Legal Effects of Personal Execution in the Administrative Contract

Assistant Professor Doctor Mahmoud Khalil Khudair
University of Baghdad - College of Administration and Economics
Mahmood.k@coadec.uobaghdad.edu.iq

Receipt Date: 30/11/2021, Accepted Date: 10/1/2022, Publication Date: 15/6/2022.
Doi: https://doi.org/10.35246/jols.v37i1.451

This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

Abstract

The contracts management style, a distinctive and important practice management through active administratively closed facility in aiming to ensure the continuity of the Facility regularly and Adtarad where walk in the light of this style approach satisfaction and understanding through the conclusion of the contract administrative and through an agreement with one of the natural or legal persons n this style resorted to by the administration if it does not Asafha administrative decision in the exercise of its activity, or if he believes that the style of management contracts better able to achieve its goals.

There is administrative contracts general principle expressed the commitment of the contractor with the administration, implementation of the personal contract this principle, which is based on the mainstay, but an idea account Profile The Contractor shall comply with the administration to implement its obligations personally and himself is to have a general rule, the right to transfer them to others or contracted subcontractors the contractor a second so that the figure contracted to be

subject to consideration by the administration, both at the conclusion of the contract or when implemented as the administration must take into account the availability of certain considerations, or in other words, that the administration as a party to the contract administrative must - when choosing a contractor - that take into account In this choice the availability of a range of essential qualities in the person you want to sign him, so as to ensure the implementation of the contract properly and in a manner in the public interest to the fullest, which believes in the progress of attachment underlying regularly permanent, and so the idea of mind Profile is one of the basic ideas both with regard to the selection of the contractor or the execution of the contract as to the selection of the contractor, the administration has the discretion to refrain from contracting with someone to Atrtadhah even handpicked committee to decide, either with respect to implementation of the administrative judiciary - in most of the countries that take justice system double - stressed It's the basic principles that the implementation of the contractor himself, due to the close connection with the contract administrative annex Valtzamat year contracted with the administration, personal commitments and can not be him that solves the other Raises the question many questions, mainly over the relationship between the mind and personal contract execution and administrative What are the results of principle in the implementation of the contract administrative Is it permissible to waive the non-implementation of the contract and what is the impact of circumstances that may arise during the implementation phase of the Association of Streptococcus commute the contractor and the bankrupt or insolvent.

Keyword:- Personal Execution, Administrative Contract, Legal Effects

((الآثار القانونية للتنفيذ الشخصي في العقد الإداري))

الأستاذ المساعد الدكتور محمود خليل خضير
جامعة بغداد - كلية الادارة والاقتصاد
Mahmood.k@coadec.uobaghdad.edu.iq

تاريخ الاستلام: ٢٠٢١/١١/٣٠, تاريخ قبول النشر: ٢٠٢٢/١/١٠, تاريخ النشر: ٢٠٢٢/٦/١.

الملخص

تعد العقود الإدارية اسلوباً مميزاً ومهماً تمارس الإدارة من خلاله نشاطاً ادارياً مغلقاً بمرفق عام هادفاً الى ضمان استمرارية سير المرفق المذكور بانتظام واضطراد حيث تسلك في ظل هذا الأسلوب منهج الرضا والتفاهم من خلال ابرامها للعقد الاداري وعن طريق الاتفاق مع احد الاشخاص الطبيعيين او الاعتباريين ن وهذا الأسلوب تلجا اليه الادارة اذا لم يسعفها القرار الاداري في ممارسة نشاطها او اذا رأى ان اسلوب العقود الإدارية اقدر على تحقيق اهدافه . ويسود العقود الإدارية مبدا عام مؤداه التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي للعقد هذا المبدأ الذي يقوم على دعامة اساسية الا وهي فكرة الاعتبار الشخصي إذ يلتزم المتعاقد مع الادارة بتنفيذ التزاماته شخصياً وبنفسه من غير ان يكون له كقاعدة عامة حق التنازل عنها للغير او التعاقد بشأنها من الباطن لمتعاقد ثانٍ ذلك ان شخصية المتعاقد تكون محلاً للاعتبار من جانب الادارة سواء عند ابرام العقد او عند تنفيذه إذ يتعين على الادارة ان تراعي في ذلك توافر اعتبارات معينة او بمعنى اخر ان الإدارة باعتبارها طرفاً في العقد الاداري يتعين عليها- عند اختيار المتعاقد معها – ان تراعي في هذا الاختيار توافر مجموعة من الصفات الجوهرية في الشخص الذي تريد التعاقد معه ، وذلك كي تضمن تنفيذ العقد بصورة سليمة وعلى نحو يحقق الصالح العام على اكمل وجه مما يؤمن سير المرفق محل العقد بصورة منتظمة دائمة ، وعلى ذلك فان فكرة الاعتبار الشخصي تعد من الافكار الاساسية سواء فيما يتعلق باختيار المتعاقد او تنفيذ العقد اما بالنسبة لاختيار المتعاقد ، فان الادارة تملك سلطة تقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه حتى ولو اختارته لجنة البت ، اما فيما يتعلق بالتنفيذ فان القضاء الاداري – في اغلب الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج – اكد على انه من المبادئ الأساسية ان يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه وذلك نظراً الى الصلة الوثيقة للعقد الاداري بالمرفق العام فالتزامات المتعاقد مع الادارة التزامات

شخصية ولا يجوز له ان يحل غيره فيها ز يثير موضوع البحث العديد من التساؤلات أهمها مدى العلاقة بين الاعتبار الشخصي وتنفيذ العقد الاداري وماهي نتائج المبدأ في مجال تنفيذ العقد الاداري وهل يجوز التنازل للغير عن تنفيذ العقد وما هو اثر الظروف التي قد تطرأ اثناء مرحلة التنفيذ على رابطة العقدية كموت المتعاقد وإفلاسه او إعساره.

الكلمات المفتاحية :- التنفيذ الشخصي، العقد الاداري، الاثار القانونية.

المقدمة

(Introduction)

اولا- موضوع البحث: The Subject of Research

تتمثل القرارات الادارية بأنها تلك الاعمال القانونية الصادرة بالارادة المنفردة للادارة وتهدف الى احداث اثر قانوني معين اما بإنشاء مركز قانوني جديد او تعديل مركز قانوني قائم او الغائه، وتكون القرارات الادارية واجبة التنفيذ بمجرد صدورها ، طالما انها تتفق ومبدأ المشروعية . الثاني: يتمثل بالعقود الادارية ، حيث تسلك الادارة في ظل هذا الاسلوب منهج الرضا والتفاهم، إذ تقوم الادارة بابرام العقد الاداري عن طرق الاتفاق مع احد الاشخاص الطبيعيين او المعنويين بهدف تسيير مرفق عام بانتظام واضطراد ، وهذا الاسلوب تلجأ اليه الادارة في ممارسة نشاطها اذا لم يسعفها الاسلوب الاول – القرارات الادارية – او اذا رأت ان اسلوب العقود اقدر على تحقيق اهدافها .

والعقد الاداري لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الافراد فيما بينهم ، من حيث ان كلاً منهما يقوم على اساس توافق ارادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة، وعلى ذلك يتعين ان يتوافر في العقد الاداري – كالعقد المدني – الاركان الاساسية وهي الرضا والمحل والسبب، بيد انهما يختلفان من حيث النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما، ومرجع هذا الاختلاف ان الادارة تبرم العقد الاداري باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها بهدف تحقيق اغراض المرفق العام الذي من اجله تم ابرام العقد، وهذه الحقوق وتلك الامتيازات تظهر في ان العقد يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص لصالح الادارة ، او في صورة منح المتعاقد مع الادارة حقوقاً لا يتمتع بها لو انه تعاقد في اطار القانون الخاص لكونه يساهم في ادارة او استغلال احد المرافق العامة.

واذا كانت العقود الادارية تقوم على احكام استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، فيجب ان يكون لذلك ما يبرره، بان تكون هذه العقود ذات صلة وثيقة باحد المرافق العامة، وان كانت درجة اتصالها بنشاط المرفق العام ليست واحدة في كل العقود، حيث انها تتفاوت حسب نوع العقد وحسب ما اذا كان المتعاقد

يساهم في ادارة المرفق العام بطريقة مباشرة او غير مباشرة وبذلك تتميز العقود الادارية عن العقود الخاصة بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره بانتظام واضطراد.

ثانياً-اهمية البحث: The Importance of Research

للأهمية البالغة التي يحظى بها الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الاداري آثرنا ان يكون هذا المبدأ واثره في تنفيذ العقد الاداري محلاً للبحث في هذه الدراسة، هذا فضلاً عن ان هذا الموضوع لم يحظ باهتمام من الفقه العراقي والمصري بالشكل الذي يتلائم مع اهميته قياساً بالفقه الاداري في دول القانون المقارن حيث نلاحظ افتقار المكتبة القانونية العربية – الى حد ما – الى الدراسات المعمقة والمتخصصة في هذا المجال .

ثالثاً- مشكلة البحث The Problem of Research

يثير موضوع البحث عدداً من الاسئلة منها ما يتعلق بمفهوم الاعتبار الشخصي ونطاقه هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى هل يجوز للمتعاقد مع الادارة ان يتنازل عن عقده وان يتعاقد بشأنه من الباطن – اثناء تنفيذ العقد – على الرغم من التزامه بالتنفيذ الشخصي؟ ام ان هذا يشكل اخلالاً بمبدأ الاعتبار الشخصي ومن ثم لا يجوز له ذلك؟ ومن ناحية ثالثة قد يتعرض المتعاقد مع الادارة لظروف معينة اثناء فترة تنفيذه للعقد، مثل وفاته ، او شهر افلاسه او اعساره وهنا يثور التساؤل على درجة كبيرة من الاهمية ، وهو ما اثر هذه الظروف على تنفيذ العقد وعلى مصير الرابطة العقدية بين الادارة والمتعاقد معها ؟ وبعبارة اخرى هل تستمر الرابطة العقدية قائمة على الرغم من وجود هذه الظروف ؟ ام انها تنتهي على اثر حدوث تلك الظروف؟.

رابعاً – اهداف البحث: The Target of Research

يهدف هذا البحث الى بيان موضوع الاعتبار الشخصي واثره في تنفيذ العقد الاداري في القانون العراقي والقانون المصري ، فضلا عن بيان موقف الفقه والقضاء الاداري في كل جزئية من جزئيات البحث كلما كان ذلك ممكناً.

خامساً- هيكلية البحث: The Structure of Research

تناولنا في هذا البحث مفهوم الاعتبار الشخصي في المطلب الاول، اثر التنازل على التنفيذ الشخصي للعقد الإداري في المطلب الثاني، اثار الالتزام بالتنفيذ الشخصي في العقد الباطن في المطلب الثالث واختتمنا البحث بالنتائج والتوصيات وعلى النحو الآتي:

المطلب الاول

مفهوم الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري والتزامات المتعاقد مع الإدارة

The concept of personal consideration in the implementation of the administrative contract and the obligations of the contractor with the management

يعد الاعتبار الشخصي من الافكار الاساسية في مجال ابرام العقود بصفة عامة ، سواء في نطاق العقود المدنية او في نطاق العقود الادارية ، حيث نجد ان شخصية احد المتعاقدين او كلتاهما تمثل عنصراً جوهرياً في التعاقد ، أي انها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الاخر عند ابرام العقد .

واذا كان اشتراك كلاً من نوعي العقود (المدنية والادارية) في مبدأ الاعتبار الشخصي هو حقيقة ثابتة ، الا ان ثمة تحفظاً جوهرياً تجدر الاشارة اليه – في هذا المجال – يتعلق باختلاف غاية وهدف كل من نوعي العقود ، فالمصلحة العامة وضرورات سير المرفق العام بانتظام واضطراد كغاية تسعى اليها الادارة من ابرام عقودها الادارية يكون له بلا شك الاثر الواضح في تحديد مضمون ومفهوم الاعتبار الشخصي ونتائجه وذلك على نحو يختلف في العقد الاداري عنه في العقد المدني .

الفرع الاول

مفهوم الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري

The concept of personal consideration in the implementation of the administrative contract

لمبدأ الاعتبار الشخصي في مجال العقود المدنية اهمية خاصة اذ يتم التركيز في اغلب الاحيان على شخصية احد المتعاقدين او صفة جوهرية من صفاته ، بحيث تكون تلك الشخصية او الصفة باعثاً دافعاً للتعاقد ، وعنصراً جوهرياً في العقد او احد الاسباب التي ادت الى انعقاد العقد وذلك حسب ما تتجه اليه ارادة طرفي العقد تلك الارادة التي يتوقف عليها دور الاعتبار الشخصي في العقد من حيث القوة والتأثير(١).

وعند استقرائنا للآراء التي قيلت في معنى او مضمون الاعتبار الشخصي نجد بان اكثر مما يذكره الفقهاء في مؤلفاتهم هو ان تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار او ان يكون لها اعتبار خاص في التعاقد دون تحديد معنى هذا المصطلح ، حيث اشار بعضهم الى الاعتبار الشخصي بقوله: (يكون لشخص المتعاقد اعتبار خاص في مبنى العقد بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع التعاقد) ، الا ان هذه الاشارة للاعتبار الشخصي لم توضح لنا مفهوم (ارتباط صفة العاقد بموضوع التعاقد) كما انها لم تقم وزناً لدور ارادة المتعاقدين في الاعتداد بالاعتبار الشخصي حيث انها ربطت ذلك الاعتبار بموضوع التعاقد(٢).

في حين عرفه البعض الاخر العقد القائم على الاعتبار الشخصي بانه (العقد الذي كانت شخصية احد المتعاقدين او صفة خاصة فيه قد روعيت عند ابرام العقد كعقد العمل مع فنان او مقاول)(٣).

وان اهمية الدور الذي يلعبه مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال العقد الاداري لاسيما فيما يتعلق بتنفيذ العقد المذكور حيث اكد القضاء الاداري انه من المبادئ الاساسية ان يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه ، ذلك ان التزاماته مع الادارة التزامات شخصية لا يجوز له ان يحل غيره فيها .

ولما كانت معالجة مبدأ الاعتبار الشخصي من حيث ايضاح دوره في مجال تنفيذ العقد الاداري انما يتجلى في النتائج المترتبة عليه ، فانه يكون من الضروري ان نعرض لهذه النتائج من خلال بحثنا في مسائل معينة غالباً ما يلجأ اليها المتعاقد اثناء تنفيذه للعقد الا وهي مسألة التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن فضلاً عن بحثنا في الحالات التي قد تعترض تنفيذ العقد الا وهي وفاة المتعاقد وافلاسه أو اعساره.

الفرع الثاني

التزامات المتعاقد مع الإدارة

Obligations of the contractor with the management

ما دام العقد الإداري يرتبط بتنظيم المرفق العام وتسييره من أجل تحقيق المصلحة العامة؛ فهذا يعني أن التزامات المتعاقد لا تحدد بموجب النصوص التعاقدية فحسب، بل تتحدد كذلك بموجب القوانين واللوائح التنظيمية التي تحكم سير المرافق العامة والتي يساهم المتعاقد في تسييرها بصورة مباشرة أو غير مباشرة. كما تتحدد بموجب العرف والعادة المرعية والأوامر الإدارية الصادرة عن الإدارة خلال تنفيذ العقد.

أ ـ الالتزام الشخصي بتنفيذ العقد الإداري[٤]:

يعدّ هذا المبدأ من المبادئ الرئيسة للقانون العام وذلك لصلة العقد الإداري بالمرفق العام، وهذا يشير إلى أهمية الشخص المتعاقد عند اختياره من قبل الإدارة لكونها تأخذ في الحسبان إمكاناته المادية والتقنية، وتختلف شدته من عقد إلى آخر حيث يطبق وبشدة في عقد التزام المرافق العامة للخصوصية التي تتميز بها هذه العقود؛ من تقديم خدمات للمنتفعين مباشرةً، وتعقد لمدة طويلة من الزمن، وبحاجة إلى إمكانات مادية وتقنية عالية، بيد أن هذا المبدأ يعرف عدة استثناءات في حالات معينة:

(١)ـ **التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد:** يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يبرم عقداً مع الغير بغية تنفيذ جزءٍ من التزاماته التعاقدية (التعاقد من الباطن)،

عندما يجد نفسه غير قادر على تنفيذ التزاماته التعاقدية، إضافةً إلى أنه يستطيع أن يحل مكانه شخصاً آخر من أجل تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية الملقاة على عاتقه في العقد الأساسي (التنازل عن العقد)[٥].

اما التعاقد من الباطن: هو العمل الذي من خلاله يفوض المتعاقد شخصاً آخر بواسطة عقد للحلول مكانه من أجل تنفيذ جزء من التزاماته في العقد. يعدّ هذا النوع من التعاقد أمراً مألوفاً عندما يجد المتعاقد الأصلي نفسه عاجزاً عن تنفيذ العقد الإداري كما يجب؛ بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويعدّ مثل هذا التعاقد جائزاً ما لم ينص العقد على خلاف ذلك، علماً أن هذا الأمر تنظمه الشروط العامة للعقود الإدارية. ومهما يكن من أمر؛ فإن إبرام المتعاقد الأصلي لمثل هذه العقود يوجب عليه الحصول على الموافقة المسبّقة من قبل الإدارة؛ لأنه في حال خلاف ذلك لا يترتب على هذا التعاقد أي أثر قانوني، وهذا يعني أن المتعاقد من الباطن لا يستطيع الاحتجاج أمام الإدارة؛ لأنه ليس له وجود قانوني، ويبقى المتعاقد الأساسي هو المسؤول الأول والأخير عن جميع الأخطاء التي ترتكب من قبل المتعاقد الثانوي، إضافةً إلى أن أي نزاع يحصل بين المتعاقد الأساسي والمتعاقد الثانوي يخضع لرقابة القضاء العادي لكونها منازعات بين أفراد[٦].

والتنازل عن العقد: يكون ذلك عندما يقوم المتعاقد الأصلي بإحلال الغير في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية وعلى نحو كلي شريطة الحصول على الموافقة المسبّقة من قبل الإدارة لكونها تجد نفسها في هذه الحالة أمام عقد جديد، ويكون المتنازل له قد حل محل المتعاقد الأساسي في جميع حقوقه والتزاماته، وبهذا يكون المتعاقد الأصلي في حل من جميع التزاماته إلا إذا نصت الموافقة على خلاف ذلك[٧].

(٢)- **زوال المتعاقد:** يمكن أن يحصل من خلال وفاة المتعاقد إذا كان فرداً عادياً، أو بالإفلاس والتصفية القضائية إذا كان شخصاً اعتبارياً، اما وفاة المتعاقد: تنظم هذه الحالة دفاتر الشروط العامة للعقود الإدارية ويطبق ما جاء فيها حرفياً. أما في حال سكوت العقد فقد اختلف الفقه الإداري حول ذلك، فبعضهم يرى أن الوفاة لا تستوجب فسخ العقد بصورة تلقائية إلا في حالة

تقدير الإدارة أن شخصية المتعاقد المتوفى كانت تعدّ ضمانة أساسية لحسن تنفيذ العقد وأن الورثة ليس لديهم القدرة على تأمين استمرارية تنفيذ العقد؛ إضافةً إلى أن الورثة غير ملزمين بالاستمرار في العقد، وهذه القاعدة تطبق في جميع العقود الإدارية باستثناء عقود الالتزام، حيث تؤدي الوفاة إلى انفساخ العقد بقوة القانون. في حين أن بعضهم الآخر رأى أن وفاة المتعاقد في عقود الالتزام لا يستوجب الفسخ بقوة القانون، بل ينتقل الالتزام باستمرار تنفيذ العقد إلى الورثة إلا في حال وجود نص مخالف بالعقد. بيد أن هذه الحالة قد حسمت بصراحة النص في الجمهورية العربية السورية، حيث تضمنت الفقرة /أ/ من المادة (٥٩) من القانون /٥١/ ـ ٢٠٠٤ أنه: "يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات التالية: أ ـ وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته محل اعتبار في التعاقد، وإذا لم تكن محل اعتبار فلا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا رأت الإدارة أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل ولا يترتب تعويض على الفسخ في هذه الحالة لأي من المتعاقدين، وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى".

لا بد من الإشارة إلى وجود حالة تشبه وفاة المتعاقد، وهي انحلال الشركة المتعاقدة، إن هذه الحالة لا تثير أي صعوبة؛ لأن الشركة لا ورثة لها، وبالتأكيد حل الشركة يضع نهاية للعقد، ومع ذلك هذه النتيجة لا تتحقق إلا في حال غياب الشخصية الاعتبارية للشركة، وهذا يعني أنه وخلال البدء بعمليات التصفية تبقى العلاقة التعاقدية قائمة لكون الشركة تحتفظ بشخصيتها القانونية خلال فترة التصفية[٨].

اما إفلاس المتعاقد أو إعساره: تجدر الإشارة إلى أن معظم التشريعات العربية لم تترك للإدارة السلطة التقديرية في فسخ العقد ، بل نصت صراحةً على الكيفية التي تتم بها معالجة مثل هذه الحالة، حيث إن المادة (٨٥) من اللائحة التنفيذية من قانون المناقصات والمزايدات بمصر قد نصت على "أن العقد يفسخ ويصادر التأمين النهائي بعد أخذ رأي مجلس الدولة دون إخلال بحق الإدارة في طلب التعويض إذا أفلس المتعاقد أو أعسر". علماً بأن المادة (٥٩) من القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤ في سورية طبقت على المتعاقد المعسر أو

المفلس الحكم نفسه الذي طبقته على وفاة المتعاقد والتي تم ذكر مضمونها سابقاً[٩].

١ـ التزام المتعاقد باحترام مدة تنفيذ العقد:

أصبح من الثابت فقهاً وقضاءً أن العقد الإداري يحدد المدة التي يجب على المتعاقد أن ينفذ التزاماته التعاقدية خلالها، وهذه المدة لها أهمية كبرى بالنسبة إلى المتعاقد والإدارة معاً. وإن التزام المتعاقد بتنفيذ جميع التزاماته العقدية دون إهمال لهذا الشرط ناجم عن كونه قد وافق على العقد بمحض إرادته بعد أن أخذ في الحسبان إمكاناته المادية والفنية اللازمة للتنفيذ ضمن المدة المحددة بالعقد. وهذا يعني أنه ومن حيث المبدأ لا يجوز لأي منهما إضافة مهل جديدة إلا باتفاق الطرفين. علماً بأن النصوص التعاقدية المتعلقة بالمدة لا تعدّ المصدر الوحيد، فهناك نصوص خارجة عن العقد (تشريعية أو تنظيمية) يمكن أن تحدد مدة تنفيذ الأعمال المكلف بها المتعاقد، وعلى المتعاقد في هذه الحالة الالتزام باحترامها تحت طائلة فرض العقوبات الإدارية المناسبة إذا لم يكن من مانع قانوني يبرر عدم تنفيذ العقد ضمن المهلة المحددة كاتفاق الأطراف المتعاقدة على تمديد المهلة، أو في حالة القوة القاهرة، أو بفعل نظرية فعل الأمير؛ لأن هذه النقاط يمكن أن تبرر للمتعاقد التأخير في تنفيذ الالتزامات العقدية وتضمن له الحق في إعفائه من العقوبة وإطالة المدة[١٠].

٢ـ التزام المتعاقد بتنفيذ النصوص التعاقدية على نحو كامل وسليم[١١]:

إن تنفيذ أي عقد سواء أكان مدنياً أم إدارياً، إنما يحكمه مبدأ حسن النية متمثلاً بالتزام الأطراف المتعاقدة بتنفيذ العقد. لكن درجة هذا الالتزام تختلف من عقد لآخر، وذلك بحسب نوعية العقد، ولاسيّما أن المنتفع يستفيد مباشرة من الخدمات المقدمة من قبل ملتزم المرافق العامة، لذا يتوجب على المتعاقد الملتزم التقيّد بالتنفيذ السليم والكامل لعقد الامتياز، وهذا يظهر من خلال ثلاثة وجوه، احترام البنود التعاقدية والقوانين والأنظمة التي كانت موجودة وقت إبرام العقد أو الصادرة خلال التنفيذ؛ إضافةً إلى احترام القواعد العامة التي تحكم إدارة المرفق العام. في حين تكون الاستفادة غير مباشرة في عقود

الأشغال العامة والتوريد، فالمتعاقد في مثل هذه العقود يلتزم بالتنفيذ السليم للعقد من خلال احترامه للمواصفات الفنية المتعلقة بالأشغال والتوريدات، ويمكن ملاحظة ذلك من خلال تطابق الأعمال مع البنود التعاقدية واحترام نوعية المواد أو جودتها والالتزام باحترام القواعد الفنية. إضافةً إلى احترام الأوامر الإدارية الموجهة إليه من قبل الإدارة؛ لأن هذه الأوامر تمتاز بالطابع الإلزامي حتى لو لم تكن مدرجة بالعقد.

هذه هي أهم الحقوق التي تتمتع بها الإدارة من أجل تحقيق المصلحة العامة من خلال ضمان استمرارية المرفق العام، إضافةً إلى أهم الالتزامات التي تقع على عاتق المتعاقد خلال تنفيذ العقد الإداري.

ثانياً- التزامات الإدارة وحقوق المتعاقد[١٢]

١- التزامات الإدارة

مرّ سابقاً أن العقد الإداري هو عقد بكل ما تعنيه هذه الكلمة من معنى، وهو اتفاق بين الأطراف، ويرتب آثاراً قانونية يجب على الأطراف احترامها، ومن بين هذه الآثار احترام الالتزامات التعاقدية من قبل الإدارة كما هو الحال بالنسبة إلى المتعاقد، والإدارة ملتزمة تجاه المتعاقد بنوعين من الالتزامات:

أ - التزامات عامة:

تتطابق في جميع العقود الإدارية، وتقسم هذه الالتزامات إلى نوعين: احترام العقد عموماً، واحترام المدة التعاقدية[١٣].

(١)- **احترام العقد:** يجب أن يتم تنفيذ العقد من جانب الإدارة التي يكون عليها احترام جميع الشروط التعاقدية، إلا في حال تغير ظروف التنفيذ أو مستلزمات أداء الخدمة المرفقية حيث يجوز للإدارة تعديل الالتزامات التعاقدية بما يحقق المصلحة العامة. وهذا يعني أنه يجب على الإدارة التنفيذ السليم والصحيح للعقد الإداري، على سبيل المثال تسهيل مهمة المتعاقد الملتزم - في عقود الالتزام - بعملية استثمار المرفق العام عن طريق ضمان حقه في عدم وجود منافسين له، وفي عقود الأشغال العامة تلتزم الإدارة بالسماح للمتعهد أن يحقق

كل الأعمال الضرورية من أجل تنفيذه من خلال تسليمه الرخص الإدارية التي تسمح له استخدام مكان الأعمال، والطرق العامة، وجميع الأشياء الضرورية للتنفيذ السليم للعقد. إضافةً إلى ما سبق يجب على الإدارة ـ من حيث المبدأ ـ تنفيذ التزاماتها المحددة بالعقد على نحو كامل بحيث لا تستطيع تحت طائلة أي حجة كانت؛ أن ترفض تسلّم بعض المباني المنفذة من قبل المتعهد بحسب المواصفات العقدية، لكن وفي حال الضرورة العامة يحق للإدارة القيام بتعديل الرابطة التعاقدية أو إنهائها، وفقاً للشروط القانونية المطلوبة؛ شريطة التزام الإدارة بالتعويض على المتعاقد عن جميع الأضرار التي لحقت به من جراء فعلها.

(٢)ـ **احترام مدة العقد:** تلتزم الإدارة ـ من حيث المبدأ ـ احترام المهل المحددة لتنفيذ العقد الإداري؛ لأن عنصر الزمن هو من الأهمية بالنسبة إلى المتعاقد، كما هو بالنسبة إلى الإدارة؛ لكون المتعاقد يأخذه في الحسبان عند إقدامه على التعاقد مع الإدارة، لذا لا يمكن للإدارة تعديل هذه المدة إلا ضمن حدود ضرورات المرفق العام، وكل إهمال أو مخالفة من قبلها يستوجب المسؤولية.

ب ـ **الالتزامات الخاصة:** يمكن تقسيم هذه الالتزامات إلى قسمين، الأول يتعلق بالأشغال العامة أو التوريد؛ وهو التزام الإدارة بدفع الثمن أو السعر، والثاني الالتزام بالتعرفة أو الرسم في عقود الالتزام.

(١)ـ **الالتزام بدفع الثمن المتفق عليه:** تعدّ مسألة السعر أو المقابل النقدي ذات أهمية كبرى في عقود الأشغال والتوريد، ويعدّ تحديدها بالعقد ضرورة حتمية بالنسبة إلى الإدارة والمتعاقد، حيث يحدد بالعقد كمية الأعمال واجبة التنفيذ والمقابل النقدي الكامل الذي يجب على الإدارة دفعه للمتعاقد لقاء هذه الأعمال، أو أن ينص العقد على تحديد الأعمال التي يجب على المتعهد القيام بها؛ على أن تقوم الإدارة بدفع المقابل المادي على أساس كل جزء يقدم من قبل المتعهد[انظر المادتين (٣٣) و(٤٣) من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم (٤٥٠) لعام ٢٠٠٤]. وهذا يعني أنه لا يجوز للإدارة ـ من حيث المبدأ ـ المساس بالمقابل المالي المحدد بالعقد إلا باتفاق الطرفين المتعاقدين، أو في حال صدور تشريعات تؤدي إلى تغيير المقابل المادي للعقد، وكل مخالفة

لذلك تستوجب المسؤولية. وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن مبدأ عدم المساس بالسعر لا يتعارض مطلقاً مع مبدأ الاعتراف بمبلغ إضافي على السعر المتفق عليه مع المتعهد ضمن عدة حالات محددة، في حالة نظرية فعل الأمير، أو نظرية الظروف الطارئة، أو نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة[١٤].

(٢)- الالتزام بأجر الملتزم (تعرفة أو رسم): يتقاضى الملتزم - ضمن عقود التزام المرافق العامة - حقوقه المالية من خلال فرض الرسم على منتفعي المرافق العامة ضمن حدود التعرفة المنصوص عليها بالعقد، علماً بأن تحديد هذه التعرفة يتم بواسطة العقد، أو من قبل المتعاقد الملتزم، أو من قبل السلطة العامة. ويشدّد الفقه والقضاء الإداريان على أن التعرفة تعدّ شرطاً تنظيمياً بالنسبة إلى العلاقة بين المنتفعين والإدارة المتعاقدة، أما بالنسبة للعلاقة بين الإدارة والملتزم فهي تعدّ موضوعاً مختلفاً عليه. حيث إن معظم الفقهاء يعدون شرط التعرفة شرطاً تنظيمياً؛ وذلك لأن التعرفة تعدّ عنصراً أساسياً من قواعد تنظيم المرفق العام، وتهم منتفعي المرفق مباشرة؛ إضافةً إلى أنها تخضع لإرادة الإدارة التي تعدّ القاضي الوحيد لتقدير المصلحة العامة. مع ذلك ورغم هذه المبررات المنطقية فبعضهم يؤكد أن التعرفة تعدّ شرطاً تعاقدياً. مما سبق يستنتج عدم أحقية الملتزم منفرداً بتعديل التعرفة المنصوص عليها بالعقد إلا إذا نص العقد على منحه مثل هذا الحق[١٥].

لكن يمكن للإدارة أن تتفق مع المتعاقد على إنقاصها أو زيادتها خلال التنفيذ، كما يحق للإدارة تعديل هذه التعرفة منفردة شريطة أن تتقيد بالشروط والإجراءات المنصوص عليها؛ وذلك حفاظاً على سير المرفق العام بانتظام.

المطلب الثاني

اثر التنازل على التنفيذ الشخصي للعقد الإداري

The effect of the assignment on the personal execution of the administrative contract

اذا كان من المسلم به فقهاً وقضاءً ان العقود الادارية تخضع لمبدأ عام مؤداه التزام المتعاقد بتنفيذها شخصياً وبنفسه فاذا كان المتعاقد مع الادارة

ملتزماً بتوريد سلع معينة ، فلا تبرأ ذمته الا بتوريد هذه السلع كاملة غير منقوصة وبالشروط الواردة في العقد واذا كان التزام المقاول في عقد اشغال عامة يتمثل في اقامة سد او هدم بناء او حفر قناة او تشيد مجسر ، فلا تبرأ ذمة المقاول الا اذا تحققت الغاية وانجز العمل المطلوب ولا يكفي ان يبذل في القيام به عناية الشخص المعتاد او اكبر عناية ممكنة فطالما ان العمل المطلوب لم يتم انجازه ، فان المقاول يكون مسؤولاً ولا تنتفي مسؤوليته الا اذا اثبت ان عدم التنفيذ يرجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه كالحادث الفجائي او القوة القاهرة او فعل الادارة، اما اذا قام المقاول بتنفيذ العمل المطلوب طبقاً للشروط والمواصفات الواردة في العقد ، فانه يكون في هذه الحالة قد وفى بالتزامه وبرئت ذمته ، وقد يكون التزام المتعاقد مع الادارة في بعض الاحوال التزاماً يبذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ، كاداة العمل او الاشراف على تنفيذه وفي هذه الحالة يلتزم المتعاقد ببذل عناية الشخص المعتاد ممن هو في مستواه[١٦].

ويثور في هذا الصدد تساؤل على درجة كبيرة من الاهمية ، وهو هل يجوز للمتعاقد ان يتنازل عن عقده او يتعاقد بشأنه من الباطن على الرغم من التزامه الشخصي بالتنفيذ ؟ وفي صدد التنازل عن العقد الاداري ، حيث ذهب رأي الى ان التنازل عن العقد عملية قانونية تتم بواسطة المتعاقد الاصلي، مؤداها ان يقوم هذا الاخير باحلال طرف ثالث محله او كبديل له في تنفيذ العقد ، ويصبح الطرف الجديد (أي المتنازل اليه) مدينا مباشراً للادارة بالالتزامات التي انشأها العقد ، على ان يستفيد في الوقت نفسه من الحقوق التي رتبها العقد الاداري لمصلحة

المتنازل (أي المتعاقد الاصلي)، وذهب رأي اخر الى ان التنازل عن العقد هو التصرف القانوني الذي يكون من شأنه احلال ذلك الغير محله في اداء التزاماته، واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الادارة [١٧]. كما مفهوم التنازل عن العقد بان المقصود به ان يحل المتعاقد مع الادارة غيره محله في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية أي تنفيذ العقد كليا[١٨].

ان كل التعاريف السالفة الذكر تكاد تتفق على معنى واحد للتنازل عن العقد الا وهو ان هذا التنازل يؤدي الى حلول متعاقد جديد (المتنازل اليه) بشكل كلي محل المتعاقد الاصلي (المتنازل)، ولاشك ان التنازل عن العقد – بالمعنى المتقدم – يشكل خروجاً عن مبدأ الاعتبار الشخصي التي تقوم عليها العقود الادارية ، فلادارة عندما تتعاقد مع احد الافراد تضع في اعتبارها وتقديرها شخصيته ، ومدى قدرته المالية وكفاءته الفنية ، وبالتالي لايمكنه ان يتنازل عن العقد لشخص يفتقد كل هذه الصفات او لشخص لا يجوز للإدارة التعاقد معه لسوء سمعته .

لذا استقر الفقه والقضاء الاداري على ضرورة موافقة الادارة المسبقة على التنازل عن العقد كي يكون نافذاً في مواجهتها ، اما في حالة عدم موافقة الجهة الادارية المتعاقدة على التنازل عن العقد ، فان التنازل يكون باطلا بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام ، وذلك على اساس ان التنازل عن العقد بدون موافقة الادارة ، هو اشد انواع المخالفة لمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الاداري ، هذه الموافقة التي يعد ضرورة توافرها امراً نابعاً من طبيعة العقد الاداري والتزام المتعاقد مع الادارة بضمان سير المرافق العامة بانتظام واطرا لذلك فليس من الضروري ان يكون منصوصاً على اشتراط موافقة الادارة على التنازل عن العقد فهو امر تملكه الادارة ، وإن لم ينص عليه في العقد وذلك لارتباطه بمتطلبات سير المرفق العام بانتظام واطراد[١٩].

اما حالات التنازل عن العقد فتتمثل في :

الحالة الاولى : موافقة جهة الادارة على التنازل عن العقد: سبق وان بينا ان التنازل عن العقد يشكل اهداراً وخروجاً واضحاً عن مبدأ الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الاداري حيث ان القاعدة العامة او الاصل العام في هذا المجال يقضي عدم جواز تنازل المتعاقد مع الادارة عن العقد ولا يجوز له ان يحل غيره محله في تنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد كلها او بعضها.

الا ان الادارة – في احوال كثيرة – قد تكون مدفوعة للموافقة على جراء التنازل من جانب المتعاقد الاصلي بعوامل شتى يربط بينها جميعاً وحدة

الهدف الذي تسعى الادارة لتحقيقه من تنفيذ العقد، فضلاً عن اتفاقها مع حكمة الاعتداد بفكرة الاعتبار الشخصي . فالاعتداد بشخصية المتعاقد او باحدى صفاته لايشكل هدفا في حد ذاته بقدر مايكون وسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد الاداري والتي يتحقق لها النفع العام على اكمل وجه ، فاذا اتضح للادارة اثناء تنفيذ العقد اختلال في الكفاية الفنية او المالية للمتعاقد معها مع استعداده او رغبته لاجراء تنازل عن التزاماته وحقوقه الناشئة عن العقد لشخص آخر يتمتع بكفاية اكثر في النواحي الفنية او المالية مع توافر الصفات الاخرى التي تتطلبها الادارة فانه لا يوجد مايمنع جهة الادارة من الموافقة على هذا التنازل تحقيقاً للنفع العام وصالح المرفق[٢٠].

ويثور في هذا المجال – التساؤل عن مدى حرية الادارة في رفض الموافقة على تنازل المتعاقد عن عقده . للاجابة عن ذلك يمكن القول بان مجلس الدولة المصري من خلال احكامه فيما يخص عقد الامتياز – وهو العقد الذي تبرز فيه الصبغة الشخصية لالتزامات المتعاقد – قد وضع عدداً من المبادئ في هذا المجال تتمثل بمايأتي :- ١-ان الملتزم اذا تقدم الى الادارة بطلب الموافقة على التنازل عن عقده فيجب على الادارة ان ترد عليه في ميعاد مناسب ومن ثم فانه لن يجد الادارة نفعاً التزام جانب الصمت والا عرضت نفسها للمسؤولية . ٢- لاتستطيع الادارة ان ترفض الموافقة لمجرد الرفض بل يجب ان تستند في رفضها الى اسباب معقولة تتصل بالصالح العام ، كضعف الكفاية المالية او الفنية للمتعاقد الجديد ، فاذا كانت الاسباب التي تذرعت بها الادارة غير وجيهة فان المتعاقد يستطيع ان يحصل من قاضي العقد على حكم بالغاء القرار الصادر برفض الموافقة ، كما ان له ان يطلب فسخ العقد لخطأ الادارة او الحكم بتعويض الاضرار التي تلحقه من جراء ذلك الرفض[٢١].

في الحقيقة ان حق الادارة في رفض التنازل عن العقد يدخل في باب السلطة التقديرية للادارة وهي سلطة مشروطة بحسن استعمالها ، ومقيدة دائما باستهداف المصلحة العامة.

فالسلطة المختصة بالموافقة على التنازل: القاعدة المسلم بها في هذا الخصوص ان السلطة التي تملك الموافقة على التنازل عن العقد ، هي السلطة التي تملك ابرام العقد الاصلي ما لم ينص المشرع على غير ذلك، اما اجراءات الموافقة على التنازل: ان موافقة الادارة على التنازل عن العقد لايمكن تصورها الا في حالة قيام المتعاقد مع الادارة بابداء رغبته في التنازل عن العقد اذ يجب على المتعاقد مع الادارة ان يقدم طلباً مكتوباً للادارة يبين فيه رغبته في التنازل عن العقد كي تتمكن الاخيرة من دراسة موقف الشخص المتنازل اليه (المتعاقد الجديد) والتأكد من مدى قدراته المالية وكفاءته الفنية بالاضطلاع باعباء العقد محل التنازل ، والادارة لاتتقيد بشكل معين في التعبير عن ارادتها بخصوص الموافقة على التنازل عن العقد، فالقاعدة العامة المعمول بها في هذا المجال هي تحرر الادارة من الشكليات ومن ثم يمكنها اعلان هذه الموافقة في أي شكل تشاء ، وعلى ذلك تكون موافقة الادارة على التنازل عن العقد صريحة وقد تكون ضمنية[٢٢].

وقد ذهبت محكمة التمييز العراقية في احد احكامها واقرت القبول الضمني للادارة للتنازل عن العقد اذ جاء فيه (لدى التدقيق والمداولة وجد ان المميز كان قد تنازل عن الحقوق كافة التي له بهذا التعهد ونتيجةً لذلك باشر المتنازل اليه باكمال العمل واكمله وقد اجرت عمليات محاسبة الدائرة المختصة مع المتنازل له ، وهو اقرار للتنازل الواقع بين المقاول الاصلي ووكيله وموافقته من قبل الدائرة المختصة عليه[٢٣].

اما الاثار المترتبة على موافقة الادارة لاجراء التنازل عن العقد ان موافقة الادارة على التنازل عن العقد الاداري تترتب عليها عدة آثار قانونية هامة ، سواء في علاقة الادارة بالمتنازل اليه او في علاقتها بالمتنازل :

١-بالنسبة لعلاقة الادارة بالمتنازل اليه

تؤدي موافقة الادارة الى ابرام عقد جديد مع المتنازل اليه يحل محل العقد الاصلي المبرم بين الادارة والمتنازل أي ان هناك علاقة تعاقدية مباشرة تنشأ بين الادارة والمتنازل اليه ينتج عنها حلول الاخير محل المتعاقد الاصلي (أي

المتنازل) في كافة التزاماته وحقوقه في مواجهة الادارة فضلا عن ان المتنازل اليه سيكون هو المسؤول الوحيد امام الادارة عنه تنفيذ العقد المبرم ما لم ينص العقد على خلاف ذلك. وطبقاً لما تقدم يكون للمتنازل اليه وحده تلقي تعليماته وتوجيهاته من الادارة كما يكون له وحده الحق في الحصول على المقابل المالي المنصوص عليه في العقد. في هذا الصدد قرر مجلس الدولة المصري ان المتنازل (المتعاقد الاصلي) لا يكون ذا صفة في مناقشة جهة الادارة فيما يتعلق بتسوية الحساب عن الاعمال التي تم تنفيذها قبل اجراء التنازل. كما اكد المجلس المذكور على ان العلاقة بين الادارة والمتعاقد (المتنازل له) هي علاقة مالية[٢٤].

٢- بالنسبة لعلاقة الادارة بالمتعاقد الاصلي (المتنازل) استناداً لعلاقة الادارة بالمتنازل اليه على النحو السابق فالاصل ان يتحرر المتعاقد الاصلي من كافة التزاماته تجاه الادارة وبالتالي يحق له استراد مادفعه من تأمين الا اذا كان ثمة منازعات ماتزال بينه وبين جهة الادارة في هذا الشأن[٢٥].

ويلاحظ في هذا الصدد بقاء مسؤولية المتعاقد الاصلي ففي فرنسا تتضمن معظم العقود الادارية نصاً على بقاء المتعاقد الاصلي ضامناً للمتعاقد الجديد (المتنازل له) في تنفيذ العقد ، وذلك حرصاً على الالتزام بمبدأ الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الاداري ، لذا فلا يمكن اعفاء المتعاقد الاصلي من المسؤولية في مجال توافرها.

وذهب المشرع المصري الى ان الاخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد كما لا يخل قبول نزوله عن المبلغ المستحق له بما يكون للجهة الادارية قبله من حقوق[٢٦].

في الحقيقة ان مبدأ استمرار مسؤولية المتعاقد الاصلي في حالة التنازل عن العقد، هو من الاصول التي تراعيها جهة الادارة دائما حرصاً منها على الالتزام بمبدأ الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الاداري فالتزام المتعاقد مع الادارة بتنفيذ العقد الاداري شخصياً لا يعني في هذا المقام التنفيذ المادي للعقد

مـن جانب المتعاقد، بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن هذا التنفيذ على نحو يحقق الصالح العام ويسد حاجة المنتفعين بخدمات المرفق العام محل العقد.

الحالة الثانية : رفض جهة الادارة لاجراء التنازل عن العقد

لجهة الادارة – كما ذكرنا – سلطتها التقديرية في رفض الموافقة على التنازل عن العقد وهي في هذا المقام مشروطة بحسن استعمالها ومقيدة باستهداف الصالح العام ، فاذا تبين للادارة ان المتنـازل اليـه لايتمتع بالصلاحيات الفنية او المالية التي تؤهله للحلول محل المتعاقد الاصلي في تنفيذ التزاماتـه علـى نحو يحقق النفع العام كان لها ان ترفض الموافقة على اجراء التنازل.

هذا ويرتب رفض الادارة الموافقة على التنازل بعض الاثار نوجزها بما يأتي(٢٧):

١-**بالنسبة للمتنازل اليه** لما كانت موافقة الادارة السابقة على اجراء التنازل من جانب المتعاقد تعد شرطاً اساسياً كي ينتج ذلك التنازل اثره القانوني في مواجهتها ، فيترتب على ذلك انتفاء اية علاقة تعاقدية بينها وبين المتنازل اليه في حالة رفضها لاجراء التنازل ، ومن ثم فليس للمتنازل اليه بدون موافقة الادارة ان يرجع عليها بـاي حقوق تعاقدية ، وان كان له ان يرجع عليها على اساس آخر لاسيما فكر الاثراء بالا سبب .

كما انه يستطيع كدائن للمتعاقد الاصلي ان يطالب الادارة بحقوق مدينه وفقاً للقواعد المدنية المقررة في هذا الخصوص.

٢- **بالنسبة للمتعاقد الاصلي**

يشكل تنازل المتعاقد الاصلي عن عقده دون الحصول على الموافقة السابقة من جهة الادارة خطأ فـي تنفيذ العقد الاداري وهذا الخطأ يبرر في نظر مجلس الدولة المصري توقيع اقسى العقوبـات كاسـقاط الامتياز، وفسخ عقد الاشغال العامة، فتنازل المتعاقد مع الادارة عن عقده دون ترخيص سابق مـن الادارة ، يعد بذاته خطأً عقدياً يرتب مسؤوليته عن الاضرار الناجمة عنه ،

كما يبرر توقيع اقسى الجزاءات عليه أي فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد ، وذلك سواء نص على هذا الجزاء في العقد ام لم ينص ، باعتبار ان حق الادارة في الفسخ في هذه الحالة ينتج عن طبيعة العقد الاداري ذاته ، ولايجوز حرمان الادارة من هذا الحق ما لم ينص العقد صراحة على ذلك. وقد استقر القضاء الاداري المصري على ان تنازل المتعاقد عن عقده يمثل خطأ جسيماً يبرر للادارة فسخ العقد. ويحق للادارة كذلك ان تسحب العمل من المتعاقد معها اذا تنازل عن العقد بدون اخذ موافقة تحريرية مسبقة من الادارة ، هذا ما تضمنته الشروط المقاولات العامة لاعمال الهندسة المدنية في العراق حيث نصت في مادتها الخامسة والستون على (لصاحب العمل بعد اعطاء المقاول انذراً او اشعاراً تحريرياً لمدة اربعة عشرة يوما ان يسحب العمل ويضع اليد على الموقع والاعمال ويخرج المقاول منها في أي من الحالات التالية من دون الرجوع الى المحكمة[٢٨].

المطلب الثالث

اثار الالتزام بالتنفيذ الشخصي في العقد الباطن

Effects of the commitment to personal implementation in the subcontract

وبناء على ما تقدم فان التعاقد من الباطن يمتاز بعدد من الخصائص يمكن اجمالها بما يلي[٢٩]: ١-يعد التعاقد من الباطن من العقود القائمة على التراضي أي تنطبق عليه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين. ٢- لابد ان يكون التعاقد من الباطن مسبوقاً بعقد اصلي حيث ان التعاقد من الباطن يفترض وجود عقدين متميزين يستقل كل منهما عن الاخر وهما العقد الاصلي واتفاق التعاقد من الباطن وعلى الرغم من هذا الاستقلال بين العقدين الا انهما يشتركان معاً من حيث المحل والموضوع على اساس القيام بعمل معين لصالح صاحب العمل ، هذا العمل يعهد بتنفيذه في النهاية الى المتعاقد من الباطن. ٣- التعاقد من الباطن من العقود الملزمة لجانبين اذ انه يرتب التزامات متبادلة على عاتق الطرفين فيلتزم المتعاقد الاصلي كقاعدة عامة بتقديم مقابل مادي معلوم، نظير تعهد المتعاهد من الباطن بتقديم عمل او صنع شيء ما.

٤-التعاقد من الباطن من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرع لان كل طرف يحصل على مقابل لما يعطيه او يؤديه.

وتجدر الاشارة الى ان التعاقد من الباطن له اشكال مختلفة او نماذج متعددة يشير اليها الفقهاء عادة ، منها التعاقد من الباطن المفروض والتعاقد من الباطن الاختياري ، حيث يلعب المتعاقد الاصلي دوراً جوهرياً في اختيار المتعاقد من الباطن عندما نكون بصدد التعاقد من الباطن الاختياري ، في حين يكون دور المتعاقد الاصلي محدوداً بالنسبة لاختيار المتعاقد من الباطن في حالة ما اذا كان التعاقد من الباطن مفروضاً على المتعاقد من قبل الادارة. ومن ناحية ثانية هنالك التعاقد من الباطن على درجة واحدة عندما يكون لدينا متعاقد وحيد من الباطن، والتعاقد من الباطن على درجات عندما يلجأ المتعاقد من الباطن الى التعاقد من الباطن ، فنكون امام تعاقد من الباطن في الدرجة الثانية او الثالثة .... وهكذا[٣٠].

وتختلف الاثار المترتبة على التعاقد من الباطن في حالة موافقة الادارة المتعاقدة على اداء التعاقد من الباطن من عدمها .

والراجح فقهاً وقضاء ان موافقة الادارة المسبقة تعد شرطاً لصحة اتفاق التعاقد من الباطن ، فالقاعدة المقررة في هذا المجال اذ التعاقد من الباطن امر مشروع بشرط اقترانه بموافقة الجهة الادارية المختصة ، هذه الموافقة التي لايتطلب فيها شكلاً معيناً فقد تكون صريحة وقد تكون ضمنية الا ان موافقة الادارة على اجراء التعاقد من الباطن لايترتب عليها ان يصبح المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الادارة وانما يقتصر اثر الموافقة المذكورة على جعل هذا التعاقد مشروعاً يمكن الاحتجاج به في مواجهة الادارة ولايشكل خطأ تعاقدياً جسيماً يوجب مسؤولية المتعاقد الاصلي وتوقيع اقسى العقوبات بحقه الا وهي فسخ العقد على مسؤوليته[٣١].

وبناء على ماتقدم يلتزم المتعاقد الاصلي – تحقيقاً لمبدأ الاعتبار الشخصي- بطلب موافقة الادارة المتعاقد معها وبشكل مسبق على ابرام العقد من الباطن ، حيث ان المبادرة في تقديم الطلب يجب ان يجري من قبله

شخصياً او ممثلة ، لانه هو وحده تقع عليه مسؤولية تنفيذ العقد ومن ثم فهو ادرى بمدى الحاجة الى الاستعانة بالشخص الثالث وطلب الرخص الادارية ، الا ان طلب الاجازة المسبقة قد لايكون ضروريا في بعض الاحيان حيث تستبدل بقيام المتعاقد الاصلي باعلام الادارة بعملية التعاقد من الباطن فقط وذلك في حالة وجود نص تعاقدي بمنح المتعاقد هذا الحق ، فنكون امام موافقة مسبقة جرى تنظيمها عقديا. ان تطور المرافق العامة ونطاق خدماتها ساهم كثيراً في تنظيم عملية التعاقد من الباطن فنجد ان المشرع المصري قد حرص على تنظيم هذه العملية حيث اوجب القانون الخاص بالتعاقد من الباطن الصادر في ٣١/١٢/١٩٧٥ على المتعاقد الاصلي ان يقدم المتعاقد من الباطن الى صاحب العمل، فان لم تقبل الادارة المتعاقد من الباطن ، فان التعاقد من الباطن لايقع باطلاً ، وانما يكون غير نافذ في مواجهتها ، وتقتصر اثاره على الطرفين المتعاقدين (المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن)[٣٢].

الخاتمة Conclusion

ختاماً توصّل الباحث الى مجموعة من النتائج والتوصيات وعلى النحو الآتي:

اولا : النتائج Results

١-ان الاعتبار الشخصي يلعب دوراً بالغ الاهمية في مجال العقود الادارية نظراً لصلة العقد الاداري الوثيقة بإحد المرافق العامة ، ومن ثم فان الادارة باعتبارها طرفاً في العقد المذكور يتعين عليها ان تراعي اعتبارات خاصة في المتعاقد معها مثل الكفاية المالية او المقدرة الفنية او حسن السمعة او الجنسية .....الخ. وعلة ذلك ان شخصية المتعاقد تكون محلاً للاعتبار من جانب الادارة حتى تضمن تنفيذ العقد بصورة سليمة وعلى احسن وجه ، بما يحقق النفع العام لجمهور الافراد المتعاملين مع المرفق محل العقد .

٢-ان الالتزام بتطبيق الاعتبار الشخصي لا يكون على درجة واحدة بالنسبة لجميع انواع العقود الادارية ، ذلك ان اساس قاعدة الاعتبار الشخصي هو صلة العقد بالمرفق العام ، ومن ثمَّ يكون من المنطقي ان يرتبط تطبيقه بمدى صلة العقد بالمرفق العام ، بحيث يتعين الالتزام بتطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي تطبيقاً صارماً كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام والعكس صحيح ، وهذا ما يبرر التفاوت في تطبيقات عدة الاعتبار الشخصي على مختلف العقود الادارية .

٣- ان التنازل عن العقد من دون موافقة الادارة امر غير جائز، ومن ثم لا يجوز للمتعاقد مع الادارة ان يتنازل عن العقد لاحد الاشخاص الا بموافقة الادارة ، اما في حالة عدم موافقة الادارة على التنازل عن العقد ، فان التنازل يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام وذلك لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الاداري مما يبرر قيام الادارة بفسخ العقد على مسؤولية المتعاقد ، سواء نص على هذا الجزاء في العقد ام لم ينص .

٤- ان التنازل عن العقد بموافقة الادارة تترتب عليه بعض الاثار القانونية الهامة سواء في علاقة الادارة بالمتنازل اليه ام في علاقتها بالمتنازل (المتعاقد الاصلي).

٥- ان تنازل المتعاقد الاصلي عن العقد دون موافقة الادارة تترتب عليه عدة آثار قانونية سواء في علاقة الادارة بالمتعاقد الاصلي او في علاقتها بالمتنازل اليه او في علاقة المتنازل والمتنازل اليه.

٦- ان التعاقد من الباطن اسلوب من اساليب الفن التعاقدي وهو حقيقة واقعية قانونية في وقت واحد .

٧- ان العقد الاصلي هو الذي يحكم العلاقة بين الادارة والمتعاقد الاصلي ، والعقد من الباطن هو الذي يحكم بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن ، اما العلاقة بين الادارة والمتعاقد من الباطن فهي علاقة غير مباشرة الا في الحالات الاستثنائية التي يقررها المشرع .

٨- ان اية ظروف تطرأ على المتعاقد مع الادارة اثناء تنفيذه للعقد الاداري لابد وان تؤثر بشكل او بآخر على الرابطة العقدية بينه وبين الادارة كما هو الامر في حالة موت المتعاقد او افلاسه او اعساره إذ لاحظنا تعدد الحلول واختلافها في كل من فرنسا ومصر والعراق .

ثانياً : التوصيات (Recommendations)

نتيجة للدراسة التي قمنا بها أرتأينا ان نوصي بالمقترحات الاتية :

١-ضرورة تنظيم مسألة التنازل عن العقد الاداري في العراق وذلك بايراد نص في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية ، ينص صراحة على عدم جواز التنازل عن العقد الا بموافقة الادارة المتعاقدة اذا كان العقد الاصلي من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي.

٢- ضرورة تنظيم مسألة موت المتعاقد اثناء تنفيذ العقد الاداري وذلك باضافة نص في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ على غرار نص المادة ٨٨٨ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وبشكل ينطبق على جميع العقود الادارية بدون استثناء .

٣- لابد من تنظيم مسألة افلاس أو اعسار المتعاقد مع الادارة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ٢ لسنة ٢٠١٤ في العراق وبشكل ينطبق على جميع العقود الادارية.

الهوامش: Footnote

(١) د. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، ٢٠٠٠، الاسس العامة للعقود الادارية، منشأة المعارف، ص٥٦.

(٢) د. الطماوي، سليمان، ١٩٩١، الاسس العامة للعقود الادارية ، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص٥١.

(٣) د. امين، محمد سعيد، ٢٠٠٢، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية وتطبيقاتها، دراسة مقارنة، دار الثقافة الجامعية، ص٣٣.

(٤) المستشار الدكتور محمد، خالد عبد الفتاح، ٢٠٠٩، الشامل في العقود الإدارية في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام ٢٠٠٨م، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط١، ص٤٥.

(٥) د. أبو السعود، رمضان، ١٩٩٩، شرح مقدمة القانون المدني، النظرية العامة للحق، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ص١١٠.

(٦) هاشم، حسان عبد السميع، ٢٠٠٢، الجزاءات المالية في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣٤.

(٧) الزعبّي، خالد سمارة، ١٩٩٣، القرار الإداري بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، فرنسا، مصر، لبنان، الأردن، ط١، عمان، ص٣٣.

(٨) السيد، محمد صلاح عبد البديع، ١٩٩٣، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري، دراسة مقارنة، ط١، ص٢٣.

(٩) ليلة، محمد كامل، ١٩٩٢، نظرية التنفيذ المباشر في القانون الإداري، دراسة مقارنة، في التشريع والفقه والقضاء، دار الفكر العربي، القاهرة، ص٣٤.

(١٠) عبد الوهاب، رفعت، ٢٠٠٥، مبادئ وأحكام القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، بيروت، ص١١٠.

(١١) الظاهر، خالد خليل، ١٩٩٧، القانون الإداري، دراسة مقارنة، ك٢، دار المسيرة للنشر والتوزيع والطباعة، عمان، ط١، ص٢١.

(١٢) الحلفاوي، حمدي حسن، ٢٠٠٢، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، دراسة تحليلية تأصيلية لصور خطأ الإدارة في إبرام وتنفيذ العقود الإدارية على ضوء أحدث أحكام ومبادئ مجلس الدولة، ط١، ص٥٤.

(١٣) الحلفاوي، حمدي حسن، مرجع سابق، ص٥٨.

(١٤) السيد، محمد صلاح عبد البديع، مرجع سابق، ص٩٠.

(١٥) الحلفاوي، حمدي حسن، مرجع سابق، ص٥٨.

(١٦) د. علي، ابراهيم محمد، ٢٠٠٣، اثار العقود الادارية وفقا لقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، ص٤٥.

(١٧) د. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الاسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص٥٩.

(١٨) د. نصار، جابر جاد، ٢٠٠١، العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣٤.

[١٩] د. مشرف، عبد العليم عبد المجيد، ٢٠٠٣، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٤٥.
[٢٠] د. مبارك، سعد عبد الكريم، ١٩٩٠، مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لاحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية، بغداد، ص٧٦.
[٢١] د. مبارك، سعد عبد الكريم، مرجع سابق، ص٣٤.
[٢٢] د. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الاسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص٥١.
[٢٣] د. مبارك، سعد عبد الكريم، مرجع سابق، ص٣٤.
[٢٤] د. الشريف، عزيزة، دراسات في نظرية العقد الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٦٧.
[٢٥] د. مبارك، سعد عبد الكريم، مرجع سابق، ص٣٩.
[٢٦] د. مبارك، سعد عبد الكريم، مرجع سابق، ص٣٧.
[٢٧] د. مشرف، عبد العليم عبد المجيد، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، مرجع سابق، ص٧٦.
[٢٨] د. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الاسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص٦٦.
[٢٩] د. مشرف، عبد العليم عبد المجيد، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، مرجع سابق، ص٧٧.
[٣٠] د. مشرف، عبد العليم عبد المجيد، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، مرجع سابق، ص٧٩.
[٣١] د. مبارك، سعد عبد الكريم، مرجع سابق، ص٣٧.
[٣٢] د. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم، الاسس العامة للعقود الادارية، مرجع سابق، ص٥٤.

المصادر

i. Ali, Ibrahim Muhammad, 2003, Effects of Administrative Contracts According to Law No. 89 of 1998 and its Executive Regulations, second Edition, Dar Al-Nahdha Al-Arabia.

ii. Nassar, Jaber Gad, 2001, Administrative Contracts, Dar Al-Nahdha Al-Arabia, Cairo.

iii. Hashem, Hassan Abd Al-Samee, 2002, Financial Penalties in administrative contracts, Dar Al-Nahdha Al-Arabia, Cairo.

iv. Al-Halfawi, Hamdi Hassan, 2002, The Corner of The Error in Management Responsibility Arising from the Administrative Contract, a Fundamental Analytical Study of The Images of The Administration's Error in Concluding and Implementing administrative contracts in The Light of The Latest Provisions and Principles of The State Council, 1st Edition.

v. Al-Zahir, Khaled Khalil, 1997, Administrative Law, a Comparative Study, Part 2, 1st Edition, Dar Al-Masirah Llnasher Waltawzea Waltiba', Amman.

vi. Muhammad, Khaled Abd Al-Fattah, 2009, Comprehensive in Administrative Contracts in the Light of The Judgments of The Supreme Administrative Court until 2008, 1st Edition, Al-Markez Al-Qaumi Llisdarat Al-Qanonia.

vii. Al-Zoubi, Khaled Samara, 1993, Administrative Decision Between Theory and Practice, Comparative Study, France, Egypt, Lebanon, Jordan, 1st Edition, Amman.

viii. Abd Al-Wahab, Rifaat, 2005, Principles and Provisions of Administrative Law, Manshorat Al-Halabi Al-Hoqoqia, Lebanon, Beirut.

ix. Abo Al-Saud, Ramadan, 1999, Explanation of the Introduction to Civil Law, The General Theory of Right, Dar Al-Matboa't Al-Jamea'ia, Alexandria.

x. Mubarak, Saad Abd Al-Karim, 1990, The responsibility of the Subcontractor in Accordance with the provisions of the Civil Code and The General Conditions for Contracting Civil Engineering Works, Baghdad.

xi. Al-Tamawi, Suleiman, 1991, The General Foundations of Administrative Contracts, a Comparative Study, Dar Al-Fiker Al-Arabi, Cairo.
xii. Khalifa, Abd Al-Aziz Abd Al-Moneim, 2000, General Foundations of Administrative Contracts, Knowledge Foundation.
xiii. Musharraf, Abd Al-Alim Abd Al-Mageed, 2003, The Idea of Personal Consideration in The Field of Administrative Contracts, Dar Al-Nahdha Al-Arabia, Cairo.
xiv. Al-Sharif, Aziza, Studies in The Theory of The Administrative Contract, Dar Al-Nahdha Al-Arabiya, Cairo.
xv. Amin, Muhammad Saeed, 2002, General Principles in the Implementation of Administrative Contracts and Their Applications, a Comparative study, Dar Al-Thakafa Al-Jame'ia.
xvi. Al-Sayed, Mohamed Salah Abd Al-Badie, 1993, The Authority of The Administration to Terminate The Administrative Contract, a comparative study, 1st ed.
xvii. Laila, Muhammad Kamel, 1992, Theory of Direct Execution in Administrative Law, A Comparative Study, in Legislation, Jurisprudence and the Judiciary, Dar Al-Fiker Al-Arabi, Cairo.