدارة المركزية واللامركزية من دفع الغرامة، وبذلك سينعكس سلبا على أداء الخزينة العمومية باعتبار غرامة التأخير مبالغ مالية و إيرادات هامة للخزينة العمومية .

وهو ما جعل محكمة المحاسبات في فرنسا تنتقد هذا المسلك على أساس أن الغرامات تصبح من حق الدولة بمجرد حدوث المخالفة التي تبرر توقيعها، وهو الشأن كذلك في مصر فالقضاء مستقر على أحقية الإدارة في سلطة الإعفاء إلا أن الفتاوى الصادرة عن الجمعية العمومية للفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري يعتبر أن الإعفاء من غرامة التأخير تصرف بالمجان في أموال الدولة[46].

وهو ما أنعكس على القضاء الأمريكي وجعله يتشدد ويميل إلى إنفاذ بنود وأحكام التعاقدات على النحو المنصوص فيها، في مجال التأمين مثلا إذ أن الدعاوى الرامية إلى الطعن في بنود التأمين الخاصة بانقطاع الأعمال التي تستبعد الخسائر الناجمة عن الإصابة بالفيروسات وحتى الآن جاءت أحكام المحاكم لصالح شركات التأمين على حساب أصحاب التعويضات المالية في رسالة واضحة بأن الأمر متروك تماما لتقدير الشركات التي ترغب في التأمين ضد الخسائر الناجمة عن الأوبئة ، وعلى خلاف ذلك فان الشركات

تطالب بالحصول على تعويضات مالية عن المخاطر التي لم تتعاقد مع شركات التامين على تغطيتها في المقام الأول [47].

كما أن التوسع أو فرط استخدام القوة القاهرة كأساس لعدم توقيع غرامة التأخير على ضوء التعليمة السابقة سيجعل كل الصفقات العمومية والشركات المتعاقدة في وضعية استحالة التنفيذ كعنصر للقوة القاهرة ، ودريعة قانونية للتهرب من دفع غرامة التأخير، غير أن الاستحالة كما لاحظنا تتوفر في بعض الصفقات دون الأخرى، إذ الملاحظ أن هناك الكثير من المؤسسات المتعاقدة مع جهة الإدارة استفادت كثيرا من هذا الوضع.

الخاتمة :

تعتبر غرامة التأخير من أهم الجزاءات المالية التي تمتلكها الإدارة لإجبار المتعاقد معها على تنفيذ الصفقات العمومية التي تعتبر أساس التنمية في الدولة، وعليه فان مسألة التأخير في التنفيذ التي تعرفها الكثير من الصفقات العمومية بفعل التدابير الوقائية لمنع انتشار وباء كوفيد 19 ومكافحته أمر في غاية الأهمية وجد حساس الأمر الذي يستدعي الجدية في التعامل مع هذه الوضعية الوبائية وعدم التساهل والتسامح مع المتعاملين المتعاقدين المتأخرين في التنفيذ إلا في نطاق ضيق وفي إطار ضوابط معينة.

ويمكن القول أن هذه الورقة البحثية أفرزت **النتائج التالية:**

1-يستفاذ من التعليمة 163 المؤرخة في 13 أفريل 2020 أنها أعفت المتعاقد مع الإدارة الذي يجد نفسه في استحالة التنفيذ من دفع غرامة التأخير، كما يستفيد من تمديد الآجال التعاقدية.

2-حق المتعاقد مع الإدارة التمسك بالقوة القاهرة لإبراء مسؤوليته في تنفيذ الصفقة العمومية في ظل وباء كوفيد-19.

3- تكييف وباء كوفيد-19 بأنه قوة قاهرة مسألة تختص بها الإدارة في ضوء التعليمة رقم 163 المؤرخة في 2020/04/13، وكدا المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

وما يمكن تقديمه كاقتراحات:

1- ضرورة عدم التساهل والتسامح مع المتعاملين المتأخرين في تنفيذ الصفقة العمومية في فرض غرامة التأخير إلا في نطاق ضيق جدا.

2- ينبغي إعادة النظر في التعليمة رقم 163 المؤرخة في 13-04-2020 المتعلقة بالتخفيف من أثار التدابير الوقائية لمنع انتشار فيروس كورونا ومكافحته بما يحقق الموازنة بين حقوق المتعاقد مع الإدارة في العقد من جهة ضمان استمرارية المشاريع التنموية لما يعود عليها من تحقيق الاستقرار في المجتمع من جهة أخرى.

3-العمل على تفعيل الدور الايجابي للقاضي الإداري لإيجاد وابتكار الحلول العملية للمشكلات القانونية بمناسبة النظر في القضايا التي تعرض عليه.

5- ضرورة استبعاد سلطة الإدارة في عملية تكييف وباء كوفيد-19 ، وأن يلعب القاضي الإداري الدور الايجابي الحقيقي بناء على سلطته التقديرية في العملية.

الهوامش:

[1]- المرسوم التنفيذي رقم 20-69 المؤرخ في 21 مارس 2020 يتعلق بتدابير الوقاية من فيروس كورونا (كوفيد 19) ومكافحته، ج ر ج ج، عدد 15 ، بتاريخ 21 مارس 2020.

[2]- المرسوم الرئاسي 20-237 المؤرخ في 31 أوت 2020 يحدد التدابير الخاصة المكيفة لإجراءات إبرام الصفقات العمومية في إطار الوقاية من انتشار وباء فيروس كورونا كوفيد 19 ومكافحته، ج ر ج ج ، عدد 51، بتاريخ 31 أوت 2020.

[3]-التعليمة الوزارية رقم 163 المؤرخة في 2020/04/13 بخصوص التخفيف من أثار التدابير الوقائية من فيروس (كوفيد- 19) ومكافحته، على الأداة الوطنية للإنجاز.

[4]-مراسلة المديرية العامة للميزانية رقم 2138 المؤرخة في 2020/04/26 بخصوص تطبيق غرامة التأخير .

[5]- جابر جاد نصار، العقود الإدارية، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص289.

[6]- عبد الرحمن عباس ادعين، الغرامات التأخيرية في العقود الإدارية ، مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 22، العدد 03، 2014، ص559.(553-565)

[7]- نقلا عن حسان هاشم، الجزاءات المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص67.

[8]- نفس المرجع، ص68.

[9]-المادة 149 من المرسوم الرئاسي 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 المتضمن الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، ج ر ج ج ، عدد 50، بتاريخ 20 سبتمبر 2015 المعدل والمتمم.

[10]-إنصاف محمد احمد، غرامات التأخير كجزاء في العقد الإداري، مجلة جامعة تشرين للبحوث والدراسات العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، سوريا، مجلد 4، عدد 5، 2018، ص15.

[11]- المادة 147 من المرسوم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[12]- عبد المالك بوفلجة، الغرامة التأخيرية في ضوء المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، مجلة الاجتهاد القضائي، عدد 15، 2017، ص253.

[13]- صوفية عباد، الأساس القانوني لغرامة لجزاء غرامة التأخير في صفقة الأشغال العامة وأثرها على امتيازات السلطة العامة في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة، مجلد 17، عدد 3 ، 2018، ص280.

[14]- المادة 147-01 من المرسوم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

[15]- جابر جاد نصار، مرجع سابق ، ص 289.

[16]-محمد سعيد حسين، أمين، مبادئ القانون الإداري، دراسة في أسس التنظيم الإداري، أساليب العمل الإداري، دار الثقافة الجامعية، مصر، 1997ن ص833.

[17]-عبد المجيد فياض، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، 1975، ص68

[18] -DE LAUBADERE (a) '' Traité des contrats administatifs, paris, L G D G,tomme2,1984, P935.

[19]-صوفية عباد، مرجع سابق ، ص 278.

[20]– حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية بتاريخ 1971/11/13 السنة 14 هذا الحكم أورده منصور إبراهيم العتوم ، النظام القانوني لغرامة التأخير في العقود الإدارية، دراسة تحليلية مقارنة ، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، العدد 53، جانفي 2013، ص354.

[21]– مقداد زينة، الإعفاء من غرامات التأخير في العقد الإداري، مجلة البحوث القانونية والسياسية، عدد 5، 2015، ص 299.

[22]– نفس المرجع، ص281.

[23]–صوفية عباد، مرجع سابق، ص281.

[24]–عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد،منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان ، الطبعة الثانية،1998، ص963.

[25]– القانون رقم 05–07 المؤرخ في 28 أفريل 2005، المتعلق بالمحروقات، ج ر ج ج ، عدد 50، بتاريخ 2005/05/19.

[26]– المادة 127 من الأمر 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج ، عدد 78 ، بتاريخ 30سبتمر 1975. المعدل والمتمم.

[27]– المادة 322 من القانون 08–09 المؤرخ في 25 فيفري 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج ر ج ج عدد 21، بتاريخ 23 أفريل 2008.

[28]– الملف رقم 65920 بتاريخ 11–06–1991، مجلة المحكمة العليا ، عدد 02، بتاريخ 11–06–1991.

[29]–بن زيد فتحي، جائحة كورونا كقوة قاهرة للتمسك بجواز العذر بالجهل بالقانون ، حوليات جامعة الجزائر، المجلد 34، عدد خاص، القانون وجائحة كوفيد 19–ص 193.

[30]– قرار المحكمة العليا، المجلة القضائية، العدد01، 1988، بتاريخ 30–03–1983 أورده بن زيد فتحي، مرجع سابق، ص 93.

[31]– خلاف فاتح، أثر كوفيد 19 على التزام المستأجر بسداد القيمة الايجارية" طبقا للقانون والسوابق القضائية الفرنسية"، مجلة الاجتهاد القضائي، جامعة محمد خيضر–بسكرة– المجلد 13 ، عدد خاص، جانفي 2021. مرجع سابق، ص 56.

[32]–أحمد علي حسن أل علي، صالح أحمد اللهيبي، قراءة قانونية لفيروس كورونا المستجد، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص ، عدد 6، 2020، ص610.

[33]–براهيمي طارق، مآل تنفيذ الالتزام التعاقدي في ظل اعتبار فيروس كورونا–كوفيد19–المستجد قوة قاهرة حسب القانون المدني الجزائري، دفاتر السياسة والقانون ، المجلد13،العدد 01، 2021، ص 24.

[34]–سعيد أشتاتو، سامي عينيبة، فيروس كورونا : أزمة صحية أم قوة قاهرة، سلسلة إحياء علوم القانون ، الدولة والقانون في زمن جائحة كورونا، عدد خاص، 2020،ص 308.

[35] - Cour d'appel de Basse-Terre, 17 décembre 2018, RG n° 17/00739) , https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do;jsessionid (consulté le 19/05/2021 à 22.00h).

[36] - Cour d'appel de Nancy, 1ère chambre, 22 novembre 2010, n°, 09/00003https://www.doctrine.fr/d/CA/Nancy/2010/B81811A63DBC13171C555 (consulté le 19/05/2021 à 22.00).

[37] -cour d'appel , douaai, chambre des libertiés individuelles, le 05 mars—2020, n'20/00400.

[38] -Cour d'appel colmar chambre étrangére n06 , Le 16 mars2020, n20/01098.

[39]– جابر جاد نصار، مرجع سابق، ص329.

[40]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص650.

[41]– المادة 107 من الأمر 75–58 المتضمن القانون المدني الجزائري، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، ج ر ج ج عدد 78، بتاريخ بتاريخ 30سبتمر 1975 معدل ومتمم.

[42]–محمود المغربي، بلال صنديد، التكييف القانوني للجائحة الكورونية على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة ، بين صلاحية المسلمات ومرونة الاعتبارات، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، ملحق خاص، عدد 6 ، 2020، ص68.

[43]–خليفة خالد، أثر الظروف الطارئة على تطبيق غرامة التأخير في مجال الصفقات العمومية ، مجلة الدراسات الحقوقية، المجلد7، العدد 02، 2020، ص179.

[44]– نفس المرجع ، ص180.

[45]– التعليمة رقم 163 المؤرخة في 2020/04/13 الخاصة بالتخفيف من أثار تدابير الوقاية من وباء كورونا كوفيد 19 ومكافحته، على الأداة الوطنية للإنجاز .

[46]–مقداد زينة، مرجع سابق، ص308.

[47]–ستيفن كارتر، دعاوى وباء كورونا بين الواقع وانفاد القانون، جريدة الشرق الأوسط ، عدد 15355، 12 ديسمبر 2020.