



جامعة دمشق
كلية الحقوق

الالتزام بالتفويض الشخصي في نطاق العقود الإدارية "دراسة مقارنة"

بحث علمي قانوني مقدّم لنيل درجة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية

إعداد الطالب
محمد إبراهيم محفوظ

إشراف الدكتور
باسم حسام الدين عزّو
المدرّس في قسم القانون العام

٢٠٢٠ / ١٤٤١ هـ

استناداً إلى قرار مجلس البحث العلمي والدراسات العليا رقم ١١٠٩/م ب د تاريخ ١٠/٢/٢٠٢٠، القاضي بتشكيل لجنة الحكم لمناقشة رسالة الماجستير في العلوم الإدارية والمالية- قسم القانون العام للطالب محمد محفوض بعنوان:

الالتزام بالتففيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)

والمؤلفة من السادة الأساتذة:

- د. سعيد نُحيلي الأستاذ في قسم القانون العام بكلية الحقوق/ جامعة دمشق عضواً.

- د. نجم الأحمد الأستاذ في قسم القانون العام بكلية الحقوق/ جامعة دمشق عضواً.

- د. باسم عزّو المدرّس في قسم القانون العام بكلية الحقوق/ جامعة دمشق عضواً مشرفاً.

فقد تمّت المناقشة في يوم الأحد الواقع في ٦/٧/٢٠٢٠م، الساعة ١٢/ ظهراً، وذلك في قاعة الشهيد السّناذ الدكتور محمد الفاضل بمبنى كلية الحقوق.

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

"وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا
الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ
عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ"

صدق الله العظيم

[النحل: ٩١]

إهداء

إلى روح من أحمل اسمه بكل اعتزاز

أبي

إلى روح شقيقي الشهيد المقدّم

مُحيّ الدّين

إلى نبع الحنان والدعاء الصادق

أمي

إلى أمي الثانية، وإلى أبي الثاني

شقيقتي، وزوجها عبد الحق الحكيمّة

إلى من كان سنداً لي في مسيرتي العلمية

العقيد أحمد وأولاده

إلى منارتيّ الرائعتين

جامعة دمشق وشقيقتها الفُرات

أهدي هذا العمل المتواضع...

الباحث

شكر وامتنان

الحمدُ لله رب العالمين المُستحق لعظيم الشكر وجزيل الثناء، الذي يسّر لي سبيل العلم، وهياً لي أسبابه... .
وبعد: فإن الشُّكْرَ حبلٌ منَ التَّقَى، ولا شيء أقبح من كفران نعمة الناس وترك الشكر لمعروفهم، وقد روي عن النبي مُحَمَّدٌ صلى الله عليه وسلّم أنّه قال: إذا أُسدي إلى أحدكم معروفاً فليذكره، فإن ذكره فقد شكره وإن كتمه فقد كفره.

وامتنالاً إلى هدي النبي الأعظم، واعتزافاً بالفضل والجميل، فإنني أتوجّه بخالص شكري وتقديري، إلى السيد الأستاذ الدكتور سعيد نُحيلي الذي نلت شرف التتلمذ على يديه، ونهلت من وافر علمه وأفكاره، وزادني الشرف بقبوله الاشتراك في مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها، جزاه الله خيراً، ومتّعه بموفور الصحة والعافية.

كما يسعدني ويشرفني، أن أتقدّم بوافر الشكر والامتنان إلى السيّد الأستاذ الدكتور نجم الأحمد، لتواضعه وقبوله الاشتراك في لجنة الحكم، وإنها لفرصة عظيمة لي أن أنهل من وافر علمه وأفكاره، وأستفيد من ملاحظاته القيّمة، جزاه الله خيراً، ومتّعه بموفور الصحة والعافية.

كما أتقدّم بوافر الشكر والتقدير إلى السيّد الدكتور باسم عزو، المدرّس في قسم القانون العام، على تكرّمه بقبولي تلميذاً له، وتفضله بالإشراف على هذه الرسالة.

وكأني الآن بلسان حاله يقول لا أريدجزاءً ولا شكوراً عن أجري على الله، جزاه الله خيراً، ومتّعه بموفور الصحة والعافية.

والشكر موصول إلى جميع السادة أعضاء الهيئة التدريسية في قسم القانون العام، وأخص بالذكر أستاذنا الدكتور محمد يوسف الحسين.

مقدمة

تسعى الإدارة العامة- وهي في معرض تسييرها لمرافقها العامة وأداء مهماتها الإدارية- إلى تأمين السير المنتظم والمضطرد لهذه المرافق، في نطاق بوتقة الحفاظ على المصلحة العامة. ومن أجل تحقيق تلك الغاية السامية، نجد أنّ الجهة الإدارية تمارس نشاطها الإداري (أعمالها القانونية) من خلال اتباع أحد أسلوبين جدّ مختلفين، لكلّ منهما سياق مختلف.

الأسلوب الأول: يتم في إطار تعبير الإدارة العامة عن إرادتها المنفردة، من دون مشاركة من الأفراد، من خلال ما يعرف بالقرارات الإدارية، وتهدف هذه القرارات إلى إحداث أثر حقوقي معيّن، إمّا بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل مركز قانوني قائم، أو إلغائه. وتعدّ تلك القرارات الإدارية واجبة التنفيذ بمجرد إصدارها، واكتسائها صيغة التنفيذ، طالما أنّها تتفق ومبدأ المشروعية، تحت طائلة تحمّل تبعات المؤيّدات القانونية التي تتضمنها تلك القرارات أو القوانين المرعية. وقد استقرّ الفقه والقضاء الإداري على تعريف القرار الإداري بأنّه: عمل قانوني من جانب واحد، يصدر بالإرادة الملزمة لإحدى الجهات الإدارية في الدولة، بما لها من سلطة بمقتضى القوانين واللوائح، وفي الشكّل الذي يتطلبه القانون بقصد إنشاء أثر قانوني معيّن، ابتغاء تحقيق مصلحة عامة.

أما الأسلوب الثاني: فهو سلوك جهة الإدارة لمسلك الرضا والتفاهم، من خلال إبرام العقود الإدارية، المؤسسة على اتفاق الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعيين أو الاعتباريين في سبيل تسيير مرافقها العامة وإدارتها، من خلال تضمين العقد بنوداً غير مألوفة في مجال القانون الخاص، أو من خلال الإسهام المباشر للمتعاقد معها في تسيير تلك المرافق. وهذا الأسلوب تلجأ إليه الجهة العامة في ممارسة نشاطها الإداري إذا لم يف الأسلوب الأول- القرارات الإدارية- بإشباع حاجات مرافقها العامة، والقيام بالأعمال

المنوطة بها، أو إذا ارتأت أن أسلوب العقود أجدر على تحقيق أهدافها. وقد عرّف القضاء الإداري السوري العقود الإدارية بأنها: تلك العقود التي يُبرمها شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيها نيّته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلّى ذلك إمّا بتضمين تلك العقود شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، أو السماح للمتعاقد مع الإدارة بالاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام. وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي المصري.

وهذا العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة، لا يختلف في مفهومه العام عن العقد العادي (عقد مدني أو تجاري حسب الحال)، الذي يبرمه الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون فيما بينهم، من حيث إنّ كليهما يقوم على أساس توافق إرادتين (إيجاب وقبول) بقصد إنشاء حقوق والتزامات متبادلة، ويلزم لانعقاد العقد الإداري، شأنه شأن العقد العادي، الأركان الأساسية وهي: الرضا، والمحل، والسبب. بيد أن كلاً من العقدين - الإداري والعادي - يختلف عن العقد الآخر من حيث النظام القانوني الذي يخضع له، ويعود هذا الاختلاف إلى أنّ الجهة الإدارية تبرم عقودها الإدارية بصفتها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات - نتيجةً لتضمين العقد شروطاً غير مألوفة في إطار القانون الخاص - لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك في سبيل تحقيق أهداف المرفق العام الذي لولاه لما تم إبرام العقد (العقد الإداري توأم المرفق العام). وما يبرّر تضمين العقود الإدارية شروطاً استثنائية، أنّ هذه العقود وثيقة الصلة بالمرافق العامة، وإن كانت درجة اتصالها بهذه الأخيرة ليست سواء، بل تتفاوت حسب نوع العقد، وحسب درجة إسهام المتعاقد مع الإدارة في إدارة المرفق العام وتسييره (مساهمة مباشرة أو غير مباشرة). وبعبارة أخرى يمكن القول: إنّ ما يتمتع به العقد الإداري من خصائص ذاتية تميّزه تمييزاً جوهرياً عن العقد المدني، إنما يرجع في المقام الأول إلى اتصاله بالمرفق العام، أو النفع العام.

والعقد الإداري شأنه شأن أي عقد آخر يتمخض عنه مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة، والتي تنقل كاهل الإدارة والمتعاقد معها، فالالتزامات المتعاقد مع الإدارة تشكل في الوقت نفسه حقوقاً لهذه الأخيرة، والعكس صحيح. تلك الالتزامات التي لا تتحدد بموجب العقد المبرم بينه وبين الإدارة فحسب، بل تمتد لتشمل كل ما يكون ضرورياً لتحقيق سير المرفق العام بانتظام واضطراب، مثل القوانين واللوائح التنظيمية، وكذلك العرف والأوامر المصلحية... . مع العلم أنه لا حاجة للنص على بعض التزامات المتعاقد مع الإدارة في العقد، كونها تنبثق من التزام المتعاقد بالتفويض، والتعاون الشخصي مع الإدارة، ومن تعلق العقود الإدارية بالمصلحة العامة، ومن الخصائص الذاتية لهذه العقود.

ومما لا شك فيه أن التزامات المتعاقد مع الإدارة تختلف جدّاً باختلاف عن التزامات المتعاقد في مجال عقود القانون الخاص، نظراً لاختلاف الغاية من وراء إبرام كل من نوعي العقود، فغاية العقد الإداري المتمثلة في تنفيذ المشروعات العامة، وتسيير المرافق العامة، وتحقيق النفع العام، تترك أثرها الجليّ على تكييف علاقة الإدارة بالمتعاقد معها، على أنها علاقة تعاون ومساهمة وشراكة- في المقام الأول- في سبيل تحقيق الصالح العام، الأمر الذي يستلزم من المتعاقد بذل قصارى جهده في تنفيذ التزاماته العقدية، وذلك بهدف ضمان السير المستمر والدائم للمرفق العام الذي من أجله أبرم العقد الإداري، ما يستلزم معه خضوع المتعاقد في تنفيذ الالتزامات التي أفرزها العقد الإداري، إلى قواعد أشد صرامة من تلك التي يخضع لها المتعاقد في العقود الخاصة.

ومن المبادئ الرئيسية في نطاق القانون العام، التي تسود- وتستند إليها- العقود الإدارية، مبدأ عام مفاده التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري، وذلك نتيجةً للخصائص الذاتية لتلك العقود

وارتباطها الوثيق بالمرافق العامة. هذا المبدأ الذي يقوم على فكرة أساسية، ألا وهي فكرة الاعتبار الشخصي، حيث إنّ التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية؛ أي أنّ المتعاقد يجب أن ينفّذها شخصياً وبنفسه، من غير أن يكون له - كقاعدة عامة - حق التنازل عن تلك الالتزامات إلى الغير، أو التعاقد بشأن تنفيذ جزء أو أجزاء منها إلى متعاقد من الباطن، ذلك أنّ شخصية المتعاقد مع الإدارة ومؤهلاته تكون محلاً للاعتبار من قبل الأخيرة أثناء إبرام العقود الإدارية، وتنفيذها على السواء، إذ يتعيّن على جهة الإدارة أن تراعي في انتقائها المتعاقد معها جملة من السمات والصفات الشخصية الجوهرية في هذا المتعاقد المنتظر التعاقد معه؛ لضمان تنفيذ تلك العقود بانتظام واضطراد، على نحو يُحقّق النفع العام والصالح العام على أتم وأفضل وجه.

وترتيباً على ما تقدم، تُعدّ فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الرئيسية، سواء بشأن اختيار المتعاقد مع الإدارة أو تنفيذ العقد من جانبه، تحت طائلة امتناع الإدارة عن إبرام العقد مع متعاقد غير مؤهل لذلك... أما فيما يتعلّق بتنفيذ العقد، فإنّ القضاء الإداري - في أغلب الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج - مستقرّ على مبدأ التزام المتعاقد بالتنفيذ شخصياً، وبنفسه؛ نظراً لصلة العقد الدقيقة والوطيدة بالمرفق العام. فهذا الالتزام إنما هو وسيلة بيد الجهة الإدارية تضمن من خلالها تنفيذ العقد على نحو يحقق الصالح العام، ويلبّي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام محلّ العقد.

أولاً - مشكلة البحث:

صحيح أن مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية يعدّ مبدأً رئيساً من مبادئ القانون العام؛ وذلك للصلة الوثيقة بين العقد الإداري والمرفق العام.

لكن درجة الالتزام بهذا المبدأ ليست على درجة واحدة وفي المستوى نفسه في جميع العقود الإدارية، فهي تختلف بين عقد إداري وآخر، ومن هنا تتجس مشكلة البحث الرئيسة في محاولة الإجابة على التساؤل الآتي:

هل يتعين التقيد التام والصارم بمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في العقود الإدارية كافة بالدرجة والمستوى نفسهما أم أنّ هناك تفاوتاً في ذلك، بمعنى آخر ما هي النتائج والآثار المترتبة على هذا المبدأ؟

سنحاول الإجابة على هذا السؤال الرئيس من خلال الأسئلة الفرعية الآتية:

١- ما مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، وما هو نطاقها؟

٢- هل تختلف درجة الاعتبار الشخصي بين عقد إداري وآخر؟

٣- هل يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتعاقد من الباطن لتنفيذ محل العقد الأصلي بالرغم من التزامه بالتنفيذ الشخصي؟ أم أن ذلك يشكل إخلالاً بالالتزام المذكور؟

٤- ما هو أثر زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة على الرابطة العقدية؟

ثانياً- هدف البحث:

يتمثل هدف البحث في محاولة الإجابة على مشكلة البحث المطروحة، وذلك من خلال الآتي:

- التعرف على ماهية فكرة الاعتبار الشخصي ونطاقها.
- التعرف على درجة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية.
- التعرف على ماهية التعاقد من الباطن، والآثار القانونية الناشئة عنه.
- التعرف على الحالات التي يترتب عليها زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، وآثارها.

ثالثاً- أهمية البحث:

تتبقى أهمية البحث من الدور الأساس الذي يحظى به مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية. ونظراً للأهمية العلمية والعملية لجزئية الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري، وتناثره في مواد متفرقة، فضلاً عن أن هذا الموضوع لم يحظَ باهتمام الفقه الإداري السوري بالشكل الذي يتلاءم مع أهميته قياساً بالنظم القانونية الأخرى، لذا أثرنا أن يكون هذا الالتزام محلاً للبحث. فالمراجع الفقهية السورية، وكذلك الرسائل العلمية- وعلى الرغم من القيمة العلمية الكبيرة التي تحتويها- لم تتطرق لهذا الموضوع بالبحث بصورة مستقلة إلا في حدود ضيقة، ما أدى إلى افتقار المكتبة القانونية السورية إلى مثل هذه الدراسة. فعلى حد علمنا لا يوجد أي بحث متخصص يتحدث عن التزامات المتعاقد مع الإدارة بشكل عام، أو عن التزامه بالتنفيذ الشخصي بشكل خاص، فمعظم الأبحاث العلمية تتناول حقوق المتعاقد مع الإدارة التي تشكل في الوقت ذاته التزامات الإدارة المتعاقدة، والرقابة القضائية على هذه الالتزامات وتلك الحقوق.

رابعاً- منهج البحث:

لا شك أن لكل بحث طبيعته الذاتية التي تميزه عن غيره من البحوث، وفي ضوء هذه الحقيقة، فإن مناهج البحث وأدواته تتباين بين بحث وآخر، لذا فقد اختار الباحث من مناهج البحث العلمي، المنهج التحليلي المقارن. والمنهج التحليلي (الاستنباطي): من خلال البحث والتنقيب في الآراء الفقهية، والأبحاث العلمية، وتحليل النصوص القانونية والأحكام القضائية ذات الصلة بكل جزئية من جزئيات البحث، مع بيان وجهة النظر كلما كان ذلك ممكناً. والمنهج المقارن من خلال المقارنة بين النظام القانوني السوري والنظم القانونية السائدة في كل من فرنسا ومصر. آمليين من خلال

هذه المقارنة تحديد نقاط التوافق والاختلاف، والتوصل إلى أفضل النتائج القابلة للتطبيق.

خامساً- خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى فصلين رئيسيين وتم توزيع الدراسة في كل منهما إلى مبحثين، وذلك وفقاً لمنهج النظام اللاتيني (الفرنسي) في البحث. حيث سنبحث في الفصل الأول الجانب التأسيلي لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري من خلال مبحثين، المبحث الأول: يتحدث عن فكرة الاعتبار الشخصي في نطاق العقود الإدارية، بينما يتحدث المبحث الثاني: عن درجة الاعتبار الشخصي في هذه العقود.

أما الفصل الثاني فقد جرى تخصيصه للحديث عن الاستثناءات الواردة على مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري، حيث تمّ تقسيمه إلى مبحثين، الأول: يتحدث عن التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، أما المبحث الثاني: فيتحدث عن زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة.

人

الفصل الأول

الجانب التأصيلي لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري

تمهيد وتقسيم:

تسعى الجهة الإدارية من وراء إبرام العقود الإدارية إلى تنفيذ المشروعات العامة المُحققة للمصلحة العامة، وتوريد المواد والسلع اللازمة لسير المرافق العامة، ومن أجل بلوغ هذه الغاية، وضعت الإدارة العامة دفاتر الشروط العامة التي تتطلب توافر صفات جوهرية معينة مرتبطة بشخص المتعاقد معها؛ لضمان حسن تنفيذ تلك العقود على النحو الذي يُحقق المصلحة العامة، ونظراً لصلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام^١ من جهة، وإلى طريقة اختيار المتعاقد مع الإدارة (التقنيّة المتبعة في إبرام العقد) من جهة أخرى، فإن الإدارة العامة تراعي عند إقدامها على انتقاء المتعاقد معها، وإبرام العقد معه، اعتبارات عدّة وصفات شخصية في هذا المتعاقد (سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً)، تتعلّق هذه الاعتبارات بخبرته، وكفاءته الفنيّة، وملاءته الماليّة، بالإضافة إلى جنسيته وحسن سمعته... إلخ^٢.

وتتصدّر الاعتبارات السابقة قائمة العوامل التي تُراعيها الجهة الإدارية عند اختيار المتعاقد معها، وتُلقي بظلالها أيضاً على تنفيذ عقودها

^١ - يعرف المرفق العام بأنه: "كل نشاط إداري أو اقتصادي منظم يبغي النفع العام وتقوم السلطة العامة بإدارته أو يكون تحت إشرافها ولها حق تنظيمه وتسييره". انظر: د. يوسف شباط، د. عبد الرحيم الصفي، المرافق العامة، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٠ - ٢٠١١، ص ٢١.

^٢ - انظر على سبيل المثال لا الحصر:

د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٤١٨؛ د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T (عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠٠٩، ص ٢١٣ و ص ٤٢٢؛ رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٢١٦.

الإدارية^٣، فالاعتبار الشخصي يُوضع في المقام الأول عند إبرام هذه العقود، وتنفيذها على السواء، فالإدارة المتعاقدة تنتقي المتعاقد معها بناءً على صفاته ومؤهلاته الشخصية، فإذا كانت الإدارة لا تملك إلا أن تتعاقد مع من رست عليه المناقصة، فإنها تملك - بسلطانها التقديرية - ألا تتعاقد إطلاقاً حتى لا يُفرض عليها شخص لا تريده، حتى ولو اختارته لجنة البت (في مصر وفرنسا)، أو لجنة المناقصة (في سورية)، هذا فيما يتعلق باختيار المتعاقد.

أما بخصوص تنفيذ العقد، فمن المسلم به فقهاً وقضاءً أنه من المبادئ الرئيسية في نطاق القانون العام^٤، أن يقوم المتعاقد بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد شخصياً وبِنفسه؛ "تظراً لأن هذه العقود هي في الأصل ذات طابع شخصي، وهذا ما يسمّى بمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الإداري"^٥.

ويعني مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية يجب عليه أن ينفذها شخصياً وبِنفسه، وبالتالي لا يجوز له التنازل عنها إلى الغير أو التعاقد بشأنها من الباطن من دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء الإداري^٦.

٣- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعاً وفقهاً واجتهاداً (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٩٩.

٤- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٦٠٩-٦١٠.

٥- د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، دمشق، ٢٠٠٥، ص ٢٦١.

٦- د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، حلب، ٢٠٠٧، ص ١٣٤.

٧- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٧٤؛ د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١١، ص ٤٤٠؛ د. ناصر غنيم الزيد، رقابة القضاء الإداري الكويتي على أعمال الإدارة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٥١.

ومبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية، لا يحفل بالتنفيذ المادي للعقد من قبل المتعاقد مع الإدارة شخصياً، بقدر ما يعني مسؤولية هذا الأخير الشخصية عن تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد الإداري على نحو يحقق الصالح العام، ويلبي حاجة المنتفعين من خدمات المرفق العام محل العقد. بمعنى آخر، هناك ارتباطاً وثيقاً بين فكرة الاعتبار الشخصي والغاية من وراء إبرام العقود الإدارية، المتجسدة في تحقيق المصلحة العامة والنفع العام، الأمر الذي يترك أثره البين على مدلول التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصياً^٨.

بناءً على ما تقدّم، سوف نحاول دراسة الجانب التأصيلي لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري من خلال البحث في ماهية فكرة الاعتبار الشخصي التي يستند إليها هذا المبدأ (المبحث الأول) من جهة، ثمّ ننقل إلى بحث درجة هذا الاعتبار في إطار العقود الإدارية المختلفة (المبحث الثاني) من جهة ثانية.

^٨ - انظر على سبيل المثال لا الحصر:

د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، بدون مكان نشر، ١٩٩١، ص ٥٢؛ د. نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص ٩١؛ د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧، ص ٤١؛ د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، التزامات شركة المشروع في عقود (B. O. T)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤، ص ١٢٥.

المبحث الأول

فكرة الاعتبار الشخصي في نطاق العقود الإدارية

تُعَدُّ فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الرئيسة والأساسية في نطاق إبرام العقود وتنفيذها بشكل عام، سواء في إطار العقود المدنية، أو في مجال العقود الإدارية^٩. حيث يقوم مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري على دعامة أساسية، ألا وهي فكرة الاعتبار الشخصي^{١٠}.

ومن أجل إيضاح هذه الفكرة بشكل جليّ، سنحاول تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية فكرة الاعتبار الشخصي.

المطلب الثاني: نطاق فكرة الاعتبار الشخصي.

^٩ - جعفر فايز أحمد، مبدأ الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، بحث مقبول للنشر في مجلة جامعة البعث، المجلد ٤١/، ٢٠١٩، لم ينشر بعد، ص ٦.

^{١٠} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، القانون الإداري (عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية)، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٠/٢٠١١، ص ٣٠٥؛ المحامي عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المستقبل، دمشق، ١٩٩٣، ص ١٢٣.

المطلب الأول

ماهية فكرة الاعتبار الشخصي

يتحقق الاعتبار الشخصي في التعاقد إذا ما كانت شخصية المتعاقد "تلعب عنصراً جوهرياً في التعاقد"^{١١}، فإذا كانت شخصية المتعاقد محلّ اعتبار وتقدير في التعاقد، نكون أمام اعتبار شخصي، وعقد ذي طابع شخصي بقواعده، وأحكامه، أما إذا كان العكس من ذلك؛ أي إذا لم تكن تلك الشخصية المذكورة عنصراً جوهرياً في التعاقد، فسنكون إزاء عقد ذي طابع موضوعي لا يعدّ الاعتبار الشخصي عنصراً جوهرياً فيه^{١٢}.

ولغرض الإحاطة بماهية فكرة الاعتبار الشخصي، سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي وأساسها القانوني.

الفرع الثاني: تمييز الاعتبار الشخصي.

الفرع الثالث: أهمية فكرة الاعتبار الشخصي ومدى الاهتمام بها.

^{١١} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٠٥-٣٠٦؛ وانظر أيضاً: د. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، العدد ٤١، مجلد ب، ٢٠١٤، ص ٤٤٧.

^{١٢} - د. كنعان محمد محمود المفرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤، ص ٤١؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: عبد المهدي كاظم ناصر، حيدر عواد حمادي، دور عنصر الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد بواسطة غير المتعاقد (دراسة مقارنة)، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، المجلد التاسع، العدد الثاني، ٢٠١٨، ص ٢٣٧ وما بعدها وص ٢٤٣.

الفرع الأول

مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي وأساسها القانوني

سنقوم في هذا الفرع ببيان مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي (أولاً)، ثم ننتقل (ثانياً) للحديث عن أساسها القانوني.

أولاً- مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي^{١٣}:

عرّف العديد من فقهاء القانون المدني الاعتبار الشخصي أو "المؤهلات الشخصية"، فقد عرّفه الفقيه السنهاوري بأنه^{١٤}: "كل صفات الماقل المؤهلات الشخصية سمعة الماقل من ناحية الكفاية الفنية والأمانة وحسن المعاملة، وتخصّصه في نوع العمل محل الماولة، وما حصل عليه من

^{١٣}- تدل كلمة الاعتبار في اللغة العربية على معانٍ مختلفة، منها الاعتاض والتدبر، يقال: في ذلك عبرة لمن اعتبر؛ أي موعظة، قال تعالى: "فاعتبروا يا أولي الأبصار" {الحشر: ٢/}، وقوله تعالى: "إن في ذلك لعبرة لأولي الأبصار" {آل عمران: ١٣/}. وتأتي بمعنى العجب أو التعجب، فيقال اعتبر منه؛ أي تعجب منه والعبرة العجب، وتأتي بمعنى الاعتداد، اعتبر الرجل أي اعتدّ به، اعتبر الشيء: اختبره أو عدّه (ما اعتبر الشيء اعتدّ به). انظر: لويس معلوف، المنجد، الطبعة الثالثة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٩٥٢، ص ٥٠٣؛ الشيخ أحمد رضا، معجم متن اللغة، المجلد الرابع، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٦٠، ص ١٠؛ الشيخ عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، بيروت، ص ٧٤. أما الشخص، فهو كل جسم له ارتفاع وظهور وغلب في الإنسان والمراد به، إثبات الذات، وهو عند الفلاسفة، الذات الواعية لكيانها (المستقلة في إرادتها) الحرّة في تصرفاتها، وإذا أطلق على الله قيل: الذات. والشخص هو سواد الإنسان وغيره تراه من بُعد أو من بعيد، ويقال الشخص في مقابل الشيء. انظر: الشيخ عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الحضارة العربية، بيروت، ١٩٧٤، ص ٦٥١-٦٥٢؛ الشيخ أحمد رضا، معجم متن اللغة، المجلد الثالث، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٥٩، ص ٢٨٨؛ لويس معلوف، مرجع سابق، ص ٣٨٩.

^{١٤}- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، الماولة والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٢٥٨.

الشهادات الفنيّة في هذا التخصص، وما قام به قبلاً من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه".

فالاعتبار الشخصي- في مفهومه العام- يقصد به أن تكون شخصية المتعاقد المحور الرئيس في التعاقد، ويمكن القول بصفة عامة: إنّ العقود ذات الاعتبار الشخصي هي العقود التي يكون لشخص المتعاقد أو لصفة من صفاته الدور الحاسم في إبرامها^{١٥}.

وقد عرّفه آخرون بأنه: "يكون لشخص المتعاقد اعتبار خاص في مبنى العقد، بحيث يكون لصفة العاقد ارتباط بموضوع العقد"^{١٦}. كما عرّف اتجاه آخر التعاقد الذي قوامه الاعتبار الشخصي بأنه: "العقد الذي كانت شخصية أحد المتعاقدين أو صفة خاصة فيه قد روعيت عند إبرام العقد كعقد التعامل مع فنان أو جراح"^{١٧}.

وذهب البعض إلى أنّه يقصد بالاعتبار الشخصي في التعاقد، أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو صفة جوهرية من صفاته، عنصراً جوهرياً في التعاقد؛ بمعنى أن تكون هذه الصفة أو تلك الشخصية محل اعتبار وتقدير من قبل المتعاقد الآخر، فإذا كان شخص أحد المتعاقدين أو صفة فيه عنصراً جوهرياً في العقد نكون بصدد اعتبار شخصي^{١٨}.

^{١٥}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد (نطاق التنازل عن العقد وأحكامه)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ١١٤ وما بعدها.

^{١٦}- د. رفاه كريم رزوقي كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلّي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثامن، العدد الثالث، السنة الثامنة، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٦، ص ٥٨٥.

^{١٧}- د. زروق يوسف، حماية الاعتبار الشخصي في العقود الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي- الأغواط، العدد ٦/، جوان ٢٠١٧، ص ١٣.

^{١٨}- د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، بدون مكان نشر، ٢٠١٦، ص ٢٠٥.

وقد أشار الفقيه الفرنسي **Jèze** إلى الاعتبار الشخصي بقوله: "إن الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد مع الإدارة يجب أن ينفذها بنفسه وليس عن طريق شخص آخر، فالجهة الإدارية تختار شريكها في التعاقد بسبب صفاته ومؤهلاته الشخصية؛ لأنه يتعاون معها في إدارة واستغلال مرفق عام، وهذا التعاون له طابع شخصي"^{١٩}.

ويرى جانب من الفقه المدني أن التعاقد يتسم بالاعتبار الشخصي إذا كان الاعتداد بشخصية المتعاقد باعثاً دافعاً إلى رضا المتعاقد الآخر، فالاعتبار الشخصي يرتبط بالبائع الدافع إلى التعاقد، فإذا كانت شخصية المتعاقد كذلك، اتسم العقد بالاعتبار الشخصي، أما إذا لم تكن، فإن العقد يتسم بالطابع الموضوعي^{٢٠}.

في حين ذهب بعض الفقه الإداري العربي إلى أن المقصود بالاعتبار الشخصي في هذا المقام "أن تكون شخصية أحد المتعاقدين، أو كلاهما، عنصراً جوهرياً في التعاقد"^{٢١}؛ أي أن تكون محلاً للاعتبار من جانب المتعاقد الآخر عند إبرام العقد^{٢٢}. ففي إطار العقود الإدارية، من المتصور دائماً أن

^{١٩} - المحامي المستشار أمير فرج يوسف، الموسوعة الشاملة في العقود الإدارية، طبقاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى مجلس الدولة وما استقر عليه الفقه والقضاء، الجزء الثاني، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٦٧.

^{٢٠} - د. سمير إسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٧٥، ص ١٥. مشار إليه لدى: د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة (دراسة في قانون الشركات العراقي)، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٥/، العدد ٢/، ٢٠١٠، ص ٣١٠-٣١١.

^{٢١} - د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٤٧-٤٨.

^{٢٢} - د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، ٢٠٠٣، ص ٩. وشخصية المتعاقد المراد التعاقد معه تكون محل اعتبار إما لأسباب نفسية خاصة بالطرف الآخر، أو لاعتبارات اجتماعية أو أخلاقية، أو لاعتبارات تتعلق بوجود العلاقة المثينة والثقة المتبادلة بينه وبين من يريد التعاقد معه.

تكون شخصية المتعاقد مع الإدارة وحدها محلاً للاعتبار في التعاقد، وفي تنفيذ أحكام العقد الإداري^{٢٣}.

ويعرّف الاعتبار الشخصي في التعاقد بأنه^{٢٤}: "عامل يتدخل في إبرام العقد ويتمثل في كون شخصية أحد أطراف العقد دافعاً إلى رضا الطرف الآخر، ما يعني أن المتعاقد الذي تكون شخصيته محل اعتبار يجب أن يُجاز من جانب المتعاقد الآخر، وذلك يشكل شرطاً ضرورياً لإبرام العقد، حتى لو توافرت كل عناصر العقد الأخرى".

ويلاحظ وجود نوعين من الاعتبار الشخصي: فمن جهة لدينا اعتبار شخصي إيجابي: وهو النمط التقليدي من الاعتبار الشخصي، والذي يبدو من خلال ميزة معينة ومعروفة، ومحددة بشكل جيد من جانب الطرف الآخر في

= للمزيد من التفاصيل، انظر: د. هيلان عدنان أحمد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد ٨/، العدد ٢٩/، ٢٠١٩، ص ٦٣-٦٤ وص ٦٧.

٢٣- د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع أعلاه، ص ٤٩؛ ومن الجدير بالذكر، أن العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي هي: "العقود التي لا تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل اعتبار عند المتعاقد الآخر في أثناء إبرام العقد، وبالتالي لا تشكل شخصيته أو صفته سوى عناصر ثانوية قليلة الأهمية، فالتعاقد في هذه الحالة يتم بصورة أساسية لغايات اقتصادية ومالية، من دون التأثير بشخصية المتعاقد، أو صفاته، كما لو تعهّد صانع مصنع شيء معين يمكن لسواه أن يقوم بتنفيذ الالتزام نفسه، بالجودة ذاتها والطريقة والكمية ومتى تحققت النتيجة المرجوة من التعاقد الأصلي، لا يتهم رب العمل بمن قام بالتنفيذ، سواء المدين شخصياً، أم أحد عماله، أو مساعديه".

انظر: برج صليحة، المقاول الفرعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر - بن يوسف بن خدة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ٢١. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. هيلان عدنان أحمد، المرجع أعلاه، ص ٧٢-٧٣.

24 - Valleur. F, L'intuitus personae dans contrats, L.J.A.M. Paris, 1938, p. 7
- Treillard. J, La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Thèse, L.G.D.J, Paris, 1960, p1
مشار إليه لدى:

د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١ م، ص ٦٩ (هامش ١٧٤/).

العقد. ومن جهة ثانية نجد اعتبار شخصي سلبي: وهو الذي يقوم على أساس استبعاد من نطاق إبرام العقد كل هؤلاء الذين لا يستوفون شروطاً معينة مسبقاً من جانب أحد الأطراف^{٢٥}. ولا خلاف فيما بين هذين النوعين من حيث النتيجة والآثار القانونية؛ لأنه في كلتا الحالتين يتوافر الدافع الإرادي عن طريق عنصر شخصي.

ومن الجدير بالذكر أنه لا دور للاعتبار الشخصي في تحديد منحى النشاط التعاقدى للمتعاقدين في عقود الإذعان؛ لأن طبيعة هذه العقود ذات النمط الموحد، تفترض أنها تُعرض للكافة من دون قيد أو اعتبار لشخص المتعاقد^{٢٦}. فانهدام حرية التعاقد، يستتبع معه - حتماً - انعدام الاعتبار الشخصي في التعاقد، حيث إنّ حرية التعاقد أمر ملازم للاعتبار الشخصي، فإذا انعدمت الحرية في التعاقد واختيار المتعاقد انعدم معها الاعتبار الشخصي^{٢٧}.

بناءً على ما سبق، يمكننا تعريف الاعتبار الشخصي في التعاقد بأنه: باعث دافع لاختيار المتعاقد من قبل الطرف الآخر، وقد يكون هذا الباعث

^{٢٥} - "ويحدد الفقه نتائج التعاقد على أساس الاعتبار الشخصي بما يأتي:

- إن الإيجاب لا يكون باتاً أبداً، إنما يكون مجرد دعوة إلى التفاوض.

- إن رفض التعاقد - بعد توجيه الإيجاب - لا يشكل مصدراً للمسؤولية؛ لأنه يستند على أسباب شخصية.

- يمكن دائماً أن يبطل العقد إذا وقع غلط في شخص المتعاقد.

- متى تم إبرام الرابطة العقدية، فلا يجوز التنازل عن الالتزامات العقدية إلى الغير".

انظر: د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٨٩-٩٠.

^{٢٦} - د. علي عبد الأمير قبلان، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ١٦٨؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. ناصر غنيم الزيد، مرجع سابق، ص ٨٧ وما بعدها.

^{٢٧} - لا يلزم من توافر حرية التعاقد توافر الاعتبار الشخصي، ولكن يلزم من انعدام حرية التعاقد انعدام الاعتبار الشخصي. انظر: د. هيلان عدنان أحمد، مرجع سابق، ص ٥٧-٥٨.

متوافراً لدى أحد الطرفين المتعاقدين (اعتداد منفرد)، أو كليهما (اعتداد مزدوج)؛ نظراً لتوافر جملة من الصفات الجوهرية في شخص هذا المتعاقد المختار تكون محلاً للاعتبار في نظر الطرف الآخر، ما يولد الثقة التي قد تكون متبادلة بين أطراف العلاقة العقدية.

ثانياً- الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي:

إنّ الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي يكمن في تكريس طابع المرفق العام عند إبرام عقد تفويض المرفق العام، حيث إنّ قيام الجهة الإدارية المتعاقدة (السلطة المانحة) بمنح إدارة مرفق عام واستثماره إلى شخص من أشخاص القانون العام أو القانون الخاص، إنما يُعدّ من قبيل تنظيم هذا المرفق، وبالتالي فإن السلطة التي تملكها الجهة الإدارية المتعاقدة في انتقاء المتعاقد معها في عقود تفويض المرافق العامة، هي سلطة استثنائية واسعة جداً، حيث لها الحرية المطلقة والكاملة في ذلك، وهذه الحرية الواسعة للسلطة المانحة تجد أساسها في الالتزام الأصيل الملقى على عاتقها والمتجسّد في إشباع الاحتياجات العامة، وتحقيق المصلحة العامة، وذلك من خلال تأمين أفضل إدارة واستغلال للمرفق العام المفوض^{٢٨}.

فكرة الاعتبار الشخصي وسلطة تنظيم المرفق العام محل عقد التفويض يرتبطان ارتباطاً وثيقاً، مما يدفعنا للقول: إن التنظيم الأفضل للمرفق العام يشكل أساساً قانونياً لفكرة الاعتبار الشخصي، وقيداً عليها في

²⁸ - Alibert. Th, L intuitus personae dans la Concession de Service public, R. adm, 1990, p 509.

مشار إليه لدى:

د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣٤٢؛ د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠، ص ٧١؛ د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٦٠٨؛ د. بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، ٢٠١٨/٢٠١٩، ص ١٥٨.

الوقت ذاته، فهو أساس لفكرة الاعتبار الشخصي؛ لأنه عندما تقرر الإدارة تفويض إدارة مرفق عام عن طريق التعاقد، فإن الهدف الذي يجب أن تسعى إلى تحقيقه إنما يتمثل في إشباع الحاجات العامة عن طريق المرفق المفوض، ما يوجب أعمال سلطتها التقديرية في اختيار أفضل من يستطيع القيام بهذه المهمة (أفضل متعاقد فنياً ومالياً) من دون أن تكون مقيدة بإطار إجرائي محدد مسبقاً لتبادل الإيجاب والقبول، كذلك المحددة في نطاق عقود الشراء العام؛ نظراً لضرورة مراعاة الاعتبار الشخصي في انتقاء المتعاقد معها، ولعدم وجود أي نص قانوني أو لائحي، يُجبر الإدارة المتعاقدة على اتباع إجراء معين في معرض إبرامها لهذا النوع من العقود^{٢٩}.

ويعتبر التنظيم الأفضل للمرفق العام قيداً في الوقت ذاته على تطبيق فكرة الاعتبار الشخصي؛ لأنّ الجهة الإدارية المتعاقدة مقيدة بضرورة تحقيق التوافق والتناظر بين حسن إدارة وتسيير المرفق العام محل التفويض، وبين المؤهلات الشخصية (الفنية والمالية على وجه الخصوص) للشخص الذي يُمكن له أن ينهض بعبء إدارة المرفق المفوض واستثماره؛ بمعنى أنه يجب على السلطة المانحة الأخذ في الحسبان فقط أهلية المتعاقد عند إقدامها على إبرام مثل هذه العقود^{٣٠}، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، تجد فكرة الاعتبار

²⁹ - C. E. 19- 12- 1913, Drapeyron, Rec. P. 128.

- C. E, 19- 6- 1936, Sienrs Cromeck. R.P. 672.

- C. E, 3- 5- 1974, Sieur – Flech, Rec, P. 259.

انظر: د. محمد يوسف الحسين، د. مهند مختار نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٣؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٥٨٧؛ د. كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ٥٣-٥٤؛ د. ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B. O. T (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١١٧ وما بعدها.

³⁰ - T. C, 6-6-1989, Préfet de Paris, cité par Alibert, op. cit, P.509.

مشار إليه لدى: د. فيصل الشديفات، مرجع سابق، ص ٧٢؛ د. مهند نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٦٠٨-٦٠٩. ويؤكد حق الإدارة في الأخذ بفكرة الاعتبار الشخصي في عقود التفويض وفي تنظيم المرفق معاً، وفي تقييد سلطتها في الانتقاء في بعض المرافق العامة، أن المرفق العام =

الشخصي أساسها القانوني في مجموعة الالتزامات التي تقع على كاهل المتعاقد مع الإدارة (المفوض إليه)، فهذا الأخير يجب عليه أن يسهر شخصياً وبنفسه على التنفيذ الجيد والأفضل للمرفق العام المفوض، بالإضافة إلى أنه لا يستطيع التوقف عن تنفيذ المرفق الذي فوض به، أو عن إدارته واستغلاله حتى حين تنشأ نزاعات من أي نوع كانت بينه وبين السلطة المفوضة، باعتبار أنه من المبادئ المستقرة لدى مجلس الدولة الفرنسي عدم جواز دفع المتعاقد مع الإدارة بعدم التنفيذ في مواجهة الأخيرة؛ بمعنى أنه لا يستطيع الامتناع عن الوفاء بالتزاماته التعاقدية بحجة عدم وفاء الجهة الإدارية بالتزاماتها المقابلة^{٣١}.

ودون أدنى شك، فإنّ متعاقداً من هذا النوع، تقع عليه التزامات بهذه الشدة والأهمية يجب ألا يوزن انتقاؤه بميزان الإجراءات التي تؤدي إلى الإرساء التلقائي على السعر الأقل (كالمناقصة خصوصاً)، بل لا بدّ أن يخضع اختياره، ومن ثمّ منحه إدارة المرفق واستثماره إلى السلطة التقديرية للإدارة المانحة، والتي تستطيع انتقاء الأفضل والأكثر قدرةً على الوفاء بهذه الموجبات، حسب متطلبات المرفق محل التفويض ومقتضياته، ووفقاً لذات

= هو: "كل مشروع تقوم به الإدارة بنفسها أو بواسطة الأفراد وتحت رقابتها وإشرافها بقصد إشباع حاجة عامة للجمهور. ويحدث أحياناً أن يفرض القانون على الجهة الإدارية ضرورة التدخل لإنشاء مرفق عام معين، وعندئذٍ تنقيد حريتها في الاختيار، وتصبح ملزمة بإنشاء المرفق، وتسمّى هذه المرافق "بالمرافق الإجبارية". انظر: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١١٩ (هامش ١٧٤).

^{٣١} - د. ابراهيم الشهاوي، المرجع أعلاه، ص ١٢٠؛ د. بركبية حسام الدين، مرجع سابق، ص ١٥٨؛ د. أكلي نعيمة، إیرام عقد الامتياز الإداري بين الاعتبار الشخصي والدعوة للمنافسة، مجلة الاقتصاد والقانون، العدد ١/، ٢٠١٨، ص ٢٩. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٥، ص ١٧٢-١٧٣.

الفكرة (فكرة الاعتبار الشخصي) تستطيع الجهة الإدارية أن تنهي عقد التفويض وتضع حداً له، فيما إذا زالت مقومات الثقة والاعتبارات الشخصية التي رأتها هذه الأخيرة في شخص المتعاقد معها^{٣٢}.

بدوره القضاء الإداري الفرنسي أمام هذه السلطة التقديرية الواسعة المُعطاة للإدارة في معرض انتقائها للمتعاقد معها في عقود تفويض المرافق العامة، نزولاً عند فكرة الاعتبار الشخصي، قد اكتفى بممارسة الرقابة الدنيا على معطيات، وأسباب هذا الانتقاء؛ بمعنى أنه قد انحصرت رقابة القاضي الإداري بالتأكد من كون هذا الاختيار لا يتضمن مخالفة للقانون، أو خطأ جسيماً في الوقائع، أو تعسفاً (انحرافاً) في استعمال هذه السلطة التقديرية^{٣٣}.

ويرى بعض الفقه الإداري^{٣٤} أن أساس فكرة الاعتبار الشخصي، يكمن في كونها وسيلة - لا هدفاً بحد ذاته - تمكّن الجهة الإدارية المتعاقدة من ضمان تنفيذ العقد الإداري، بما يخدم المصلحة العامة، على نحو يُحقق النفع العام ومصلحة المرفق في آن معاً.

بينما يتفق البعض مع هذا الرأي السابق؛ لأن الأصل في العقود الإدارية، أن لا تخضع في إبرامها لقاعدة الاعتبار الشخصي؛ بمعنى أن تُبرم هذه العقود من دون مراعاة لشخصية أو صفات متعاقد بذاته، هذا من حيث المبدأ، لكن عقود تفويض المرافق العامة تشكل استثناءً على هذا المبدأ، حيث يُترك إلى الجهة الإدارية المانحة سلطة تقديرية واسعة في انتقاء المتعاقد

³² -Alibert. Th, op. cit, P. 507.

مشار إليه لدى: د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٢-٩٣؛ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٢٣-٢٤؛ د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣٤٣؛ وانظر أيضاً: جعفر أحمد، مرجع سابق، ص ١٥-١٦.

³³ - د. مهند نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٦٠٩-٦١٠؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٢٠.

³⁴ - د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٥٠.

معها؛ لأنّ هذه العقود تتميز بأهمية وحساسية معيّنة تجعلها تحتاج إلى مثل هذه القاعدة، فمبدأ حسن سير المرافق العامة وإدارتها بانتظام واضطراد يبرر أساس هذه الحرية المعطاة للإدارة، حتى ولو لم يُنص عليها في القوانين، أو لوائح تنظيم المرفق؛ لأن لكل مرفق من المرافق العامة له طريقة إدارة وتنظيم تختلف عن المرفق الآخر، الأمر الذي يقتضي معه اختلاف طرق إبرام عقود هذه المرافق، والقول بخلاف ذلك يجعل هذه الأخيرة في حالة جمود^{٣٥}.

وهناك من يرى أن الأساس القانوني لهذه الفكرة، يستند إلى مدى صلة العقد الإداري بالمرفق العام، ما يتعيّن معه على الجهة الإدارية عند إبرامها لعقودها الإدارية مراعاة الاعتبارات والمؤهلات الشخصية للمتعاقد معها، هذا من جهة، ومن جهة ثانية يستند أساس فكرة الاعتبار الشخصي إلى سلطة الإدارة في تنظيم المرفق محلّ العقد حفاظاً على مبدأ سير المرفق العام بانتظام واستمرار، ما يشكل استثناءً على مبدأ المساواة في اختيار المتعاقد مع الإدارة^{٣٦}.

وبدورنا يمكن لنا القول: إنّ الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي في إطار إبرام عقود تفويض المرفق العام لا يختلف كثيراً عنه في مجال إبرام عقود الشراء العام، فالاعتبار الشخصي في النهاية هو مجرد وسيلة لا غاية بيد الجهة الإدارية المتعاقدة، تكفل لها اختيار أفضل المتعاقدين المحتملين وأكفائهم تقنياً ومالياً وأخلاقياً للتعاون معها، والإسهام في إدارة

^{٣٥} - د. فيصل الشديفات، مرجع سابق، ص ٧٢ - ٧٣.

^{٣٦} - د. شاكر أكباشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، مجلة جامعة الكوفة، العدد الرابع عشر، ٢٠١٢، ص ٢٨٥ - ٢٧٨، بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://www.uokufa.edu.iq/journals/index.php/Kjl/article/view/3391>. وللمزيد

من التفاصيل، انظر: المرجع نفسه، ص ٢٨٧ وما بعدها.

المرافق العامة وتسييرها وتوزيع الخير العام، وذلك من أجل تحقيق مصلحة المرفق العام وإشباع الاحتياجات العامة على النحو الأمثل، بما يؤمن لها حسن سير المرفق العام وإدارته بصورة منتظمة ومضطردة، فهي القوامة والأمانة على المصلحة العامة، وبالرغم من تعاقدها مع الغير تبقى المسؤول الأول والأخير والوحيد، والرقيب الرئيس على حسن تسيير المرافق العامة وإدارتها، وبالتالي تجد هذه الفكرة أساسها القانوني في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، ومتطلبات المرفق العام.

الفرع الثاني

تمييز الاعتبار الشخصي

قد يبدو للبعض وجود اختلاط بين الاعتبار الشخصي وغيره من الأوصاف القانونية الأخرى، لذا سنحاول في هذا الفرع تمييز الاعتبار الشخصي عن التحفظ الموضوعي (أولاً)، ثم ننقل لتمييزه عن السبب (ثانياً)، وأخيراً نُميّزه عن الشرط (ثالثاً).

أولاً- الاعتبار الشخصي والتحفظ الموضوعي:

ما خلصنا له أن الاعتبار الشخصي هو عنصر جوهري يتوافر في شخص المتعاقد مع الإدارة أو في صفة من صفاته تدفع إلى اختياره في التعاقد، ويترتب على ذلك أن الاعتبار الشخصي إذا تحقق في عقد ما فإنه يحول دون انتقال التزامات وحقوق المتعاقد المأخوذة شخصيته محل اعتبار إلى غيره، أما التحفظ من حيث نطاقه أعم وأشمل من الاعتبار الشخصي، فهو من الممكن أن ينشأ في جميع أنواع العقود^{٣٧}.

^{٣٧}- د. علاء حسين علي الجوعاني، د. سعد ربيع عبد الجبار، م. محمد عبد الوهاب، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد ٦/، ٢٠١٢، ص ٦٩-٧٠.

والتحفظ الموضوعي قد يكون صريحاً أو ضمناً، ويتحقق التحفظ الصريح عندما يسبق التعاقد عرض يتقدم به أحد المتعاقدين إلى الطرف الآخر يعقبه مفاوضات^{٣٨}، فإذا ما انتهت هذه الأخيرة وتوصل الطرفان إلى اتفاق على جميع الأمور، فقد يحتفظ أحدهما أو كلاهما لنفسه ببعض التحفظات، ولا يُصدر إيجاباً باتاً، بل يحتفظ لنفسه بحق الرجوع، أو بحق إجراء بعض التعديلات على الشروط التي اتفق عليها، كأن يحتفظ بحق تعديل الثمن تبعاً لتغير الأسعار، أو مصاريف الإنتاج، أو أن يُعلق الإيجاب على عدم نفاذ البضاعة، فيُسمى حينئذٍ بالإيجاب المعلق^{٣٩}.

أما التحفظ الضمني فله مدلولات كثيرة قد تختلط مع فكرة الاعتبار الشخصي، حيث يُستشف من ظروف التعاقد، وبذلك يذهب رأي إلى أن امتناع القائمين بخدمة عامة، والمتمتعين بامتياز الاحتكار عن أداء خدماتهم، إذا توافرت اعتبارات معينة تتعلق بشخص المتعاقد الآخر لا يُعدّ من قبيل الاعتبار الشخصي، فعلى سبيل المثال، نذكر حالة رفض شركة السكك الحديدية نقل أحد المسافرين إذا كان هذا الشخص في حالة سكر بَيّن أو مصاباً بمرض معدٍ، فامتناع الشركة يُعدّ تحفظاً ضمناً في التعاقد يتعلق بشخص المتعاقد، أيضاً كالتحفظات التي تتعلق بشرف المتعاقد، أو حسن مظهره في الفنادق، فإن إدارة الفندق قد لا ترتضي التعاقد مع شخص لا يليق مظهره الخارجي بتلك المحلات؛ حيث إنّ تلك المحلات غالباً ما تسعى الإدارة فيها إلى أن تكون على مستوى اجتماعي معيّن، ويُعزى سبب ذلك

^{٣٨} - كثيراً ما يمر الإيجاب على مراحل قبل أن يصبح إيجاباً معداً للقبول، أي إيجاباً باتاً. ومن هذه المراحل مرحلة المفاوضات، للمزيد من التفاصيل، انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٣٢٨ وما بعدها.

^{٣٩} - د. علاء حسين علي الجوعاني، د. سعد ربيع عبد الجبار، م. محمد عبد الوهاب، المرجع أعلاه، ص ٧٠-٧١.

إلى أنّ الاعتبار الشخصي هو مسألة ذاتية (شخصية)، وأن هذه الاعتبارات كالمرض، أو السكر، أو المظهر، في المثالين السابقين هي اعتبارات موضوعية عامة، ليست شخصية ومنبئة الصلة عن الاعتبار الشخصي. فالاعتبار الشخصي والتحفّظ الضمني قد يتحقق بناءً على اعتبارات تتعلق بشخص المتعاقد الآخر، إلّا أنّ الاعتبار الشخصي يتعلق بالشخص أو صفاته، وهو عنصر جوهري يتوافر في العقود ذات الطابع الشخصي وحدها، ويؤثر تأثيراً كبيراً على إبرامها، وتنفيذها، وانتقالها، وانقضائها، بخلاف التحفّظ الضمني الذي يؤثر غالباً على انعقاد العقد لا على تنفيذه، فالتحفّظ الضمني قد يكون منفصلاً عن الشخص أو صفاته، فقد يكون موضوعياً عاماً، ومن الممكن أن يتوافر في جميع العقود من دون أن يترتب عليه ما يترتب على الاعتداد بالاعتبار الشخصي، من وجوب تنفيذ المتعاقد للالتزامات محلّ العقد شخصياً وبنفسه، وانتهاء هذه الالتزامات بمجرد وفاة المتعاقد^{٤٠}.

وهكذا نستطيع القول: إن التحفّظ الموضوعي بنوعيه الصريح والضمني يقترب كثيراً - إن لم نقل إنه يختلط فعلاً - من مفهوم الاعتبار الشخصي، إلّا أن التحفّظ الموضوعي الصريح يؤثر غالباً في إبرام العقد من عدمه، خلافاً للاعتبار الشخصي الذي يؤثر في إبرام العقد، وتنفيذه على السواء، أما التحفّظ الموضوعي الضمني، فيعدّ - بتقديرنا - دافعاً باعثاً إلى عدم اختيار المتعاقد، ومن ثمّ عدم إبرام العقد معه، وذلك بناءً على اعتبارات موضوعية عامة لا تتعلق بذات المتعاقد، أو مؤهلاته، أما الاعتبار الشخصي فيشكّل دافعاً باعثاً إلى اختيار المتعاقد لاعتبارات شخصية تتعلق بشخصه أو صفاته.

^{٤٠} - د. كنعان محمّد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ٥٦-٥٧.

ثانياً- الاعتبار الشخصي والسبب:

تحمل فكرة السبب أكثر من مدلول لدى الفقهاء، فالنظرية التقليدية في السبب تعتدّ بسبب الالتزام في العقد؛ أي السبب أو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء تحمّله الالتزام^{٤١}، فإذا نظرنا إلى الغاية أو الغرض الذي يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء التزامه وجدنا أن هذه الغاية أو هذا الغرض، قد يكون غرضاً قريباً مباشراً أو غاية مباشرة يسعى إليها المتعاقد، وهي أول نتيجة يصل إليها هذا الأخير، فالسبب لا يختلف من عقد إلى آخر من النوع ذاته، وإن اختلف بحسب نوع العقد، وتشترط النظرية التقليدية في سبب الالتزام أن يكون موجوداً وصحيحاً ومشروعاً^{٤٢}.

أما النظرية الحديثة في السبب فلا تقف عند السبب المباشر، بل تعتدّ بالغاية غير المباشرة التي يسعى المتعاقد إلى تحقيقها من وراء تحمّله الالتزام؛ أي الباعث الدافع إلى التعاقد الذي يختلف باختلاف العقود والمتعاقدين، ولا تشترط لصحة العقد إلا مشروعية هذا الباعث، وأن يتصل بالمتعاقد الآخر، حمايةً لاستقرار التعامل، فالنظرية الحديثة لا تلغي النظرية القديمة^{٤٣}، وإنما تعدّ مكملتها.

^{٤١}- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٧٣، ص ١٨٢ وما بعدها.

^{٤٢}- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، مرجع سابق، ص ٥٤٤ وما بعدها.

^{٤٣}- د. مصطفى عبد الجواد، المصادر الإرادية للالتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٥، ص ٣٧٩ وص ٣٨٣؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القضاء المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ١٩٨٤، ص ٤٤٠ وما بعدها.

ويُلاحظ أن السبب قد يذكر في العقد، وقد لا يذكر^{٤٤}. فإذا ذكر السبب، فإن القانون يفترض أنه السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك، أما إذا لم يُذكر السبب في العقد، فيفترض القانون أن الالتزام سبباً صحيحاً ومشروعاً، ويقع على عاتق المدين عبء إثبات عدم وجود السبب، أو عدم مشروعيته.

من خلال ما تقدّم، يتبيّن لنا أن الاعتبار الشخصي يختلف عن السبب، حيث يعدّ هذا الأول أمراً عارضاً قد يوجد في العقد، وقد لا يوجد، فإذا توافر الاعتبار الشخصي كان عنصراً جوهرياً في العقد، كما هو الحال بالنسبة إلى العقود ذات الطابع الشخصي، أما إذا تخلّف الاعتبار الشخصي، ففي هذه الحالة لا يعدّ عنصراً جوهرياً في التعاقد، وهذا هو الشأن في العقود ذات الطابع الموضوعي التي يتغيّب عنها الاعتبار الشخصي من دون أن يؤثر ذلك على إبرامها، أما السبب فهو ركن يجب توافره في كل عقد ما عدا العقود المجردة، ويترتب على انعدامه عدم انعقاد العقد، هذا من جهة. ومن جهة أخرى نجد أن القانون يفترض وجود ركن السبب وصحته في حال عدم ذكره في العقد^{٤٥}؛ لكونه الغاية البعيدة التي تدفع الشخص إلى التعاقد فمن الصعوبة بمكان معرفته من قبل الكافة، أما الاعتبار الشخصي فلم يفترض القانون وجوده في كل عقد^{٤٦}.

وهناك من يرى أن دور الاعتبار الشخصي يقتصر على اختيار المتعاقد لشخصه أو لصفة من صفاته فحسب، فلا يكون هذا الاعتبار باعاً

^{٤٤} - د. نبيل إبراهيم سعد، د. محمد حسن قاسم، مصادر الالتزام (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٧٧-٧٨؛ للمزيد من التفاصيل حول إثبات السبب انظر: د. مصطفى عبد الجواد، المرجع أعلاه، ص ٣٨٩-٣٩٠.

^{٤٥} - انظر: المادة /١٣٧/ من القانون المدني المصري، والمطابقة للمادة /١٣٨/ من القانون المدني السوري.

^{٤٦} - د. كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ٥٩-٦٠.

دافعاً إلى التعاقد حتى في أوضح العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، ومنها عقد الهبة، فأخذ صفة الفقر في الحساب لا يعدّ دافعاً إلى التعاقد، وإنّ ما دفع إلى التعاقد غايات أخرى كأن تكون الحصول على الأجر والثواب، أما الموهوب له فقد ساعدت صفة الفقر فيه ليكون كذلك^{٤٧}.

ومن جانبنا نستطيع القول: إذا كان السبب يشكّل الدافع الباعث إلى إبرام العقد مع الطرف الآخر، سواء أكان العقد من العقود ذات الطابع الشخصي أم لا، فإن الاعتبار الشخصي - كما قلنا سابقاً - يكون دافعاً باعثاً إلى اختيار المتعاقد، وليس دافعاً للعملية العقدية بحدّ ذاتها. ونلاحظ أيضاً أنّ تواجد السبب في العقد لا يتوقّف على وجود الاعتبار الشخصي، خلافاً للاعتبار الشخصي الذي لا يمكن أن يكون بشكل مستقل عن السبب؛ بمعنى أن الاعتبار الشخصي مرتبط بالسبب، ويدور معه وجوداً وعدمًا، والعكس غير صحيح، فميلاد السبب لا يكون متزامناً مع الاعتبار الشخصي، بل يكون تالياً لميلاد هذا الأخير، بفرض أن السبب هو الدافع لإبرام العقد، بينما الاعتبار الشخصي هو الدافع إلى اختيار المتعاقد.

ثالثاً - الاعتبار الشخصي والشرط:

يعرّف فقهاء القانون المدني الشرط كوصف من أوصاف الالتزام بأنه: أمر مستقبل غير مُحقق الوقوع، ويترتّب على وقوعه وجود الالتزام، أو زواله، وتبعاً لذلك وجود العقد، أو زواله^{٤٨}. فإذا كان وجود

^{٤٧} - عبد المهدي كاظم ناصر، حيدر عواد حمادي، مرجع سابق، ص ٢٤٢؛ د. علاء حسين علي الجوعاني، د. سعد ربيع عبد الجبار، م. محمد عبد الوهاب، مرجع سابق، ص ٧١.

^{٤٨} - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٨، ص ٦؛ د. مصطفى الجمال، د. رمضان محمد أبو السعود، د. نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦، ص ٤٥٠ وما بعدها. =

الالتزام هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط واقفاً. أما إذا كان الالتزام قد وجد فعلاً، وكان زواله هو المترتب على وقوع الشرط، كان الشرط فاسخاً^{٤٩}.

في حين عرّف آخرون الشرط المقترن بالعقد بأنه: التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه^{٥٠}، أو هو الشرط الذي يُضاف إلى العقد ليغيّر بعض أحكامه العامة^{٥١}.

وعليه يمكن التمييز بين الاعتبار الشخصي والشرط، سواء أكان الشرط مقترناً بالعقد أو وصفاً من أوصاف الالتزام، حيث يؤثر الاعتبار الشخصي على إبرام العقد وصحته، وانتقاله، وانقضائه، بينما يقتصر دور الشرط على ترتب الالتزام إذا كان الشرط واقفاً، أو زوال الالتزام إذا كان الشرط فاسخاً، هذا من ناحية. ومن ناحية ثانية نجد أن العقد القائم على الاعتبار الشخصي يكون عقداً منجزاً، أما العقد المعلق على شرط فهو عقد موقوف، وغير منجز، كما أنّ الاعتبار الشخصي قد يكون الدافع الباعث إلى التعاقد أحياناً؛ لأن فكرة الاعتبار الشخصي فكرة مرنة، ومرتبطة بالإرادة^{٥٢}.

= انظر المادتين /٢٦٥-٢٦٨/ من القانون المدني السوري، ويقابلهما المادتين /٢٦٥-٢٦٨/ من القانون المدني المصري.

^{٤٩}- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، منشورات جامعة حلب، حلب، ١٩٩٤، ص ٣٥٥-٣٥٦؛ د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧، ص ١٦٦.

^{٥٠}- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ١٠١ وما بعدها.

^{٥١}- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ١٣٣ وما بعدها؛ د. عبد المجيد الحكيم، مرجع أعلاه، ص ١٥٧.

^{٥٢}- د. كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ٥٨-٥٩.

مما تقدم نستطيع القول: إن الاعتبار الشخصي يلعب دوراً مهماً في اختيار المتعاقد، وإبرام العقد من عدمه، ما يوجب معه قيام المتعاقد المعتد بشخصه بتنفيذ التزاماته العقدية شخصياً، ويحول ذلك دون حوالة حقوقه والتزاماته إلى الغير، بخلاف الشرط الذي يؤثر على ترتب الالتزام بشكل نهائي في ذمة المدين، أو زواله حسب الحال.

الفرع الثالث

أهمية فكرة الاعتبار الشخصي ومدى الاهتمام بها

سنحاول في هذا الفرع بيان أهمية فكرة الاعتبار الشخصي (أولاً)، ثم ننقل لبيان مدى الاهتمام بها (ثانياً).

أولاً- أهمية فكرة الاعتبار الشخصي:

تعدّ فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الرئيسة في إطار العقود بصفة عامة، سواء في نطاق العقود الخاصة، أم في مجال العقود الإدارية، وتظهر أهميتها في تبرير الحلول القانونية المختلفة المتعلقة بإبرام العقود وتنفيذها على نحو يكشف عن أهميتها البالغة، حيث نجد أنّ شخصية أحد المتعاقدين أو كليهما تمثّل عنصراً جوهرياً في التعاقد؛ أي أنّ هذه الشخصية المذكورة تكون محط اعتبار واهتمام من قبل المتعاقد الآخر عند إبرام العقد وتنفيذه على السواء^{٥٣}.

ففي نطاق العقود المدنية، تظهر فكرة الاعتبار الشخصي في سائر العقود، حيث تظهر بجلاء فكرة الاعتداد المنفرد بشخص المتعاقد؛ أي

^{٥٣}- د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٨٧؛ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٩؛ د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٥٨٤. ففي نطاق العقود المدنية، تظهر أهمية الاعتبار الشخصي، "حين يتمسك الدائن بضرورة قيام المدين بالتنفيذ بنفسه، وحين يتمسك المتعاقد بإبقاء حقوق والتزامات المتعاقد معه من دون الموافقة على نقلها أو حوالتها إلى الغير". انظر: د. ابراهيم الشاهوي، مرجع سابق، ص ١٨٨. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٤٦؛ د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

الاعتداد الشخصي بأحد طرفي الرابطة العقدية، أو الصفات الواجب توافرها فيه، من دون إيلاء أهمية مماثلة إلى شخص المتعاقد الآخر أو صفاته^{٥٤}، هذا من جهة. ومن جهة ثانية نجد أنّ هناك طائفة من العقود المدنية يكون الاهتمام فيها بشخص المتعاقد مزدوجاً؛ أي أنّ شخصية المتعاقد أو إحدى صفاته تكون محلاً للاعتداد من جانب طرفي العلاقة العقدية، بمعنى أنّ كلّ طرف في العقد لم يُقبل على إبرام العقد إلا للاعتداد بشخصية الطرف الآخر^{٥٥}.

أما على صعيد إبرام العقود الإدارية وتنفيذها، نجد أنّ فكرة الاعتبار الشخصي تلعب دوراً بارزاً، فمن المتصور دائماً، أن تكون شخصية المتعاقد مع الإدارة أو صفة من صفاته، وحدها محلاً للاعتبار في التعاقد، وفي تنفيذ أحكام العقد الإداري؛ نظراً لصلّة هذا العقد الأخير الوطيدة بالمرفق العام والنفع العام^{٥٦}، ما يتعيّن معه على الإدارة المتعاقدة مراعاة اعتبارات خاصة في شخص المتعاقد معها، سواء من حيث الملاءة المالية، أو الكفاية الفنية، أو حسن السمعة، أو الجنسية... إلخ. وعليه، فإن فكرة الاعتبار الشخصي تعدّ من الأفكار الأساسية، وتحتل مكان الصدارة، سواء فيما يتعلّق باختيار المتعاقد مع الإدارة، أو بتنفيذ العقد^{٥٧}.

^{٥٤} - د. رفاه كربل، المرجع أعلاه، ص ٥٨٤ وما بعدها؛ ومن أمثلة ذلك: عقد المقاوله، عقد الوديعة، عقد الهبة، للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمّد سعيد حسين أمين، المرجع أعلاه، ص ٤٨؛ د. نجم الأحمد، المرجع أعلاه، ص ٨٨.

^{٥٥} - ومثال ذلك: عقود الوكالة، وعقود شركات التضامن. انظر: د. إبراهيم الشهاوي، المرجع أعلاه، ص ١٨٨. وللزيد من التفاصيل، انظر: د. هيلان عدنان أحمد، مرجع سابق، ص ٧٠-٧١.

^{٥٦} - د. منيرة محمّد جميل عوض، التشاركية بين القطاع العام والخاص في إدارة المرافق العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلب، ٢٠١٢، ص ٥٤.

^{٥٧} - د. علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري/قسنطينة، ٢٠١١/٢٠١٢، ص ٢٢٣. وفي المعنى ذاته، انظر: عبد المهدي كاظم ناصر، حيدر عواد حمادي، مرجع سابق، ص ٢٣٦.

وبالنسبة إلى اختيار المتعاقد مع الإدارة- بالرغم من القيود والإجراءات المفروضة على الإدارة في عملية إبرام العقد الإداري- تملك الجهة الإدارية سلطة تقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا تريده، حتى لو اختارته لجنة المناقصات^{٥٨}، إذا كان تنفيذ العقد يستلزم مؤهلات معينة في المتعاقد معها تتعلق بملاءته المالية وسمعته أو اختصاصه الفني، والتعاقد مع أحد العارضين الذي تتوافر فيه هذه الاعتبارات والمؤهلات، حتى لو كان تسلسل عطائه لا يُشكّل الحد الأدنى للعروض المقدّمة إلى الإدارة، أمّا التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر، فإنه يعطي إلى الإدارة حرية كبيرة وسلطة تقديرية واسعة في اختيار من يتعاقد معها، وقد تضع الإدارة المؤهلات الشخصية للمتعاقد في المقام الأول، وتبرم العقد على هذا الأساس مع شخص تختاره بالذات وبملاء حريتها؛ لأنه الأصلح والأفضل للتعاقد^{٥٩}.

أما فيما يتعلق بالتنفيذ، فإن القضاء الإداري مستقرّ على أنه من المبادئ الرئيسة أن يقوم المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ شخصياً، وبنفسه^{٦٠}.

وفي هذا الصدد نجد أن المحكمة الإدارية العليا المصرية قد حرصت على تأكيد فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد، حيث قضت أنه: "بالنظر إلى صلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام، فإنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد

^{٥٨}- المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في شرح القانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٨، ص ٧٢١.

^{٥٩}- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤١٨؛ د. محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ٤٨-٤٩؛ د. رفاة كريم كربل، مرجع سابق، ص ٥٨٧؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز (دراسة نظرية مقارنة)، دار الفكر والقانون للنشر والتوزيع، المنصورة، ٢٠١٥، ص ١٠٤ وما بعدها.

^{٦٠}- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مطبعة الاعتماد بمصر، ١٩٥٧، ص ٣٥٣.

بنفسه بالتنفيذ، فالالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحلّ غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة...^{٦١}. وقد أتيحت لمحكمة القضاء الإداري أن تبرز وتؤكد الصبغة الشخصية للالتزامات المتعاقد مع الإدارة، وذلك في حكمها الصادر في ٢٧/ يناير سنة ١٩٥٧، حيث قررت الآتي^{٦٢}: "ومن حيث إن المحكمة... تلاحظ بادئ ذي بدء أن العقد المبرم بين المدعي والحكومة هو من العقود الإدارية التي تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها، ولو لم ينصّ عليها في العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً، وبنفسه".

وفي حكم لمحكمة النقض المصرية الدائرة المدنية، جاء فيه: "من المقرر في فقه القانون العام أن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة بها تطبق عليها جميعاً حتى ولو لم يُنصّ عليها في العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه ولذلك يعتبر المتعاقد الأصلي هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة، ولها دائماً حق الرجوع عليه في حالة وقوع تقصير في التزامه أيّاً كان شخص المقتصر...^{٦٣}".

^{٦١} - حكمها الصادر في ١٢/٢٨/١٩٦٣، مشار إليه لدى: شامل هادي نجم العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية B. O. T، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦، ص ١٠٨. وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٢٣٤٠/ لسنة ٣٢/ ق، جلسة ١٦/٥/١٩٩٥، مشار إليه لدى: د. محمد فكري عبد المهدي، مرجع سابق، ص ٦٣. وانظر: حكمها الصادر بتاريخ ٨ نوفمبر ١٩٦٩، مشار إليه لدى: د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ٥٣؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩١.

^{٦٢} - حكمها الصادر في ٢٧ يناير سنة ١٩٥٧ م مشار إليه لدى: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، ٢٠٠٥ م، المرجع أعلاه، ص ٤١٩؛ د. رفاه كربل، مرجع سابق، ص ٥٨٨.

^{٦٣} - حكم محكمة النقض في الطعن رقم ٤٠١/ لسنة ٢٩/ ق، جلسة ٣٠/٤/١٩٦٤، مشار إليه لدى: د. محمد فكري عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١١٨؛ أحمد محمود أحمد أبو موسى، التعاقد من الباطن في =

وتأكيداً لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي، قضى مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٣/ يونيو ١٩٤٧، "بصحة الإجراء الذي اتخذته الإدارة بوضع المنشأة تحت إدارتها المؤقتة بسبب ترك المتعاقد المرفق دون أن ينبع عنه أحد في إدارته"^{٦٤}.

وترتيباً على ذلك، يمكن القول: إن شخصية المتعاقد أو صفاته تكون محلاً للاهتمام في مجال إبرام وتنفيذ العقود الإدارية، ففي عقد الامتياز مثلاً، تكون شخصية صاحب الامتياز أو صفاته عنصراً جوهرياً في التعاقد؛ لأنه في هذا العقد - "ولما ينفرد به من خصائص وطبيعة ذاتية لارتباطه وصلته الوثيقة بالمرفق العام، والنفع العام، ومداه"^{٦٥} - نجد الإدارة حريصة على قيام الملتزم بتقديم الخدمة بوساطة موارده البشرية والمالية، لذا يجب عليه أن يوجد بشخصه، أو من ينوب عنه في مواقع العمل، حتى لا يتوقف التنفيذ بسبب غيابه، وكذلك الحال بالنسبة لعقد الأشغال العامة، وعقد التوريد... والعقود الإدارية كافة^{٦٦}، لكن بدرجات متفاوتة.

= نطاق عقود الأشغال العامة في فلسطين (دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٧، ص ٧٤؛ د. نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال B. O. T (دراسة تأصيلية - تطبيقية - مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٧، ص ١٤٠.

^{٦٤} - مشار إليه لدى: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩١.

^{٦٥} - د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٢٦.

^{٦٦} - د. نائلة نذير نهاوندي، آثار العقود الإدارية في سوريا (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، ٢٠١٥، ص ١٦٨؛ د. منيرة عوض، مرجع سابق، ص ٢٣. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد حرص على تأكيد فكرة الاعتبار الشخصي في نطاق العقود الإدارية؛ وذلك في المواد ١٣/ و ١٤/ و ٢٤/، من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨ الملغى، وأيضاً في المادتين ٦/ و ٧٩/ من اللائحة التنفيذية=

فالمتعاقّد مع الإدارة عليه القيام بتنفيذ العقد الإداري شخصياً، وأن يضع في الحسبان احتمالات عديدة غير الربح والخسارة، فالتزامه هذا التزام بتحقيق نتيجة^{٦٧}.

وللاعتبار الشخصي في إطار العقد الإداري مفهوماً مشابهاً إلى حد ما لمفهومه في نطاق عقود القانون الخاص، فهي فكرة مرنة مرتبطة بإرادة التعاقد، والتي تتحدد في مجال العقد الإداري بإرادة الإدارة من دون إرادة المتعاقد معها، تلك الإرادة التي تركز على امتيازات السلطة العامة، فضلاً عن تأثرها بالغاية من إبرام هذه العقود، ألا وهي المصلحة العامة، وضمان سير المرافق العامة بصورة مستمرة ومنتظمة، والتي تفرض على الإدارة أن تراعي في اختيارها لمتعاقداتها جملة من الصفات الجوهرية، أما في مجال عقود القانون الخاص، فإن الاعتبار الشخصي قد يرتبط بإرادة أحد المتعاقدين كما هو الحال في عقد الهبة، أو الوديعة، أو التأمين، وقد يكون الاعتبار محل تقدير واهتمام كبيرين من جانب كلا طرفي العقد، مثل عقود الوكالة أو شركات التضامن...^{٦٨}.

وعليه، نستطيع القول: إنه بالرغم من اشتراك نوعي العقود (المدنية والإدارية) في فكرة الاعتبار الشخصي، إلا أن هذه الفكرة تحتل مكان الصدارة فيما يتعلق بإبرام العقد الإداري وتنفيذه على السواء؛ لأن الجهة

= للقانون المذكور، وأيضاً المواد ٦٦/ و ٧٤/ و ١٠٥/ و ١١٦-١١٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة رقم ١٨٢/ لسنة ٢٠١٨. ونصّ نظام العقود الموحد في سورية رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤/ على هذه الاعتبارات الشخصية في المادة ١١/ منه. منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، العدد ٥٢/، لسنة ٢٠٠٤، ص ٣٠٠٣.

^{٦٧}- د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ١٠٩.

^{٦٨}- أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ٧٥؛ د. رفاة رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٥٨٨-٥٨٩؛ د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٨٩-٩٠.

الإدارية بإبرامها لعقودها الإدارية تتغيا النفع العام والمصلحة العامة، بخلاف المتعاقدين في العقود الخاصة الذين يسعون إلى تحقيق مصالحهم الخاصة، ما يؤدي إلى اختلاف نتائج هذا الاعتبار الشخصي في العقد الإداري عنه في العقد المدني.

ثانياً- مدى الاهتمام بفكرة الاعتبار الشخصي:

من المسلم به أن الارتكاز على فكرة الاعتبار الشخصي أمر يتفاوت من عقد إداري إلى آخر، حيث يتوقف ذلك، على أهمية العقد ومدى صلته بالنفع العام أو المرفق العام محلّ العقد، والنتائج المُنتظرة منه، فكلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق، كلما نضجت تلك الفكرة^{٦٩}. بمعنى آخر، يمكن القول: إنّ التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري يختلف مداه ونطاقه تبعاً لاختلاف موضوع العقد.

ومن الجدير بالذكر، أنّ خلافاً في الفقه الفرنسي قد ثارَ حول مدى تفاوت درجة الاعتبار الشخصي في إطار العقود الإدارية المختلفة، حيث إنّ فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي.

فالفقيه الفرنسي "Jèze" يرى أن التقيّد بفكرة الاعتبار الشخصي ليس بالدرجة والمستوى نفسه بالنسبة لسائر العقود الإدارية؛ ذلك أن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي هو صلة العقد بالمرفق العام، وعليه يكون منطقياً ارتباط تطبيقها بمدى صلة العقد بالمرفق، بحيث يجب الالتزام الصارم والشديد بهذه الفكرة كلما اشتدت هذه الصلة، لذا يرى الأستاذ "Jèze" أنّ القضاء الإداري يلتزم بتطبيق تلك الفكرة بغاية الصرامة في مجال عقود الامتياز؛ نظراً للهيمنة التامة لصاحب الامتياز على المرفق المُدار بهذا الأسلوب، حيث إنّ

^{٦٩}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٤٩؛ د. سامح عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٢٠٧؛ م. أمير يوسف، مرجع سابق، ص ١٦٧. وفي المعنى ذاته: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٨٨.

سير المرفق محل الامتياز يعتمد بصفة رئيسة على صفات المتعاقد الشخصية^{٧٠}.

فالإدارة المانحة في عقود الالتزام تكون حريصة على تأدية الخدمة من قبل الملتزم بنفسه بما لديه من موارد مالية وبشرية، كما تظهر هذه الفكرة في إطار عقود الأشغال العامة، حيث لا يستطيع المقاول ترك مكان العمل من دون تعيين نائب عنه مزود بالصلاحيات الكافية للحلول محله، كما يجب أن يصحب مندوبي الإدارة في جولاتهم بمواقع التنفيذ كلما طُلب منه ذلك، بالإضافة إلى اتخاذ موطناً مُختاراً بجوار الأشغال^{٧١}. مع العلم أن التزامات المقاول المذكورة لا تحتاج إلى النص عليها في العقد؛ كونها تنبثق من التزامه بالتنفيذ والتعاون الشخصي مع الإدارة في تنفيذ الأشغال العامة^{٧٢}، ورغم ذلك حرصت التشريعات على تقنينها في متنها^{٧٣}.

^{٧٠} - د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ٢٠٠٥ م، مرجع سابق، ص ٤١٨ - ٤١٩؛ د. شاكر أكباشي، مرجع سابق، ص ٢٨٢ - ٢٨٣؛ د. علي عبد الأمير قبلان، الجزء الأول، مرجع سابق، ص ٣٩٨؛ لذا فإن هذه العقود تيرم بطريقة الممارسة، لا بأسلوب المناقصات...، انظر: د. كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ٥٣ - ٥٤.

^{٧١} - للمزيد من التفاصيل، انظر: د. منيرة محمد جميل عوض، مرجع سابق، ص ٢٣؛ د. ناصر غنيم الزيد، مرجع سابق، ص ٥٣٨ - ٥٣٩؛ د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، مرجع سبق ذكره، ص ٢١٣؛ فإخلال المتعاقد مع الإدارة بهذا الالتزام ومغادرة موقع العمل... يشكل خطأ تعاقدياً من جانبه، يبرر توقيع الجزاءات الضاغطة أو الفاسخة عليه حسب الحال، بحسبانه إخلالاً بمبدأ التعاون الشخصي في تنفيذ عقود الأشغال العامة، انظر: د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١١٥ وما بعدها.

^{٧٢} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٦٠ - ٦١ و ص ٣٠؛ د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٢٥ - ٢٢٦.

^{٧٣} - انظر: المواد /٧٩/، /٨٠/، /٨٢/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨؛ وانظر المواد من /١٧/ إلى /٢٨/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ تاريخ ١٢/٩/٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، خصوصاً المواد /٢٣/ و /٢٤/ و /٢٨/ منه. و نصت كراسة الشروط العامة الفرنسية =

لذلك يُلاحظ أن هذه الفكرة تظهر بجلاء في مجال عقود الامتياز والأشغال العامة، ولا تظهر في عقود التوريد باستثناء عقود التوريد الصناعية^{٧٤}.

لكنّ الفقيه **A De Laubadère** يساوره الشك في ذلك، ويرى أن مجلس الدولة - الفرنسي - لا يؤيد رأي الفقيه **Jèze** لا سيما فيما يتعلق بإعمال فكرة الاعتبار الشخصي في إطار تنفيذ العقود الإدارية، بمعنى أن المجلس المذكور يطبق مبدأ التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي على سائر العقود الإدارية، دون إيلاء عقد الامتياز أي أهمية خاصة^{٧٥}.

وفي هذا الاتجاه يرى الفقيه البلجيكي **Flamme** أن مدى الاعتبار الشخصي يتفاوت بحسب طريقة إبرام العقد بالمناقصة العامة أو الممارسة، ما يترتب عليه السماح بالتنازل عن العقد في الحالة الأولى، وحظره في الحالة الثانية^{٧٦}.

وقد ذهب رأي في الفقه الإداري المصري إلى القول: إن رأي الفقيه **Jèze** أجدر بالاتباع؛ لأنّ عقد امتياز المرافق العامة يضع المتعاقد في احتكاك مباشر مع المنفعين، ما يستتبع معه أن تكون شخصيته محلاً للاعتبار من قبل الإدارة المانحة للامتياز، فإذا أقدمت هذه الأخيرة على التعاقد من دون إيلاء أي اعتبار إلى شخص المتعاقد، كما لو اختارت متعاقداً لا يحسن التعامل مع الجمهور، فإن ذلك سيرتدّ سلباً على إدارة المرفق محلّ

= (C.C.A.G) على التزام المقاول باتخاذ موطن مختار بجوار الأشغال، وأن يعلن الإدارة عنه خلال ١٥/ يوماً من تاريخ إخطاره بالموافقة على العقد. انظر: د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٨٤.

^{٧٤} - أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ٧٥.

^{٧٥} - د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، ١٩٥٧، مرجع سابق، ص ٣٥٤ (هامش ١/)، د. محمد كنعان المفرجي، مرجع سابق، ص ٥٥؛ د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٨٩.

^{٧٦} - د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٢٠٨.

العقد، كما أن جمهور المنتفعين قد ينفر منه لسوء معاملته، وقد يتضرر هذا الأخير أحياناً، ما يكون له بالغ الأثر على سمعة الإدارة^{٧٧}، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى من الملاحظ أن أساس فكرة الاعتبار الشخصي يتمشى مع رأي الفقيه Jèze؛ لأن هذه الفكرة كعنصر جوهري فيما يتعلّق بإبرام العقد وتنفيذه لا يشكّل هدفاً في حد ذاته، بقدر ما هي وسيلة تتمكّن من خلالها الإدارة المتعاقدة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على وجه يحقق النفع العام ومصلحة المرفق، من دون الالتفات إلى أي اعتبار آخر^{٧٨}.

ومن وجهة نظرنا نميل إلى تأييد الرأي الراجح في الفقه الإداري العربي - والذي بدوره يؤيد رأي الفقيه Jèze - سواء فيما يتعلّق بإبرام العقود الإدارية، أو بتنفيذها. فمن البديهي - والمنطقي - القول بتفاوت درجة الاعتبار الشخصي بين عقد إداري وآخر تبعاً لتفاوت درجة اتصال العقد بالمرفق، فهناك عقود شديدة الصلة بالمرفق العام مثل عقود تفويض المرفق العام بصفة عامة (كما سنرى لاحقاً)، حيث سنلاحظ أن طريقة اختيار المتعاقد تختلف بين عقد وآخر حسب أهمية محل العقد، وصلته بالمرفق العام. كذلك الحال فيما يتعلّق بتنفيذ هذه العقود، سنجد أن أثر زوال الاعتبار الشخصي يختلف بين عقد وآخر، علاوة على اختلاف مدى استعمال سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها بين عقد وآخر، وهذا - بتقديرنا - دليل آخر على هذا التفاوت....

^{٧٧} - د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٩٠-٩١؛ د. شاكراً أكباشي، مرجع سابق، ص ٢٨٣؛ د.

رفاه كربل، مرجع سابق، ص ٥٩٠؛ د. نائلة نذير نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٧٠.

^{٧٨} - د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٥٠؛ بدوره الفقيه سليمان الطماوي يرى أن الأساس الذي تقوم عليه القاعدة، يؤكد رأي الفقيه Jèze. انظر: الأسس العامة، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤١٩ (هامش رقم ١/).

وبذلك نكون قد انتهينا من هذا المطلب الذي درسنا فيه ماهية فكرة الاعتبار الشخصي، وننتقل بعد ذلك إلى دراسة نطاق هذه الفكرة في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

نطاق فكرة الاعتبار الشخصي

يقصد بنطاق فكرة الاعتبار الشخصي في هذا الصدد، مجموعة الصفات الجوهرية التي قد تكون محلاً للاعتبار في التعاقد. وفي الحقيقة تتسع هذه الفكرة لتشمل فيما تشمل، الصفات المتعلقة بمشتملات العقد، ومقتضيات مبدأ حسن النية في التنفيذ^{٧٩}.

وفي مجال العقود الإدارية، فإن استهداف الإدارة العامة للمصلحة العامة، يكون له من دون أدنى شك أثره الجليّ في تحديد تلك الصفات المفترض توافرها في المتعاقد مع الإدارة؛ وذلك لضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق هذه المصلحة المستهدفة، بأفضل الأساليب وأيسرها، ما يؤدي بدوره إلى حسن سير المرفق محلّ العقد بصورة مستمرة ودائمة^{٨٠}.

^{٧٩}- د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٥٩٠-٥٩١؛ أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ٧٨-٧٩.

^{٨٠}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٢٦-٢٧؛ د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٩٥؛ د. كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ٦٢. وجدير بالذكر أن الصفات التي تشترطها الإدارة، وتتأكد من توافرها في المتعاقد، غير مطلوبة لذاتها بقدر ما هي وسيلة لتحقيق هدف المرفق، وخدمة المنتفعين منه، انظر: د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع أعلاه، ص ٥٩٢؛ د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٤٠-١٤١. وقد نصّت المادة ٣٢/ من القانون الجديد المتعلق بتنظيم تعاقدات الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨، على الآتي: "يُعيّن على الجهة الإدارية التحقق من توافر شروط الكفاءة الفنية، والملاءة المالية، وحسن السمعة فيمن يتم التعامل معهم، وغيرها من المعايير الموضوعية التي تحددها الجهة الإدارية ضمن شروط الطرح، وبما يتفق مع الأحكام المنصوص عليها في هذا القانون، ولائحته التنفيذية". وانظر أيضاً: المادة ٣٤/ من القانون المذكور. وهذا ما أكدته لائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٦٩٢ لعام ٢٠١٩، في المادة ٣/ منها ببندها الثالث، حيث نصّت على أن تتضمّن - فيما تتضمّن - "كراسة الشروط والمواصفات في عمليات شراء أو استئجار المنقولات والعقارات... بحسب الأحوال، على البيانات الواجب توافرها في أصحاب=

فهذه الصفات تشكّل مجموعة من الضوابط والقيود على مبدأ المنافسة الحرة^{٨١}؛ لأن فتح باب المنافسة على مصراعيه يؤدي إلى الإضرار بالمصلحة الإدارية والمالية للجهة الراغبة في التعاقد، من خلال فسح المجال أمام بعض الأشخاص المغامرين أو المقامرين للدخول إلى حرم الإدارة، وإيقاعها بين براءتهم من جهة، ومنعاً للمحاباة واستغلال بعض الموظفين الكبار لنفوذهم... من جهة ثانية^{٨٢}، وهذا ما أقرّه المشرّع والاجتهاد، كما سنرى في الموضوع المناسب من هذا البحث.

وبالرغم من تعدد هذه الصفات، وصعوبة صهرها في بوتقة واحدة، إلا أننا سنحاول استعراض أهم هذه الصفات كما يأتي:

الفرع الأول: الأهلية القانونية والجنسية.

الفرع الثاني: حسن السيرة والسمعة.

الفرع الثالث: الكفاءة الفنية والملاءة المالية.

=العطاءات، ومعايير التحقق من توافر شروط الكفاءة الفنية، والملاءة المالية، وحسن السمعة لهم، والتصنيف المطلوب للمقاولين في مقاولات الأعمال، وشهادات مزاوله المهنة ذات الصلة".

^{٨١} - "حرية المنافسة تعني حرية دخول المناقصة التي تعلن عنها الإدارة وفي الحدود التي يقرها القانون، بمعنى فتح باب التزام الشريف أمام كل من يود الاشتراك فيها...". انظر: د. هاني عبد الرحمن غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة جامعة الأزهر - غزة، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، المجلد ١٩/، ٢٠١٧، ص ٥١٠.

^{٨٢} - أكتت المحكمة الإدارية العليا المصرية على هذا المعنى، حيث قررت في أحد أحكامها أن: "المشرّع تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية، وصلتها بالمرافق العامة، أكد على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، وحسن سمعته، ومقدرته المالية والفنية، بحيث إذا حدث ما يمس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد...". انظر: أحمد محمود أبو موسى، مرجع سابق، ص ٨٠.

الفرع الأول

الأهلية القانونية والجنسية

سنحاول في هذا الفرع التطرّق إلى أول الصفات الواجب توافرها في المتعاقد مع الإدارة، ألا وهي الأهلية القانونية (أولاً)، ثم ننتقل للحديث عن شرط الجنسية (ثانياً).

أولاً- الأهلية القانونية:

من أولى الشروط الواجب توافرها في شخص من يودّ التقدم إلى التعاقد مع الإدارة، أن يكون متمتعاً بالأهلية القانونية اللازمة لذلك - وهذا الشرط ليس إلا تطبيقاً للقواعد العامة في التعاقد^{٨٣} - سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً؛ ذلك لأن التراضي - وإن لم يكن داخلاً في ماهية الأهلية - مرتبط ارتباطاً وثيقاً بما تفرضه الأهلية من ملكات يجب توافرها للقول بصحة التعبير عن الإرادة، وبالتالي يصبح قادراً على التمتع بالحقوق، وتحمل الواجبات في مواجهة الجهة الإدارية المتعاقدة، لذلك لا يمكن لهذه الأخيرة أن تسمح باشتراك ناقص الأهلية أو عديمها في عقود الإدارة^{٨٤}.

هذا بالنسبة إلى المتعاقد مع الإدارة إذا كان شخصاً طبيعياً، أما إذا كان هذا المتعاقد شخصاً اعتبارياً، ففي هذه الحالة لا بد أن يكون ممثلاً تمثيلاً

^{٨٣} - انظر المواد من ٤٦/ حتى ٥٠/ من القانون المدني السوري، وكذلك المواد من ٤٤/ إلى ٤٨/ من القانون المدني المصري؛ للمزيد من التفاصيل عن الأهلية، انظر: د. أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، الطبعة العاشرة، منشورات جامعة دمشق، كلية الشريعة، ٢٠٠٧/٢٠٠٨، ص ١١ وما بعدها.

^{٨٤} - هاتف كاظم جاسم الموسوي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٥٨.

صحيحاً، بمعنى أن يكون ممثلاً هذا الشخص مؤهلاً قانوناً لهذا التمثيل، حيث يجب على هذا الأخير أن يُبرز الوثائق المطلوبة، والتي تُثبت قانونية هذا التمثيل^{٨٥}، فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بانصراف القبول في المنافسة إلى الشخص الطبيعي لا إلى الشخص المعنوي الذي يُمثله؛ وذلك لعدم إبراز الشخص الأول للوثائق المطلوبة قانوناً لصحة تمثيل الشخص الأخير^{٨٦}.

ومن الجدير بالذكر أنه إذا أخطأت الجهة الإدارية في شخص المتعاقد، أو أخطأت خطأً جوهرياً في مادة الشيء محل التعاقد، أو طبيعة العقد، فإن العقد يوصم بالبطلان؛ نظراً للصفة الشخصية "intuitus persone" لعقود الإدارة، ما يؤدي إلى كثرة البطلان من هذه الناحية^{٨٧}. ومن أوضح الأمثلة على ذلك حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٦ أبريل سنة ١٩٥٠، في قضية "Domergue" حيث تعاقد أحد ممثلي الشركات مع الإدارة بصفته الشخصية، في حين أن هذه الأخيرة قد قصدت التعاقد معه بصفته ممثلاً للشركة^{٨٨}.

^{٨٥} - آية محمد فايز البذاوي، إجراءات الإبرام المقيدة عند إبرام العقد الإداري (دراسة مقارنة)،

رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٧، ص ٧٣.

^{٨٦} - د. مهند نوح، منشورات الحلبي، مرجع سابق ص ٥٤٧.

^{٨٧} - إن نطاق البطلان المطلق في مجال العقود الإدارية أوسع منه في نطاق العقود المدنية؛ لتعلق هذه الأولى بالمصلحة العامة، ومن ثم فإن إغفال أي قاعدة من القواعد الواجب تطبيقها على العقود الإدارية يرتب البطلان المطلق للعقد، وليس البطلان النسبي، للمزيد من التفاصيل، انظر: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة...، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٣٨٢-٣٨٣؛ د. عبد الله طلبة، د. نجم الأحمد، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق - نظام التعليم المفتوح، دمشق، ٢٠١٤/٢٠١٣، ص ٣٦٢-٣٦٣.

^{٨٨} - د. سليمان الطماوي، المرجع أعلاه، ص ٣٧١-٣٧٢؛ د. عبد الله طلبة، د. نجم الأحمد، المرجع أعلاه، ص ٣٥٧؛ للمزيد، انظر: د. زياد العرسان، عقد التوريد ودوره في تسيير المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٦، ص ١٥٢ و ص ٣٤.

وبلاحظ من هذا الحكم، أن الغلط^{٨٩} في شخصية المتعاقد مع الإدارة، أو في صفة جوهرية من صفاته، يؤدي إلى البطلان المطلق للعقد الإداري، ما يمكن معه القول: إن شخصية هذا المتعاقد محل اعتبار في العقد، وبالتالي تعدّ العقود الإدارية من عقود الاعتبار الشخصي^{٩٠}.

أما إذا كان العارض شخصاً معنوياً خاصاً، فعليه إبراز ما يثبت وجوده القانوني^{٩١}، وذلك بالنسبة إلى الحاضر والمستقبل على السواء، أي طوال مدة عقد التأسيس^{٩٢}.

^{٨٩} - "الغلط حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع الذي يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها. أو على العكس من ذلك واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها". انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ٣١١.

^{٩٠} - للمزيد من التفاصيل، انظر: المادتين /١٢٠-١٢١/ من القانون المدني المصري، وتتنطبق هاتين المادتين مع المادتين /١٢٢-١٢١/ من القانون المدني السوري. "وبعد الغلط جوهرياً على الأخص: - إذا وقع في صفة للشئ تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب عدّها كذلك لما يلبس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن نيّة.

- إذا وقع في ذات المتعاقد، أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد". انظر: د. عبد الله طلبية، د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٣٥٧-٣٥٨؛ وانظر أيضاً: د. هيلان عدنان أحمد، مرجع سابق، ص ٧٤-٧٥.

^{٩١} - لأن هذه الأشخاص تؤسس بموجب عقود محددة المدة، وبالتالي إذا قدم عطاء من جانب شركة، وكانت مدة عقدها قد انتهت، فإن عطاء الشركة يعدّ صادراً عن شخص عديم الأهلية؛ انظر: د. مهند مختار نوح، إبرام العقود الإدارية، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، الموسوعة القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ٢٠١٠، ص ٣٣٩-٣٤٠؛ لكن القضاء الإداري الفرنسي يبدي بعض المرونة في هذا الشأن، حيث إنّه أجاز إمكانية التعاقد مع شركة كانت في طور التأسيس عند تقديمها لعرضها... وقرر القضاء المذكور أحياناً، أن العقد قد أبرم من قبل ممثّل الشركة باسمه الشخصي، وليس باسم الشركة التي لم تؤسس وفقاً لمتطلبات القانون، للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهند نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٤٠٨-٤٠٩.

^{٩٢} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٧٢؛ هاتف جاسم كاظم الموسوي، مرجع سابق، ص ٨٥.

وقد نصّت المادة /٤٩/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر، الصادرة بقرار وزير المالية رقم /٦٩٢/ لسنة ٢٠١٩، أن يتضمّن - فيما يتضمّن - المظروف الفني في عمليات شراء المنقولات أو استئجارها والتعاقد على مقاولات الأعمال، وتلقي الخدمات والأعمال الفنيّة، على: "... بيان الشكل القانوني لصاحب العطاء والمستندات الدالة على ذلك... ". كما نصّت المادة /٦٢/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /٩٨/ لسنة ١٩٩٨ الملغى على أن: "كل عطاء مقدّم من شركة يجب أن ترافقه صورة رسمية من عقد تأسيسها، ومن نظامها الأساسي، وعند تقديم عطاء من منشأة تجارية لأكثر من شخص واحد، فيجب أن ترافقه صورة عن عقد المشاركة. وفي كلتا الحالتين يجب أن ترفق الصورة المقدّمة ببيان بأسماء الأشخاص المصرّح لهم بالتعاقد لحساب الشركة أو المنشأة، ومدى هذا الحق وحدوده، وأسماء المسؤولين مباشرة عن تنفيذ شروط العقد، وإمضاء الإيصالات وإعطاء المخالصات باسم الشركة أو المنشأة، ونماذج من إمضاءاتهم، على أن تكون هذه النماذج على ذات صورة العقد أو التوكيل...".

أما في سورية، فإن البند /٢/ من الفقرة /أ/ من المادة /١١/ من نظام العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ (المطابق للبند /٣/ من الفقرة /أ/ من المادة /١٢/ من المرسوم التشريعي الملغى ١٩٦٩/٢٢٨)، ينص على ضرورة أن يكون العارض مسجلاً في السجل التجاري بالنسبة للعارضين السوريين ومن في حكمهم، وهذا من دون شك من شأنه أن يوضّح الوجود القانوني للجهة العارضة، إذا كانت شخصاً من أشخاص القانون الخاص^{٩٣}. وإن كان من المحبذ أن ينصّ المشرّع صراحةً على ذلك.

^{٩٣} - د. مهني مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٤٠٩.

ثانياً- الجنسية:

الفارق المنطقي بين المواطن والأجنبي يترتب عليه دائماً اختلاف في المركز القانوني، لذلك اتجهت معظم التشريعات في الماضي نحو تفضيل المواطنين على الأجانب، في مجال المنافسة على مركز التعاقد مع الإدارة، إذ إنَّ الأجنبي كان يستبعد تلقائياً من إطار المنافسة بسبب جنسيته الأجنبية فقط، وبقطع النظر عن كفاءته الفنيّة، وملاءته المالية، وهذا ما عُرف اصطلاحاً باسم الشرط التفضيلي **Clause discriminatoire**^{٩٤}.

فقد تشكّل جنسية التعاقد مع الإدارة صفة جوهرية تكون محلاً للاعتبار والتقدير من جانب الأخيرة عند قيامها باختياره، خصوصاً في بعض أنواع العقود الإدارية، ومثال ذلك العقود المتعلّقة بمرافق عامة ذات طابع سري، كعقود التوريد الحربية...^{٩٥}، حيث يفضل أن يكون التعاقد من مواطني الدولة حرصاً على الأمن العام، وأحياناً تُفرض قيود على الإدارة بعدم التعامل مع أشخاص معينين يحملون جنسية العدو الإسرائيلي (الكيان الصهيوني)^{٩٦}.

^{٩٤} - عمار محمود السالم، السلطة التقديرية للإدارة في إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٧، ص ٦٥.

^{٩٥} - د. محمد سعيد حسن الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية (دراسة تحليلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٧٠ وما بعدها. لكن بعض البلدان النامية لا تقيم وزناً لهذه الصفة (الجنسية)، في إطار جذب الاستثمارات الأجنبية. انظر: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٠.

^{٩٦} - للمزيد من التفاصيل، انظر: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة...، ١٩٥٧، مرجع سابق، ص ١٩٠-١٩١؛ القاضي الدكتور الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة (٦) عقد ال B. O. T، بدون دار نشر، طرابلس- بيروت، ٢٠٠٦، ص ٢٢٠-٢٢١.

ففي فرنسا، قبل نفاذ معاهدة روما^{٩٧}، انقسم الفقه إلى اتجاهين، الاتجاه الأول: طرح فكرة الحماية **Protectionnisme**، واقترح ضرورة فرض شرط الجنسية في نطاق التنافس على العقود الإدارية، أما الاتجاه الآخر، فقد قدّم اقتراحاً معاكساً، وأباح اشتراك الأجانب في مناقصات الإدارة... ولكن بعد إقرار هذه المعاهدة بتاريخ ١٩٥٧/٣/٢٥، التي تمخّص عنها ظهور السوق الأوروبية المشتركة، أصبح هذا الشرط التفضيلي غير مشروع^{٩٨}، وفي حالة المخالفة يحق للمتضرر من هذا الإجراء التمييزي، أن يلجأ إلى محكمة العدل الأوروبية التي تتمتع بسلطات واسعة في التحقيق، وفي اتخاذ أحكام في مواجهة الدولة المخالفة^{٩٩}... حيث حكم المجلس الدستوري الفرنسي عام ١٩٩٠، أن الأجانب المقيمين في فرنسا يتمتعون بنفس الحقوق الدستورية التي يتمتع بها المواطنون^{١٠٠}، هذا الحكم الصادر عن المجلس المذكور قد دفع جانباً من الفقه إلى القول: إنّ استبعاد الأجانب من غير رعايا الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي يكون انتهاكاً صارخاً للحكم المذكور^{١٠١}.

^{٩٧} - هي المعاهدة التي أسست الجماعة الأوروبية في التاريخ المذكور في المتن، وهدفت إلى تدعيم اقتصاديات الدول الأعضاء، ورفع مستوى الحياة فيها، فالمادة ٣٠/ منها ألغت كل القيود في نطاق عقود التوريد... كذلك المادة ٨٥/ أكدت على مبدأ المنافسة الحرة... انظر: د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٩٤.

^{٩٨} - انظر المادة ٧/، ٣٣-، ٧/، ٥٢/، ١٠٠/، ٣٦-، ١/، من معاهدة روما، مشار إليها لدى: د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٤١٨ وما بعدها.

^{٩٩} - عمار محمود السالم، مرجع سابق، ص ٦٥؛ آية فايز البداوي، مرجع سابق، ص ٨١.

^{١٠٠} - هاتف كاظم جاسم الموسوي، مرجع سابق، ص ٦٦.

^{١٠١} - د. مهند نوح، إبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤٠.

وفي جمهورية مصر العربية لم يتطرق المشرع إلى جنسية العارض، وإن كان قد تضمن ما يفيد تشجيع المنتجات الوطنية^{١٠٢}. حيث نصّت المادة /٣٥/ من قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة رقم /١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ على أنه: "... ومع مراعاة حكم المادة (٤) من القانون رقم /٥/ لسنة ٢٠١٥ في شأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية، يعدّ المنتج المقدّم عن توريدات مستوفية لنسبة المكوّن الصناعي المصري أقلّ سعراً إذا لم تتجاوز نسبة الزيادة فيه (١٥%) من قيمة أقلّ عطاء غير مستوفٍ. ويعدّ العطاء المقدّم عن الخدمات أو الأعمال الفنيّة التي تقوم بها جهات مصرية أقلّ سعراً إذا لم تتجاوز نسبة الزيادة فيه (١٥%) من قيمة أقلّ عطاء أجنبي، ويستثنى من ذلك العطاءات المقدّمة في عقود المشروعات المنصوص عليها في المادة (٣) من القانون رقم /٥/ لسنة ٢٠١٥ المشار إليه وما تشمله هذه المشروعات أو يكون لازماً لها من خدمات أو أعمال فنيّة...". (وهذه المادة مماثلة للمادة /١٦/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨ الملغى).

أما في سورية، فإن القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ الخاص بنظام العقود الموحد لم يشترط أن يكون الراغب بالتعاقد مع الإدارة من المتمتعين بالجنسية العربية السورية^{١٠٣}، وإن كانت الفقرة /ب/ من المادة /٩/ من القانون نفسه، قد نصّت على أن المناقصات الداخلية لا يسمح بالاشتراك فيها

^{١٠٢} - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، ١٩٥٧، مرجع سابق، ص ١٨٧؛ وقد ورد المبدأ نفسه في المادة /٨١/ من القانون رقم /٩/ لسنة ١٩٨٣ الملغى، لكن المادة /٦١/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨ الملغى أيضاً، اشترطت أن يكون مقدّم العطاء مقيماً في جمهورية مصر العربية، أو يكون له وكيلاً فيها، وإلا وجب عليه أن يبيّن في عطائه الوكيل المعتمد منه في الجمهورية... .

^{١٠٣} - انظر الفقرة / أ / المادة /١١/ من القانون رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

إلا للرعايا السوريين ومن في حكمهم ورعايا الدول العربية المقيمين في سورية، أما المناقصات الخارجية فيسمح فيها بالاشتراك للعرب والأجانب، بالإضافة إلى الذين يسمح لهم بالاشتراك بالمناقصات الداخلية (وهذه الفقرة تماثل الفقرة /ب/ من المادة /١٠/ من المرسوم التشريعي الملغى رقم /٢٢٨/ تاريخ ١٩٦٩/٩/٣٢)^{١٠٤}.

وتجدر الإشارة إلى أن البند /١/ من الفقرة /أ/ من المادة /١٢/ من المرسوم التشريعي المذكور أعلاه، كان يشترط فيمن يرغب بالاشتراك في المناقصات أن: "يكون عربياً سورياً، أو عربياً فلسطينياً، أو من رعايا إحدى دول الجامعة العربية". كما نصّ البند /ج/ من الفقرة /أ/ من المادة نفسها على الآتي: "يجوز في المناقصات الخارجية قبول العارض الأجنبي". ويقتصر تطبيق هذا الشرط على الأشخاص الطبيعيين (الفقرة /ب/ من المادة /١٢/ من نفس المرسوم التشريعي)^{١٠٥}.

مما تقدم نجد أن المشرّع السوري قد حافظ على نهجه القديم، حيث راعى السياسة العامة للجمهورية القائمة على النهج القومي^{١٠٦} حين قصر المناقصات الداخلية على الرعايا السوريين والعرب، إضافةً للسماح لهؤلاء بالاشتراك بالمناقصات الخارجية، أما الأجانب فقد سمح لهم بالاشتراك بالمناقصات الخارجية فقط دون الداخلية.

١٠٤- نُشر في العدد رقم /٤٥/ من الجريدة الرسمية لعام ١٩٦٩، الجزء الأول، ص ٣٢٧.
 ١٠٥- يلاحظ أن الأصل أن يكون العارضون من الرعايا السوريين أو العرب. وبذلك يكون هذا المرسوم الملغى قد راعى السياسة العامة للجمهورية العربية السورية القائمة على النهج القومي، بالإضافة إلى أنه يمكن قبول العارضين الأجانب في نطاق المناقصات الخارجية؛ للتعمق أكثر، انظر: د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٦١.
 ١٠٦- تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من دستور الجمهورية العربية السورية الصادر بالمرسوم رقم /٩٤/ تاريخ ٢٠١٢/٢/٢٨، على أن: "الشعب في سورية جزء من الأمة العربية".

بيد أن المشرّع ألزم الإدارة قَبْلَ إتمام العملية العقدية مع شركات أجنبية، الاستعلام عن هذه الشركات، عن طريق المصارف العاملة في الخارج، أو غرف التجارة... بالإضافة إلى دراسة الآثار القضائية في حال عدم قيام هذه الشركة أو الشركات بتنفيذ التزاماتها، وكذلك الاتفاقات القضائية المبرمة مع بلد جنسية الشركة، أما بعد إبرام العقد، يجب على الإدارة المتعاقدة القيام بتسجيل الشركة في سجل الشركات الأجنبية العاملة في سورية لدى وزارة الاقتصاد والتجارة الخارجية، كما يجب عليها أن تأخذ تعهداً من الشركة الأجنبية بعدم ممارسة أي عمل تجاري آخر...^{١٠٧}.

الفرع الثاني

حسن السمعة والسيرة

تعدّ هذه الصفة- بتقديرنا- من أهم الصفات التي يُعتدّ بها في التعاقد، والمُستَطر توافرها في شخص المتعاقد مع الإدارة^{١٠٨}، فكثيراً ما يتركز اهتمام هذه الأخيرة على خلق المتعاقد، وسمعته، ومكانته الاجتماعية، وينصهر في بوتقة هذه الصفة الرئيسة عدة صفات أخرى، كالثقة والأمانة الشخصية والصدق في التعامل، خصوصاً فيما يتعلق بمدى حرصه على الوفاء بالتزاماته التعاقدية ببسر وسهولة وحسن نية، من دون أي مماطلة أو تسويف، حيث تعدّ هذه السمات من أخلاق الشخص ودليلاً على حسن سمعته، فمن مصلحة الإدارة العامة- كونها الأمانة والقوامة على المصلحة العامة- وهي في معرض تسييرها للمرافق العامة، وتقديم الخدمات العامة، ألاّ تتعاقد

^{١٠٧}- عمار محمود السالم، مرجع سابق، ص ٦٦؛ آية فايز البداوي، مرجع سابق، ص ٨٣.

^{١٠٨}- حسين درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة (المناقصات والمزايدات والممارسة)، الطبعة الأولى، مكتبة الأنجلو المصرية، من دون مكان نشر، ١٩٥٩، ص ٤٧-٤٨.

إلا مع أشخاص متمتعين بدرجة رفيعة من حسن الأخلاق والسمعة^{١٠٩}، أي بالشرف المدني والمهني.

ويقصد بالشرف المهني عدم توافر عناصر الثقة في شخص الراغب بالتعاقد، ما يجب معه عدم قبول العارضين الذين أشهر إفلاسهم، أو الذين هم قيد التصفية القضائية، لانعدام اعتبارهم بسبب الحكم عليهم بالإفلاس أو التجريد من الحقوق المدنية^{١١٠}.

ففي مصر وسورية، يُلاحظ أنه لا يوجد نص واضح وصريح يحكم هذا الأمر، باستثناء الحكم الذي جاءت به المادة /٤٩/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم /١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ في مصر (وهذا ما كانت تنصّ عليه المادة /٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ١٩٩٨/٨٩ الملغى)، من لزوم إرفاق بيانات القيد في السجلات الخاصة بالنشاط موضوع التعاقد، كالقيد في السجل التجاري أو الصناعي أو سجل المستوردين... وغيرها من السجلات... ضمن المظروف الفني من العطاء. والبندان ٢-٣/ من الفقرة /أ/ من المادة /١١/ من نظام العقود ٢٠٠٤/٥١، فرض على العارض إرفاق صورة عن القيد في السجل التجاري مع عرضه (وهذا البند مطابق للبندان ٣-٤/ من الفقرة /أ/ من المادة /١٢/ من المرسوم التشريعي ١٩٦٩/٢٢٨ الناظم لعقود هيئات القطاع الإداري الملغى)، وأيضاً صورة عن تسجيله في إحدى الغرف التجارية أو السياحية أو الصناعية أو الزراعية، ومن شأن هاتين الصورتين

^{١٠٩}- د. عاطف محمّد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي الانجلو أمريكي والعقد الإداري في القانون المصري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩، ص ١١٢؛ د. شاكر أكباشي، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

^{١١٠}- هاتف جاسم الموسوي، مرجع سابق، ص ٦٤؛ آية البداوي، مرجع سابق، ص ٧٤.

المرفقتين أن تبيننا الشرف المهني للعارض، وإن كان من الأفضل أن ينص المشرع على ذلك بشكل صريح^{١١١}.

أما الشرف المدني فيقصد به أن لا يكون المتعاقد شخصاً مشبوهاً أو من أرباب السوابق القضائية^{١١٢}. فقد اعتادت الإدارات الفرنسية على إدراج شرط في دفاتر الشروط الخاصة يتضمن وجوب تقديم صورة عن الصحيفة العدلية (صحيفة السوابق) من قبل العارضين، وبدوره مجلس الدولة الفرنسي قضى منذ عهد بعيد بمشروعية هذا الشرط^{١١٣}. وكذلك يمنع قبول من هم في حالة تصفية - بالمعنى المقصود في القانون التجاري - والأفراد الذين هم في حالة إفلاس، أو الموضوعين تحت الحراسة، وقد عزز موقف المجلس المذكور قانون العقوبات الفرنسي عام ١٩٩٣، في العديد من مواده حيث نصّ على استبعاد من يرتكب بعض أنواع الجرائم من دخول المنافسة للفوز بعقود الإدارة، وفقاً لمنطوق الحكم الجزائي...^{١١٤}.

وتطبيقاً لشرط حسن السمعة يمكن للجهة الإدارية^{١١٥} أن تحرم بعض الأشخاص - الطبيعيين أو الاعتباريين - من ولوج باب المنافسة على عقودها الإدارية (أولاً)، واستبعاد البعض الآخر غير المرغوب فيه (ثانياً).
أولاً- الحرمان من التعاقد:

الحرمان نوعان: نوع جزائي بسبب التنفيذ المعيب للالتزام سابق، ونوع وقائي لحماية المصلحة العامة. وقد يكون الحرمان مؤقتاً، وقد يكون

^{١١١}- د. مهنت مختار نوح، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٥٥١.

^{١١٢}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهنت نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٨.

^{١١٣}- هاتف الموسوي، مرجع سابق، ص ٦٥؛ عمار محمود السالم، مرجع سابق، ص ٦٦؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهنت نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٤١٠ وما بعدها.

^{١١٤}- د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٩٦؛ عمار السالم، المرجع أعلاه، ص ٦٦. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهنت نوح، المرجع أعلاه، ص ٤١٠-٤١١.

^{١١٥}- د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٢٤.

غير محدد المدة، كما يكون مانعاً للشخص من التقدم إلى جميع المناقصات والمزايدات العامة التي تجريها الإدارة، وقد يقتصر على بعضها^{١١٦}.

فالحرمان الجزائي: هو عقوبة (جزاء) تطبق على المتعاقد نتيجةً لأخطاء اقترفها خلال تنفيذه لعقد سابق؛ أي بسبب التنفيذ السيء لهذا العقد، سواء أكان منصوصاً عليه في العقد ودفاتر الشروط أم لم يكن^{١١٧}، نتيجةً لانعدام ثقة الإدارة به، أو نتيجةً لارتكابه جرمًا جزائياً أثمر عنه حرمانه من التمتع ببعض الحقوق العامة، ومنها حق التعاقد^{١١٨}.

ولقد نصّ على ذلك قانون العقود الإدارية في فرنسا الصادر بموجب المرسوم /١٥/ لعام ٢٠٠٤ في المادتين /٤٣-٤٤/ منه^{١١٩}، ومن ذلك ما نصّت عليه المادة /٤٩/ من قانون العقوبات الفرنسي في حال الحكم بعقوبة جنائية الوصف في إحدى الجرائم المرتكبة خرقاً لقانون الضريبة العامة^{١٢٠}.

^{١١٦}- د. أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١٥٢؛ رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٦٢.

^{١١٧}- الحرمان المنصوص عليه يكون بنص في القانون، أو بصورة عقوبة أصلية، أو تبعية، عن أفعال اقترفها الشخص المحروم، كحالة الحكم عليه بعقوبة جنائية. أما الحرمان غير المنصوص عليه، يوقع من جانب الإدارة على الشخص نتيجة إخلاله بالتزام عقدي سابق. انظر: د. إبراهيم أحمد الحسن، قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٢، ص ١٥٣.

^{١١٨}- د. أحمد عثمان عياد، المرجع أعلاه، ص ١٥٣ وما بعدها؛ د. عاطف محمّد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٧٢-٢٧٣ و ص ١٠٨ و ص ٢٦٥؛ ومن أمثلة التنفيذ المعيب للعقد: قيام المتعهد بارتكاب الغش أو الرشوة. انظر: د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، المرجع أعلاه، ص ٣٢٥.

^{١١٩}- رحيمة الصغير نمديلي، مرجع سابق، ص ٦٣؛ وقد أكتّ القانون الفرنسي على منح الوزراء صلاحية إعداد قوائم سرية (القائمة السوداء) بأسماء المقاولين ممن قاموا بالتنفيذ المعيب أو قدّموا معلومات غير صحيحة بغاية...، انظر: عمار السالم، مرجع سابق، ص ٦٧-٦٨.

^{١٢٠}- د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ١٧٢.

أيضاً الحرمان الذي نص عليه القانون الفرنسي لعام ١٩٠٥ بشأن التدليس في المنتجات...^{١٢١}.

بدوره قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل، قضى في المادة /٢٥/ منه بحرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية الوصف من القبول في أي خدمة في الحكومة مباشرة، أو بصفة متعهد أو ملتزم، أيًا كانت هذه الخدمة^{١٢٢} (وهذا ما أكدته المادة /٩٣/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الجديد رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨)، كما يُستبعد العطاء المقدم من شخص قُضي عليه بالإفلاس، أو التجريد من الحقوق المدنية، فيُحرّم من التعاقد ولا يُقبل منه عطاؤه^{١٢٣}. بالإضافة إلى الحظر الذي جاء به قانون الضرائب على الدخل المصري رقم /١٥٧/ لعام ١٩٨١ في مادته /١٢٩/، المتعلقة بتقديم إقرار ضريبي، مثبت به تاريخ تقديمه عن آخر سنة ضريبية... وهذا ما جاءت المادة /٤٩/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ لتؤكد، حيث تُلزم أن تكون: "... البطاقة الضريبية سارية، وآخر إقرار ضريبي...". وقد يكون الحرمان بصفة عقوبة تبعية، في حالة الحكم بجريمة معينة، أو بسبب المديونية للضرائب^{١٢٤}.

وقد نصّت المادة /٨٥/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ (المماثلة للمادة /١٤/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الملغى رقم /٨٩/ لعام ١٩٩٨) على الحرمان الجزائي، بقولها: "تمسك كل جهة إدارية سجلاً لقيّد الأسماء والبيانات الكافية

^{١٢١} - د. أوس جمال مخير، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٩، ص ١٨١-١٨٢.

^{١٢٢} - د. هاني عبد الرحمن غانم، مرجع سابق، ص ٥١١ (هامش /٣/).

^{١٢٣} - هاتف الموسوي، مرجع سابق، ص ٤٦٥. د. إبراهيم الحسن، المرجع أعلاه، ص ١٧٢-١٧٣.

^{١٢٤} - د. أوس مخير، مرجع سابق، ص ١٨٠-١٨١.

للاغبين في التعامل معها متضمناً تصنيفهم طبقاً لقدراتهم الفنية والمالية وسمعتهم التجارية وخبراتهم السابقة وشهادات مزاولة النشاط ورقم الحساب البنكي الخاص بكل منهم، وغيرها من المستندات المطلوبة طبقاً للقوانين المنظمة ليتم من خلاله التعامل معهم... ولا يجوز للجهة الإدارية التعامل مع المسجلين لديها بسجلاتها أو غيرهم إلا بعد تسجيلهم لبياناتهم على بوابة التعاقدات العامة أو تحديثها حال تعديلها... على أن تتضمن بياناتهم رقم السجل التجاري أو الصناعي أو المهني أو سجل مزاولة المهنة بحسب الأحوال، ورقم البطاقة الضريبية أو أي بيانات أخرى ليتم من خلاله التعامل معهم. وتمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلاً لقيد أسماء الممنوعين من التعامل مع أي جهة من الجهات الإدارية المذكورة سواء كان المنع بنص في القانون، أم بموجب قرارات إدارية، أو لمن صدر ضده حكم نهائي في إحدى الجرائم الواردة في المادة (٩٣) من هذا القانون، ويحظر التعامل مع المقيدين في هذا السجل ما لم يتم رفع هذا الحظر بانتفاء سببه...^{١٢٥}.

أما في سورية، فقد اشترط نظام العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ في المادة ١١/ الفقرة أ/ / البند ١/، ألا يكون العارض محروماً من الدخول في المناقصات أو التعاقد مع الجهات العامة... وفي البند ٤/ من ذات المادة والفقرة، ألا يكون مقدّم العطاء محكوماً بجناية، أو جرم شائن^{١٢٦}

^{١٢٥} - للمزيد من التفاصيل، انظر: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٠٩ وما بعدها.

^{١٢٦} - يرى الدكتور محمد يوسف الحسين والدكتور مهند نوح أن الجرح الشائنة هي: "تلك الجرح التي يمكن أن تشين صاحبها نتيجة رد الفعل الاجتماعي العنيف عليها"، انظر: العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٥٨؛ ويعدّ مجلس الدولة السوري جرماً شائناً كل ما يمسّ الشرف ويُعدّ مخرلاً بالثقة العامة، ويحدّد الجرم الماس بالشرف كل جرم يسيء إلى سمعة مرتكبه، ويوجب احتقاره من أفراد المجتمع السليم المحيط به. انظر: د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ١٩٨٦/١٩٨٧، ص ٤٠٧؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، أسباب إلغاء القرارات الإدارية وفقاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام ١٩٩٦م، الكتاب الثاني، منشورات مكتبة صادر - المنشورات الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨، ص ٥٣١ وما بعدها.

مالم يرد إليه اعتباره^{١٢٧}، بالإضافة لعدم امتلاكه أي مصنع، أو مؤسسة، أو مكتب فرعي في إسرائيل^{١٢٨}.

وقد نصّت المادة /٥٩/ من قانون العقود ٢٠٠٤/٥١ على حالات الفسخ التلقائي للعقد، ومنها حالتي إفلاس المتعاقد، أو التصفية القضائية، إلا أنه يحق للجهة العامة عدم الفسخ إذا أجازت المحكمة ذلك، وهذا باعتقادنا يأخذ بمفهوم المخالفة عدم جواز اشتراك من هم في الحالتين المذكورتين، ويلاحظ عدم تضمين القانون المذكور بنداً يلزم العارض بتقديم براءة ذمة ضريبية من الدوائر المالية، على خلاف ما فعل نظيره الفرنسي والمصري، فحبذا لو أن المشرّع يلحظ هذا النقص ليُصار إلى إدراجه في التعديلات المقبلة لقانون العقود.

أما الحرمان الوقائي: فهو قرار إداري يصدر عن الجهة العامة لا لكونه جزاءً بسبب التنفيذ المُعيب لعقد سابق، بل نتيجةً للقصور في قدرات العارض الفنية أو الإدارية أو المالية ومؤهلاته^{١٢٩}، أو إذا وجد العارض في حالة لا يجوز الجمع بينها وبين صفة المتعاقد مع الإدارة، كما لو كان العارض موظفاً عمومياً؛ أي أنها تقرّر حرمانه من التعاقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة^{١٣٠}؛ فهو في منزلة تدبير احترازي.

^{١٢٧} - تطبيقاً لذلك اعتبر مجلس الدولة السوري أن اقتراف أحد العارضين لجرم الرشوة يمنع من قبوله في مناقصات الدولة ما لم يرد إليه اعتباره، انظر: د. إبراهيم الحسن، مرجع سابق، ص ١٥٢.

^{١٢٨} - انظر البند /٦/ من نفس الفقرة والمادة، وانظر جزاء مخالفة ذلك في المادة /٥٩/ الفقرة /د/ من القانون ذاته.

^{١٢٩} - د. سعيد نحيلي، د. عبيسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٠٥؛ حتى من دون أن يسبق ذلك ارتباطهم مع جهة الإدارة بعقد ما، وذلك كإجراء وقائي تملّيه غير الإدارة توكيلاً للمصلحة العامة وحدها. انظر: هاتف كاظم جاسم الموسوي، مرجع سابق، ص ٦٩-٧٠.

^{١٣٠} - د. سعيد نحيلي، د. عبيسي الحسن، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٢٥؛ د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ١٦٠.

فالجبهة الإدارية تملك إصدار قرارات إدارية بحرمان بعض الأشخاص الطبيعيين أو المعنويين، بما تملك من سلطة تقديرية، والتي لا يحق للقضاء أن يعقب عليها، إلا إذا كان القرار مشوباً بعيب الانحراف باستعمال السلطة، أو انعدام الأسباب^{١٣١}. وهذا ما أكدته كل من مجلسي الدولة المصري والسوري^{١٣٢}، وما استقرّ عليه مجلس الدولة الفرنسي^{١٣٣}.

ففي فرنسا، أخذ المرسوم رقم /٢٢٤/ الصادر بتاريخ ١٩٩٥/٢/٤ بهذا الحرمان وذلك بموجب مادته /٨/، حيث حظّر على الموظفين الاشتراك بالمناقصات والمزايدات - سواء بأنفسهم أو بالوساطة - في دائرة عملهم^{١٣٤}، وحظّر تقنين عقود الشراء العام الفرنسي النافذ على أعضاء السلطات البلدية الدخول في المناقصات والمزايدات، سواء بالذات أو بالوساطة. كما جعل من صفة المتعهد أو المقاول مانعاً من موانع الترشيح للانتخابات في الدائرة نفسها التي يمارس فيها نشاطه^{١٣٥}.

١٣١- د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ١٧٩-١٨٠؛ عمار محمود السالم، مرجع سابق، ص ٦٩-٧٠.

١٣٢- المستشار سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون مكان نشر، ١٩٩١، ص ٢١ وما بعدها.

١٣٣- رحيمة نمديلي، مرجع سابق، ص ٦٤؛ هاتف كاظم الموسوي، مرجع سابق، ص ٧٠-٧١؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١١٠ وما بعدها.

١٣٤- د. أوس جمال مخير، مرجع سابق، ص ١٨٦.

١٣٥- د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ١٧٧-١٧٨. ومن الجدير بالذكر، أن المشرع الفرنسي قرّر أن الجمع بين صفة العامل الإداري والمتعاقد مع الإدارة يشكل جنحة المحاباة، استناداً إلى المادة /٤٣٢-١٤/ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، وفقاً للتعديل الذي حمله القانون رقم /٩٥-١٢٧/ تاريخ ١٩٩٥/٢/٨ على قانون العقوبات. انظر: آية فايز البدوي، مرجع سابق، ص ٧٦ وما بعدها. وجنحة المحاباة: "هي جريمة تتشكّل من سلوك محدد قوامه منح أفضلية غير مبررة شرعاً لأحد المتنافسين دون غيره في معرض إبرام عقد شراء عام أو عقد تفويض مرفق عام، وذلك بشكل مخالف للقوانين واللوائح النازمة لمبدأ المساواة في المنافسة الحرة بين =

وفي جمهورية مصر العربية حظرت المادة /٢٦/ من القانون رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة (المماثلة للمادة /٣٩/ من القانون ١٩٩٨/٨٩ الملغى) على الموظفين والعاملين بالجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون بالذات، أو بالوساطة، التقدّم بعطاءات أو عروض إلى تلك الجهات، كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بأعمال... ، كما يحظر على الموظفين والعاملين بتلك الجهات الدخول - بالذات أو بالوساطة - في المزايدات بأنواعها، إلا إذا كانت الأصناف المشتراة لاستعمالهم الخاص...^{١٣٦}.

وفي سورية، بموجب المادة /٦٤/ من القانون الأساسي للعاملين في الدولة رقم ٥٠/ لعام ٢٠٠٤، من المحظورات على العامل في الدولة أن يشترك في المضاربات المالية، أو أن يمارس أي عمل من الأعمال التجارية أو الصناعية، أو أن يدخل في التعهّدات والمناقصات بنفسه أو بالوساطة خلال وجوده في العمل^{١٣٧}. ويستمر هذا الحظر نافذاً بعد تركه الوظيفة لأي سبب كان، ولمدة خمس سنوات بالنسبة للتعهدات والمناقصات التي تجري في الجهة العامة التي كان يعمل فيها عند تركه الخدمة (البندين /٣-٤/ من الفقرة /و/ من المادة المذكورة). وجاء نظام العقود ٥١/٢٠٠٤ ليؤكد هذا الحظر، حيث نصّ في المادة /١١/ منه في فقرتها /٥/ على أنه يشترط في الراغب بالتعاقد ألا يكون من العاملين في إحدى الجهات العامة (البند /٦/ من المادة

=المرشحين... وتصف هذه الجنحة في فرنسا ضمن الجرائم الاقتصادية". للمزيد من التفاصيل،

انظر: د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٦٩٣ وما بعدها.

^{١٣٦} - انظر: البند /١٥/ من المادة الثانية من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور بالمتن، والصادرة

بموجب قرار وزير المالية رقم ٦٩٢ لعام ٢٠١٩.

^{١٣٧} - منشور بالجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية، الجزء الأول، العدد /٥٠/، لعام

٢٠٠٤، ص ٢٩٦١. انظر الحكمة من هذا الحظر لدى: آية فايز البداوي، مرجع سابق، ص ٧٧؛

والحظر ذاته قرره النظام الأساسي الموحد للعاملين في الدولة الملغى، بمقتضى المادة /٦٥/ منه.

١٢/ من المرسوم الملغى ينص على ذلك أيضاً)^{١٣٨}، وألا يكون عضواً في المكاتب التنفيذية للإدارة المحليّة ضمن محافظته تحديداً؛ والوزراء أيضاً يحظر عليهم أن يزاولوا بصورة مباشرة أو غير مباشرة أي عمل تجاري، أو مهنة حرّة (المادة ٢٣/ بعد المئة من دستور الجمهورية العربية السورية الصادر بالمرسوم ٩٤/ تاريخ ٢٨/٢/٢٠١٢).

ثانياً- الاستبعاد العام:

هو إجراء تستطيع الجهة الإدارية بموجبه أن تستبعد بقرار عام المتعهدين غير المرّحب بهم من جميع المناقصات والتعاقدات التابعة لها بشكل نهائي، أو لمدة زمنية معيّنة^{١٣٩}، لأسباب تتعلّق بعدم كفاءتهم الفنيّة أو ملائمتهم المالية، أو سمعتهم، ويعدّ هذا الإجراء إجراءً تقليدياً، حيث تحتفظ الإدارة بقوائم خاصة تحتوي على أسماء هؤلاء المتعهدين المذكورين، وتطرح هذه القوائم لحظة البدء بإجراءات المناقصة؛ لأخذها في الحسبان والتقيّد بمضمونها، وهو إجراء مقنّن في كل من فرنسا ومصر وسورية^{١٤٠}.

ففي فرنسا يتم الاستبعاد العام لسببين: إما جزاء على خطأ تعاقدى (الإخلال بالتزامات عقدية سابقة)، أو بسبب النقص الفاحش في قدرات بعض

^{١٣٨} - للمزيد من التفاصيل، انظر: صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، دمشق، ٢٠٠٥، ص ١٢١ وما بعدها.

^{١٣٩} - د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٠٨.

^{١٤٠} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٧٠ وما بعدها؛ ومن الجدير بالذكر أن قرار الاستبعاد العام يختلف اختلافاً بيّناً عن قرار استبعاد أحد العطاءات من قبل لجنة المناقصة، فالاستبعاد العام ذي طبيعة شاملة لعدد غير محدد من المناقصات، بينما قرار استبعاد أحد العروض في مناقصة معينة لعدم استيفائه للشروط، يقتصر أثره على هذه المناقصة فحسب. فقرار الاستبعاد العام يصدر عن سلطة استثنائية مطلقة، بخلاف قرار استبعاد أحد العطاءات حيث السلطة مقيدة تماماً... انظر: د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ١٦١ وما بعدها.

العارضين الفنية ومؤهلاتهم، فإذا وجدت الإدارة لدى بعض المتعهدين خللاً أو ضعفاً في الجودة والأداء التقني، والتعامل المالي، حق لها إدراجهم في قائمة المحرومين من دخول تعاقداتها، كونهم متعهدين غير مرغوب فيهم، بما تتمتع به من سلطة تقديرية ومن دون أن تلتزم بتسبب قرارها بالاستبعاد، لا يقيدها إلا عيب الانحراف في استعمال السلطة^{١٤١}.

أما في جمهورية مصر العربية، فهناك حالة وحيدة للاستبعاد العام وهي الاستبعاد كجزاء تعاقدي، وقد نصت عليها المادة ٥٠/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة (المماثلة للمادة ٢٤/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الملغى ٨٩/١٩٩٨)، وهي حالة ثبوت استعمال المتعاقد للغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد، سواء أكان ذلك بنفسه أم بوساطة غيره، وكذلك إذا أفلس المتعاقد أو أعسر (نتيجة لفقدان الاعتبار المالي)، "أو إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار"، ويتم الفسخ في الأحوال المشار إليها تلقائياً، ويشطب اسم المتعاقد في الحالات المذكورة ما عدا حالة إفلاسه أو إعساره "من سجل المتعاملين بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة في مجلس الدولة، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية، وعلى بوابة التعاقدات العامة..."^{١٤٢}.

وفي سورية، نصت المادة ١١/ الفقرة أ/ من نظام العقود الموحد ٢٠٠٤/٥١ على أنه يشترط في الراغب بالتعاقد مع الإدارة ألا يكون محروماً

^{١٤١}- د. محمد فاروق أبو الشامات، تقييم قواعد المناقصات في ضوء القانون النموذجي الصادر عن هيئة الأمم، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، ١٩٩٦، ص ٧٥؛ المستشار الدكتور عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨، ص ١٥٩.

^{١٤٢}- وانظر أيضاً: المولد ٦٦/ ١٠٠/ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور بالمتن، والصادرة بقرار وزير المالية رقم ٦٩٢/ لعام ٢٠١٩.

من الدخول في المناقصات، أو التعاقد مع الجهات العامة... واستناداً للمادة ٥٨/ من القانون المذكور (المطابقة للمادة ٦٦/ من المرسوم التشريعي الملغى باستثناء مدة الحرمان حيث كانت ثلاث سنوات)، فإنه يُحرم من التعاقد مع الجهة العامة بقرار معلّل من الوزير، المتعهد الذي يثبت سوء نيته، أو عدم كفاءته أثناء تنفيذ تعهدات الجهة العامة، ويكون هذا الحرمان مؤقتاً لمدة لا تتجاوز خمس سنوات، أما الحرمان من التعاقد مع جميع الجهات العامة فيتم بقرار من رئيس مجلس الوزراء، بناءً على اقتراح الوزير المختص^{١٤٣}.

ومن الجدير بالذكر أن هناك فارقاً بين الحرمان والاستبعاد، فقرار الحرمان ينصبّ على شخص معيّن سواء أكان شخصاً طبيعياً أم معنوياً، ويهدف إلى حرمانه من الاشتراك بالمناقصات والمزايدات التي تجريها الإدارة، في حين أن الاستبعاد يعدّ إجراءً موضوعياً يتعلّق بعطاء تقدّم به شخص، ويهدف إلى استبعاد هذا العطاء، وحرمان صاحبه من المُضيّ قدماً في إجراءات المناقصة حتى مبتغاها، أما الحرمان فيعتبر إجراءً عاماً يهدف لمنع من دخول المناقصات كافة التي تجريها الإدارة، وقد يكون هذا الإجراء محدد المدة، أو غير محدد، بخلاف الاستبعاد الذي لا يعدو أن يكون قراراً فردياً بصدد مناقصة معينة، فالاستبعاد قد يكون وفقاً للسلطة التقديرية المطلقة للإدارة لعدم الكفاءة الفنية والمالية، أو تبعاً لسلطة مقيّدة كما هو الحال في الاستبعاد تطبيقاً لقرار الحرمان، مع العلم أن قرار الاستبعاد يعدّ قراراً إدارياً يخضع إلى الرقابة القضائية (قرار إداري منفصل)^{١٤٤}.

^{١٤٣} - وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ١٧٥ وما بعدها؛ د. مهدي مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣٨٦ وما بعدها.

^{١٤٤} - د. أحمد عثمان عيّد، مرجع سابق، ص ١٥٢؛ هاتف كاظم جاسم الموسوي، مرجع سابق، ص ٩٣ وما بعدها؛ د. أوس جمال مخيير، مرجع سابق، ص ١٩٠؛ د. عاطف محمّد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١١٤ وما قبلها. وللمزيد من التفاصيل حول الاختلاف بين قرار الاستبعاد وبين قرار لجنة

الفرع الثالث

الكفاءة الفنية والملاءمة المالية

سنقوم في هذا الفرع بدراسة الصفتين الأخيرتين اللتين قد تكونان محلاً للاعتبار، على النحو الآتي:

أولاً- الكفاءة الفنية:

من مصلحة الجهة الإدارية ألا يدخل إلى غمار المنافسة إلاّ عارضون على درجة معينة من الاستعداد الفني، حيث يجب أن تكون لدى الراغب بالتعاقد مع الإدارة سابقة خبرة مشابهة لنوع الأداءات المطروحة للتعاقد، فلا فائدة تُرجى من السعر الأقل، إذا كانت أهلية العارض الفنية واستعداده التقني على درجة من السوء، حيث سينعكس ذلك على حسن تنفيذه لالتزاماته في البداية^{١٤٥}، ما يمسّ مبدأ حسن سير المرفق العام محل العقد بانتظام واضطراد في النهاية، وقد عبّر مجلس الدولة الفرنسي عن ذلك بقوله: "... يجب على العارض أن يقيم الدليل على روح كافية للاشتراك مع الجماعة العامة..."^{١٤٦}. وهذا ما استقرّت عليه الأنظمة القانونية محلّ المقارنة.

ففي فرنسا، أقرّ مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن بعيد بمشروعية اشتراط توافر خبرات فنية معينة لدى العارضين^{١٤٧}، ولأجل إثبات ذلك، فقد

المناقصة باستبعاد العطاء، انظر: د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٧٠.

^{١٤٥} - حسين درويش عبد العال، مرجع سابق، ص ٥٣ وما بعدها. فإذا أخذت الأهلية الفنية في الحسبان عند إبرام العقد، أصبح عقداً قائماً على الاعتبار الشخصي. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٥٩١-٥٩٢، د. كنعان محمد محمود المفرجي، ص ٦٤-٦٥؛ أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ٨١-٨٢.

^{١٤٦} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٦٧.

^{١٤٧} - د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣١١-٣١٢.

وجد في فرنسا نظام قديم هو نظام شهادات الأهلية، لكن هذا الأسلوب قد هُجر بعد أن تبين تأثيره السلبي الخطير على حرية المنافسة، ليتم استبداله بأسلوب ملاحظات الخبرة^{١٤٨}. وقد استقرّ الأسلوب الأخير في تقنين عقود الشراء العام رقم ٢٠٠٦/٩٧٥، حيث نصّت المادة ٥٠/ منه على ضرورة أن تتضمن العروض كافة المعلومات والوثائق المتعلقة بخبرات المرشحين ووسائلهم التقنية، مما يعني وجوب توافر قرينة الجودة في كل عارض يرغب بالتعاقد^{١٤٩}، كذلك المادة ٤٥/ من القانون نفسه أجازت للسلطة المتعاقدة أن تطلب من مقدّمي العطاءات تقديم المعلومات أو الوثائق لتقييم تجربتها المهنية والتقنية والمالية فضلاً عن الوثائق التي تتعلق بالصلاحيات الممنوحة للأشخاص المصرّح لهم بالعمل في المجال المتعاقد عليه^{١٥٠}.

أما في جمهورية مصر العربية، كانت المادة ٤٩/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨ في مُنتهى الوضوح والصراحة، حيث ألزمت كل عارض أن يقدّم ضمن المظروف الذي يحتوي على العرض الفني - في عمليات شراء

^{١٤٨} - مقتضى نظام شهادات الأهلية أن المرشحين يلزمون لأجل قبولهم في غمار المنافسة، إبراز شهادات تثبت أهليتهم الفنية... أما أسلوب ملاحظات الخبرة، يعني أن العارض يلتزم بتقديم الوثائق الضرورية التي تثبت خبراته ومؤهلاته للإدارة، وذلك على شكل شهادات مقّمة منه شخصياً. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهند نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٤٣٥.

^{١٤٩} - د. محمد أديب الحسيني، المرجع أعلاه، ص ٣١٢.

^{١٥٠} - د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ١٥٦؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهند نوح، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٥٨٢-٥٨٣. عرّف التأهيل المسبق في القانون رقم ١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ المتعلّق بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في جمهورية مصر العربية، وذلك في المادة الأولى منه أنه: "إجراء تتخذه الجهة الإدارية، وتعلن عنه للتأكد من توافر القدرات الفنية والإمكانات المالية والإدارية والبشرية وغيرها لدى الموردين أو المقاولين أو مقدّمي الخدمات أو الاستشاريين للقيام بتنفيذ أحد العقود بالكفاءة المطلوبة قبل دعوتهم إلى تقديم العطاءات، وذلك وفقاً لمتطلبات ومعايير التقييم المحددة بمستندات طلب التأهيل المسبق".

المنقولات أو استجارتها، والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية- البيانات والمستندات التي ترى الجهة الإدارية ضرورة توافرها للتحقق من توافر الكفاية الفنية المطلوبة من العارضين، وعلى الأخص: ٣- بيانات وخبرات صاحب العطاء ومن قد يعهد إليهم ببعض بنود العملية من الباطن وفقاً لما تضمنته كراسة الشروط والمواصفات. ٤- المستندات الدالة على سابقة الأعمال لذات موضوع التعاقد^{١٥١}. ٥- بيانات عن أسماء ووظائف وخبرات الكوادر التي سيسند إليها التنفيذ والإشراف على تنفيذ العملية. ٩- بطاقة الاتحاد المصري لمقاولي التشييد والبناء سارية".

ونزولاً عند شرط الكفاءة الفنية، فقد قضت المادة /١١/ من نظام العقود الموحد في سورية رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ في البند /٣/ من الفقرة / أ / أن يكون الراغب بالاشتراك بالمناقصة (العارض) مسجلاً في إحدى الغرف التجارية، أو الزراعية، أو الصناعية، أو السياحية، حسب الحال، بالنسبة للعارضين السوريين ومن في حكمهم. ومن أجل وضوح الهوية الفنية للعارضين بشكل جلي، فقد نصّ البند /٢/ من الفقرة / أ / من المادة نفسها (المطابقة للمادة /١٢/ من المرسوم التشريعي الملغى) على أن يكون العارض مسجلاً في السجل التجاري... بالإضافة لإمكانية اشتراط مؤهلات فنية ومهنية معينة - في دفتر الشروط الخاصة- بالعارضين، كما يمكن في بعض التعهّدات اشتراط التأهيل المسبق^{١٥٢} (الفقرة / د/ من ذات المادة).

^{١٥١} - ولما كانت العقود الإدارية مرتبطة أشد الارتباط بالمصلحة العامة، فإن من واجب الإدارة أن تتأكد مسبقاً من أهلية العارضين الفنية، فيتعيّن على هؤلاء أن يثبتوا قيامهم في عهود قريبة بأعمال مشابهة في نوعها الأعمال المطروحة للتعاقد، حتى لا تتعاقد الإدارة مع بعض المغامرين فتضار المصلحة العامة، انظر: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٢٣٧-٢٣٨.

^{١٥٢} - نظر رأي اللجنة المختصة بالقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة السوري رقم /٣٧/ لعام ٢٠٠٧، مشار إليه لدى: د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ١٥٨.

والجدير بالذكر أنّ المقاولين في سورية يصنّفون ضمن فئات وفقاً لنظام تصنيف المقاولين، والذي حدّد الحدّ الأعلى لقيمة المشروع الذي يمكن أن يتقدّم إليه المقاول حسب اختصاصه، وفئة تصنيفه^{١٥٣}.

ثانياً- الملاءة المالية:

وتعني درجة يسار المتعاقد مع الإدارة، وملاءته من الناحية المالية، فعندما تتعاقد الجهة الإدارية مع الغير، تأخذ في الحسبان الملاءة المالية لمقدّم العطاء الراغب بالتعاقد معها، ولا شك أنّ هذه الصفة المُعتبرة هي خير ضمان لتنفيذ العقد الإداري، وتحقيق الصالح العام، خصوصاً في العقود الإدارية التي يتطلّب تنفيذها إمكانات مالية هائلة، كعقود الامتياز التي تؤدي دوراً مباشراً في خدمة المنفعين من المرفق العام محلّ العقد لسنوات مديدة^{١٥٤}، كذلك الحال بالنسبة إلى غالبية عقود الأشغال العامة، ومن الملاحظ أنّ المكانة المالية المرموقة التي وصل إليها العارض تؤدي إلى ذبوع صيته، وارتفاع اسمه في السوق، ما يشكّل عاملاً جاذباً للتعاقد معه، وقد تثبت قدرة المتعاقد المالية بكفالة مصرفية يقدّمها، ضماناً لقيامه بالتزاماته^{١٥٥}.

^{١٥٣} - انظر: نظام تصنيف المقاولين رقم ١٢٩٦/ تاريخ ٢٧/١٢/٢٠٠٧، المعدّل بقرار وزير الأشغال العامة رقم ٥٢/ تاريخ ٢٠/١٢/٢٠١٥. التصنيف: هو وضع المقاول في فئة ودرجة مناسبة لتنفيذ الأشغال المسموح له بها حسب فئته المصنّف بها، وفق معايير حددتها تعليمات تصنيف المقاولين، وتقسّم أعمال المقاولات لغايات التصنيف إلى عدة مجالات، الطرق والجسور والسكك الحديدية، و الري، والصرف... انظر: د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٦٥؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمّد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٦٨ وما بعدها.

^{١٥٤} - قريب من هذا المعنى: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٢٦ و ص ١٨٩.

^{١٥٥} - د. شاكر أكباشي، مرجع سابق، ص ٢٨٨؛ د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢١٩.

وقد عرّف بعضهم اليسار بأنه: "ما يكون ضد الإعسار القانوني الصادر به حكم؛ لأن حالة المتعاقد المالية تختلف من عقد إلى آخر ومن شخص إلى آخر، تبعاً للالتزامات الناشئة عن كل عقد وتبعاً لما يكون على كل عاقد من ديون"^{١٥٦}.

ولضمان الملاءة المالية لأصحاب العطاءات وجديتهم في تنفيذ التزاماتهم العقدية تجاه الجهة الإدارية المتعاقدة، فرض القانون أن يودع مع كل عطاء تأمين مؤقت تحدد الجهة الإدارية مقداره ضمن شروط الإعلان، بما لا يجاوز نسبة محددة من القيمة التقديرية للعقد المئوي إبرامه، غير أن مخالفة هذا الشرط لا تورث البطلان، إذا اطمأنت الجهة الإدارية إلى ملاءة العارض ومقدرته المالية^{١٥٧}.

والتأمين المؤقت: هو قيمة يُضمّنها العارض عرضه، ويخصصها لمصلحة الجهة الإدارية؛ وذلك ضماناً لجدية العرض، وتأيداً لحسن تنفيذه للالتزامات الناشئة عن تقديمه لهذا العرض، والمستندة على إرادته المنفردة^{١٥٨}. فهو يضمن ملاءة العارض، حيث إنّه دليل على الوفر المالي في خزينته (في حالة التأمين العيني)، أو أن ائتمانه جيد (في حالة الكفالة

^{١٥٦} - أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ٨١.

^{١٥٧} - د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٨٠ وما بعدها؛ د. ناصر غنيم الزيد، مرجع سابق، ص ٤٢٣؛ المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في سورية- لبنان- مصر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص ١٠٥٣ وما بعدها؛ د. عاطف محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٣١ وما بعدها. فعدم تقديم التأمين المؤقت يورث نوعاً من البطلان المقرر لصالح الإدارة، إن أرادت تمسكت به، أو ترفعت عنه استناداً لاطمئنانها إلى ملاءة العارض...، انظر: علي نصر الحسن، الجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٨، ص ٨٢.

^{١٥٨} - د. مهند مختار نوح، إبرام العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٤١.

(الشخصية)، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فهو يضمن نيّة العارض في تنفيذ العقد فيما لو تم التعاقد معه، تحت طائلة مصادرة هذا التأمين لصالح خزينة الإدارة، ورغم أنّ هذا التأمين يضمن ذلك، إلا أنّه لا يضمن التنفيذ الجيد للعقد؛ فهذا الدور يقوم به التأمين النهائي^{١٥٩}.

ومن الجدير بالذكر أنّه في فرنسا قد ألغي نظام التأمينات المؤقتة نهائياً مع صدور المرسوم رقم (٥٩-١٦٧) تاريخ ١٩٥٩/١/٧، الذي أبقى في الوقت ذاته على نظام التأمينات النهائية، رغم أن المؤشرات القانونية تشير إلى اضمحلال واندثار هذا النظام الأخير، ليقوم مقامه نظام اقتطاع الضمان^{١٦٠}، إلا أنّ تقنين عقود الشراء العام النافذ ما زال يحتفظ ببعض آثار نظام التأمينات المؤقتة، فالمادتان ١٠١-١٠٢/ من قانون المشتريات العامة ٢٠٠٦/٩٧٥، حدّدت مضمون اقتطاع الضمان... على ألاّ يتجاوز هذا الاقتطاع ٥% من قيمة العقد في جميع الحالات^{١٦١}.

أما في جمهورية مصر العربية، ينص قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ في المادة ١٦/ منه (المماثلة للمادة ٣٠/ من لائحته التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٦٩٢/ لعام ٢٠١٩)، على وجوب اقتران كل عطاء بتأمين مؤقت تحدد مبلغه السلطة المختصة ضمن شروط الطّرح، "ويجب تقديره دون مبالغة وبما لا يجاوز النسبة المنصوص عليها قرين العمليات الآتية: ١- في عمليات شراء أو استئجار المنقولات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال

^{١٥٩}- د. عبيد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ١٦٣ وما بعدها؛ د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٩٩ وما بعدها؛ وانظر أيضاً: المستشار سمير صادق، مرجع سابق، ص ١٢٣-١٢٤. وانظر المادة ٨٢/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة في مصر رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨.

^{١٦٠}- د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٤٢٦ وما بعدها.

^{١٦١}- د. زياد العرسان، عقد التوريد ودوره في تسيير المرافق العامة، مرجع سابق، ص ١٥٢.

الفنية والدراسات الاستشارية: نسبة (١,٥%) من القيمة التقديرية وبما يتماشى مع طبيعة العملية وحجمها، وفي حالة الطرح في مجموعات متجانسة يحسب التأمين المؤقت لكل مجموعة بذات النسبة. ٢- في عمليات شراء أو استئجار العقارات: نسبة (٠,٥%) من القيمة التقديرية للعملية المطروحة...^{١٦٢}.

وبالنسبة إلى سورية، فقد فرضت المادة ١٣/ من نظام العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ على العارض تقديم التأمينات المؤقتة، وحددت المادة ٤٦/ من القانون المذكور بفقرتها الأولى، قيمة هذه التأمينات بنسبة ٥/ % من القيمة التقديرية للتعهد^{١٦٣}، أو بمبلغ مقطوع عند عدم وجود كشف تقديري، أما التأمينات النهائية فتحدد بنسبة ١٠/ % من قيمة التعهد^{١٦٤}، بالإضافة لاشتراط ألا يكون هذا العارض محجوزاً على أمواله حجزاً احتياطياً أو تنفيذياً لصالح الجهات العامة^{١٦٥}، وذلك بغاية ضمان ملاءته مالياً، حيث إن احتمال التنفيذ على أمواله المحجوزة يعرقل تنفيذ المشروع المراد

^{١٦٢} - ولقد أوضحت المحكمة الإدارية العليا المصرية الحكمة من إيداع التأمين المؤقت، في حكمها الصادر في ٩/ مايو عام ١٩٥٩، بأنه يثبت الملاءة المالية للعارض... مشار إليه لدى: د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ٦٠٦. كانت المادة ١٧/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨ الملغى تنص على اقتران كل عطاء بتأمين مؤقت تحدد مبلغه الجهة الإدارية، وبما لا يتجاوز ٢% من القيمة التقديرية للعملية المزمع إبرامها.

^{١٦٣} - فرضت التأمينات الأولية في المرسوم التشريعي ٢٢٨/ ١٩٦٩ الملغى في المادة ١٤/ منه، وحددت المادة ٥٠/ من المرسوم ذاته قيمة هذه التأمينات بنسبة ٥/ % من القيمة التقديرية للتعهد (وهذا مماثل للحل الذي أخذ به المشرع المصري في القانون ٨٩/ ١٩٨٨ الملغى، مع اختلاف النسبة المئوية).

^{١٦٤} - للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٧٤ وما بعدها.

^{١٦٥} - انظر المادة ١١- أ / من نظام العقود الصادر بالقانون رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤.

التعاقد من أجله، ما يؤدي إلى تعطيل للجهة الإدارية وإرباك هي بغنى عنه^{١٦٦}.

وهكذا نكون قد انتهينا من هذا المبحث الذي درسنا فيه فكرة الاعتبار الشخصي في نطاق العقود الإدارية، وننتقل الآن لمبحث درجة الاعتبار الشخصي في إطار هذه العقود.

^{١٦٦}- د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ١٥٧.

المبحث الثاني

درجة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

تقسم العقود الإدارية في فرنسا في الوقت الحاضر وفقاً للتطورات الحالية إلى نوعين رئيسيين من العقود: النوع الأول هو عقود الشراء العام، أما النوع الثاني من هذه العقود فهو عقود تفويض المرفق العام، ومن الملاحظ أن النوع الأول من العقود الإدارية هو الذي يجب إخضاعه إلى أسلوب معيّن عند الإبرام، بمعنى أنه يجب على الجهة الإدارية عند إبرامها لمثل هذا النوع من العقود أن تسلك إطاراً إجرائياً محدداً سلفاً من قبل المشرّع، في حين أنّ النوع الثاني من العقود يُعطي إلى الإدارة المتعاقدة مجالاً أرحب، وحرية أكبر في التعبير عن إرادتها، عندما تختار إبرام مثل هذا النوع من العقود؛ وسبب هذه الحرية الواسعة يُعزى إلى المتعاقد مع الإدارة في هذا النوع الآخر (عقود التفويض)، إذ يجب على هذا الأخير أن يضطلع بإدارة المرفق العام المفوض إليه وتسييره، مما يوجب معه اتساع مجال الاعتبار الشخصي الذي يجب أن يوصف به انتقاء المتعاقد في هذه الحالة، وبالتالي اتساع السلطة التقديرية - بالضرورة - للإدارة المتعاقدة في هذا النطاق أيضاً^{١٦٧}.

بيد أن هذا لا يعني تمتّع الجهة الإدارية بسلطة تقديرية مطلقة عند إبرامها لهذا النوع الثاني من العقود، فالتطورات التشريعية في فرنسا في أواخر القرن العشرين تنحو نحو تقييد هذه الحرية المُعطاة إلى الإدارة المتعاقدة، عن طريق إيجاد إطار إجرائي خاص ومتكامل لتبادل الإيجاب

^{١٦٧}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣٨-٢٣٩؛ د. مهند نوح، الإيجاب والقبول، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٤٨٠-٤٨١؛ وفي المعنى نفسه: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٩٣ وما بعدها.

والقبول عند إبرام هذا النوع من هذه العقود^{١٦٨}، كما سنرى في موضعه المناسب من هذا البحث.

ومن الجدير بالملاحظة، أنّ إبرام العقود الإدارية يختلف عن إبرام العقود الخاصة (المدينة أو التجارية حسب الحال)، ففي العقود الأولى له ذاتية مختلفة عن هذه الأخيرة، وهذه الذاتية مُستعارة من كون الإدارة طرفاً في العقد، فالتعبير عن إرادتها مختلف كلّ الاختلاف عن التعبير عن إرادة الأشخاص الطبيعيين (الأفراد)، فهذا الأول ذي طابع موضوعي، بينما الثاني له طابع شخصي^{١٦٩}.

وعليه، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ لمحاولة الإحاطة بدرجة الاعتبار الشخصي في هذين النوعين الرئيسيين من العقود، على الشكل الآتي:

المطلب الأول: درجة الاعتبار الشخصي في عقود الشراء العام.

المطلب الثاني: درجة الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام.

^{١٦٨} - انظر حول معايير التفرقة بين هذين النوعين الكبيرين من العقود: د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز، الشركات المختلطة، BOT، تفويض المرفق العام)، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٤٦٩-٤٧٠. د. أوس جمال مخير، مرجع سابق، ص ٩٤ وما بعدها. ويقترح الدكتور مهند نوح معياراً للتفرقة على أساس آثار كلا نوعي العقود، انظر: رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣٦١.

^{١٦٩} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١١؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهند نوح، المرجع أعلاه، ص ١٦١ وما بعدها. ومن الجدير بالذكر أن هناك إجراءات يتعين على الإدارة اتباعها عند إبرام العقد، سواء أكان عقداً إدارياً أم عقداً مدنياً، بمعنى أن هذه الإجراءات لا أثر لها في تكيف العقد...، انظر: د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B. O. T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، الطبعة الأولى، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٨، ص ٧٦.

المطلب الأول

درجة الاعتبار الشخصي في عقود الشراء العام

بدايةً لا بد لنا من بيان معنى هذا المصطلح القانوني، حيث عرّف بعض الفقه الإداري^{١٧٠} عقود الشراء العام بأنها: تلك العقود التي تبرمها الجهة الإدارية مع أحد أشخاص القانون العام أو الخاص، ويكون محلّها الشراء العام؛ أي أنّ موضوعها يكون تأمين مواد وأشغال معيّنة للإدارة لإشباع احتياجات المرفق العام، في مقابل ثمن محدّد متفق عليه مسبقاً، يُدفع للمتعاقد مع الإدارة من قبل هذه الأخيرة من الموازنة العامة للدولة، وتسمّى الإدارة عند قيامها بالشراء - كونها الطرف الآخر في العقد المبرم - شاريّاً عاماً، وقد تتمثّل هذه المشتريات بإشادة أبنية، أو ترميمها، أو إصلاحها، فيُسمّى العقد حينئذٍ عقد أشغال عامة، وقد تكون هذه التقديمات عبارة عن منقولات تُقدّم إلى الإدارة المتعاقدة من جانب المتعاقد معها، فيطلق على هذه العملية العقدية تسمية عقد التوريد، وقد يكون محل العقد أداء خدمة معيّنة للإدارة، فيسمّى حينها عقد خدمة عامة، أو دراسات حسب الحال.

وسنحاول في هذا المطلب دراسة الاعتبار الشخصي في أهم عقود الشراء العام، ألا وهما عقد الأشغال العامة وعقد التوريد، لعدم إمكانية الإحاطة بجميع هذه العقود، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة.

الفرع الثاني: الاعتبار الشخصي في عقد التوريد.

^{١٧٠}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٥-٥٦؛ وانظر أيضاً: د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ٥٧٢ وما بعدها؛ د. أوس جمال مخبير، مرجع سابق، ص ٩٤؛ عمار محمود السالم، مرجع سابق، ص ٢٣.

الفرع الأول

الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة

عقد الأشغال العامة هو عقد المقاولة المعروف في القانون ولكن عندما يتصل هذا الأخير بمرفق عام بالإضافة لاحتوائه على معايير تمييز العقد الإداري، يُسمّى بذلك، وهذا ما استقرّ عليه الفقه والقضاء^{١٧٢}، ويمكن تعريفه بأنه: اتفاق يبرم بين شخص من أشخاص القانون العام (شخص معنوي عام) من ناحية، وأحد أشخاص القانون الخاص أو أشخاص القانون العام من ناحية ثانية، في سبيل القيام بإنشاء عقارات، أو ترميمها، أو صيانتها، أو هدمها، لصالح هذا الشخص العام، وبهدف تحقيق المنفعة العامة، ومقابل الثمن المتفق عليه، طبقاً للشروط الواردة في العقد المبرم^{١٧٣}.

ومن الأصول المسلّم بها أنّ الإدارة لا تستوي مع الأشخاص-طبيعيين أو معنويين- في التعبير عن إرادتها، فهي لا تتمتع بالحرية ذاتها التي يتمتعون بها في إبرام عقودهم، ومن ثمّ فإنها تلتزم في معظم الحالات باتّباع جملة من الإجراءات والأساليب التي سنّها المشرّع لتبادل الإيجاب والقبول في أثناء إبرام عقود الإدارة- سواء أكانت عقوداً مدنية أم إدارية- وصولاً إلى اختيار المتعاقد معها^{١٧٤}، ليكفل لها التعاقد بأحسن الشروط،

^{١٧١}- عرّفت المادة ٦٤٦/ من القانون المدني المصري عقد المقاولة بأنه: "عقد يتعهّد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر".

^{١٧٢}- د. عبد الله طلبة، د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٣٦٩.

^{١٧٣}- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، ٢٠٠٥ م، مرجع سابق، ص ١٢٢؛ د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٦؛ أسامة مازن العوّا، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في التشريع السوري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٨، ص ١٩ وما بعدها.

^{١٧٤}- د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، مرجع سابق، ص ١١٧-

١١٨؛ د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، مرجع سابق، ص ٧٦؛ د. حسين محمد عثمان، مرجع سابق، ص ٦٠١-٦٠٠؛ د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ١٣٨ و ١٦٨. "فالرضائية في نطاق العقد =

وأفضل المواصفات، وبأرخص الأسعار إذا كانت الإدارة مشتريّة، أو ملتزمة بالمقابل، وبأعلى الأسعار إذا كانت بائعة أو مُستحقة للمقابل^{١٧٥}، وهذا التعاقد غالباً ما يتم على شكل سلسلة من العمليات المركبة والمعقدة... حيث تخضع في اختيارها هذا إلى اعتبارين أساسيين يؤديان إلى نتائج متعارضة: فالاعتبار الأول هو تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة... أما الاعتبار الثاني فهو المصلحة الفنية للجهة المتعاقدة... وكما هو ملاحظ أنّ الاعتبار المالي يؤدّي إلى تقييد حرية الإدارة إلى أبعد مدى، بينما الاعتبار الفني ينتهي إلى منحها شيئاً من الحرية في اختيار المتعاقد معها^{١٧٦}.

وهذه الأساليب إما أنّ تكون سلطة الإدارة مقيّدة فيها في معرض اختيار المتعاقد (المناقصة العامة)، وإبرام العقد بالنتيجة، أو أنّ تتمتع في هذا الشأن ببعض عناصر السلطة التقديرية (طلب العروض - تعاقد بالتراضي)، والتي تختلف ضيقاً واتساعاً باختلاف "أسلوب الإبرام المتّبع في التعاقد"^{١٧٧}.

فقد حدّد المشرّع المصري طرق الشراء في المادة السابعة من القانون رقم ١٢٨/ لعام ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها

= الإداري لا يمكن أن تمارس إلا ضمن نطاق معدّ مسبقاً من جانب المشرّع". انظر: د. هاني عبد الرحمن غانم، مرجع سابق، ص ٥١٦.

^{١٧٥} - د. محمد الشافعي أبو راس، العقود الإدارية، ص ٧٤، بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: <http://olc.bu.edu.eg/olc/images/413.pdf>، تاريخ الدخول: ٣/٧/٢٠١٩؛ ٤/ مساءً

^{١٧٦} - د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٣١٧ وص ٢٢٣-٢٢٤؛ د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٠-٩١. ومن الجدير بالذكر أن رقابة القاضي الإداري في حالة السلطة التقديرية، تكون رقابة مشروعية (مثل قواعد الصلاحية والشكل، والارتكاز على أسباب صحيحة، وابتغاء النفع العام، والتقيّد بالهدف الذي توّخاه القانون)، على عكس حالة السلطة المقيّدة، حيث تكون رقابة القاضي رقابة مشروعية وملاءمة (باعتبار أن القانون جعل من عنصر الملاءمة- الظروف والوقائع الواجب توافرها لصحة اتخاذ القرار - شرطاً أساسياً لشرعية العمل الإداري)، انظر: د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ١٩٩٨، ص ٢٦١-٢٦٢.

^{١٧٧} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٣٩.

الجهات العامة، تحت عنوان "القاعدة والاستثناء في طرق التعاقد"، بقولها: "يكون التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة، ويجوز استثناءً وبقرار مسبب من السلطة المختصة بناءً على عرض إدارة التعاقد إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية: أ- الممارسة العامة. ب- الممارسة المحدودة. ج- المناقصة المحدودة. د- المناقصة ذات المرحلتين. هـ- المناقصة المحلية. و- الاتفاق المباشر"^{١٧٨}. مع العلم أن المشرع الفرنسي لم ينظم المناقصة المحلية^{١٧٩}، كذلك المشرع السوري لم يأخذ بهذا النوع من المناقصات.

أما في سورية، نصت المادة ٢/ من قانون العقود الموحد رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤، تحت عنوان "الأحكام النازمة للمشتريات"، على أن: "أ- تعقد النفقات الناجمة عن تأمين احتياجات الجهة العامة بإحدى الطرق التالية: ١- الشراء المباشر. ٢- المناقصة. ٣- طلب العروض. ٤- المسابقة. ٥- العقد بالتراضي. ٦- تنفيذ الأشغال بالأمانة. ب- مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا الباب يعود لأمر الصرف تحديد طريقة تأمين الاحتياجات المطلوبة".

مما تقدم، يتبين لنا أن إبرام عقد الأشغال العامة- باعتباره من عقود الشراء العام- يخضع من حيث الأصل إلى المناقصة العامة في مصر، أما في سورية فهو يخضع إلى إحدى الطرق المبينة في المادة السابقة. وقد أورد الفقه الإداري الكثير من التعريفات لتوضيح معنى المناقصة ومفهومها، ولعلّ أفضل صياغة- من وجهة نظري- سيقت لتعريفها هي

^{١٧٨}- انظر بشأن التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر: المادة ٣/ من نظام العقود الموحد ٥١/ لعام ٢٠٠٤ في سورية. والمادة ٦٢/ من قانون تنظيم التعاقدات العامة التي تبرمها الجهات الإدارية ١٨٢/٢٠١٨. وللمزيد، انظر: د. هاني عبد الرحمن غانم، مرجع سابق، ص ٥٣١ وما بعدها.

^{١٧٩}- د. زياد العرسان، عقد التوريد..، مرجع سابق، ص ١٠٦.

الآتي: إطار إجرائي لتلاقي الإيجاب والقبول في العقد الإداري، وتقوم على مبادئ المنافسة الحرة، والعلانية (وسيلة وضع مبدأ المنافسة الحرة موضع التطبيق الفعلي)، والإرساء التلقائي على أفضل سعر، وتضطلع بعبء إجراءاتها سلطة إدارية مختصة، هي لجنة المناقصة، على أن تبقى نتائج الإرساء الذي توصلت إليه هذه اللجنة موقوفاً على اعتماد أو توقيع السلطة المختصة بإبرام العقد^{١٨٠}.

ومن الجدير بالذكر أن المناقصة ليست نوعاً واحداً، وإنما تقسم إلى عدة أنواع، فهناك المناقصة العامة، والمناقصة المقيّدة، والمناقصة المحلية^{١٨١}.

فالمناقصة المقيّدة، صيغة خاصة من صيغ المناقصة (صورة من صور المناقصات)، تعتمد على الإرساء التلقائي على السعر الأقل، بالمقابل تكون المنافسة فيها مقيّدة، بحيث لا يدخلها إلاّ العارضون الذين اصطفتهم الإدارة؛ نظراً للضمانات الفنية والمالية التي يتمتعون بها، وذلك لأن موضوع العقد، أو قيمته، يحملان أهمية خاصة^{١٨٢}. والمناقصة المقيّدة (المحصورة)

^{١٨٠}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٦٣-٢٦٤؛ د. مهند نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣٦٤-٣٦٥. وانظر أيضاً: د. هاني عبد الرحمن غانم، مرجع سابق، ص ٥١٩-٥٢٠.

^{١٨١}- المناقصة المحلية: هي نمط خاص من المناقصات المقيّدة في مصر، نصّت عليها المادة ٣٧/ من اللائحة التنفيذية للقانون ١٩٩٨/٨٩، والمادة ٥٩/ من القانون الجديد بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢/ لسنة ٢٠١٨. للمزيد، انظر: د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩٦-٩٧؛ د. هاني غانم، المرجع أعلاه، ص ٥٢١.

^{١٨٢}- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ١٤٣ وما بعدها؛ "وهذا يعتمد على تصنيف الشركة ومقرراتها" انظر: د. هاني عبد الرحمن غانم، مرجع سابق، ص ٥٢٤-٥٢٥. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهند نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣٩٦ وما بعدها؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١١٣ وما بعدها.

سميت بذلك؛ لجهة العارضين الذين يحق لهم الاشتراك فيها، وليس لجهة اختيار المتنافسين، إذ تبقى جهة الإدارة حتى الإرساء ملزمة باختيار الأفضل مالياً...^{١٨٣}. مع العلم أن المشرع الفرنسي في قانون المشتريات العامة لم يأخذ بهذا النمط من المناقصات^{١٨٤}.

وفي جمهورية مصر العربية، يلاحظ أن المشرع قد أخذ في التشريعات المتعاقبة التي نظمت المزايدات والمناقصات بمبدأ المناقصة المقيّدة، وأطلق عليها تسمية المناقصة المحدودة^{١٨٥}. وقد استقر هذا المبدأ في قانون تنظيم التعاقدات العامة رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨، إذ نصّ في المادة ٥٧/ منه على الآتي: "يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في أي من الحالات الآتية: ١- العمليات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك فيها على موردين أو مقاولين أو فنيين أو خبراء بذواتهم، سواء في مصر، أو في الخارج. ٢- العمليات التي اتخذت الجهة الإدارية إجراءات تأهيل مسبق في شأنها، وبحيث يتم دعوة من تمّ تأهيلهم للاشتراك فيها. ٣- التعاقدات المرتبطة باعتبارات الأمن القومي. ٤- توفير المستحضرات والأجهزة الطبية والأدوية، وغيرها من المستلزمات المرتبطة بالمحافظة على الحياة والصحة. ٥- إذا كان الوقت أو التكلفة اللازمان للطرح بطريقة المناقصة العامة لا يتناسبان مع قيمة التعاقد. ٦- عزوف مقدمي العطاءات عن

^{١٨٣} - عمار محمود السالم، مرجع سابق، ص ٢٥-٢٦؛ فالمناقصة المحدودة تعدّ تحديثاً للمناقصة العامة، تستطيع الإدارة بموجبها اصطفاء متعاقديها ممن ترى فيهم المقدرة الفنيّة والملاءة الماليّة، انظر: د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٠٥.

^{١٨٤} - والمناقصة كطريقة لإبرام عقود الشراء العام، قد ألغيت في تقنين عقود الشراء العام في فرنسا منذ سنة ٢٠٠١، انظر: د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣١٧.

^{١٨٥} - انظر المادة ٣/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٣٦/ لسنة ١٩٥٤. والمادة ٢/ من القانون رقم ٩/ لسنة ١٩٨٣، والمادة ٣/ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٩٨/ لسنة ١٩٩٨، بخصوص المناقصة المحدودة.

المشاركة في المناقصات العامة التي تم طرحها مرة أو أكثر، وانتهت دراسة الجهة الإدارية إلى مناسبة تغيير الطرح". وهنا توجّه الدعوة إلى شركات محددة بالذات استناداً لقاعدة الاعتبار الشخصي^{١٨٦}. ومثال ذلك إنشاء مطار، أو مفاعل نووي، أو توريد أجهزة علمية متطورة... أو أي مشروعات ضخمة أخرى مما يحتاج تنفيذها إلى إمكانات مادية كبيرة، وخبرات فنية عالية، وتخصصات دقيقة^{١٨٧}.

وقد تبني المشرّع السوري المناقصة المقيدة في القانون /٥١/ لعام ٢٠٠٤، وذلك في المادة /٢٦/ منه، تحت تسمية المناقصة المحصورة، حيث إنّه يحق للوزير المختص عند الإعلان عن المناقصة اعتبارها محصورة بمن تتوافر فيهم شروط وكفاءة مادية وفنية معيّنة، لأسباب تتعلق بطبيعة العمل، أو نوعيته، أو ظروفه، وفي هذه الحالة تقوم لجنة المناقصة بعد تدقيق وثائق العارضين بتحديد أسماء المقبولين، ويكون قرارها في هذا الشأن قطعياً، وتتم إجراءات المناقصة بعد ذلك بالشكل الاعتيادي^{١٨٨}.

إلى جانب المناقصة كطريقة أساسية في إبرام عقود الشراء في مصر، لدينا الممارسة (التفاوض)^{١٨٩} حيث تتمتع الإدارة بموجب هذا

^{١٨٦} - د. فيصل الشديفات، مرجع سابق، ص ١٧٩؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٦٠-١٦١. تنص المادة /٢٠/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ٢٠١٨/١٨٢ في مصر، على أنه: "... في حالة التعاقد عن طريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة أو المزايدة المحلية، فيجب توجيه الدعوة إلى أكبر عدد ممكن من المسجلين المتخصصين أو المؤهلين المشتغلين بالنشاط موضوع الطرح...".

^{١٨٧} - للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد رفعت عبد الوهاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٥٧٧.

^{١٨٨} - وهذه المادة مطابقة للمادة /٢٨/ من المرسوم التشريعي ١٩٦٩/٢٢٨ باستثناء أن هذا النص الملغى كان يعطي الحق باعتبار المناقصة مقيدة للوزير وليس لأمر الصرف.

^{١٨٩} - العقد المفاوض ليس إلا تقنية لإبرام عقود الشراء العام، وبالتالي فإن عقد الشراء العام المبرم بناءً على تفاوض، لا يختلف في شيء عن عقد الشراء العام المبرم بناءً على مناقصة أو على طلب عروض، فهذا الأسلوب يعتمد على المناقشة والتفاوض الحر بين الشاري العام والعارضين الذين من المحتمل أن ينفذوا =

الأسلوب بسلطة تقديرية أوسع في اختيار من ترغب بالتعاقد معه، فالمناقصة لا تتلاءم مع المصلحة الفنية للإدارة المتعاقدة، تلك المصلحة التي تفترض انتقاءً للمتعاقد معها قائماً على أساس فكرة الاعتبار الشخصي، وليس على أساس السعر الأقل، كونه معاوناً ومساهماً مع الإدارة في إدارة المرفق العام وتسييره^{١٩٠}، والممارسة كوسيلة من وسائل التعاقد الإداري تأخذ صورتين، فهي إما أن تكون ممارسة عامة^{١٩١} أو ممارسة محدودة^{١٩٢}، حيث إنه في هذا الأسلوب الأخير تكون طبيعة الأشياء محل التعاقد أو اعتبارات الأمن القومي أو شخص المتعاقد، أو اضطرار الجهة الإدارية المتعاقدة إلى إبرام ملحق عقد هي التي تحكم الأخذ بهذا الأسلوب من عدمه^{١٩٣}. مع العلم أن المشرع الفرنسي أخذ بتقنية الممارسة بنوعيتها - المفتوحة والمحصورة - وذلك في المادة ٦٥/ من قانون المشتريات العامة^{١٩٤}.

= العقد المراد إبرامه، ويطلق على هذا الأسلوب تسمية "الممارسة" في مصر، و"التعاقد بالتراضي" في سورية، للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢١٠ وما بعدها.

^{١٩٠} - للمزيد، انظر: د. مهدي نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٥٣٢ وما بعدها.

^{١٩١} - انظر: المادة ٥٤/ من القانون رقم ١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تجريها الجهات العامة.

^{١٩٢} - حصر نص المادة ٥٥/ من القانون رقم ١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ الحالات التي يحق فيها للإدارة التعاقد بهذا الأسلوب (الممارسة المحدودة)، في الحالات الآتية:

"١- الأصناف التي يتم تصنيعها أو استيرادها أو تقديمها من قبل أشخاص أو كيانات بذاتها، أو الأصناف التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها.

٢- التعاقدات المرتبطة باعتمادات الأمن القومي.

٣- الأصناف أو الأعمال أو الخدمات التي تتطلب أن تكون متوافقة مع ما هو موجود حالياً بسبب عدم وجود بدائل لها وتكون متوافرة لدى أكثر من مصدر".

^{١٩٣} - عزّة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣، ص ٣٤.

^{١٩٤} - د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١١٣.

وفي سورية، بالإضافة للمناقصة بنوعيتها، لدينا تقنية أخرى لإبرام العقد الإداري- قائمة على أساس السلطة التقديرية للإدارة- ألا وهي تقنية طلب العروض^{١٩٥}، والتي تقوم على مبدأي المنافسة والعلانية، وتعطي إلى الإدارة المتعاقدة سلطة استثنائية واسعة؛ لأن الإسناد (الإرساء) فيها يتم على أساس عدة معايير محددة على سبيل المثال لا الحصر، خلافاً للمناقصة التي يخضع فيها الإرساء إلى عامل السعر فقط^{١٩٦}. وكما هو الحال في المناقصة، فقد يكون طلب العروض مفتوحاً أو مقيداً حسب الحال^{١٩٧}. علماً أن هذا الأسلوب أخذ به المشرع الفرنسي وعده أسلوباً أساسياً كالمناقصة تماماً^{١٩٨} منذ عام ١٩٥٦، وقد يكون مفتوحاً أو مقيداً^{١٩٩}. علماً أن المشرع المصري لم

^{١٩٥}- انظر: المادة /٢٧/ من قانون ٢٠٠٤/٥١ (والمماثلة للمادة /٢٩/ من المرسوم التشريعي ١٩٦٩/٢٢٨). وحسب المادة /٢٨/ بفقرتها الأولى من القانون ذاته، يتم طلب العروض إما بواسطة الإعلان، أو بكتب مسجلة إلى الشركات المؤهلة تأهيلاً مسبقاً، أو بكليهما، أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الأخرى توجهها الجهة العامة إلى أكبر عدد من العارضين.

^{١٩٦}- د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٨ وما بعدها؛ د. عبد الله طلبة، د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٣٥٤-٣٥٥. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. هاني غانم، مرجع سابق، ص ٥٢٦-٥٢٧.

^{١٩٧}- وفقاً لنص المادة /٢٨/ من نظام العقود الموحد ٢٠٠٤/٥١، والتي تحيل إلى أحكام الشراء بطريقة المناقصة في كل ما لم به نص بشأن الشراء بأسلوب طلب العروض (وهذه المادة مطابقة للمادة /٣٠/ من المرسوم التشريعي الملغى)، وعليه فإن طلب العروض يكون مفتوحاً من حيث الأصل، كما يمكن أن يكون محصوراً فيمن تتوافر فيهم شروط أو كفاءة مالية وتقنية معينة، وذلك وفقاً لما تتطلبه طبيعة العمل، أو ظروفه، أو نوعيته...

^{١٩٨}- يقوم طلب العروض في فرنسا على مبدأ العلانية، وذلك بمقتضى المادتين /٩٤/ و /٢٩٦/، وعلى مبدأ المنافسة بموجب المادة /٣٨/، انظر: ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود BOT، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣، ص ١٢٧-١٢٨.

^{١٩٩}- عرّف المشرع الفرنسي طلب العروض في قانون المشتريات العامة ٢٠٠٦/٩٧٥، في المادة /٣٣/ منه بأنه: "إجراء يتم بموجبه للسلطة المتعاقدة اختيار الفائز دون تفاوض، وعلى أساس معايير وضعت لجلب انتباه المرشحين". انظر: د. هاني عبد الرحمن غانم، مرجع سابق، ص ٥٢٦. وقد نصت المادة /٥٧/ من القانون المذكور على طلب العروض المفتوح، أما المادة =

يأخذ بتقنية طلب العروض^{٢٠٠}، غير أن طريقة الإسناد في المناقصة يجعل هذه الأخيرة في حقيقتها طلب عروض تحت تسمية المناقصة، فكما هو معلوم أن التسميات لا تغيّر شيئاً من الجوهر.

فالاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة- بتقديري- يختلف باختلاف الأسلوب المتبع في إبرامه، فهو يضعف في المناقصة العامة مقارنةً بالمناقصة المقيّدة، كذلك يضعف في طلب العروض المفتوح بالنسبة إلى طلب العروض المقيّد، بحيث يضعف هذا الاعتبار في المناقصة العامة، أو طلب العروض المفتوح، ليشتهد في المناقصة المقيّدة، أو طلب العروض المقيّد، كذلك الحال في الممارسة أو التعاقد بالتراضي.

ومن الجدير بالملاحظة أنّ مدى إعمال سلطة الإدارة في الرقابة^{٢٠١} - والتي تشمل جميع العقود الإدارية- على التعاقد معها، لا تكون بنفس

= /٦٠/ منه فقد نظمت طلب العروض المقيّد، انظر: د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ١١٠-١٠٩.

^{٢٠٠}- ياسمين ابراهيم، مرجع سابق، ص ١٣٠.

^{٢٠١}- تذهب غالبية الفقه الإداري إلى أن مفهوم الرقابة على تنفيذ العقد يستغرق معنيين مختلفين، معنى ضيق (الإشراف)، والذي ينحصر في تحقق الإدارة من أن التعاقد معها يباشر تنفيذ العقد طبقاً لنصوصه وشروطه، ووفقاً لهذا المعنى فإن حق الرقابة يرادف معنى الإشراف، الذي لا تجهله عقود القانون الخاص، وتمارس الإدارة هذا الحق بوسائل مادية، وذلك عن طريق إيفاد بعض مهندسيها لزيارة مواقع العمل، للتأكد من سير التنفيذ وفقاً للأجل المضروبة، وفحص المواد المستعملة في التنفيذ للتحقق من صلاحيتها كمّاً وكيفاً، ومن أجل الاطمئنان إلى أن كل شيء يسير وفقاً لمقتضيات الصالح العام... (رقابة لاحقة). أما المعنى الثاني للرقابة فهو المعنى الواسع (التوجيه)، والذي يتجاوز المعنى الضيق ويجبّه، حيث يسمح للإدارة أن تتدخل بدرجة تفوق مجرد التحقق من سلامة التنفيذ، فتقوم الإدارة بالتدخل في أوضاع تنفيذ العقد، وتغيير بعض الأوضاع في الحالات غير المنصوص عليها صراحةً في العقد، أو في دفا تر الشروط، كأن تطلب من المتعاقد استعمال طريقة في التنفيذ غير الطريقة التي يستعملها في التنفيذ، وتمارس الإدارة رقابة التوجيه بأعمال قانونية فقط، كإصدار التعليمات باتباع أسلوب محدد في التنفيذ، أو إصدار أوامر مصلحية لتوجيه وتوقيت أعمال التنفيذ (رقابة مسبقة)، انظر: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس=

الدرجة والمستوى في العقود الإدارية كافة، حيث يتفاوت مدى استعمال هذه الرقابة بين عقد إداري وآخر، وذلك وفقاً لمدى اتصال العقد بالمرفق العام، وهو الأساس الذي تقوم عليه سلطات الإدارة، فهي في نطاق عقود الأشغال العامة، لا تقتصر على معناها الضيق (الإشراف)، بل تتسع وتتمدد لتصل إلى الرقابة بمعناها الواسع (التوجيه)؛ أي بمعنى توجيه وإرشاد المتعاقد في تنفيذ العقد والتدخل في أوضاع هذا التنفيذ، لطالما أن الإدارة المتعاقدة تبقى صاحبة المشروع وربّ العمل حيث تسود فكرة أن الإدارة يجب أن تستمر مسؤولة المرفق أو الأشغال^{٢٠٢}.

أما المتعاقد (المقاول) فيقتصر دوره على التعاون مع الإدارة في تنفيذ العقد، ويجب على الأخيرة أن تراقب تنفيذ نصوص العقد بدقة عالية، وهذه السلطة تشمل فيما تشمل مراقبة جودة وكمية الأشغال المنفّذة، أو التي هي قيد التنفيذ، وتتم هذه الرقابة عن طريق مراقبيها الذين يشرفون على المشروع، ويتأكدون من أساليب التنفيذ، والأدوات المستخدمة، بالإضافة إلى توجيه الأوامر الإدارية اللازمة في حال وجود مخالفات، والتي تعدّ قرارات إدارية ملزمة للمتعاقد معها تحت طائلة المساءلة القانونية التي تصل إلى حد الفسخ أحياناً، فممارسة الإدارة لهذه السلطة قد يبلغ ذروته، وأقصى مدى له في نطاق عقود الأشغال العامة، فمهندس الإدارة هو الموجّه والمدير الحقيقي

= العامة، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٣٣؛ د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ١٦٤-١٦٥؛ د. زياد أحمد العرسان، الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٨، ص ٢٢٨ وما بعدها.

٢٠٢- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٣٥-٤٣٦؛ د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع أعلاه، ص ١٧٦؛ د. نائلة نذير نهاوندي، مرجع سابق، ص ١١ و ٣٣ و ٤١ و ٥٨؛ د. إعاد علي محمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨، ص ٣٣٤.

للأشغال وما المقاول إلا منفذ لتوجيهات الإدارة في هذا الصدد^{٢٠٣}. مع العلم أن ممارسة هذه السلطة المسلّم بها - قانوناً وفقهاً وقضاءً - لجهة الإدارة^{٢٠٤}، يجب أن تمارس ضمن حدود وضوابط معيّنة.

بالإضافة إلى ما تقدم، نجد أنّ سلطة الإدارة بالتعديل الانفرادي للعقد الإداري، والتي أصبحت من المسلّمات في الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري والسوري^{٢٠٥}، لا تتم ولا تطبّق بالدرجة والشدة نفسها في جميع أنواع العقود الإداريّة ونماذجها؛ لأن هذه النماذج المتنوّعة ليس لها الدرجة ذاتها من حيث الاتصال بالمرفق العام (فالأساس القانوني لسلطة الإدارة بالتعديل الانفرادي، هو الذي يؤدي بنا إلى هذه النتيجة^{٢٠٦})، ففي عقد الأشغال العامة تبرز هذه السلطة؛ لكون الجهة الإدارية المتعاقدة هي ربّ العمل وتحرص بشكل مستمر ودائم على حسن التنظيم الفني للأشغال، ومراحل سيرها، نظراً لاتصال هذا العقد المذكور اتصالاً مباشراً بالمرفق العام^{٢٠٧}. حيث يحق لجهة الإدارة بإرادتها المنفردة أن تعدّل عقد الأشغال العامة بالحذف أو الإضافة لكل بند في حدود نسب معيّنة... سواء في مصر

^{٢٠٣} - د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٦٠ وما بعدها؛ د. أحمد عثمان عياد، مرجع سابق، ص ٣٢٦ و ص ٣٢٤ و ص ٣٣٠؛ د. عبيسي الحسن، مرجع سابق، ص ٢٨٧ وما بعدها؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ٦٠-٦١.

^{٢٠٤} - د. محمّد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٢٦.
^{٢٠٥} - إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبّسر للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٧، ص ٨٧ وما بعدها.

^{٢٠٦} - د. محمّد يوسف الحسين، د. مهند نوح، المرجع أعلاه، ص ٢٣٥ وما بعدها؛ د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ١٠٠ وما قبلها.

^{٢٠٧} - د. سليمان الطماوي، الأسس، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٧١ و ص ٦٧. يقول الفقيه المذكور: "ولمّا كانت سلطة التعديل تستند أساساً إلى صلة العقد بالمرفق العام وتظهر سلطة التعديل كلما زاد اتصال الشرط بالمرفق العام، والعكس". انظر: نفس المرجع، ص ٤٧١ و ص ٦٧.

أو في سورية^{٢٠٨}، فحق التعديل الانفرادي يجب أن يتم في إطار العقد بحيث لا يخالف جوهره... والراجح أن يقتصر التعديل على شروط العقد اللائحية (التنظيمية) المتصلة بتنظيم المرفق العام، وتسيير الأشغال داخله^{٢٠٩}، وتلك نتيجة أخرى لعلاقة العقد الإداري بالمرفق العام، فلا تملك الإدارة المتعاقدة سلطة تعديل شروط العقد المنبئة الصلة بالمرفق العام؛ أي لا يمكن لسلطة التعديل الانفرادي أن تطال الشروط التعاقدية المتصلة بالمزايا المالية التي يحصل عليها المتعاقد مع الإدارة مقابل وفائه بالتزاماته العقدية... مستهدفةً بذلك تحقيق المصلحة العامة من دون إساءة (انحراف) لاستعمال السلطة^{٢١٠}، فمن المسلم به أن التعديل في عقد الأشغال العامة لا يمكن - بحال من الأحوال - أن يتناول الثمن^{٢١١}.

بناءً على ما تقدم، يمكننا القول: إن سلطة الإدارة المتعاقدة في الرقابة على المقاول، والتعديل الانفرادي لعقد الأشغال العامة، تتناسبان طرداً مع اتصال العقد بالمرفق العام، وهذا إن دلّ على شيء - بتقديري - فهو يدل على الصلة الشديدة لهذا العقد المذكور بالمرفق العام، حيث إن مدى استعمال هذه

^{٢٠٨} - انظر: المادة /٦٢/ من نظام العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤. والمادة /٧٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزيادات المصري رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨ الملغى. وانظر: المادة /٤٦/ من قانون تنظيم تعاقبات الجهات العامة الجديد رقم /١٨٢/ لسنة ٢٠١٨، والمادة ٩٦ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور الصادرة بقرار وزير المالية رقم /٦٢٩/ لسنة ٢٠١٩.

^{٢٠٩} - مي هشام الحاج، العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ومدى قابليتها للتحكيم (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠، ص ١٠٢؛ د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ٦٢ وما بعدها.

^{٢١٠} - د. عبد العزيز خليفة، المرجع أعلاه، ص ٦٤-٦٥؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. عبيد الحسن، مرجع سابق، ص ٣٠٢ وما بعدها؛ أسامة العوّا، مرجع سابق، ص ٢٠٦-٢٠٧.

^{٢١١} - د. سليمان الطماوي، الأسس، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٦٧؛ د. بديع مستو، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة جامعة البعث، المجلد /٣٨/، العدد /١٩/، ٢٠١٦، ص ٨١-٨٢.

السلطات الممنوحة للإدارة، يشتد كلما اشتدّ اتصال العقد بالمرفق العام لتبلغ أوجها في هذا العقد. ما يؤدي بدوره إلى ارتفاع درجة الاعتبار الشخصي في مجال عقد الأشغال العامة.

الفرع الثاني

الاعتبار الشخصي في عقود التوريد

عقد التوريد هو "من عقود الإدارة الشائعة"^{٢١٢}، ويعدّ من أهم العقود التي تبرمها الإدارة العامة في سبيل تسيير مرافقها العامة^{٢١٣}، ويمكن تعريفه^{٢١٤} بأنه: اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام، وبين فرد أو شركة- سواء من القطاع العام أو الخاص- يتعهّد بموجبه هذا الفرد أو تلك الشركة بتوريد (نقل ملكية) منقولات معيّنة للشخص المعنوي لازمة لتسيير مرفق عام معيّن لقاء ثمن متفق عليه مقدماً^{٢١٥}. وبالتالي فإن شراء الإدارة للعقارات لا يعدّ من قبيل عقود التوريد، حيث تنتقل ملكية المنقولات المزمع توريدها إلى الإدارة بمجرد ذلك^{٢١٦}.

^{٢١٢}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٠.

^{٢١٣}- خالد سليمان العنزي، عقد التوريد الإداري (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢، ص ٤٩.

^{٢١٤}- عرف المشرّع الفرنسي عقود التوريد الإدارية في الفقرة (٢/٣) من المادة الأولى من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٢٠٠٦/٩٧٥ الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٨/١ أنها: تلك العقود التي تبرم مع الموردين بحيث يكون محل تلك العقود شراء أو تأجير تمويلي أو إيجار أو إيجار بيعي للمنتجات أو المعدات (الأدوات). انظر: خالد سليمان العنزي، المرجع أعلاه، ص ٢٢.

^{٢١٥}- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود...، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ١٣١؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: المحامي الدكتور برهان زريق، عقد التوريد الإداري، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، دمشق، ٢٠١٧، ص ١٣ وما بعدها.

^{٢١٦}- د. مهند مختار نوح، أنواع العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٢٦. وبذلك يختلف عقد التوريد عن الاستيلاء؛ لأن المورد يسلم المنقولات المتعاقد من أجلها برضاؤه التام، بينما الاستيلاء يتم بموجب قرار إداري يتضمّن أن يسلم المستولى عليه المنقولات المطلوبة قهراً. انظر: د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٠-٧١.

وتتخصر أساليب إبرام عقد التوريد في الأنظمة القانونية محلّ المقارنة، في نوعين: إمّا أساليب أصلية (أساسية)، تأخذ شكل المناقصة العامة، وإمّا أساليب احتياطية (استثنائية)، تأخذ صورة المناقصة المقيدة، أو الممارسة العامة، أو الممارسة المحدودة، أو الاتفاق المباشر^{٢١٧}.

فالمناقصة بنمطها الكلاسيكي - الخاضعة لمبدأ الإرساء الآلي على السعر الأقل بصرف النظر عن الطبيعة التقنيّة - قد اندثرت اليوم في فرنسا، وانبثق مكانها تقنية استدراج العروض... كما ظهر أسلوب المزايدة الإلكترونية كأسلوب أصيل من أساليب إبرام عقد التوريد^{٢١٨}.

مما سبق بيانه، نستطيع القول: إن ما سبق قوله في الفرع السابق بخصوص إبرام عقد الأشغال العامة ينطبق على عقد التوريد، كونه من عقود الشراء العام التي نصّت عليها تلك المواد المذكورة. فقد يبرم عن طريق مناقصة عامة أو مقيدة، أو طلب عروض مقيد أو مفتوح... ما يستتبع معه اختلاف الاعتبار الشخصي في هذا العقد باختلاف الطريقة المتبعة في إبرامه.

وتقسم عقود التوريد في فرنسا - "منذ عام ١٩٥٨"^{٢١٩} - إلى طائفتين من العقود، الأولى عقود التوريد العادية، والثانية عقود التوريد الصناعية. أولاً - الاعتبار الشخصي في عقود التوريد العادية:

هي العقود التي يُتفق بمقتضاها على تسليم منقولات ضرورية لتسيير مرفق عام، وقد تمّ الاتفاق على مواصفاتها بشكل مسبق، ولا تتطلب صناعةً

^{٢١٧} - د. هاني عبد الرحمن غانم، مرجع سابق، ص ٥١٦-٥١٧؛ د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٨٩.

^{٢١٨} - د. زياد العرسان، المرجع أعلاه، ص ٩٣. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. هاني عبد الرحمن غانم، المرجع أعلاه، ص ٥١٩ وما بعدها و ص ٥٣٥ وما بعدها.

^{٢١٩} - د. نائلة نذير نهاوندي، مرجع سابق، ص ٥٥.

أو عملاً من جانب المورد، والغالب الأعم أن تكون موجودة مسبقاً لدى هذا الأخير، ولم تُصنَّ خصيصاً للإدارة المتعاقدة، حيث يكون المتعاقد حُرّاً في اختيار المصدر الذي يحصل منه عليها، كلّ هذا ما لم يتفق على خلافه في العقد^{٢٢٠}، ومثال ذلك: توريد اللحوم إلى المطاعم. وهناك نوعان من عقود التوريد العادية: عقود توريد صرفة، وعقود توريد مختلطة^{٢٢١}.

ففي إطار هذه العقود، يتمتع المتعاقد مع الإدارة (المورد) بحرية واسعة النطاق في اختيار طريقة تنفيذ العقد، فالجهة المتعاقدة لا تملك سوى التحقق من المطابقة بين المنقولات الموردّة، ودفاتر الشروط، والعقد المبرم، فالتوريد في هذا العقد يكون إما دفعة واحدة أو على دفعات حسب الاتفاق، ويمكن للإدارة أن تشترط على المورد تقديم شهادة بلد المنشأ، أو المصنع، للتأكد من جودة المواد الموردّة ونوعيتها^{٢٢٢}.

فالأصل في هذا النوع من عقود التوريد أن يستقل المورد في اختيار طرق التنفيذ وتحديداتها^{٢٢٣}؛ نظراً "لضعف الصلة بين تنفيذ الالتزام وبين سير المرفق العام"^{٢٢٤}، بمعنى أن درجات الرقابة تتفاوت وفقاً لدرجة اتصال العقد بالمرفق، حيث تقتصر الرقابة في هذا العقد على مجرد التأكد من مطابقة المواد والأصناف الموردّة للمواصفات، والعينات المنققة عليها، ومن ثمّ

^{٢٢٠}- د. سليمان محمّد الطماوي، الأسس العامة...، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ١٣٥.

^{٢٢١}- هي العقود التي تتطوي على مزيج بين عقدي التوريد ومقاوله الأعمال، حيث يشتمل عقد التوريد على عناصر عقد آخر (اتفاق مركّب)، فيلتزم المورد بتوريد الأصناف المنققة عليها ومن ثمّ تركيبها في الأماكن المخصصة لذلك... انظر: خالد العزي، مرجع سابق، ص ٢٥-٢٦.

^{٢٢٢}- المرجع نفسه، ص ٢٤ وما بعدها؛ د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢١ وص ٢١٩؛ المستشار أمير يوسف، مرجع سابق، ص ١٨٦.

^{٢٢٣}- د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ١٨٦؛ د. نائلة نهاوندي، مرجع سابق، ص ٥٥.

^{٢٢٤}- د. سليمان محمّد الطماوي، الأسس العامة، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٣٦.

استلامها بشكل نهائي، فرقابة الإدارة رقابة لاحقة مستمدة من حقها في التأكد من تنفيذ المورد لالتزامه وفقاً للمواصفات، كل هذا ما لم يُنصّ على خلافه. وبعبارة أخرى، إذا خلا عقد التوريد أو دفاتر الشروط الملحقة به من نص يجيز للإدارة سلطة الرقابة على تنفيذه، فإن هذه السلطة لا تقوم خلافاً لعقد الأشغال العامة، فالرقابة في عقود التوريد العادية منبثقة عن نصوص العقد ذاته؛ أي أنها ذات مصدر تعاقدية، حيث إنّ الرقابة هنا تأخذ معنى الإشراف، وتبقى في نطاقه وحدوده، من دون أن تصل إلى درجة التوجيه^{٢٢٥}.

ومن الجدير بالذكر، أن مدى استعمال الإدارة المتعاقدة لسلطتها في الرقابة على المتعاقد معها يختلف باختلاف درجة اتصال العقد بالمرفق العام، بمعنى أنّ هذه السلطة تشتد ويتسع نطاقها كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق^{٢٢٦}. وصلة عقود التوريد بالمرافق العامة تتمثل في الإسهام في تسيير هذا المرفق، بحيث تتصل هذه العقود اتصالاً غير مباشر، وتشكّل أداءً بسيطاً مخصصاً لإشباع حاجات عامة^{٢٢٧}.

أما فيما يتعلق بسلطة الإدارة في تعديل عقد التوريد، فقد كان من المتعارف عليه حتى عهد قريب أن سلطة التعديل في مجال عقود التوريد إنما تمارس في أضيق الحدود؛ لأن سلطة التعديل تستند أساساً - كما قلنا سابقاً - إلى صلة العقد بالمرفق العام، وبما أن صلة عقود التوريد العادية بالمرافق ضعيفة وغير واضحة، فقد نازع بعض الفقهاء في حق الإدارة

^{٢٢٥} - انظر على سبيل المثال لا الحصر: د. محمد سعيد أمين، المرجع أعلاه، ص ١٨٦-١٨٧؛ د. نائلة نهاوندي، مرجع أعلاه، ص ٣٤ و ٥٥ وما بعدها؛ د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢١١-٢١٢ و ٢١٥؛ مي هشام الحاج، مرجع سابق، ص ٩٦.

^{٢٢٦} - د. زياد العرسان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٣٦ وما بعدها؛ د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، المرجع أعلاه، ص ٢١٠.

^{٢٢٧} - د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ١٠٠.

بتعديل كمية المواد المتفق على توريدها بالزيادة أو النقص، لكن مجلس الدولة الفرنسي اعترف صراحةً بحق الإدارة في التعديل الانفرادي^{٢٢٨}.
فلسطة الإدارة في التعديل مجال معين لا يجوز أن تتخطاه، وقد قرّر القضاء الإداري بعض الضوابط والقيود على سلطتها هذه، كما نصّت دفاتر الشروط على حدود معينة لا يُسمح بتجاوزها، وإلا ترتّب على ذلك حق المورد في طلب التعويض أو فسخ العقد حسب الحال^{٢٢٩}.

مما تقدم بيانه، يلاحظ انخفاض درجة استعمال سلطات الجهة الإدارية (سلطة الرقابة والتعديل الانفرادي) في مواجهة المورد لتصل إلى أدنى مستوياتها؛ نظراً للاتصال الضعيف وغير الواضح لعقود التوريد العادية بالمرافق العامة، مما يمكن معه القول: إن درجة الاعتبار الشخصي في نطاق هذه العقود تنخفض إلى أدنى درجاتها.

^{٢٢٨}- د. بديع مستو، مرجع سابق، ص ٨٢-٨٣؛ خالد سليمان العنزي، مرجع سابق، ص ١٣٢؛ ولهذا وقف الفقيه الفرنسي De Laubadère موقفاً وسطاً في هذا الصدد، فسلم بحق الإدارة في تعديل شروط عقد التوريد، لكنه يرى أن سلطة التعديل مقيدة ومنوطة بقيام ظروف ملحة تستدعي ذلك، مثال ذلك: إلغاء المرفق، أو إعادة تنظيمه بشكل يجعل ظروفه الجديدة لا تتفق مع شروط عقد التوريد. انظر: د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ٢٠٠٥ م، مرجع سابق، ص ٤٧١-٤٧٢؛ ومن أهم النصوص التشريعية الفرنسية التي قررت حق التعديل، المادة ٢٨/ من المرسوم الصادر في ١١/ مايو سنة ١٩٥٣ والتي نصّت على أنه: إذا ما حدث أثناء التنفيذ أن حجم الأشغال أو التوريد قد عدّل بأمر مصلحي، وبصورة تتحدّى الحدود المذكورة في العقد... والمادة ٢٠/ من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٧٥ لسنة ٢٠٠٦، التي تنصّ على أنه: في حالة ظهور صعوبات تقنية غير متوقعة، وغير ناتجة عن فعل أطراف العقد أو بسببهم، ففي هذه الحالة يلزم وضع ملحق أو قرار متابعة للعقد، وذلك من دون النظر إلى القيمة المالية للتعديل الناتج عن هذه التغييرات... انظر: خالد العنزي، المرجع أعلاه، ص ١٣٢.

^{٢٢٩}- د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢١٦-٢١٧؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. بديع مستو، مرجع سابق، ص ٨٤ وما بعدها؛ وانظر: المادة ٧٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨.

ثانياً- الاعتبار الشخصي في عقود التوريد الصناعية:^{٢٣٠}

هي العقود التي تَطْلُب بموجبها الإدارة من المتعاقد معها تصنيع منقولات خصيصاً لاستعمالها، ومن ثمَّ يقوم المورد بتسليمها إليها، بمعنى أن يلتزم هذا الأخير بتوريد مواد أو منتجات بعد إنتاجها وفقاً لمواصفات ومقاييس موضوعة من جانب الإدارة مسبقاً، ومتفق عليها معه، فتمتاز هذه العقود أنها ذات طبيعة معقّدة، وخصائص تصنيعية عالية، حيث يظهر فيها عنصر التصنيع طاغياً على عنصري التملك والتسليم، اللذين تقتصر عليهما عقود التوريد العادية، وهذا النمط من التوريدات يطلق عليه تسمية عقود التوريد الصناعية^{٢٣١}.

وعندما تحتاج الإدارة إلى أجهزة حديثة ومعقّدة تقنياً، كالمطائرات الحربية، والصواريخ، وأجهزة الأقمار الصناعية... يكون تصنيع هذه المعدات تحت الرقابة الدائمة والمستمرة للجهة المتعاقدة، حيث تصل هذه الرقابة إلى درجة الإشراف على النواحي الإدارية والمالية للمورد، بالإضافة إلى رقابة الجودة على المنتج خلال عمليات التصنيع^{٢٣٢}.

وتمارس الإدارة سلطة الرقابة في عقود التوريد الصناعية على نحو صارم ومتين؛ نظراً لاختلاف أهمية هذه العقود من جهة، ومدى تدخّل المورد في عملية التصنيع والإنتاج من جهة أخرى، حيث تعدّ هذه السلطة

^{٢٣٠} - عرّف بعض الفقه عقد التوريد الصناعي بأنه: العقد الذي يتضمن التصنيع والتوريد، ما يوجب الرقابة الدائمة من جانب الإدارة على التصنيع نفسه؛ بسبب التقنية الخاصة لمحل المواد الموردة المتفق عليها، انظر: خالد العنزي، مرجع سابق، ص ٢٧؛ م. أمير يوسف، مرجع سابق، ص ١٣٩-١٤٠. كما عرّفت الفقرة الثانية من المادة ١١٢/ من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٢٠٠٦/٩٧٥ العقد الصناعي بأنه: "عقد توريد معذات أو نماذج صمّمت وصنعت خصيصاً لتلبية احتياجات السلطة المتعاقدة". نقلاً عن: خالد العنزي، المرجع أعلاه، ص ٢٦.

^{٢٣١} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

^{٢٣٢} - د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢٣.

جوهر هذه العقود، فعقود التوريد الصناعية توجب الرقابة المستمرة والدائمة على عمليات التصنيع ذاتها؛ وذلك بسبب تقنياتها الخاصة، خصوصاً إذا كان متعلقاً بالجهود العسكرية الحربية، وتمتد سلطة الرقابة على المورد في هذه العقود لتشمل الرقابة الفنية والمالية والإدارية^{٢٣٣}. وهذا ما حرصت دفاتر الشروط العامة على النص عليه، سواء في فرنسا^{٢٣٤} أو سورية^{٢٣٥}. كما يحق للإدارة تكليف شركات مراقبة ذات سمعة طيبة لفحص البضاعة في مرفأ المصدر، واستبعاد الشركات التي لا تتمتع بسمعة حسنة قبل فض عروضها، وإذا كانت أجور المراقبة على عاتق البائع تحدد شركة مراقبة ذات سمعة جيّدة مهما بلغت أسعارها...^{٢٣٦}.

^{٢٣٣}- د. مهند نوح، أنواع العقود الإدارية، مرجع سابق، ٣٢٦-٣٢٧؛ د. زياد العرسان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٤٤؛ م. أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص ١٣٨ وص ١٨٣ وما بعدها. وتجب الإشارة إلى أن الرقابة الفنية تتمثل في مراقبة عمليات تصنيع المواد محل التعاقد، ويتضمن ذلك التحقق من سلامة المواد المستخدمة في التصنيع، ومطابقتها للمواصفات التقنية المتعارف عليها. كما تتمثل الرقابة المالية على عقود التوريد الصناعية في الرقابة المحاسبية التي تمارسها الإدارة على المورد، بغاية التأكد من سلامة اقتصاديات مشروعه، ويتم ذلك بواسطة مندوبي الإدارة، حيث يلتزم المورد بإبراز جميع المستندات الضرورية لأداء عملهم. أما الرقابة الإدارية، فتعني الإشراف على المورد وهو بصدد استخدامه لعمال أو موظفين في معاملته، ومراقبة سير العمل وفقاً للخطط السابق الاتفاق عليها بين الإدارة والمورد، انظر: د. محمد يوسف =الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧٣-٧٤ وص ٢٢٩-٢٣٠؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ١٨٨ وما بعدها.

^{٢٣٤}- انظر: المادة /١٦/ من كراسة الشروط العامة المتعلقة بالتوريدات الحربية، والمادة /٤٨/ من كراسة الشروط العامة السارية على عقود التوريد للقوات البحرية، لدى: د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢١٢.

^{٢٣٥}- انظر: المادة /١٠/ من المرسوم رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤.

^{٢٣٦}- انظر: بلاغ رئاسة مجلس الوزراء في سورية، رقم /١٧٣/ ب- ٣٠٥٧ تاريخ ١٢/٩/١٩٧١، رئاسة مجلس الوزراء.

ويمكن القول: إنه في نطاق عقود التوريد الصناعية، أصبح وجود الإدارة المتعاقدة في المواقع التي تصنع فيها المواد كوجودها في مشروع الأشغال العامة، حيث تعيش وسط مصانع المورد، تراقب عمليات التصنيع ووسائله من النواحي كافة (الفنية والإدارية والمالية) - كما أشرنا سابقاً - حتى أطلق على تواجد مندوبي الإدارة والتعايش تحت سقف واحد مع المورد "بالضيغف الثقيل"^{٢٣٧}.

وخلافاً لما سبق بيانه في عقود التوريد العادية، تعدّ عقود التوريد الصناعية المجال الرحب والخصب الذي تمارس فيه الإدارة سلطتها في التعديل بإرادتها المنفردة، خصوصاً عقود توريد المعدات العسكرية، والطائرات، وعقود بناء وتجهيز السفن...^{٢٣٨} لذلك يكون لجهة الإدارة حق تعديل طرق التنفيذ ووسائله بإرادتها المنفردة، فلها أن تفرض على المورد استخدام أجهزة أكثر تطوراً من الأجهزة المستعملة من قبله؛ حتى يتلاءم العقد مع المصلحة العامة... بالإضافة إلى العقود المركبة والتي ينطبق عليها (على مقولة الإصلاح) الأحكام الخاصة بها، ومنها حق الإدارة في تعديل أوضاع التنفيذ^{٢٣٩}.

بناءً على ما تقدم، وكنتيجة لاتساع سلطات الإدارة في مواجهة المورد، يمكننا القول بارتفاع درجة الاعتبار الشخصي في نطاق عقود التوريد الصناعية، لصلتها الشديدة بالمرافق العامة، كما هو الحال في عقود الأشغال العامة.

^{٢٣٧} - د. محمد يوسف الحسين، تنفيذ العقود الإدارية، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، الموسوعة

القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ٢٠١٠، ص ٣٥٤.

^{٢٣٨} - د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢١٣ و ص ٢١٩.

^{٢٣٩} - د. زياد العرسان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٩٨-٢٩٩؛ المستشار أمير فرج

يوسف، مرجع سابق، ص ١٨٩.

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة الاعتبار الشخصي في نطاق عقود
الشراء العام، وننتقل بعد ذلك لدراسة الاعتبار الشخصي في مجال عقود
تفويض المرفق العام في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

درجة الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام

تمهيد وتقسيم:

نتيجة سعي الإدارة العامة الحثيث والدائم لتأمين احتياجات مرافقها العامة، وضمان سيرها بانتظام واستمرار، نشأت طائفة من العقود الإدارية في أواخر القرن العشرين أطلق عليها تسمية موحدة، ألا وهي عقود تفويض المرفق العام، وهذه الأخيرة تنسب إلى عائلة عقود إدارة المرافق العامة التي يُعهد بموجبها إلى أحد أشخاص القانون الخاص أو القانون العام الاضطلاع بإدارة مرفق عام واستثماره، وفي مقابل ذلك يُسمح للمتعاقد مع الإدارة القيام بجباية رسوم (إتاوات) وتحصيلها من المنتفعين بالمرفق العام محل عقد التفويض، بحيث تستغرق هذه الرسوم المُجباة تكلفة إدارة المرفق المفوض وتسييره، مع هامش من الربح يُحققه المتعاقد، وبالتالي فإن هذا المصطلح يشمل - فيما يشمل - جميع أساليب إدارة المرافق العامة على أساس تعاقدية، مثل: عقود الالتزام، والامتياز، ومشاطرة الاستغلال، والتزام الأشغال العامة^{٢٤٠}.

وقد انبرى العديد من الفقهاء الفرنسيين لتعريف تقنية تفويض المرافق العامة، حيث عرّف الأستاذ "G. Drou" التفويض في إدارة المرفق العام واستثماره بأنه: "العقد المبرم بين شخص عام وشخص خاص، ويقوم على

^{٢٤٠} - انظر في هذا المعنى على سبيل المثال لا الحصر:

د. مهند نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣٥٧ وص ٦٠٧ وص ١٤٦ وما بعدها؛ د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ١٥١ وما بعدها؛ د. إبراهيم الحسن، مرجع سابق، ص ٥٣١ - ٥٣٢؛ د. أوس مخير، مرجع سابق، ص ٤٩ وما بعدها.

الاعتبار الشخصي بغية تنفيذ مرفق عام، ويأخذ أشكال عدّة (هي من صنع الاجتهاد): الامتياز أو الالتزام أو الإدارة غير المباشرة، إدارة المرفق العام^{٢٤١}.

فإذا كان الأصل في نطاق عقود الشراء العام أنّ القانون يحدد إطاراً إجرائياً مسبقاً لتبادل الإيجاب والقبول... نظراً إلى طبيعة هذا النوع من العقود الإدارية... فإن النوع الآخر من هذه العقود، ألا وهو عقود تفويض المرفق العام كانت متنافية باستمرار - بحكم موضوعها وذاتيتها - مع استخدام أساليب الإبرام المطبقة على النوع الأول من العقود، حيث تُعطى الإدارة المتعاقدة حرية أوسع، وسلطة تقديرية أكبر في التعبير عن إرادتها عند إبرامها لمثل هذه العقود، واختيار المتعاقد معها... نظراً للثقة المطلوبة - والمتبادلة - في المتعاقد مع الإدارة... فاختيار هذا الأخير يستند على فكرة الاعتبار الشخصي، حيث كانت عقود تفويض المرافق العامة تخضع بشكل كلي إلى هذه الفكرة، وتلك الحرية ترتبط بمسؤولية الإدارة العامة في تنظيم مرافقها العامة، خلافاً لما هو عليه الحال في النوع الأول، ما تولّد عنه أنّ هذا النوع من العقود بقي تاريخياً خاضعاً في إبرامه إلى أسلوب التفاوض (الممارسة)^{٢٤٢}.

^{٢٤١} - د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٥٨؛ د. منيرة عوض، مرجع سابق، ص ١٦؛ د. أوس مخير، مرجع سابق، ص ٦٢.

^{٢٤٢} - د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٩٣ و ص ١١٣ وما بعدها؛ د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٥٧٤؛ د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص ٤٨٣ و ص ٤٣٧؛ د. فيصل الشديفات، مرجع سابق، ص ٧٠ و ص ٦٣ و ص ٦٨؛ وفي المعنى ذاته: د. ابراهيم الحسن، مرجع سابق، ص ٥٣٣-٥٣٤. نظراً للثقة المطلوبة في المتعاقد مع الإدارة... إضافةً إلى التعقيدات التي ترافق تقنية التفويض، ودون أن تخضع لرقابة القضاء إلا عند وجود خطأ ساطع في التقدير... للمزيد من التفاصيل، انظر: د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، إبرام=

وقد تبلورت فكرة الاعتبار الشخصي من خلال امتلاك الإدارة لسلطة تقديرية واسعة في اختيار المفوض إليه من جهة، وعدم التزامها بتأمين منافسة مسبقة بين العارضين - إلا في الحالات التي تضع فيها الإدارة العامة قواعد تقيد فيها نفسها - من جهة ثانية. وهذا ما أبدعه مجلس الدولة الفرنسي من جملة ما أبدع من مفاهيم - وظل مُخلصاً له على الدوام - وما استقرّ عليه قضاؤه مؤيداً بالفقه منذ عهد بعيد... . وما أخذ به الفقه والقضاء المصري^{٢٤٣}.

ومن الجدير بالذكر أنه صدر رأي عن مجلس الدولة الفرنسي في ٧/ أبريل سنة ١٩٨٧، يقضي بتطبيق فكرة الاعتبار الشخصي على جميع العقود التي يُعهد بموجبها بإدارة مرفق عام إلى متعاقد (مفوض إليه)^{٢٤٤}.

لكنّ العقد الأخير من القرن العشرين شهد ظهور اتجاهات فقهية تُنادي بضرورة تحقيق التوافق بين المفهوم الكلاسيكي السائد في نطاق إبرام عقود تفويض المرفق العام، والقائم على أساس فكرة الاعتبار الشخصي، مع مُتطلبات الإدارة الحديثة^{٢٤٥}... ليتمخض عنها - بالنتيجة - ولادة القانون رقم (١٢٢/٩٣) تاريخ ١٩٩٣/١/٩، بشأن الوقاية من الفساد، وتكريس الشفافية ووضوح الحياة الاقتصادية والإدارية، والإجراءات العامة، والذي أطلق عليه تسمية قانون "Loi Sapin"، فأصبح تبادل الإيجاب والقبول في نطاق عقود

=عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة الفقه والقانون، العدد الخامس والخمسون، جامعة الشارقة - الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧، ص ٥٤-٥٥؛ د. وليد حيد جابر، مرجع سابق، ص ١٤٧-١٤٨ و ص ٢٦١.

^{٢٤٣} - د. مهند مختار نوح، المرجع أعلاه، ص ٦٠٧-٦٠٨؛ د. أوس جمال مخبير، مرجع سابق، ص ١٤٤-١٤٥ و ص ١٤٩؛ د. ابراهيم الشهاوي، المرجع أعلاه، ص ١١٨.

^{٢٤٤} - مشار إليه لدى: د. فيصل الشديفات، المرجع أعلاه، ص ١٦.

^{٢٤٥} - د. أكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري - تيزي وزو، ٢٠١٨، ص ٦٤.

التفويض يتم ضمن إطار إجرائي، سنّ القانون المذكور، وإلا أصبح تصرف الإدارة مشوّباً بالبطلان... لكنّه حدّد تقنيّة وحيدة فقط لإبرام هذه العقود، خلافاً لطرق إبرام عقود الشراء العام المتعددة، ألا وهي التقنيّة التفاوضية، والتي تتم بعد علانية تامّة ومنافسة مسبقة...^{٢٤٦}.

مما حقّق الموازنة بين مقتضيات الشفافية في الحياة الاقتصادية... من جهة، وضرورة تمتّع الإدارة بالحرية الكافية لانتقاء شريكها ومعاونها في عقود التفويض، استناداً إلى فكرة الاعتبار الشخصي من جهة أخرى. ويجزم الفقه الفرنسي بعدم تعارض المنافسة المسبقة مع تلك الفكرة، بل ينوّر الاختيار الحرّ للإدارة.... وعليه يمكن القول: إنّ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، قد شهدت تطوراً في مداها وليس في مضمونها^{٢٤٧}.

وعلى ذلك فإننا سنحاول فيما يأتي دراسة الاعتبار الشخصي في أهم عقود تفويض المرفق العام، ألا وهو عقد التزام أو امتياز المرافق العامة (الفرع الأول)، ثم ننتقل في الفرع الثاني لدراسة الاعتبار الشخصي في عقد التشييد والتشغيل والتحويل "B.O.T" أو التزام الأشغال العامة.

^{٢٤٦} - د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل (B. O. T)، الطبعة الأولى، هيئة الموسوعة العربية، رئاسة الجمهورية، دمشق، ٢٠٠٧، ص ١٠٨-١٠٩؛ د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣٤٣-٣٤٤؛ د. فيصل الشديفات، مرجع سابق، ص ٧٣-٧٤ و ص ٢٣؛ د. أوس مخيير، مرجع سابق، ص ١٤٤-١٤٥ و ص ٥٣-٥٤؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها.

^{٢٤٧} - جعفر فايز أحمد، مرجع سابق، ص ١٧-١٨؛ د. ابراهيم يوسف هرموش، النظام القانوني لخصخصة الشركات العامة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣، ص ٥٥-٥٦؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع أعلاه، ص ١٢١ وما بعدها؛ د. أبو بكر النعيمي، مرجع سابق، ص ٥٦-٥٧؛ د. أكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص ٧٠ وما بعدها؛ محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في تسيير المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٩، ص ١٠٧-١٠٨.

الفرع الأول

الاعتبار الشخصي في عقود التزام أو امتياز المرافق العامة

بدايةً لا بدّ لنا من الإشارة إلى الفوارق الجوهرية بين هذين العقدين، فمن المحتمل أن يتبادر إلى ذهن القارئ أنهما عقد واحد، ولا غرابة في ذلك، حيث لاحظنا أن أغلبية الفقه الإداري العربي يستخدم هذين المصطلحين على سبيل التبادل والترادف، وبدلالة متساوية من الناحية القانونية^{٢٤٨}.

يعدّ عقد التزام المرفق العام أهم عقود التفويض على الإطلاق، والذي تفرّعت من فكرته ونظامه القانوني عقود التفويض الأخرى، وهو من أهم العقود الإدارية وأكثرها شيوعاً، وأحد العقود الإدارية المسماة^{٢٤٩}، حيث تعتبر طريقة إدارة المرافق العامة بموجب هذا العقد إحدى الطرق غير المباشرة في إدارة المرافق العامة^{٢٥٠}.

ويمكن تعريفه بأنه^{٢٥١}: تصرف قانوني تعهد بمقتضاه الجهة الإدارية المتعاقدة تنفيذ مرفق عام بشكل اتفاقي إلى شخص آخر - سواء من أشخاص

^{٢٤٨} - انظر في ذلك تفصيلاً لدى: د. ابراهيم هرموش، مرجع سابق، ص ٦٦؛ د. أوس مخبير، مرجع سابق، ص ٢٢٠؛ د. مهند نوح، عقد البناء والتشغيل، مرجع سابق، ص ٣٩-٤٠.

^{٢٤٩} - تنص المادة العاشرة من قانون مجلس الدولة السوري رقم ٣٢/ لعام ٢٠١٩ على الآتي: "يختص مجلس الدولة بهيئة قضاء إداري بالفصل في المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة والتوريد أو بأي عقد إداري آخر...". فالصلة الوثيقة بين هذا العقد والمرفق العام، هي التي جعلته عقداً إدارياً باستمرار... انظر: د. ابراهيم هرموش، مرجع سابق، ص ٦٢-٦٣.

^{٢٥٠} - د. ابراهيم الهندي، د. عيسى الحسن، د. سعيد نحيلي، المرافق العامة، منشورات جامعة حلب، حلب، ٢٠٠٤، ص ٢٠٦؛ د. عبد الله طلبية، د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٣٧٣.

^{٢٥١} - نظمت المواد/٦٣٤/ حتى /٦٣٩/ من القانون المدني السوري عقد التزام المرافق العامة، فنصت المادة ٦٣٤ على ما يأتي: "التزام المرافق العامة عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية ويكون بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن". وهذه المادة مطابقة للمادة /٦٦٨/ من القانون المدني المصري.

القانون العام أو القانون الخاص- تصطفيه الإدارة من حيث المبدأ بكامل حريتها ("...على أساس الاعتبار الشخصي..."^{٢٥٢})، وتسمى الجهة الإدارية في هذه العملية العقدية بالسلطة المانحة، أما المتعاقد مع هذه الأخيرة فيطلق عليه تسمية الملتزم، وإنّ الالتزامات الرئيسة المنبثقة عن عقد الالتزام تتجسّد في أن يضمن الملتزم على نفقته ومسؤوليته سير المرفق محلّ العقد وفقاً لكرّاسات الشروط، وأن يقوم بإشادة الإنشاءات الأولية للمرفق، وفي مقابل ذلك تسمح له الإدارة المتعاقدة بجباية رسوم (إتاوات) من المستفيدين بالمرفق العام محلّ العقد لمدة محدودة هي مدة العقد ذاته، والتي بعد انتهائها يلتزم المتعاقد مع الإدارة بإعادة المرفق مع إنشاءاته إلى عهدة الإدارة بحالة جيدة^{٢٥٣}.

أما عقد امتياز المرفق العام، فهو عقد يبرم بين الإدارة المانحة وأحد أشخاص القانون العام أو الخاص، تكلف الأولى بمقتضاه هذا الأخير، استثمار مرفق عام يُسلم إليه بإنشاءاته الأولية المعدة مسبقاً من قبل الإدارة، وذلك مقابل مبلغ معيّن من المال يدفعه لهذه الأخيرة، فيكون المقابل الذي يحصل عليه صاحب الامتياز هو الفرق بين ما دفعه للإدارة، وما يحصل عليه من

^{٢٥٢}- كما عرّفه الدكتور ابراهيم هرموش في رسالته، ص ٧٣-٧٤؛ والدكتور مروان القُطب يرى أن عقد الامتياز يتصف بالطابع الشخصي (الثقة الشخصية)، انظر: مرجعه السابق، ص ١٠٠. فقاعدة الاعتبار الشخصي تشكّل إحدى خصائص امتياز المرفق العام... حتى إنّ البعض ذهب إلى جعل الاعتبار الشخصي عنصراً من عناصر تعريف هذا العقد، وتتمثّل هذه القاعدة بالثقة المطلوبة في العلاقة بين الإدارة العامة والمتعاقد معها... للمزيد من التفاصيل، انظر: د. وليد حيدر جابر، مرجع سابق ص ٢٦٤-٢٦٥.

^{٢٥٣}- د. عبد الله طلبة، د. محمّد يوسف الحسين، د. مهني نوح، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، نظام التعليم المفتوح، دمشق، ٢٠٠٣، ص ٩٩-١٠٠؛ جورج فيدل، بيار دلفوليه، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨، ص ٥٧١ وما بعدها.

استغلال المرفق عن طريق جباية رسوم من المنفعين بالخدمات المقدّمة من هذا المرفق^{٢٥٤}.

وتعدّ فكرة الإنشاءات الأولية الفارق الأساس بين عقدي الالتزام والامتياز في الفقه الفرنسي، وأول من أشار إليه هو الأستاذ "Waline" منذ عام ١٩٤٨، ويتلخّص هذا الفارق في قيام المرفق بإنشاءاته ومعدّاته في العقد الأول، وعدم ذلك في العقد الثاني، بمعنى أنّه في عقد الالتزام يقع على عاتق الملتزم القيام بتشديد المرفق ووضعه في الخدمة، خلافاً لعقد الامتياز حيث يكون المرفق محلّ العقد جاهزاً لإدارته واستثماره، سواء إدارة مباشرة أو غير مباشرة (عن طريق صاحب الامتياز)^{٢٥٥}.

وبالإضافة إلى المعيار الرئيس السابق، يُلاحظ عدم دخول الملتزم في علاقة مالية سابقة مع الإدارة المانحة، حيث إنّّه لا يدفع شيئاً للإدارة ويستأثر لنفسه بجميع الرسوم المحصّلة، خلافاً لصاحب الامتياز - في عقد الامتياز - الذي كما ألمحنا يدفع مقابلاً مالياً للإدارة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن مدة العقد الأخير أقصر بكثير من مدة عقد الالتزام؛ من أجل إعطاء الفرصة للملتزم لاستعادة أمواله، وتحقيق الأرباح المُنتظرة^{٢٥٦}.

وبدورنا نضيف للفوارق السابقة أن التقنية المناسبة لإبرام عقود امتياز المرافق العامة - بتقديرنا - هي المزايدة؛ نظراً لأن الإدارة تقوم بتأجير مرافقها العامة لقاءً مبالغ مالية تدفع لها، فهذه العملية العقدية أقرب ما تكون للإيجار منه إلى التفويض، بخلاف عقد الالتزام الذي يتطلّب متعاقداً على درجة رفيعة مالياً وفنياً، حيث من المناسب إبرامه عن طريق التفاوض.

^{٢٥٤} - د. فيصل الشديقات، مرجع سابق، ص ٤٤ وما بعدها؛ د. منيرة عوض، مرجع سابق، ص ٤٧ وما بعدها.

^{٢٥٥} - د. محمّد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٤٧؛ د. فيصل الشديقات، مرجع سابق، ص ١٧؛ د. ابراهيم هرموش، مرجع سابق، ص ٦٥.

^{٢٥٦} - انظر في نفس المعنى: د. ابراهيم هرموش، المرجع أعلاه، ص ٦٥ وما بعدها.

ففقود الالتزام تختلف جذرياً في عملية إبرامها عن عقود الشراء العام التي يتم الإرساء فيها على المتنافس الذي يعرض السعر الأقل، وفقاً لمواصفات ومعايير محددة سلفاً، فهذه العقود الأولى تُبرم نتيجة عملية بحث طويلة وشاقّة عن الشريك الأفضل، فنياً ومالياً وأخلاقياً، على المنظور البعيد، والذي سيُسخر خبراته التقنية وقدراته الماليّة كافة في سبيل تشييد المرفق العام محلّ العقد، ومن ثم إدارته واستثماره؛ ولذلك فإنه يتعيّن على الإدارة المانحة للالتزام أن تصطفي المتعاقد الأكفأ والأجدر للنهوض بأعباء هذه الرسالة^{٢٥٧}. فالأستاذ "Delvolve" يقول: إن "القاضي الإداري يطبق مبدأ عدم المنافسة في تقرير الامتياز"^{٢٥٨}.

فبعد الالتزام قائم على الاعتبار الشخصي؛ نظراً لضخامة الالتزامات الملقاة على عاتق الملتزم (الناشئة عن مبدأي استمرار المرفق بانتظام واضطراد، وتحقيق المساواة بين المنتفعين من خدماته)، وإنّ استدراج العروض والطابع التنافسي، هو استثناء في مجال هذا العقد؛ نظراً لارتباطه بالمرفق العام ارتباطاً لا يقبل التجزئة أو الانفصال، ويؤكد الفقه الفرنسي على أنّ... الإدارة لا تعهد بالمرفق العام إلا لمن تتوافر فيه اعتبارات شخصية معيّنة. فالاعتبار الشخصي عنصر جوهري في - منح - الالتزام^{٢٥٩}. وقد حافظ المشرّع الفرنسي على عِنايته التاريخي المتمثّل في حرية الإدارة بانتقاء الملتزم^{٢٦٠}، حتى بعد صدور قانون Loi Sapin^{٢٦١}، حيث إنّهُ

^{٢٥٧} - د. ابراهيم هرموش، مرجع سابق، ص ٦٤.

^{٢٥٨} - د. وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

^{٢٥٩} - د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، مرجع سابق، ص ٧٧-٧٨؛ د. ابراهيم هرموش، المرجع أعلاه، ص ٦٤؛ د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ١٨٠ و ٢١٩-٢٢٠؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص ٩٢ وما قبلها.

^{٢٦٠} - ومن الجدير بالذكر، أن مبدأ حرية الإدارة في اختيار الملتزم قد تعرّض للتقييد في فرنسا خلال بعض المراحل التاريخية، كما في مرحلة احتكار الكهرباء والغاز حيث نيط هذا الأخير بشركتي كهرباء وغاز =

وبموجب المادة /٣٨/ من هذا القانون^{٢٦٢} يقع على عاتق الإدارة التزام مبدئي العلانية والمنافسة- بغية تحقيق الشفافية، وبالتالي احترام مبدأ المساواة- عندما تنوي إبرام عقد تفويض مرفق عام، حيث إنّ الامتيازات تقوم على الاعتبار الشخصي والتعاون... لكن هذا لا يستبعد اللجوء إلى المنافسة، والعكس صحيح، فالمنافسة لا تؤثر على السلطة التقديرية للإدارة في اختيار المتعاقد معها^{٢٦٣}. ويتم ذلك من خلال نشر إعلان عن نية الإدارة في تفويض مرفق عام معيّن- وذلك بعد الانتهاء من دراسة الجدوى الاقتصادية^{٢٦٤}- في

=فرنسا،... وكذلك في المرحلة التي فرض خلالها تمتع الملترزم بالجنسية الفرنسية... للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مروان مكي الدين القطب، مرجع سابق، ص ١٠٠.

^{٢٦١}- نسبة إلى "Michel Sapin" الذي كان وزيراً للاقتصاد وقت صدور هذا القانون، ثم عاد بعد ذلك إلى عمله السابق كمستشار في المحكمة الإدارية في باريس، وشغل بعدها منصب عمدة مقاطعة "Argenton sur creuse". انظر: د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣٤٤؛ د. فيصل الشديفات، مرجع سابق، ص ٢٣؛ د. أوس مخير، مرجع سابق، ص ٥٣.

^{٢٦٢}- تنصّ هذه المادة على أن: "تفويض المرفق العام يتم وفق إجراءات تحترم الشفافية والإشهار، وتتم بناءً على طلب العروض وفي إطار منافسة محدودة". انظر: د. أبو بكر عثمان النعيمي، مرجع سابق، ص ٥٨؛ وفي الفقرة الثانية من ذات المادة أوجب المشرع: "خضوع تفويض المرفق العام، إلى إجراءات الإعلان المسبق التي تسمح بتقديم أكثر من عرض مُنافس، ضمن شروط مُعلن عنها مسبقاً بمرسوم صادر عن مجلس الدولة". انظر: د. أوس مخير، المرجع أعلاه، ص ١٩٥-١٩٦؛ د. مروان القطب، مرجع سابق، ص ٤٧٧. وقد عدل المشرع الفرنسي أحكام هذه المادة بموجب المادة الأولى من القانون (٢٠١٦/٦٥) المتعلق بعقود الامتياز لتصبح كما يأتي: "تخضع عقود الامتياز بموجب هذا الأمر لمبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المرشحين وشفافية الإجراءات". انظر: د. بركية حسام الدين، مرجع سابق، ص ١٥٥.

^{٢٦٣}- د. وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص ٢٧٣. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. بركية حسام الدين، المرجع أعلاه، ص ١٦٠ وما بعدها.

^{٢٦٤}- تعرف دراسة الجدوى الاقتصادية بأنها: مجموعة من الأسس العلمية المستمدة من علوم الاقتصاد والمحاسبة، والتي تستخدم في تجميع البيانات ودراستها وتحليلها، بقصد الوصول إلى نتائج تبيّن مدى صلاحية المشروع للاستثمار. أو مجموعة الاختبارات والتفكيريات التي يتم إعدادها بنيتة الحكم على صلاحية المشروع الاستثماري المقترح، أو القرار الاستثماري، وذلك على ضوء توقعات التكاليف والفوائد المباشرة، وغير المباشرة، طوال العمر الافتراضي للمشروع، =

صحيفة مرّخص لها بنشر الإعلانات القانونية، وفي صحيفة على صلة مع القطاع الاقتصادي الذي ينتمي إليه المرفق المزمع تفويض إدارته، ويجب على الإدارة أن تُحدّد ضمن هذا الإعلان المدة القانونيّة المحدّدة لتقديم عروض الترشيح، وهذه المدة يجب ألاّ تقلّ عن شهر بدءاً من تاريخ الإعلان الأخير، وتتضمّن عروض الترشيح الوثائق التي تُثبت الإمكانيات الفنية والمالية والإدارية لكل مرشّح (سبق التأهيل)^{٢٦٥}.

... وبعد انتهاء المدة المحدّدة لتقديم العروض تقوم الإدارة بإعداد لائحة بأسماء المرشّحين المقبولين للدخول في المنافسة على إسناد عقد التفويض، تتضمّن لجنة خاصة كانت تسمّى "لجنة تفويض المرفق العام" أما حالياً تعرف باسم "لجنة الامتياز"^{٢٦٦}، آخذةً في الحسبان ضماناتهم الفنية والمهنية والمالية... وبعد ذلك تُرسل الإدارة إلى جميع العارضين المقبولين وثائق تبين فيها الخصائص الكميّة والكيفيّة للأداءات، وكذلك شروط تحديد تعريفة الخدمة المؤدّاة للمنتفعين، إن كان لذلك موجباً^{٢٦٧}.

= انظر: د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٨، ص ٤٠ وما بعدها؛ د. ماهر محمّد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع (B. O. T)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ٧٢.

^{٢٦٥} - د. أبو بكر النعيمي، مرجع سابق، ص ٦٤ و ص ٧٠؛ د. مهني نوح، عقد البناء والتشغيل...، مرجع سابق، ص ١١٠ وما بعدها؛ د. منيرة جميل عوض، مرجع سابق، ص ١٢٤-١٢٥؛ د. أوس مخبير، مرجع سابق، ص ٦٨ وما بعدها و ص ١٧٨ و ص ١٩٩؛ د. إبراهيم هرموش، مرجع سابق، ص ٧٣ و ص ٧٥. حيث أُلزم قانون سابان **Loi Sapin** في تنمة الفقرة الثانية من المادة ٣٨/ على ما يأتي: "يتمّ النشر في إحدى وسائل الإعلان المتخصصة والمتعلقة بالقطاع الاقتصادي المعني". انظر: د. أوس مخبير، المرجع أعلاه، ص ١٩٦.

^{٢٦٦} - د. بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص ١٨٩.

^{٢٦٧} - د. أبو بكر النعيمي، المرجع أعلاه، ص ٧١؛ د. أوس مخبير، المرجع أعلاه، ص ٦٥-٦٦ و ص ٢٠٠ وما بعدها؛ د. محمّد فكري عبد المهدي، مرجع سابق، ص ٤٥.

... وبعد أن يقدّم المرشّحون المقبولون عروضهم- التي يبيّنون فيها وجهة نظرهم الخاصّة في كيفة إدارة المرفق- يتم فتح العروض ودراستها، ثمّ تدخل الإدارة في تفاوض معهم- انطلاقاً من قاعدة الاعتبار الشخصي، والمستندة على الثقة المتبادلة بين الإدارة والمفوض إليه- ووفقاً لنتائج هذه المفاوضات يتم اختيار من سيُعهد إليه إدارة المرفق^{٢٦٨}. ومن النتائج المُنبئة عن خضوع إبرام عقود التفويض إلى العلانية والمنافسة المُسبقين، أنه لا يجوز أن يتنازل صاحب التفويض عن عقده إلى الغير؛ لأنّ ذلك يُخالف مبدأ المنافسة الحرّة التي تم انتقاؤه بموجبها من جهة، وقاعدة الاعتبار الشخصي التي تعدّ المعيار الفاصل في هذا الانتقاء من جهة أخرى^{٢٦٩}.

فالمنافسة محصورة بين من اختارتهم الإدارة المفوضّة بعد تأكدها من مؤهلاتهم...^{٢٧٠} وإنّ إعادة تنظيم المشروع المفوض تنظيمياً يؤدي إلى انعدام المقومات التي كان يتمتّع بها هذا المشروع المتعاقد عند إبرام العقد، يعدّ تنازلاً عن تفويض هذا المرفق للغير"، وبالتالي مخالفة لمبادئ العلانية

^{٢٦٨}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. بركية حسام الدين، مرجع سابق، ص ١٩٣ وما بعدها. حيث نصّت الفقرة الخامسة من المادة /٣٨/ من قانون سابان على أنّ: "العروض المقدّمة يتم التفاوض عليها بحرية من قبل السلطة المختصة لدى الشخص العام مانح التفويض، ويتم اختيار صاحب التفويض بالاستناد إلى هذا التفاوض". انظر: د. أوس مخبير، مرجع سابق، ص ٢٠٥؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: المرجع نفسه، ص ٢٠٥ وما بعدها؛ ويعرّف التفاوض بأنه: "قيام أطراف العلاقة العقدية المستقبلية بتبادل الاقتراحات والمساومات والكتب والتقارير والدراسات الفنيّة والاستشارات القانونية ومناقشة الاقتراحات التي يضعانها سوياً أو ينفرد بوضعها أحدهما ليكون كل منهما على بينة مما يقدمان عليه وللوصول إلى أفضل النتائج التي تحقق مصالحهما، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق بينهما من حقوق لهما والتزامات عليهما". انظر: نبيل اسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٩/، العدد الثاني، ٢٠١٣، ص ٣٠٩-٣١٠؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. ماهر حامد، مرجع سابق، ص ٩٠ وما بعدها؛ وانظر أيضاً: أحكام مجلس الدولة الفرنسي التي أشار إليها: د. ابراهيم الحسن، مرجع سابق، ص ٥٣٥.

^{٢٦٩}- د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص ٤٨٥ وما بعدها؛ د. وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص ١٦٣-١٦٤ و ٢٧٣.

^{٢٧٠}- د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣٤٥.

والمنافسة والاعتبار الشخصي التي يُبرم بمقتضاها عقد التفويض، إلا إذا احتفظ المرفق (المشروع) بعد إعادة تنظيمه بالوسائل البشرية والفنية والمالية المخصصة لاستثمار المرفق وإدارته التي كان يتمتع بها قبل ذلك، والتي ساهمت في تحديد مجال الاعتبار الشخصي لهذا المشروع المتعاقد، وفضلته على نظرائه عند المنافسة...^{٢٧١}.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي قد حرر إرادة الإدارة المانحة من قيود العلانية والمنافسة المسبقين في بعض الحالات؛ بمعنى أنه أباح لها اللجوء إلى التفاوض المباشر مع أحد أشخاص القانون العام أو الخاص - ضمن حالات محددة على سبيل الحصر - الذي ترى توافر عناصر الاعتبار الشخصي فيه.^{٢٧٢}

^{٢٧١} - د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٦١٥.
^{٢٧٢} - د. فيصل الشديفات، مرجع سابق، ص ٨١؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٢٣-١٢٤؛ وهذه الحالات هي:

- عندما يقرر القانون احتكاراً بشأن خدمة أو نشاط معين لمصلحة مشروع معين.
- عندما تفوض إدارة المرفق إلى مؤسسة عامة، شريطة أن يكون المرفق المفوض مما يقع بطبيعته (بشكل واضح) ضمن نشاط هذه المؤسسة وفقاً للقواعد القانونية التي تحكمها.
- = - ألا تتجاوز المبالغ التي تقع على عاتق المفوض إليه في عقود الامتياز ما قيمته /٧٠٠٠٠٠/ فرنك فرنسي خلال كل مدة العقد.
- إذا كان مشروع عقد التفويض قد طُرح في منافسة مسبقة، ولم تقدم عروض، أو قدمت عروض ولكن ارتأت الإدارة أنها غير مناسبة.

ومن الثابت في فرنسا أن هناك نوعين من التفويضات، تفويضات يتم منحها على أساس تعاقدية وأخرى تُمنح بقرار، وهذا ما أفتى به مجلس الدولة الفرنسي، بمعنى أن التزامات المنافسة والعلانية تطبق في مجال التفويضات الأولى دون الثانية.

انظر في كل ذلك: د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مرجع سابق، ص ٦٤-٦٥؛ د. مهند نوح، عقد ال (B.O.T)، مرجع سابق، ص ١١٣. وقد توجد جملة من الظروف من شأنها أن تجعل عقد التفويض غير خاضع إلى إجراءات المنافسة والعلانية التي نصَّ عليها قانون سابان، حيث تبرم في هذه الحالة استناداً إلى التفاوض المباشر، للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهند نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٦١٦ وما بعدها، وعلى الأخص ص ٦١٨-٦١٩. كذلك المادة ٤١/ من قانون سابان تقرر =

ففي جمهورية مصر العربية؛ ونظراً للأهمية التي تتمتع بها التزامات المرافق العامة^{٢٧٣}، فقد ورد النص على طريقة منحها في الدساتير المتعاقبة، ولم يُترك هذا الأمر إلى القانون العادي^{٢٧٤}، حيث أوجب دستور عام ٢٠١٤ في المادة ٣٢/ منه على أن: "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة، كما يبيّن أحوال التصرف بالمجان في العقارات المملوكة للدولة والنزول عن أموالها المنقولة والقواعد والإجراءات المنظمة لذلك".

ووفقاً للقانون رقم ٦١/ لسنة ١٩٥٨، فإن منح الامتيازات المتعلقة بالمرافق العامة، يكون بقرار من رئيس الجمهورية بعد موافقة مجلس الشعب بموجب المادة الأولى منه. فلم يقيد المشرع الإدارة العامة بأسلوب محدد عند إبرام عقود امتياز أو التزام المرافق العامة؛ نظراً لاتصال هذه العقود بالمرافق العامة، ما يجعل للاعتبارات الشخصية- في المفوض إليه- وزناً خاصاً عند إبرام تلك العقود^{٢٧٥}، وقد تم تأطير هذه الفكرة في القانون رقم ١٢٩/ لسنة ١٩٤٧ المتعلق بالتزام المرافق العامة^{٢٧٦}، إذ لم ترسم أحكام هذا

= إعفاء بعض المؤسسات والمشروعات من الخضوع إلى أحكام القانون (المساواة والشفافية)... انظر: د. فيصل الشديفات، مرجع سابق، ص ٧٩-٨٠.

^{٢٧٣} - "خاصة إذا كانت متضمنة احتكراً، ومن أهم هذه العقود عقد الامتياز". انظر: د. جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص ١٠١.

^{٢٧٤} - انظر هذه الدساتير المتعاقبة لدى: د. جاد جابر نصار، عقود البوت B.O.T والتطور الحديث لعقد الالتزام (دراسة نقدية للنظرية التقليدية لعقد الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ١٠٤ وما بعدها، د. ابراهيم هرموش، مرجع سابق، ص ٧٤-٧٥.

^{٢٧٥} - وهذا رأي الفقيهين "فيدل" و"ديفلوفيه"، ورأي الفقيه المصري سليمان الطماوي، مشار إليه لدى: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١١٧ و١٢٥؛ بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص ١٥٧.

^{٢٧٦} - وقد عدّ هذا القانون الإطار القانوني لتقنية تفويض المرافق العامة (حالة التزام المرفق العام)، ونص القانون المذكور في المادة ٨/ منه على أن لا تربو مدة العقد على ثلاثين سنة، خلافاً لما تبناه المشرع الفرنسي في المادة ٤٠/ من قانون سابان، حيث قالت: "ينبغي أن تكون اتفاقات تفويض المرفق=

القانون أيّة إجراءات يجب اتباعها لاختيار المتعاقد مع الإدارة (صاحب التفويض)؛ ومسوّغ ذلك أن تلك العقود المذكورة هي عقود إدارية بماهيّتها الذاتية، تستهدف من حيث النتيجة تحقيق المنفعة العامة^{٢٧٧}.

فكرة الاعتبار الشخصي تمثّل حقيقة ثابتة في العقود الإدارية، وفي عقد الامتياز تكون شخصية صاحب الامتياز موضع اعتبار بالغ الأثر؛ نظراً لما يتمتّع به هذا العقد من خصائص ذاتية، ولصلته الوطيدة بالمرفق العام... رغم اشتراط المشرّع في بعض القوانين على وجوب اختيار المتعاقد (الملتزم) في إطار من الشفافية؛ أي العلانية والمنافسة^{٢٧٨}.

وهذا ما أكده القضاء الإداري المصري، حيث قضت محكمة القضاء الإداري في أحد أحكامها أنه: "ليس في القانون ما يلزم الحكومة بطرح التزامات المرافق العامة في مناقصة عامة قبل منحها، والأمر متروك للسلطة التقديرية للإدارة تتصرّف فيه بما تراه مُحققاً للمصلحة العامة".

بدوره الفقه الإداري المصري أيّد فكرة الاعتبار الشخصي كأساس لحرية الإدارة في اختيار الملتزم (في عقود التزام المرفق العام)، حيث قال: "ينبغي على الإدارة التأكّد ملياً من أن المتعاقد معها سوف يتولّى في جميع الأحوال تنفيذ التزاماته المنبثقة عن عقد امتياز المرفق العام على أفضل نحو

=العام محدودة بمدة من جانب الإدارة أو الجهة العامة بالنظر للمهام أو الخدمات المطلوبة من المفوض إليه، أما تحديد هذه المدة فيتم بالنظر لطبيعة وحجم الاستثمار، دون أن تتجاوز المدة العادية لاهلاك المنشآت المستخدمة". رغم تجاوز مدة العقد في مصر لأكثر من ثلاثين عاماً في عدة قوانين. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. أوس مخبير، مرجع سابق، ص ١٩٦-١٩٧.

^{٢٧٧}- د. سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، مرجع سابق، ص ١٧٥؛ د. ياسر الصيرفي، مرجع سابق، ص ٧٧-٧٨؛ د. أوس مخبير، المرجع أعلاه، ص ١٤٩ و ١٩٦ وما بعدها؛ عزة سلمان، مرجع سابق، ص ١٢٢.

^{٢٧٨}- د. جاد جابر نصار، مرجع سابق، ص ١١١ وما بعدها؛ د. فيصل الشديفات، مرجع سابق، ص ٧٥؛ د. أوس مخبير، المرجع أعلاه، ص ١٥٠ و ص ١٥٣-١٥٤ و ص ١٥٧.

^{٢٧٩}- نقلاً عن: د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، مرجع سابق، ص ٥٥.

ممکن، طبقاً للقواعد المقررة من جانب الإدارة في كراسات الشروط، سواء أكان اختيار صاحب الامتياز قد تمّ عن طريق الممارسة أم المناقصة العامة فالاختيار القائم على الاعتبار الشخصي يعدّ عنصراً جوهرياً في منح امتياز المرافق العامة^{٢٨٠}.

أما في سورية، فإن الفقرة السادسة من المادة ٧٥/ من دستور عام ٢٠١٢، بعد إقراره من مجلس الشعب بالاستفتاء الجاري بتاريخ ٢٦/٢/٢٠١٢، تقرّض موافقة المجلس المذكور على: "إقرار المعاهدات والاتفاقات الدولية التي تتعلق بسلامة الدولة... أو الاتفاقيات التي تمنح امتيازات للشركات أو المؤسسات الأجنبية...". ما يعني - بمفهوم المخالفة - أنّه إذا أبرم عقد الالتزام أو الامتياز مع شركات أو مؤسسات غير أجنبية (وطنية) فإن "موافقة المجلس غير واجبة"^{٢٨١}.

وفي عقد التزام المرافق العامة تضيق سلطة الإدارة المتعاقدة - من دون إفراط أو تقريط - في الرقابة على الملتزم^{٢٨٢}، ويعود سبب ذلك إلى ما يتمنّ به هذا الأخير من حق إدارة المرفق محلّ العقد، الأمر الذي يجعل تلك السلطة - في حال عدم النصّ عليها - تنصرف إلى المعنى الضيق للرقابة؛ أي الإشراف فقط على حسن سير المرفق العام غالباً، من دون أن تتضمن توجيه

^{٢٨٠} - انظر: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٢٤-١٢٥؛ د. أوس مخير، مرجع سابق،

ص ١٥١-١٥٢؛ د. جهاد الحرازين، مرجع سابق، ص ٨٨؛ عزة سلمان، مرجع سابق، ص ١٢٢.

^{٢٨١} - د. محمّد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٩١.

^{٢٨٢} - رقابة الإدارة على الملتزم في عقود الامتياز - رغم اتساعها - تكون شبيهة إلى حد كبير برقابة الإدارة على المورد في عقود التوريد الصناعية، انظر: د. نائلة نذير نهاوندي، مرجع سابق، ص ٣٣-٣٤ و ص ٥٢. حيث يجب التوفيق والموازنة بين فكرة كون الإدارة لا تستطيع التخلي عن تأمين سير المرفق محلّ العقد من جهة، وبين فكرة أن إدارة المرفق هي من شأن الملتزم "الملتزم يدير والإدارة تراقب". انظر: د. محمّد العموري، العقود الإدارية، الإجازة في الحقوق، منشورات الجامعة الافتراضية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨، ص ٨١.

إدارة المرفق العام على نحو يعوق الملتزم عن مباشرة نشاطه، حتى لا تنقلب هذه الرقابة إلى وصاية، وبالتالي يصبح الملتزم موظفاً لدى الإدارة المانحة. ومع ذلك فإن الواقع يشير إلى أن الملتزم يخضع إلى رقابة هامة من الناحيتين الفنية والمالية دون الإدارية^{٢٨٣}.

وعليه، لا يجوز للإدارة المانحة توجيه الإدارة الداخلية للمرفق المفوض، حتى لا يتغير أسلوب إدارة هذا المرفق من الإدارة غير المباشرة (الالتزام) إلى الإدارة المباشرة من الناحية الفعلية، "حيث يعدّ ذلك عندئذٍ من قبيل إنهاء عقد الالتزام بإرادة الإدارة وقبل الأوان"^{٢٨٤}، فالملتزم يجب أن تكون له اليد الطولى والكلمة العليا في إدارة المرفق المفوض واستثماره، وهو لا يتقبل بسهولة تهميش سلطته في هذا الصدد^{٢٨٥}.

^{٢٨٣}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ١٦٩ وما بعدها وص ١٧٤-١٧٥؛ د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي، آثار عقد التزام المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١، ص ٢٣ وما بعدها؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. جهاد ديب الحرازين، مرجع سابق، ص ١١٠ وما بعدها وص ١٢٥ وما بعدها. فالرقابة الفنية تهدف إلى التأكد من قيام الملتزم بإدارة المرفق طبقاً للقواعد التنظيمية التي وضعتها الإدارة في سبيل ذلك، كما تهدف إلى التحقق من قيام المتعاقد بصيانة المرفق في سبيل التوصل إلى حسن التشغيل... أما الرقابة المالية فتتمثل في حق الإدارة في التفتيش على حسابات الملتزم الخاصة باستغلال المرفق العام... انظر: د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي مختار نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣١٦-٣١٧.

^{٢٨٤}- د. ابراهيم الهندي، د. عيسى الحسن، د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ٢١٣.

^{٢٨٥}- د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٢٥٣؛ د. زياد العرسان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٣٠؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. جهاد الحرازين، مرجع سابق، ص ١٣٦ وما بعدها. وقد كرّس المشرع المصري حق الإدارة في رقابة الملتزم في المادة ٧/ من القانون ١٩٤٧/١٢٩ المعدل، والتي تقول: "لمنح الالتزام أن يراقب إنشاء المرفق العام موضوع الالتزام وسيره من النواحي الفنية والإدارية والمالية". حيث كان نص هذه المادة- قبل التعديل- يقصر الرقابة على النواحي المالية فقط، للمزيد من التفاصيل، انظر: د. حسن محمد عبد المنعم حسن=

وفيما يتعلّق بحق الإدارة في التعديل الانفرادي لعقدي الالتزام والامتياز، فإن الإدارة لا تستطيع تعديل بنود عقد الالتزام كافة، وإنما تنحصر سلطتها في التعديل على البنود التنظيمية ذات الصلة بسير المرفق العام، أما البنود التعاقدية فلا يحق للإدارة تعديلها إلا باتفاق مع الملتزم^{٢٨٦}. وتجدر الإشارة إلى أنّ عقد التزام المرافق العامة ينفرد - من دون سائر العقود الإدارية - في فرنسا، فيما يتعلّق بفسخ العقد (إسقاط الالتزام)، بوجوب فرض هذا الجزاء من قبل القضاء، بعد إنذار الملتزم نتيجة لارتكابه خطأً تعاقدياً جسيماً^{٢٨٧}.

= الخيمي، مرجع سابق، ص ٢٢-٢٣. وانظر المادة ٣٠/ من دفتر الشروط العامة لعقود امتياز الإنارة في فرنسا.

^{٢٨٦} - للمزيد من التفاصيل، انظر: د. أكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص ٨٢-٨٣؛ د. ابراهيم هرموش، مرجع سابق، ص ٧٨ وما بعدها؛ د. مروان القطب، مرجع سابق، ص ١١٥ وما بعدها؛ د. أوس مخيير، مرجع سابق، ص ٢١٢-٢١٣. فالمعيار المميّز بين النصوص اللاتحبة والتعاقدية في عقد الالتزام هو الآتي: تعدّ نصوصاً تعاقدية تلك التي لا تدعو الحاجة إلى وجودها لو أن الإدارة استثمرت بنفسها المرفق العام استغلالاً مباشراً، وعلى العكس من ذلك تعتبر نصوصاً لاتحبة تلك التي لا بدّ من وجودها حين تستغل الإدارة المرفق العام بنفسها، انظر: د. محمود حلمي، نشاط الإدارة (الضبط الإداري - المرفق العام)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، بدون مكان نشر، ١٩٦٧، ص ١٣٠؛ د. طارق محمّد علي النحاس، التطورات القضائية بخصوص طعن الغير في العقد الإداري، مجلة مجلس الدولة للبحوث القانونية، العدد الأول، ٢٠١٨، ص ٧٣.

^{٢٨٧} - د. محمّد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٤١ وما بعدها. وقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى وصف الخطأ المبرّر لجزاء الإسقاط بصفات مميزة، كقوله: إنّ "الخطأ على درجة خاصة من الجسامّة"، وأن الملتزم: "قد دأب على مخالفة التنظيمات الفنية والمالية للمرفق المُدار عن طريق الالتزام". انظر: د. محمّد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٤٤٤ و ٤٤٧. ومن أمثلة الأفعال التي تبرر جزاء الإسقاط، والمستمدة من قضاء مجلس الدولة الفرنسي: "تنازل الملتزم عن عقده كلياً أو جزئياً دون موافقة مسبقة من السلطة المختصة". وفي حالة تنازل الملتزم عن عقده دون ترخيص مسبق، تعفى الإدارة من شرط إعداره. انظر: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٤١٣-٤١٤.

بناءً على ما تقدّم، لاحظنا مدى انخفاض استعمال سلطة الإدارة المانحة للالتزام أو الامتياز - حسب الحال - في الرقابة على الملتزم أو صاحب الامتياز، لتبقى في حدود رقابة الإشراف من دون التوجيه، واقتصار حق التعديل الانفرادي على شروط العقد التنظيمية من دون البنود التعاقدية، ما يمكن معه القول: إن هاتين السلطتين تتناسبان عكساً مع درجة اتصال العقد بالمرفق العام؛ بمعنى أنهما يضعفان كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق، فدرجة الاعتبار الشخصي في عقد التزام أو امتياز المرفق العام شديدة ووطيدة، حيث يقوم المتعاقد بإشادة المرفق (في عقد الالتزام)، ومن ثم إدارته، ما يتطلب معه الثقة الكبيرة - وبالتالي اتساع السلطة التقديرية للإدارة المانحة - من أجل منحه الالتزام. علاوةً على انفراد هذا العقد بالفسخ القضائي - في فرنسا - الذي إن دلّ على شيء فهو يدل - برأيي - على الصلة الوثيقة بالمرفق العام.

الفرع الثاني

الاعتبار الشخصي في عقد ال B. O. T أو التزام الأشغال العامة

نظراً لازدياد حاجة الحكومات إلى مشروعات استثمارية ذات تكاليف رأسمالية كبيرة- قد تستنزف موازاناتها العامة- وخاصةً مشروعات البنى التحتية^{٢٨٨}، وإنشاء المرافق العامة...، ظهرت مصطلحات حديثة في المجال الحقوقي، وهذه المصطلحات ليست في جوهرها وماهيتها سوى ترجمة للمفاهيم المتعلقة بعقود تفويض المرفق العام، ومن أبرز هذه المصطلحات ما يتعلّق بعقود التشييد والتشغيل والتحويل B.O.T^{٢٨٩}، والتي هي عبارة عن

^{٢٨٨}- يقصد بها: المرافق المادية التي توفر خدمات أساسية للجمهور، كمحطات توليد الكهرباء وشبكات توزيعها، ونظم الاتصالات الهاتفية المحلية والخارجية، ومحطات إزالة ملوحة المياه، ومحطات معالجة مياه الصرف الصحي، ومرفق توزيع المياه، والشبكات المستخدمة للنقل العمومي، ومنها السكك الحديدية والقطارات تحت الأرض، وخطوط الحافلات، والطرق والجسور، والأنفاق والموانئ والخطوط الجوية والمطارات، انظر: د. منيرة محمد جميل عوض، مرجع سابق، ص ١٤٩-١٥٠.

^{٢٨٩}- هذا المصطلح هو مقطع مكون من ثلاثة كلمات (B.O.T)، وهذه الكلمات الثلاثة تم اختصارها بثلاثة حروف. فحرف /B/ هو اختصار لكلمة Build وهي تعني باللغة العربية يبني أو يعمّر، ويقصد بها إقامة أو إنشاء مشروعات البنية الأساسية، والحرف الثاني /O/ هو اختصار لكلمة (Operate) وهي تعني يشغل أو يدير، أي تشغيل المرفق العام وإدارته، أما الحرف الثالث /T/ هو اختصار لكلمة (Transfer)، وتعني ينقل أو يحول؛ أي نقل إدارة وحيازة المرفق للإدارة في نهاية مدة العقد، انظر: د. منيرة عوض، المرجع نفسه، ص ٦٧-٦٨. ومن أمثلته العالمية الشهيرة، مشروع نفق المانش "نفق القنال" المبرم بين بريطانيا وفرنسا، وهو النفق الذي يمتد تحت قاع البحر بين هاتين الدولتين... وتعود فكرة تشييد هذا النفق إلى عهد "تابليون" منذ أكثر من ٢٠٠ عام، وقد جرت عدة محاولات لحفره... لكن سرعان ما كان التنفيذ يتوقف بسبب التكاليف الباهظة... للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد غازي الجلاي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل (في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية)، رسالة دكتوراه، كلية الهندسة المدنية (إنشاءات)، جامعة عين شمس ٢٠٠٠، ص ٢٠٣. وهناك من يرى أن أول وأشهر مشروعات "البوت" في العالم هو مشروع قناة السويس... للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٩٧ وما بعدها.

علاقة عقدية تبرم بين الإدارة، وجهة من جهات القطاع الخاص، تُسمّى "راعي المشروع" يكون محلّها الاضطلاع بعبء إشادة مشروع عام من خلال تنفيذ الأشغال العامة اللازمة لذلك، ومن ثم إدارته لفترة زمنية محددة، وذلك على حساب راعي المشروع ونفقته، ومن دون أن تتجشّم الحكومة أي نفقات، ولقاء السماح للمتعاقد مع الإدارة (شركة المشروع) باستثمار المرفق، والحصول على عائداته طوال مدة العقد؛ بما يمكنه من استرجاع المصاريف التي أنفقها من رأس ماله الخاص، وسداد القروض، وتوزيع الأرباح على المشتركين معه، وعلى أن يلتزم راعي المشروع عند نهاية مدة العقد بتسليم المشروع العام محل العقد للحكومة، بحالة فنيّة جيدة، وصالحة لاستمرار التشغيل من دون أي مقابل^{٢٩٠}.

أما التزام الأشغال العامة، فهو عقد تقوم الإدارة المانحة بمقتضاه بتكليف شخص من أشخاص القانون العام أو الخاص، بتنفيذ أشغال عامة في مقابل استثمار هذه الأشغال المنفّذة من جانب المتعاقد مع الإدارة لمدة محدودة^{٢٩١}.

^{٢٩٠} - انظر في هذا المعنى على سبيل المثال لا الحصر: د. حفيظة السيد الحّداد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيّتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، ص ١٧٥؛ د. ألبرت سرحان، القاضي يوسف الجميل، القاضي زياد أيوب، القانون الإداري الخاص، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠، ص ١٢٠-١٢١. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. جمال عمران المبروك، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B. O. T وتكييفها القانوني (دراسة تحليلية)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمّقة، العدد ١٩/، نوفمبر ٢٠١٧، ص ٧٧ وما بعدها.

^{٢٩١} - د. إبراهيم يوسف هرموش، مرجع سابق، ص ١١٦-١١٧؛ د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ٥٣٣. نصّت المادة ٣٦/ من أحكام دفتر الشروط والأحكام العامة الصادر بالفرنسيّة عن وزير الأشغال العامة بتاريخ ٢٢ آذار ١٩٤٢ على أن: "يبرم عقد التزام الأشغال العامة على الاعتبار الشخصي، فلا يجوز للمتعهّد التنازل عنه أو عن جزء منه إلا بعد موافقة الإدارة، وعليه الحضور شخصياً إلى مواقع العمل أو ممثّل عنه توافق عليه الإدارة". انظر: د. وليد حيدر جابر=

ومن المعروف أنه لإبرام العقود الإدارية لا بدّ أن يصادف إيجاب العارض قبول من قبل الإدارة، ومن المنطقي ألاّ يتم إبرام عقود التشييد والتشغيل والإعادة (B.O.T) بناءً على تقنية المناقصة، فالطريقة المناسبة لإبرام مثل هذه العقود إما طلب عروض أسعار، أو عن طريق التقنية التفاوضية (الممارسة)^{٢٩٢}؛ فالمناقصة تتنافى مع فكرة الاعتبار الشخصي التي تقوم عليها عقود تفويض المرافق العامة، كونها تقوم على الاعتبار المالي... في حين أنّ انتقاء صاحب الامتياز في عقود التشييد والإدارة والتسليم (B.O.T) يجب أن يتم على أساس الاعتبار الشخصي؛ أي أن السلطة المانحة تصطفيه لاعتبارات تتعلق بشخصه^{٢٩٣}.

= مرجع سابق، ص ٢٦٦. والجدير ذكره أنه "يمكن تكييف عقد B.O.T على أساس أنه عقد التزام أشغال عامة، إذا لم يحدث تطابق بين مفهومي المرفق العام والأشغال العامة، ويكيف على أساس أنه عقد التزام مرفق عام إذا حدث تطابق بين مفهومي الأشغال العامة والمرفق العام، إذ يحدث في هذه الحالة اندماج بين المفهومين وتُستغرق الأشغال العامة ضمن المرفق العام". انظر: د. مهند نوح، عقد ال (B.O.T)، مرجع سابق، ص ٤٢.

^{٢٩٢}- د. آصف عساف، الطريقة المناسبة لإبرام عقود ال B.O.T في سوربة والضمانات اللازمة لإبرامها، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٦/٣، العدد ٣/٣٦، ص ١٠٣ وما بعدها. لأن اختيار المتعاقد مع الإدارة في هذا النوع من العقود لا يستند إلى أقل سعر مقدّم، إذ إن الإدارة ليست بصدد الشراء، فهذا الاختيار يجب أن يؤسس على معايير عدّة تثبت قدرة المتعاقد المُحتمل على حسن تشييده للمرفق العام وإدارته... للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهند نوح، المرجع أعلاه، ص ١١٣؛ د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣٠٣-٣٠٤ و ص ٣١٩-٣٢٠؛ ياسمين ابراهيم، مرجع سابق، ص ١٢٢-١٢٣.

^{٢٩٣}- د. محمد أديب الحسيني، المرجع أعلاه، ص ٣٢٠؛ عزّة محمد سلمان، مرجع سابق، ص ١٢٣؛ د. آصف عساف، المرجع أعلاه، ص ١٠٣ وما بعدها. ومن الجدير بالذكر، أن هناك من يرى أن التقنية التفاوضية لا تصلح لإبرام عقود ال B.O.T. انظر: آصف عساف، نفس المرجع، ص ١١٣ وما قبلها. بينما يرى د. محمد أديب الحسيني أن الأسلوب الأنسب لإبرام عقود البوت في سوربة هو طلب العروض، انظر: المرجع نفسه، ص ٣٥٣-٣٥٤. وهناك من يرى أن تقنية التفاوض، هي الطريقة المناسبة لإبرام عقود ال B.O.T التي لها طابع السرية، مثل مشروعات القوات المسلّحة والشرطة، انظر: د. منيرة عوض، مرجع سابق، ص ٩٥.

وقد اتجه الفقه الفرنسي إلى ضرورة إيجاد منطق جديد لإبرام عقود تفويض المرفق العام، وذلك استناداً إلى عدم وجود منافسة حقيقية، "إلا إذا كانت هذه المنافسة قد أُثِرت عن طريق التفاوض"، كما أنه لا يوجد تفاوض فعلي إلا ضمن مناخ المنافسة المسبقة. وهو ما أدى إلى حل مشكلة التوفيق بين التفاوض والمنافسة عند إبرام عقود تفويض المرافق العامة^{٢٩٤}.

ففي فرنسا، صدر - كما أَلْمَحْنَا سابقاً - القانون رقم ١٢٢/٩٣، تاريخ ٢٩ شباط ١٩٩٣ والمعروف باسم قانون "Sapin"، واضعاً الأحكام والقواعد التي تنظم تَقْنِيَّة عقود تفويض المرافق العامة، والذي اعتمد التَقْنِيَّة التفاوضية لإبرام هذه العقود التي تتم بَعْد علانية كاملة، ومنافسة مسبقة، تاركاً الحرية الكافية إلى الإدارة المتعاقدة عند انتقاء معاونها وشريكها في عقود التفويض استناداً إلى مقتضيات فكرة الاعتبار الشخصي، ومحرراً عملية إبرام هذه العقود المذكورة من الخضوع إلى أي إطار إجرائي محدد مسبقاً لتبادل الإيجاب والقبول^{٢٩٥}.

حيثُ تُبرم تلك العقود عن طريق اللجوء إلى أسلوب المنافسة المحدودة، من خلال إعلان الإدارة عن العملية العقدية، وتبين في هذا الإعلان ماهية المرفق محل العقد وأبعاده... ثم تتلقى عروضاً أولية تتضمن سوابق خبرات أصحابها في تشييد مرافق مشابهة وإدارتها، ثم تخضع هذه العروض إلى فحص الإدارة، ويتم انتقاء عدد من العارضين، وتُنشر أسماؤهم ليُصار إلى إخطارهم بالقبول في التنافس على الفوز بالعقد^{٢٩٦}.

^{٢٩٤}- د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٢٤٦؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهدي مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، مرجع سابق، ص ١١٥ وما بعدها.

^{٢٩٥}- د. أوس جمال مخبير، مرجع سابق، ص ٧٢-٧٣.

^{٢٩٦}- د. إبراهيم يوسف هرموش، مرجع سابق، ص ١١٧؛ د. محمد غازي الجلاي، مرجع سابق، ص ٣٣؛ د. فيصل عليان الياس الشديفات، مرجع سابق، ص ١٧١ وما بعدها. وقد رأى بعض أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسي أن هذه الإجراءات المذكورة أعلاه تؤدي إلى المساس بقاعدة الاعتبار =

وفي جمهورية مصر العربية، كان عقد البوت (B.O.T) يخضع إلى أحكام القانون رقم /١٢٩/ لعام ١٩٤٧ الناظم لعقود التزام المرافق العامة، والمعدل بالقانون رقم /٦١/ لعام ١٩٥٨^{٢٩٧}.

لكن الإطار القانوني لأحكام القانون المذكور لا يتواءم مع التطورات الاقتصادية؛ ما حدا بالمشروع إلى إصدار جملة من القوانين، والتي تعدّ استثناءً على ما جاء به هذا القانون وتعديلاته من أحكام، فضلاً عن أنها قيّدت ما جاء فيه من قواعد عامة لمنح الالتزام، حيث إنّها فرضت أن يتم اختيار شركة المشروع في إطار من المنافسة والعلانية^{٢٩٨} (أي الشفافية والمساواة).

واستقرّ الرأي القانوني في مصر على خضوع عقود ال B.O.T إلى قانون المناقصات والمزايدات ١٩٩٨/٨٩، وتعددت الآراء الفقهية حول ذلك^{٢٩٩}، فمنهم من يرى أن هذا النوع من العقود يخضع في إبرامه إلى أحكام

=الشخصي، غير أن وزير التجهيز والإسكان، أعلن بصورة جازمة أن الحكومة لا تقصد بذلك الدّول عن مبدأ حرية الإدارة المانحة في اختيار المفوض إليه، طبقاً للاعتبار الشخصي، ويبقى للسلطة المانحة الحرية في رفض المشروعات التي ترى أنها لا تقدّم الضمانات الكافية، ومن دون إبداء الأسباب الموجبة لذلك. انظر: د. أوس جمال مخبير، مرجع سابق، ص ٢٠١.

^{٢٩٧}- والذي تتلخص أحكامه من خلال الآتي:

- أن يصدر منح الالتزام (الاستثمار) بموجب قانون.

- يجب أن لا تزيد مدة الالتزام على ثلاثين عاماً.

- يحق للإدارة وبصورة منفردة إعادة النظر في قوائم الأسعار.

- لا يجوز أن تتجاوز حصة الملتزم السنوية من صافي أرباح استغلال المرفق /١٠٪ من رأس المال الموظف والمرخص به من منح الالتزام، وذلك بعد خصم مقابل استهلاك رأس المال.

انظر: د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ١٣٨.

^{٢٩٨}- د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣٥٠؛ د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ٤٠٤-

٤٠٥.

^{٢٩٩}- غالبية الفقه المصري تنهج إلى القول أن أحكام قانون المناقصات والمزايدات تعدّ الشريعة العامة في إبرام العقود الإدارية،... كما أن الطابع الشخصي لعقد الالتزام لا يتعارض وقواعد هذا القانون الذي نظم=

القانون المذكور، ورأي آخر يرى عدم خضوعه، وهناك رأي معتدل قال بإخضاع عقود ال B.O.T إلى أحكام قانون المناقصات بما لا يتعارض وطبيعة هذه العقود^{٣٠٠}.

وكنتيجةً للقصور التشريعي في قانون التزام المرافق العامة وتعديلاته، وعدم مواكبته للمستجدات^{٣٠١}، ومع اتجاه الحكومة المصرية في ثمانينات القرن الماضي نحو تشجيع مشاركة القطاع الخاص، صدر القانون رقم ٦٧/ لعام ٢٠١٠ بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، ولائحته التنفيذية رقم ٢٣٨/ لعام ٢٠١١، للمساهمة في إيجاد تنظيم قانوني متكامل للشراكة مع القطاع

= المناقصة المقيدة إلى جانب المناقصة العامة مراعاةً منه لهذا السبب... بفرض أن عقود الالتزام تتضمن أشغالاً عامة وتوريدات، انظر: د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، مرجع سابق، ص ٨١.

^{٣٠٠} - استند أنصار هذا الرأي إلى المادة الأولى من القانون رقم ٣/ لعام ١٩٩٧ بشأن منح التزام المرافق العامة لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات وأراضي النزول، حيث نصت على مراعاة بعض الإجراءات، كأن يتم اختيار الملتزم في إطار المنافسة والعلانية... للمزيد من التفاصيل، انظر: د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ٣٢٢-٣٢٣. حيث ذهب جانب من الفقه إلى القول إن عقود الالتزام وفقاً لنظام ال B.O.T تبرم عن طريق اللجوء إلى أسلوب المناقصة المحدودة. وهذا الأسلوب هو الأنسب لهذه العقود أخذاً بقاعدة الاعتبار الشخصي في عقد الالتزام، انظر: د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سبق ذكره، ص ٤٠٥؛ فاخيار المتعاقدين في عقود ال B.O.T في مصر، يخضع إلى مبدأ حرية الإدارة في الاختيار، التزاماً بفكرة الاعتبار الشخصي...، انظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ١٦٢.

^{٣٠١} - صدرت عدة قوانين منها: القانون رقم ١٠٠/ لسنة ١٩٩٦ المتعلق بتعديل أحكام القانون رقم ١٢/ لعام ١٩٧٦ بإنشاء هيئة كهرباء مصر. والقانون رقم ٢٢٩/ لعام ١٩٩٦ المتضمن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٨٤/ لعام ١٩٦٨ بشأن الطرق العامة. والقانون رقم ٣/ لعام ١٩٩٧ بخصوص منح التزام المرافق العامة لإنشاء المطارات وأراضي النزول. والقانون رقم ٢٢/ لعام ١٩٩٨ المتعلق بإضافة مادة جديدة إلى القانون رقم ١/ لعام ١٩٩٦ في شأن الموائى التخصصية. والقانون رقم ٨/ لعام ١٩٩٧ بإصدار قانون ضمانات وحوافز الاستثمار. والتي اكتفت بالإشارة إلى أن منح الالتزام وتحديد شروطه وأحكامه يتم بقرار من مجلس الوزراء بناءً على اقتراح الوزير المختص، انظر: د. إبراهيم يوسف هرموش، مرجع سابق، ص ٧٥؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. جاد جابر نصار، مرجع سابق، ص ٩٢ وما بعدها.

الخاص^{٣٠٢}، ليحل هذا القانون محل القانون رقم ١٢٩ لسنة ١٩٤٧ وتعديلاته، والقانون رقم ٦١/ لعام ١٩٥٨ (الخاص بمنح الامتيازات المتعلقة باستثمار موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة)، والقانون الصادر بتنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨، وغيرها... وذلك بموجب المادة الأولى من القانون المذكور.

وفي سورية صدر قانون التشاركية بين القطاعين العام والخاص رقم ٥/ لعام ٢٠١٦، حيث يطبّق على متعهّدي تشغيل البنية التحتية، ونصّت المادة الثالثة منه بفقرتها / أ / تحت عنوان "نطاق القانون" على أن: "تسري أحكام هذا القانون على عقود التشاركية التي تعقدها الجهة العامة مع القطاع الخاص من أجل إحداث أو تطوير أو توسيع المشروع واستثماره من قبل القطاع الخاص بمفرده أو بالمشاركة مع جهة أخرى عامة أو خاصة عن طريق شركة المشروع وبحيث تكون عائدات القطاع الخاص بشكل أساسي من عائدات المشروع نتيجة استثماره بشكل مباشر أو من قبل شركة المشروع وفقاً لبنود عقود التشاركية". أما المادة ١٧/ من القانون المذكور، فقد حددت أساليب التعاقد في عقود التشاركية بأحد أساليب ثلاثة:

^{٣٠٢} - يتضمّن هذا القانون الأحكام العامة لتنظيم الشراكة، كما يشمل قواعد وإجراءات الطرح والإرساء، وأحكام هذه العقود، وقد أكّدت المادة الأولى منه على أن أحكامه هي الواجبة التطبيق من دون غيرها على عقود الشراكة، وحدد مدة التعاقد بين خمسة سنوات كحد أدنى وثلاثين سنة كحد أقصى من تاريخ التعاقد، على ألا تقل القيمة الإجمالية للتعاقد عن مائة مليون جنية، على ألا يبدأ القطاع الخاص في نقاضي أي مستحقات مالية نظير أداء التزاماته العقدية إلا بعد إصدار الجهة الإدارية المتعاقدة لشهادة بقبول مستوى الأعمال أو الإنتاج أو الخدمات المؤداة، كما نظم القانون إنشاء وتشكيل ونظام عمل الوحدة المركزية للشراكة مع القطاع الخاص والتي تقوم بمتابعة مشروعات الشراكة قبل وفي أثناء وبعد إجراءات الطرح والترسية، وحتى تمام تنفيذ العقود. للمزيد من التفاصيل، انظر: ابراهيم محمّد علي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (p. p) وآليات تسوية المنازعات الناشئة عنها، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، القاهرة، ٢٠١٣، ص ٤١-٤٢.

١- طلب العروض. ٢- الإجراءات غير التنافسية. ٣- العروض التلقائية. مع الالتزام بمبادئ العلانية، والشفافية، والمساواة، وتكافؤ الفرص، والمنافسة...^{٣٠٣}. وبالتالي فإن عقود ال B.O.T تخضع إلى أحكام هذا القانون المذكور^{٣٠٤}.

ويُلاحظ أن عقود ال B.O.T تُبرم عن طريق اللجوء إلى أسلوب المنافسة المقيدة (كما هو الحال في فرنسا بالنسبة إلى جميع عقود التفويض)^{٣٠٥}، والتي تتطلب عملية تأهيل للعروض المقدمة (التأهيل المسبق)^{٣٠٦}، حيث تقوم الإدارة بالإعلان عن العملية التعاقدية- إما عن طريق نشر إعلان أو الاتصال المباشر بالشركات المعنية- وتبين في الإعلان ماهية المرفق محل العقد، وأبعاده الفنية والاقتصادية والقانونية، وتتلقى عروضاً أولية تتضمن سوابق خبرة في إنشاء وإدارة مرافق مشابهة أو قريبة من المرفق المراد تفويض إدارته، ثم تخضع هذه العروض الأولية لفحص الإدارة، التي يجب عليها أن تُعدّ "قائمة مختصرة" بأسماء المستثمرين القادرين على خوض غمار المنافسة، وتقوم بإخطارهم بقبولهم في التنافس على العقد^{٣٠٧}.

^{٣٠٣}- المادة ١٦/ من القانون المذكور بالمتن.

^{٣٠٤}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. أوس جمال مخيبر، مرجع سابق، ص ٧٤ وما بعدها.

^{٣٠٥}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣٥٠-٣٥١.

^{٣٠٦}- تقوم عملية التأهيل المسبق على أساس التحقق من قدرة العارض في إنجاز المشروع محل العقد، بالاستناد إلى إمكانياته، ومصادر التمويل الخاصة به... للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص ٣٣٦-٣٣٧. ... "وذلك لكي تستطيع الدولة استبعاد العناصر غير الجادة، أو التي لا تتفق كفاءتها الفنية والمالية والبشرية مع طبيعة المشروع المعروض". للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مهند نوح، عقد البناء... مرجع سابق، ص ٧٥-٧٦. وانظر أيضاً: المادة ٢١/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر.

^{٣٠٧}- د. محمد غازي الجاللي، مرجع سابق، ص ٣٣؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ١٧٥ وما بعدها. ويتم إبرام عقود "البوت" عبر عدة مراحل هي: ١- تحديد مشروعات "البوت". ٢- إعداد دراسات الجدوى (جدوى اقتصادية- قانونية- بيئية- تسويقية- مالية- فنية وهندسية- =

بعد ذلك يقوم المتنافسون بإعداد عروضهم- وتتسم هذه العروض بالتشابه والتعقيد...- وغالباً ما تقوم عدّة شركات بالتعاون فيما بينها لأجل تقديم عطاء مشترك، فيما يعرف باتفاقية اتحاد الشركة **Consortium** (حيث يشكّل هذا الاتحاد بصورة مبدئية)^{٣٠٨}.

ثمّ تقوم الإدارة بطلب توضيحات من العارضين حول بعض المسائل التي تُثيرها عروضهم، ليُصار إلى المقارنة والمفاضلة بين هذه العروض على أساس معايير عدة، من بينها المعيار المالي... ويمكن للإدارة أن تتفاوض مع صاحب العرض الأفضل، إذا رأت أن عرضه يبتعد كثيراً عن

= تنظيمية وإدارية- اجتماعية). ٣- طرح السلطة الإدارية لمشروعات البوت للتعاقد. ٤- مرحلة تقديم العروض وتشكيل اتحاد الشراكة (الكونسورتيوم). ٤- تقييم العروض واختيار شركة المشروع. انظر في كيفية تقييم العروض: د. مهند نوح، عقد البناء، مرجع سابق، ص ٥٩-٦٠. ٣٠٨- د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٥١؛ ومن الجدير بالذكر أنه يجب عند إنشاء الكونسورتيوم أن يتضمن الاتفاق الخاص به: "٧- عدم جواز التنازل للغير. ٩- التعاقد من الباطن". انظر: د. مهند نوح، المرجع أعلاه، ص ٨٧-٨٨. الكونسورتيوم: هو عبارة عن اتفاق يبرم بين أشخاص طبيعية أو اعتبارية محلية أو أجنبية، يتضمن التزامات كل طرف في تنفيذ مشروع معيّن، لمدة معيّنة، من أجل تحقيق الربح، من دون أن ينشأ عن هذا الاتفاق كيان ذاتي أو شخصية حقوقية مستقلة، فالمسألة الرئيسة في "الكونسورتيوم" تتجسّد في كونه اتفاقاً لا ينشأ عنه تشكيل شركة لها الشخصية القانونية، بل هو تجمع اتفاقي ليس له شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء. وتتعدد غايات اللجوء إلى تكوين "الكونسورتيوم"، فقد يكون الهدف منه النّقْم بعطاء مشترك، أو تنفيذ مشروع أو مشروعات معيّنة في حال رسو العقد عليهم، مع عدم النّقْد بقواعد القانون الخاصة بالشركات، بما يؤدي إلى توزيع المخاطر الاقتصادية للمشروع فيما بينهم. وقد اختلف الرأي حول تحديد الطبيعة القانونية للكونسورتيوم، فذهب بعضهم إلى أنه شركة محاصة؛ لأنه يشابه معها في عدم تمتعه بالشخصية المعنوية، في حين ذهب البعض الآخر إلى أنه شركة تضامن واقعية أو فعلية، ولكن الرأي الراجح في الفقه المصري هو أنه يمثّل نوعاً من الضمان الاتفاقي يقدّمه أعضاء هذا الاتفاق لصاحب العمل، للمزيد من التفاصيل حول مزايا وعيوب الكونسورتيوم، انظر: د. محمد فكري عبد المهدي، مرجع سابق، ص ٣٨-٣٩؛ د. مهند نوح، مرجع سابق، ص ٨١ وما بعدها؛ د. ماهر حامد، مرجع سابق، ص ١٠٨ وما بعدها.

التوقعات؛ للوصول إلى درجة التوقعات المرجوة من وراء إبرام العقد، وبعد أن يتم الإرساء يجري إخطار "الكونسورتيوم" المعني وفقاً للأصول^{٣٠٩}.

وعلى الرغم من منح إدارة مرفق عام إلى شركة المشروع بغاية تشييده واستثماره، فذلك يجب ألا يفهم منه تخلي الإدارة عن المرفق المفوض؛ لأن هذا الأخير جزء من كيان الدولة... فالدولة هي المكلّفة أصلاً بإدارة المرافق العامة، فإذا عهدت إلى الغير أمر القيام بذلك، لم يخرج المتعاقد في إدارته عن كونه معاوناً لها ونائباً عنها في "أمر هو من أخصّ خصائصها"^{٣١٠}، ما يلقي على كاهل الإدارة واجب الرقابة على تنفيذ عقد ال B.O.T، فهي سلطة تحمل طابع الواجب؛ بمعنى أنه يجب عليها التدخل واستعمال سلطتها هذه في سبيل تحقيق المصلحة العامة^{٣١١}. وهذا الواجب من السلطات الثابتة للسلطة المانحة، والمستمد من طبيعة المرفق العام محلّ العقد، ولا يمكن لجهة الإدارة أن تتنازل عنه كله أو بعضه، فلها أن تتدخل في تنفيذ العقد، وأن توجهه كيفما تشاء، وفق ما تُمليه عليها المصلحة العامة، ومصلحة المرفق^{٣١٢}، كأن تطلب من المتعاقد معها الاستعانة بعمّال آخرين،

^{٣٠٩}- د. محمد غازي الجليلي، مرجع سابق، ص ٣٦؛ د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٦٢٤-٦٢٥؛ د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٣٥١-٣٥٢؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B. O. O. T، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٦٧ وما بعدها.

^{٣١٠}- د. نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠؛ وانظر أيضاً: د. جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص ١١٣ و ١٢٣.

^{٣١١}- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، مرجع سابق، ص ٣٧؛ وانظر أيضاً: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

^{٣١٢}- وفي المعنى نفسه، انظر: د. جهاد الحرازين، المرجع أعلاه، ص ١١٧ وما بعدها. وللمزيد من التفاصيل، انظر: محمد علوان، مرجع سابق، ص ١١٩ وما بعدها. عبارة "مصلحة المرفق العام" غير متطابقة تماماً مع فكرة "المصلحة العامة" وإنما هي عنصر من عناصرها، بمعنى أن متطلبات المرفق العام هي التي تبرّر إشراف الإدارة على تنفيذ العقد.... فلا يجوز الارتكاز على فكرة المصلحة العامة بمعناها المطلق؛ لأن هذه الفكرة من الأفكار الغامضة والفضفاضة.

أو تغيير طريقة التنفيذ، أو الإسراع من معدلها... بالإضافة إلى تعيين مندوب عنها للإشراف على التنفيذ الصحيح للعقد. ورغم ثبوت هذا الحق، وعدم المنازعة بشأنه، إلا أن مدى استعماله قد يختلف بين عقد إداري وآخر، فهو في عقد ال B.O.T أوسع نطاقاً، وأرحب مجالاً؛ لأن المتعاقد يقوم شخصياً بإدارة المرفق المفوض إليه، وبالتالي يحق للإدارة المفوضة أن تتدخل في كل وقتٍ وحين لتغيير طريقة شركة المشروع في إدارة هذا المرفق الممنوح، وأسلوب تعاملها مع المنتفعين من خدمات المرفق^{٣١٣}. فدرجة اتصال عقود ال B.O.T بالمرافق العامة قد بلغت أوجها^{٣١٤}.

وسلطة الإدارة المانحة في الرقابة من الأهمية بمكان في نطاق عقود البوت (B.O.T)، لسببين رئيسيين: أولهما، يتمثل في المدة الزمنية الطويلة لهذا العقد التي قد تصل إلى تسع وتسعين عاماً^{٣١٥}، وثانيهما، يتمثل في التزام

^{٣١٣}- د. منيرة عوض، مرجع سابق، ص ٣٧؛ د. مروان القطب، مرجع سابق، ص ٣٦١؛ وانظر أيضاً: د. جهاد الحرازين، مرجع سابق، ص ١٣٤-١٣٥. ومما تجب الإشارة إليه، هو أن الإدارة المانحة تراعي في منحها للتفويض عدداً من المقتضيات، فعلى سبيل المثال، إذا رغبت الدولة في أن يتحمل المتعاقد معها المسؤولية الكاملة عن إدارة المرفق العام، تختار أسلوب الالتزام، أو إجارة المرفق العام (الامتياز)، وبالمقابل تلجأ الإدارة إلى أسلوب عقود الإدارة والإدارة بالشاركة (مشاركة الاستغلال) في حال رغبت بممارسة رقابة صارمة على المرفق العام، في حين تكون الرقابة محدودة في عقود الإيجار والالتزام، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، إذا كانت حاجة الإدارة تتمثل في إعداد الإنشاءات الأولية للمرفق العام، فإنها تلجأ إلى أسلوب الالتزام، وفي حال كان المرفق قائماً بإنشاءاته، فيتم اللجوء إلى أسلوب مشاركة الاستغلال، أو عقد امتياز المرفق العام، أو عقد الإدارة، انظر: د. مروان محي الدين القطب، مرجع سابق، ص ٤٨١-٤٨٢؛ د. أبو بكر عثمان النعيمي، مرجع سابق، ص ٦٨؛ د. بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص ١٨٠.

^{٣١٤}- ياسمين ابراهيم، مرجع سابق، ص ١٠٤.

^{٣١٥}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٣٧-١٣٨؛ سميرة حصايم، عقود البوت B. O. T إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، ٢٠١١، ص ٩٧-٩٨؛ وفي المعنى نفسه، انظر: د. ابراهيم الهندي، د. عيسى الحسن، د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ٢٧٠. وهناك من يرى أن: "حق الرقابة في مجال عقود "البوت"، يتعين أن يؤخذ بالمعنى الضيق وبما يرادف مفهوم=

شركة المشروع بإعادة حيابة المرفق إلى السلطة المانحة بحالة جيدة عند انتهاء مدة العقد^{٣١٦}.

وتجدر الإشارة إلى أن سلطة الرقابة تمارس على المرفق العام المفوض لا على شركة المشروع، وإن عدم لحظها في العقد، أو كراسات الشروط- سواء دفاتر الشروط العامة أو الخاصة- لا يعفي الإدارة من ممارستها (كما قلنا قبل قليل)؛ لأنها من متعلقات النظام العام، فإذا تم النص عليها في متن العقد فهو لا يعدو أن يكون نصاً كاشفاً (تنظيم) لهذه السلطة، وليس نصاً منشئاً لها^{٣١٧} وعلى سبيل التبصر للمتعاقد ليس إلا.

أما فيما يتعلق بحق الجهة الإدارية في تعديل النصوص التنظيمية (اللائحية) في عقد ال B.O.T، فهو يتأسس على مقتضيات سير المرافق العامة بشكل دائم ومستمر، والتي تتطلب دائماً أن يكون المرفق المفوض قابلاً للتحديث والتغيير، وذلك إعمالاً للمبادئ القانونية العامة الحاكمة لسير المرافق العامة، وحقها في التعديل من النظام العام (فالجهة الإدارية تنقل بموجب عقد التشييد والتشغيل والتحويل إدارة المرفق موضوع العقد من "دون تنظيمه الذي يبقى من حقوقها الأصلية الغير قابلة للتنازل بالطريق العقدي"^{٣١٨})، لكنه يقتصر على الشروط التنظيمية من دون الشروط التعاقدية؛ نظراً لارتباط هذه السلطة (التعديل الانفرادي بالإرادة المنفردة) بتسيير

=الإشراف، فيقصد به التحقق من أن الطرف الخاص المتعاقد ينفذ العقد تنفيذاً صحيحاً وطبقاً لشروطه"، انظر: د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٥٩؛ وفي الرأي ذاته، انظر: د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ٢٩٠.

^{٣١٦}- د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٤٩؛ د. ماهر حامد، مرجع سابق، ص ٢٩١؛ نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B. O. T وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، مجلة دراسات الشريعة والقانون، المجلد ٤٠/، ملحق ١/، ٢٠١٣، ص ١٠٥٤-١٠٥٥.

^{٣١٧}- د. جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص ١٢٠-١٢١ و ص ١٢٤.

^{٣١٨}- د. مهني مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل، مرجع سابق، ص ٥٢.

المرفق العام^{٣١٩}. علماً أن مدى استعمال الإدارة لسلطتها في التعديل الانفرادي ليست سواء- كما قلنا سابقاً- في جميع العقود الإدارية، وإنما يرتبط بمدى إسهام المتعاقد مع الجهة الإدارية في تسيير المرفق العام وإدارته، فهذه السلطة شديدة الاتساع في عقود ال B.O.T؛ لأنّ المتعاقد يقوم بإدارة المرفق المفوض وتسييره نيابةً عن الإدارة المانحة، حيث إنّ درجة اتصال عقد ال B.O.T بالمرفق العام شديدة ووطيدة، فهو أعلى درجات الاتصال ومراتبه، ألا وهو تنفيذ وإدارة هذا المرفق من قبل شركة المشروع بغاية تسييره واستمراره، حيث تمثل الشكل الأول والصورة الأقوى لاتصال العقد بالمرفق العام^{٣٢٠}.

علاوةً على ما تقدم، يُحظر على المتعاقد مع الإدارة التنازل عن التزامه للغير، أو التعاقد بشأنه من الباطن (حيث تحرص عقود ال B.O.T -عادةً- على تضمين العقد ما يفيد الإشارة إلى الاعتبار الشخصي)، تحت طائلة بطلان تصرفه هذا- في حال عدم موافقة الإدارة على هذا التعاقد من الباطن، أو ذلك التنازل- وإسقاط الالتزام من قبل الإدارة؛ لأن إبرام عقد التزام الأشغال العامة أو ال B.O.T يتم لاعتبارات شخصية في الملتمزم أو شركة المشروع (حسب الحال)، وبالتالي فإن عقد ال B.O.T من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي لشركة المشروع^{٣٢١}.

^{٣١٩}- د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٥٣٨. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. ابراهيم الهندي، د. عبسي الحسن، د. سعيد نحيلي، مرجع سابق، ص ٢٧٠؛ نوفان العقيل العجارمة، مرجع سابق، ص ١٠٥٥-١٠٥٦.

^{٣٢٠}- وهو أمر لم يجادل فيه أحد حتّى أولئك الذين أنكروا الطبيعة الإدارية لعقود البوت، انظر: د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ١٩٣-١٩٤ و ص ٢١٩ وما بعدها.

^{٣٢١}- د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل (B.O.T)، مرجع سابق، ص ٥٦؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ٤٣٢ وما بعدها. وانظر أيضاً: المادتين ٥/٦- من عقد إنشاء مطار مرسى علم في مصر، لدى: د. نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، مرجع سابق، ص ٣٣٦-٣٣٧.

ونجد هذا القيد (حظر التنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن إلا بموافقة الجهة الإدارية) مكتوباً بصيغ متعددة في معظم عقود امتياز المرافق العامة في جمهورية مصر العربية، على النحو الآتي: "إن هذا الامتياز شخصي بحث، وبناءً عليه فإن الشركة لا يمكن أن تتنازل عنه للآخرين، ولا يجوز لها تأسيس شركة أخرى لاستغلاله بدون الحصول على إذن كتابي مسبق من الحكومة"^{٣٢٢}.

ولما كان عقد ال B.O.T من عقود الاعتبار الشخصي، فالأصل أن الاندماج يؤدي إلى فسخ العقد؛ نظراً لزوال الشخصية المعنوية لشركة المشروع، وإن كان البعض يذهب إلى القول: إن الاندماج لا يؤدي إلى إنهاء العقد ما لم يُفسر هذا الاندماج إلى إخلال شركة المشروع بالتزاماتها العقدية^{٣٢٣}.

وعليه، يمكن القول: إن عقود التشييد والتشغيل والتحويل B.O.T، من العقود ذات الطابع الشخصي، أي القائمة على الاعتبار الشخصي للمتعاقدين مع الإدارة؛ نظراً لطريقة اختيار المتعاقد من جهة، ولاتساع مدى استعمال سلطات الإدارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها من جهة أخرى، فدرجة اتصال هذه العقود بالمرافق العامة شديدة، وممتينة جداً، لدرجة أنها لا تقبل التجزئة، أو الانفصال، ما يستتبع معه القول بارتفاع الاعتبار الشخصي ليصل إلى أقصى مراتبه ودرجاته.

وبهذا نأتي إلى ختام الفصل الأول المتعلق بالجانب التأصيلي لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري، وننتقل بعد ذلك لدراسة الاستثناءات الواردة على هذا المبدأ في الفصل الثاني من هذا البحث.

^{٣٢٢} - انظر: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٢٥. تنص المادة الخامسة من القانون رقم ٣/ لعام

١٩٨٧، على أنه: "... ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء".

^{٣٢٣} - د. مي محمد عزّت علي شرباش، مرجع سابق، ص ١١١.

الفصل الثاني

الاستثناءات الواردة على مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الإداري

تمهيد ونقسيـم:

تعدّ ظاهرة التعاقد من الباطن "من أبرز النتائج المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري"^{٣٢٤}، ما يمكن معه القول: إنّ هذه الظاهرة من أهم الاستثناءات الواردة على مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، فالتعاقد من الباطن غالباً ما يتناسب والواقع العملي، بل ويشكّل في حد ذاته ضرورة عمليّة، فمن النادر - إن لم نقل من المستحيل - أن تتوافر في المتعاقد مع الإدارة المقدرة المالية والتقنية على تنفيذ موضوع العقد بشكل كامل - وفي الأجل المضروب من دون تأخير - بمصادره وحده، فمعظم المتعاقدين - حتى الشركات الكبيرة - لا يملكون الوسائل والموارد كافة بما يسمح لهم بتنفيذ العقد بصورة كاملة ومن دون أي تأخير، فلا يكون أمامهم - والحال كذلك - سوى اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع الغير من ذوي التخصص للإسهام معهم في القيام بما يعجزون عنه^{٣٢٥}.

وفي بعض الحالات يكون غرض التعاقد الأصلي من إبرام اتفاق التعاقد من الباطن تمكينه من تسليم الأداءات محلّ العقد الأصلي في الوقت المحدد، أو تكون تلك الشركات المتعاقد معها من الباطن تملك الخبرة الفنيّة،

^{٣٢٤} - د. محمّد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ٦٧؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. ابراهيم

الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٧-١٩٨؛ شامل العزاوي، مرجع سابق، ص ١١٩-١٢٠.

^{٣٢٥} - د. عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ١٤٥ وما بعدها؛ لارا مارون ونّا، المقالة من الباطن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية - الفرع الثاني، الجامعة اللبنانية، ٢٠١٩، ص ١٠ و ص ٦٤-٦٥؛ د. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مرجع سابق، ص ٤٥٣-٤٥٤.

أو الملاءة المالية التي تفوق خبرة المتعاقد الأصلي وملاءته في هذا الجزء المتعاقد بخصوصه من الباطن^{٣٢٦}. وقد يكون سبب ذلك رغبةً من المتعاقد الأصلي في تحقيق ربح مالي، عن طريق تنفيذ الأداءات محلّ التعاقد بتكلفة أقل مما هو متفق عليه مع جهة الإدارة. بالإضافة إلى تقليل مخاطر المشروع...^{٣٢٧}.

فظاهرة التعاقد من الباطن كانت- ولا تزال- من أكثر الظواهر المثيرة للتساؤلات والخلافات في نطاق القانون بشكل عام، وفي مجال العقود الإدارية بشكل خاص، حتّى يمكن القول إنه لا يخلو عقد إداري من وجود عقد من الباطن أو أكثر^{٣٢٨}.

سبق وأن أشرنا في الفصل السابق إلى أن العقود الإدارية ذات طابع شخصي، ما يلقي على عاتق المتعاقد مع الإدارة التزام التنفيذ الشخصي لهذه العقود، إلا أنه قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري ظروفًا معينة تحول دون قيام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد شخصياً^{٣٢٩}، ما يؤدي بدوره إلى زوال الاعتبار الشخصي لهذا الأخير.

وقد يزول هذا الاعتبار إما بتنازل المتعاقد عن عقده إلى الغير، نتيجةً للنقص الفاحش في قدرته المالية أو الفنية التي كان يتمتع بها أثناء إبرام العقد الإداري... فيتقدّم المتعاقد مع الإدارة إليها طالباً منها الموافقة على ذلك

^{٣٢٦}- د. محمّد حنون جعفر، مسؤولية المفاوض العقديّة عن فعل الغير (دراسة مقارنة)، ط/١، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس- لبنان، ٢٠١١، ص ١٥٧؛ لارا ونا، مرجع سابق، ص ٩.

^{٣٢٧}- د. عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المفاوض والمهندس ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ٩٧؛ نور قدور، عقد المفاوضة من الباطن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣، ص ٤٥.

^{٣٢٨}- أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ١ وص ٥٠؛ د. عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية، مرجع سابق، ص ١٤٨.

^{٣٢٩}- قريب من هذا المعنى: د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٣٤-٢٣٥.

التنازل إلى متعاقد آخر يمتلك مقدرة فنيّة ومالية أكثر منه، أو بزوال الشخصية الحقوقية للمتعاقد مع الإدارة تماماً، كما في حالة وفاته إذا كان شخصاً طبيعياً، أما إذا كان شخصاً اعتبارياً- شركة مثلاً- فإن العقد ينتهي بانحلال هذه الشركة وتصفيته (شأنها شأن أي كائن حي). فانحلال الشركات- سواء أكانت مدنية أم تجارية- هو في منزلة الوفاة للشخص الطبيعي (الإنسان) سواء بسواء، وأسباب انحلال الشركات منها ما هو عام يشمل جميع الشركات، ومنها ما هو خاص بنوع معيّن من الشركات، مع العلم أن الشخصية القانونية للشركة المُنحَلّة تبقى قائمة بالقدر اللازم للتصفية، وإلى أن تنتهي هذه التصفية^{٣٣٠}.

كما قد يزول الاعتبار الشخصي بزوال الاعتبار المالي للمتعاقد مع الإدارة، فهذا الاعتبار الأخير- كما ذكرنا سابقاً- من الصفات الجوهرية التي تأخذها الإدارة المتعاقدة في الحساب أثناء انتقائها للمتعاقد معها، كما في حالة إفلاسه، أو إيساره.

واستناداً إلى ما تقدم، سوف نقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على

النحو الآتي:

المبحث الأول: التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية.

المبحث الثاني: زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة.

^{٣٣٠}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ٤٣٥ وما بعدها؛ إيهاب سامر عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٣٠ وما بعدها.

المبحث الأول

التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية

إنّ تطوّر العقود الإدارية أدّى إلى انتشار ظاهرة التعاقد من الباطن بكثرة في تنفيذ هذه العقود، غير أنّ هذه الظاهرة لم تكن موضع ترحيب- على الدوام- من قبل الفقه والأنظمة القانونية المتعاقبة، فقد رأت فيها تناقضاً مع فكرة الاعتبار الشخصي التي يتعيّن احترامها في أثناء إبرام والعقود الإدارية وتنفيذها، حيث تعدّ هذه الفكرة مانعاً من موانع التعاقد من الباطن، إلا أنه سرعان ما فرض نفسه وأصبح حقيقةً وواقعاً يتعيّن التعامل معه، وتقنيته بدلاً من الالتفاف عليه، أو التهرب منه^{٣٣١}. حيث إنّ فكرة الاعتبار الشخصي- التي لا تعني التنفيذ المادي للعقد، بل المسؤولية الشخصية عن هذا التنفيذ- تتسع لتشمل فيما تشمل إمكانية السماح بالتعاقد من الباطن، من أجل الإسهام في تنفيذ جانب من محلّ العقد الأصلي، طالما أنّ التعاقد الأصلي سيبقى المسؤول الرئيس عن تنفيذ العقد بأكمله... ، فالتعاقد من الباطن لا يؤدي إلى حلول الغير محلّ التعاقد الأصلي، وبالتالي لا يهدم مبدأ التنفيذ الشخصي^{٣٣٢}.

ونظراً إلى التقدّم العلمي والتقني والاقتصادي، وما أفرزه من التخصص الدقيق في شتى مجالات الحياة في الوقت الحاضر، بالإضافة إلى تطوّر الأداءات موضوع العقود الإدارية وتنوّعها، يتطلّب تنفيذ مشروع من المشروعات العامة تعاون وتضافر العديد من جهود الشركات المتخصصة من أجل إنجازه على الوجه الذي يحقق الصالح العام، فتنفيذ مشروع عام مثل مترو الأنفاق، أو بناء مطار، أو مفاعل نووي... يتطلّب مشاركة عدد كبير

^{٣٣١}- د. زهير مصطفى صالح، الآثار الناشئة عن التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ٢٠١٨، بحث منشور على

الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.mohamah.net/law>.

^{٣٣٢}- ياسمين إبراهيم، مرجع سابق، ص١٨٦؛ وانظر أيضاً: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص١٩٧؛ د. سعيد نحيلي، د. عيسى

الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص١٣٥.

من الأشخاص على درجة عالية من الخبرة والتخصص^{٣٣٣}. فالأسباب المذكورة تتطلب من المتعاقد مع الإدارة أن يقوم بالتعاقد من الباطن مع شركة متخصصة لحفر الأساسات، ومع شركة أخرى لأعمال الخرسانات، ومع شركة ثالثة لأعمال البناء والصرف الصحي، ومع شركة رابعة لتوصيل التمديدات الكهربائية، فضلاً عن التعاقد مع مؤسسة متخصصة لصناعة الأبواب وتركيبها... وغيرها^{٣٣٤}.

وفي سبيل إنجاز هذه المشروعات وتنفيذ محلّ العقد الإداري، إما أن تقوم الإدارة بإبرام عقود عدّة لتنفيذ مشروع واحد مع عدة متعاقدين متخصصين، بحيث يتولّى كل متعاقد منهم تنفيذ جزء من محلّ العقد، وهذا يكفّرها الكثير من الوقت، والمال، والجهد، علاوةً على تعدد المسؤولية وصعوبة حصرها في أحد المتعاقدين، أو أن تتعاقد مع متعاقد واحد لتنفيذ العقد بأكمله يكون مسؤولاً أمامها عن توجيه المشروع وتنفيذه مع تفويضه بالتعاقد من الباطن، ولا شك في أن هذا الأسلوب منطقي وعملي في آن واحد^{٣٣٥} (انطلاقاً من مبدأ وحدة الضمان).

وترتيباً على ما تقدم، سوف نحاول دراسة التعاقد من الباطن من خلال تقسيمه إلى مطلبين، نتحدث في المطلب الأول عن ماهية التعاقد من الباطن، ثم ننتقل للمطلب الثاني الذي نبحت فيه الآثار القانونية الناشئة عن هذا التعاقد.

^{٣٣٣} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤٢ وص ٤٥-٤٦؛ د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٧٥؛ د. أكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، مرجع سابق، ص ٢٣٩؛ برجم صليحة، مرجع سابق، ص ٤١-٤٢.

^{٣٣٤} - انظر على سبيل المثال لا الحصر: د. عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، مرجع سابق، ص ٩٦.

^{٣٣٥} - د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة زين، بيروت، ٢٠١١، ص ٢١٠؛ د. محمد إسماعيل، المرجع أعلاه، ص ١٧٦؛ د. نجاتي غازي، مرجع سابق، ص ٢٤٥-٢٤٦؛ د. نائلة نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٦٥.

المطلب الأول

ماهية التعاقد من الباطن

التعاقد من الباطن هو "شكل من الأشكال التي يمكن من خلالها المساهمة في تنفيذ العقد الإداري"^{٣٣٦}، ويفترض هذا التعاقد - بطبيعة الحال - أن يكون محل العقد الأصلي قابلاً للتجزئة، وهو أمر ممكن ومتصور في غالبية العقود الإدارية، ومرجع ذلك، تنوع الأداءات والمواد والخدمات المطلوبة لتنفيذ المرافق العامة وتسييرها من خلال العقود الإدارية^{٣٣٧}. فقد كان التعاقد من الباطن يتم بشكل استثنائي، وبأضيق الحدود؛ نظراً للتقيّد الصارم بتطبيق مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي، لكن مقتضيات التقدم التقني - كما ذكرنا سابقاً - وما أفرزه من حتمية التخصص المهني الدقيق، وتقسيم العمل، جعلت من اشتراك أكثر من متعاقد في تنفيذ محل العقد أمراً ضرورياً لا بدّ منه^{٣٣٨}.

لقد أصبح التعاقد من الباطن، أسلوباً طبيعياً لتنفيذ الأداءات المطلوبة لإشباع الاحتياجات العامة، وطريقة مناسبة لمشاركة الشركات الصغيرة في تنفيذ تلك الأداءات، إضافةً إلى السماح للمتعاقدين مع الإدارة بتنفيذ عقودهم الأصلية في موعدها المحدد^{٣٣٩}.

واستناداً إلى ما تقدم، فإن دراستنا لهذا الموضوع ستكون من خلال الحديث عن مفهوم التعاقد من الباطن في الفرع الأول، أما في الفرع الثاني فسنحاول تمييز التعاقد من الباطن.

^{٣٣٦} - د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٨٧.

^{٣٣٧} - د. نجاتي غازي، مرجع سابق، ص ٢٤٤؛ د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٢٨؛ د.

جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

^{٣٣٨} - د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٧؛ م. أمير يوسف، مرجع سابق، ص ١٧١.

^{٣٣٩} - د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٢٨.

الفرع الأول

مفهوم التعاقد من الباطن

أدى تطور الأداءات موضوع العقود الإدارية، وتدخل بعض العوامل الاقتصادية والفنية، بالإضافة إلى صدور بعض التشريعات إلى تعدد أنواعه وأشكاله، ما يفرض الإحاطة بمفهوم التعاقد من الباطن من خلال تعريفه (أولاً)، وبيان الخصائص التي يتميز بها (ثانياً)، ثم ننتقل إلى الحديث عن مدى مشروعيته (ثالثاً).

أولاً- التعريف بالتعاقد من الباطن:

من المعلوم أن المشرّع لا يضع - غالباً - تعريفاً لمصطلح قانوني ما، ورد ذكره في سياق النص التشريعي؛ وذلك لأن وضع التعريفات القانونية هو من مهمات الفقه والقضاء عادةً. لكنّ المشرّع قد ينهض بهذه المهمة في بعض الحالات الخاصة، وذلك عندما يولي مصطلحاً ما أهمية خاصة^{٣٤٠}.

بناءً على ما تقدّم نجد أن المشرّع الفرنسي قد عرّف التعاقد من الباطن في القانون رقم /75- 1334/ الصادر بتاريخ /31/ ديسمبر 1975 (وهو المتعلّق بالتعاقد من الباطن سواء في نطاق العقود الإدارية، أو في مجال العقود الخاصة)، وذلك في المادة الأولى منه بأنه: "تلك العملية التي يعهد بموجبها المتعاقد، عن طريق التعاقد من الباطن، وتحت مسؤوليته، إلى شخص آخر يطلق عليه اسم المتعاقد من الباطن، بتنفيذ كل أو جزء من المشروع أو العقد الإداري المبرم مع صاحب العمل"^{٣٤١}.

^{٣٤٠} - د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٣؛ د. نائلة نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٦٦.

^{٣٤١} - إيهاب عليا، التنازل عن العقد الإداري، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٩/، العدد ١٠/، ٢٠١٧، ص ١٦٩؛ لارا مارون ونا، مرجع سابق، ص ١٠ و ص ٩١. نشر في الجريدة الرسمية بتاريخ 1976/1/3، وعدل عدّة مرّات كان آخرها الأمر رقم ٢٠١٠-١٣٠٧ المؤرخ في ٢٨ أكتوبر ٢٠١٠؛ انظر: مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاوله البناء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران ٢/، ٢٠١٥/٢٠١٦، ص ٢٠.

ويُتّضح من هذه المادة أن المشرّع الفرنسي يذهب إلى أن التعاقد من الباطن يشمل التنفيذ الكلّي للعقد الأصلي، إلا أن غالبية الفقه الفرنسي يذهب خلاف ذلك؛ أي أن التعاقد من الباطن لا يمكن أن يكون إلا بصورة جزئية من العقد العام^{٣٤٢}. فالتعاقد من أجل تنفيذ كلّ أجزاء العقد الأصلي يعدّ تنازلاً كلياً عن العقد من جانب المتعاقد مع الإدارة...^{٣٤٣} وبالتالي لا يجوز - التعاقد الكلّي من الباطن - إلا إذا تمّ النص صراحةً على إباحته، إذ يجب على هذا المتعاقد أن ينفذ جزءاً من محلّ العقد الأصلي من أجل تأمين تعاون متعاقديه من الباطن ورقابتهم في تنفيذ العقد، "مع بقائه مسؤولاً مسؤولية كاملة عن هذا التنفيذ، لأنه لم يتنازل عن هذه المسؤولية للغير"^{٣٤٤}.

وقد تبنيّ قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم (٢٠٠٦/٩٧٥) وجهة نظر الفقه هذه، في المادة /١١٢/ منه والتي تنص على أنه: "يستطيع الطرف الأصيل في عقد الأشغال العامة، أو عقد الخدمات العامة، أو العقد الصناعي، أن يتعاقد من الباطن بغية تنفيذ بعض أجزاء من عقده، شريطة أن يكون قد حصل من السلطة المتعاقدة معه على القبول لكل واحد من المتعاقدين من الباطن، ولشروط السداد المباشر لهم..."^{٣٤٥}.

لكن مع صدور قانون **Murcef** بتاريخ ١١/١٢/٢٠٠١، تمّ تأطير عملية التعاقد من الباطن، حيث عمّد المشرّع إلى التمييز بين عقود الشراء

^{٣٤٢} - للمزيد من التفاصيل، انظر: د. نائلة نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٦٦-١٦٧؛ د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٧١-٧٢ وص ٧٧؛ لارا ونا، مرجع سابق، ص ١٠ وما بعدها.

^{٣٤٣} - د. محمد فكري عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٢٧؛ د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، مجلة جامعة البعث، المجلد /٣٨/، العدد /٤٩/، ٢٠١٦، ص ٥٥.

^{٣٤٤} - د. ماهر محمد ماهر، مرجع سابق، ص ٣٦٧-٣٦٨؛ د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٤٧؛ تنص المادة /٤-٤/ من الشروط العامة لفيديك /١٩٩٩/ على أنه: "لا يجوز للمقاول أن يتعاقد مع مقاولين من الباطن على كل الأعمال". مشار إليها لدى: د. عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك **FIDIC**...، مرجع سابق، ص ٩١.

^{٣٤٥} - د. زياد العرسان، المرجع أعلاه، ص ٥٥-٥٦.

العام من جهة، وعقود تفويض المرفق العام من جهة أخرى، وذلك بأن أجاز التعاقد من الباطن بشكل جزئي بالنسبة إلى العقود الأولى، وأباحه بصورة كلية في العقود الثانية^{٣٤٦}.

ومع صدور القانون رقم ٢٠١٦/٦٥ المتعلق بعقود الامتياز، تمّ تعريف التعاقد من الباطن في المادة ٥٤/ منه، بأنه: "يجوز لصاحب الامتياز أن يعهد إلى طرف ثالث جزء من الخدمات أو الأشغال الواردة في عقد الامتياز، بشرط أن يظلّ مسؤولاً عن أداء جميع الالتزامات الناشئة عن عقد الامتياز". وأكد المرسوم ٢٠١٦/٨٦ بشأن عقود الامتياز بموجب المادة ٣٥/ منه، على أن التعاقد من الباطن يجب أن يكون بنسبة "أقل من ١٠٪ من القيمة الإجمالية لعقد الامتياز"^{٣٤٧}.

وقد عرّف المجلس الاقتصادي والاجتماعي في فرنسا التعاقد من الباطن على أنه: "تلك العملية التي يعهد من خلالها مشروع إلى مشروع آخر، بتنفيذ جزء من أعمال الإنتاج أو الخدمات، وفقاً لدفتر الشروط المعدّ مسبقاً، على أن يظلّ المشروع الأصلي مسؤولاً عن التنفيذ بأكمله"^{٣٤٨}.

ووفقاً لرأي بعض الفقهاء الفرنسيين يعرف التعاقد من الباطن بأنه: التصرف القانوني الذي يقوم من خلاله المتعاقد بالتعاقد من الباطن بخصوص التزامه بالتوريد، أو النقل، أو الأشغال العامة، أو التصنيع، مع شخص آخر للتعاون في تنفيذ هذا الالتزام^{٣٤٩}.

وتوجد تعريفات متعددة للتعاقد من الباطن حيث يعرف بأنه: "اتفاق المفاوض الأصلي مع الغير لتنفيذ جزء من الأشغال موضوع العقد"^{٣٥٠}. أو هو:

^{٣٤٦} - د. وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص ٥٢٩-٥٣٠.

^{٣٤٧} - نقلاً عن: د. بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

^{٣٤٨} - د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٦.

^{٣٤٩} - A. De Laubadère, F. Modern, P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, L. G. D. J, Paris, T. 2, 1984, P. 12

^{٣٥٠} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤٢.

"التصرف الذي بواسطته يعهد بواسطته المتعاقد الأصلي بجزء أو بعنصر من العقد إلى آخر لتنفيذه"^{٣٥١}. أو هو: "العمل الذي من خلاله يفوض المتعاقد شخصاً آخر بواسطة عقد للحلول مكانه من أجل تنفيذ جزءاً من التزاماته في العقد"^{٣٥٢}. أو هو: "التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد"^{٣٥٣}. بينما عرّف الدكتور فؤاد العطار التعاقد من الباطن بأنه^{٣٥٤}: "الاتفاق الذي بمقتضاه يتخلّى المتعاقد الأصلي، عن كل أو جزء من العقد المبرم مع الإدارة، لصالح شخص آخر، على أن يبقى مسؤولاً بصفة شخصية، أمام الإدارة، عن تنفيذ العقد المذكور".

ويعرّف أستاذنا الدكتور نجم الأحمد التعاقد من الباطن بقوله: "هو مساهمة الغير في تنفيذ كل أو بعض العقد الإداري المبرم بين الجهة الإدارية ومن تعاقدت معه، بحيث تنشأ بين طرفين جديدين هما المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، رابطة عقدية جديدة هي رابطة التعاقد من الباطن. على أن يبقى المتعاقد الأصلي، من حيث المبدأ، مسؤولاً عن تنفيذ العقد بأكمله. مع إمكانية أن يصبح المتعاقد من الباطن دائناً للإدارة المتعاقدة، في حدود الأعمال المنفذة من قبله"^{٣٥٥}.

ومن وجهة نظرنا، يمكن تعريف العقد من الباطن بأنه: التصرف القانوني الذي يعهد بمقتضاه المتعاقد الأصلي إلى الغير (المتعاقد من الباطن)، بتنفيذ جزء أو أجزاء من محل العقد الأصلي المبرم مع الإدارة، مع بقاء المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد جملةً وتفصيلاً، وضامناً للمتعاقد من

^{٣٥١}- د. عبد الإله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، العقود الإدارية، المجلد الرابع، بدون دار نشر، دمشق، ١٩٨٥، ص ٣٠٠-٣٠١.

^{٣٥٢}- د. محمد يوسف الحسين، تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٥٧.

^{٣٥٣}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٦٨.

^{٣٥٤}- نقلاً عن: د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٨٨.

^{٣٥٥}- د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٩-٣٠.

الباطن، وإمكانية مطالبة هذا الأخير للإدارة مباشرةً بحقوقه المالية الناشئة عن العقد، في حال موافقتها على العقد من الباطن.

ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد أن بعض الفقهاء يستخدمون اصطلاح "التنازل الجزئي" للدلالة على اصطلاح "التعاقد من الباطن"، لكن بعضهم الآخر^{٣٥٦} يرى أن المصطلح الأول يختلف اختلافاً بيناً عن المصطلح الثاني؛ لأن التنازل الجزئي يعني حلول المتعاقد الجديد (المتنازل إليه) حلوياً كاملاً محل المتعاقد الأصلي في الجزئية المتنازل عنها، بحيث يصبح المسؤول المباشر عنها أمام الجهة الإدارية. وهذا بخلاف التعاقد من الباطن، فهو وإن كان محله جزء من العقد الإداري كالتنازل الجزئي إلا أنه يختلف عن هذا الأخير، في أن المتعاقد الأصلي يبقى ضامناً ومسؤولاً عن تنفيذ العقد برمته، بما فيه تلك الجزئية التي تمّ التعاقد بشأنها من الباطن.

وإننا مع هذا الرأي؛ لأنه لو فرضنا جدلاً بصحة هذه التسمية "التنازل الجزئي"، وتمّ التعاقد من الباطن من أجل تنفيذ جميع أجزاء العقد الأصلي، فسيسمى عندئذٍ "بالتنازل الكلي"، ما يؤدي إلى اختلاط المفاهيم والمصطلحات، فالتنازل عن العقد مفهوم بعيد كل البعد عن مفهوم التعاقد من الباطن. وبتقديرنا إن الخطأ بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن أدى إلى تعريف البعض للتعاقد الأخير على أنه تنفيذ جزئي أو كليّ لمحلّ العقد الأصلي. مع العلم أنه يشترط لصحة التعاقد من الباطن - كما ذكرنا سابقاً - أن يكون محلّ العقد الأصلي قابلاً للتجزئة، فإذا كان محلّ العقد - بمفهوم المخالفة - كلاً لا يتجزأ، فمن غير المتصور التعاقد بشأنه من الباطن. علاوة على أن المتعاقد الأصلي يبقى ضامناً للمتنازل إليه وللمتعاقد من الباطن على

^{٣٥٦} - د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ٩٠؛ د. علي قبلاّن، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢١٢-٢١٣؛ وانظر أيضاً: د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٨ (هامش ٢٩/).

السواء، ما لم يَنْصَ العقد- عقد التنازل أو العقد من الباطن- على خلاف ذلك، كما سنرى في موضعه المناسب من هذا البحث.

ثانياً- خصائص التعاقد من الباطن:

يتميّز التعاقد من الباطن بالعديد من السمات والخصائص المستمدة من طبيعته القانونية، والدور الذي يضطلع به في تنفيذ العقود الإدارية، ما جعل منه نظاماً قانونياً متكاملًا لتنفيذ هذه العقود. ومن هذه الخصائص:

١- عقد رضائي:

العقد الرضائي هو الذي ينعقد بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين (إيجاب وقبول). ويعدّ العقد من الباطن من العقود القائمة على التراضي، والتي لم يشترط فيها المشرّع شكلاً معيناً، بمعنى أنه اكتفى بالتراضي لانعقاد العقد، ومن دون الحاجة إلى إفراغ هذا التراضي في قالب شكلي معيّن، فيجوز انعقاده كتابةً، أو شفاهةً، أو دلالةً (إشارةً). أما الكتابة بالنسبة إلى هذا العقد، إنما هي لإثباته في حال الضرورة لذلك^{٣٥٧}. فالتعاقد من الباطن تنطبق عليه القاعدة القانونية الشهيرة القائلة إن: "العقد شريعة المتعاقدين"^{٣٥٨}.

إلا أن درجة الرضا تتفاوت ضيقاً واتساعاً حسب نوع التعاقد من الباطن، حيث تتسع كلما كان من حق المتعاقد الأصلي اختيار المتعاقد من الباطن بحرية تامة، أو رفض المتعاقد من الباطن المرشّح من جانب الإدارة، وتضيق هذه الدائرة في حالة التعاقد من الباطن المفروض^{٣٥٩}.

^{٣٥٧}- د. غازي خالد أبو عرابي، المقالة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع (دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمّان، ٢٠٠٩، ص ٢١-٢٢؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: لارا مارون ونا، مرجع سابق، ص ٥١ وما بعدها.

^{٣٥٨}- نور قدور، مرجع سابق، ص ٢٠؛ وفي المعنى ذاته، انظر: د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٢٥-٢٦.

^{٣٥٩}- د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٣٢-٣٣.

ففي حالة التعاقد من الباطن المفروض على المتعاقد مع الإدارة تكون حرية الأخير في اختيار المتعاقد من الباطن شبه معدومة، بمعنى أن إرادته لا تلعب الدور نفسه الذي تلعبه في حالة التعاقد من الباطن الاختياري، حيث تكون إرادة المتعاقد الأصلي في هذا النموذج الأخير حرة ومختارة، في سبيل تنفيذ جزء من عقده المبرم مع الجهة الإدارية^{٣٦٠}. وقد يكون مصدر التعاقد من الباطن المفروض، إما نص في العقد الأصلي أو في القوانين أو اللوائح؛ لأسباب تتعلق بضرورات الاقتصاد الوطني...^{٣٦١}.

ويطلق على المتعاقد من الباطن الذي يرد اسمه في العقد الأصلي المبرم بين الإدارة والمتعاقد معها تعبير "المتعاقد من الباطن المسمى أصلاً"^{٣٦٢}، وتجد هذه الصورة من صور التعاقد من الباطن مجالاً للتطبيق لها، خصوصاً في نطاق عقود الأشغال العامة أو عقود التوريد الصناعية، وبخاصة في مجال مرفق الدفاع^{٣٦٣}. وذلك للتوفيق بين مبدأ وحدة الضمان (تولي شخص واحد مسؤولية تنفيذ العقد برمته)، ومدى الحاجة إلى الاستعانة بجهود الآخرين، انطلاقاً من قاعدة التخصص وتقسيم العمل^{٣٦٤}.

وبترتب على هذه الصورة من صور التعاقد من الباطن تخفيف المسؤولية عن عاتق المتعاقد الأصلي، وإلقاء العبء الأكبر من المسؤولية على كاهل الجهة الإدارية، وخاصة في حالة التأخير عن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد في موعدها المحدد، حيث يستطيع المتعاقد الأصلي أن

٣٦٠- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٧١-٧٢.

٣٦١- د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤٤-٤٥.

٣٦٢- د. نجم حمد الأحمد، المرجع أعلاه، ص ٦٢-٦٣؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: نفس المرجع، ص ٦٤-٦٥؛ د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص ١٥٨.

٣٦٣- د. محمد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٧٢؛ م. أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص ١٧٢.

٣٦٤- د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٢٨-١٢٩.

يتحرّر من غرامات التأخير إذا أثبت أن هذا التأخير يُعزى سببه إلى المتعاقد من الباطن المفروض، والذي لم ينفذ التزاماته في الوقت المعين^{٣٦٥}.

٢- عقد ملزم للجانبين:

العقد من الباطن من العقود الملزمة للجانبين، أي هو عقد تبادلي ملزم لأطرافه، إذ إنّه يرتّب التزامات متقابلة ومتبادلة على عاتق طرفيه. فالمتعاقد الأصلي يلتزم بموجب هذا العقد بتقديم المقابل المادي المتفق عليه، أما المتعاقد من الباطن فهو ملزم بتقديم عمل معيّن، أو صنع شيء ما^{٣٦٦}.

ويترتب على ذلك أنّه إذا امتنع أحد طرفي العقد عن تنفيذ التزاماته العقدية -كلّها أو بعضها- جاز للطرف الآخر بعد إذاره أن يطالب بفسخ العقد، كما أنّه يحق لأي من طرفي العقد أن يتمسك في مواجهة الآخر بالدفع بعدم التنفيذ متى توافرت شروطه^{٣٦٧}.

٣- من عقود المعاوضة:

التعاقد من الباطن من عقود المعاوضة، وليس من عقود التبرّع؛ لأنّ كل طرف يحصل على مقابل لما أدّاه، فالمتعاقد من الباطن لا يقوم بعمله بنية التبرّع، وإنّما نظير المقابل المادي الذي يدفعه المتعاقد الأصلي له، أو تدفعه الجهة الإدارية المتعاقدة في حالة السداد المباشر للمتعاقد من الباطن^{٣٦٨}.

^{٣٦٥} - د. محمد سعيد حسين أمين، المرجع أعلاه، ص ٧٢ وص ٧٩؛ د. عبيد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤٥؛ م. أمير يوسف، المرجع أعلاه، ص ١٧٢.

^{٣٦٦} - د. مصطفى عبد السيّد الجارحي، عقد المقابلة من الباطن (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٣٨؛ د. محمود علي رحمه، مدى المسؤولية المترتبة على المفاوض من الباطن (عن تنفيذ الأعمال وأحكامها وخصائص عقد المقابلة من الباطن وتمييزه عن العقود الأخرى)، دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، من دون مكان نشر، ٢٠١٨، ص ٤١؛ د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٢٨.

^{٣٦٧} - د. غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص ٢٢؛ برجم صليحة، مرجع سابق، ص ٣١.

^{٣٦٨} - نور قدور، مرجع سابق، ص ٢٤؛ د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٢٩-٣٠؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: لارا مارون ونا، مرجع سابق، ص ٥٧ وما قبلها.

٤- التبعية والاستقلال:

من غير المتصور وجود التعاقد من الباطن إلا إذا كان هناك عقد أصلي، بمعنى أنه مرهون بوجود العقد الأخير، ويرد من حيث محله على عمل مادي، كالعقد الأصلي^{٣٦٩}. وقد يتخذ هذا المحل صورة إنشاء بناء، أو إقامة منشأة ثابتة، أو أداء عمل، أو صنع شيء... فالتعاقد من الباطن يقع على ما يتضمنه العقد الأصلي كلاً أو جزءاً، ويمكن أن يكون أعمالاً ذهنية^{٣٧٠} أو تصرفات قانونية تكون لازمة لتنفيذ العمل الأصلي، وتعدّ من قبيل الأعمال المادية، وذلك بالتبعية إلى الأداء الأصلي في التعاقد من الباطن^{٣٧١}.

وخاصية التبعية مفادها وحدة الهدف الذي يسعى إليه المتعاقد من الباطن مع هدف المتعاقد الأصلي، فكلاهما يسعى إلى تحقيق هدف واحد مشترك ألا وهو تنفيذ العقد الأصلي. وطالما أن الهدف من وراء إبرام العقد الإداري هو تحقيق المصلحة العامة والإسهام في تسيير المرفق العام، فإن التعاقد من الباطن يهدف بدوره إلى ذلك التسيير، أو تلك المصلحة^{٣٧٢}.

فتبعية اتفاق التعاقد من الباطن للعقد الأصلي لا تنفي عنه صفة الاستقلالية من حيث التنفيذ (وهذا ما يميّزه عن عقد العمل)، بالرغم من وجود العديد من الاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ، تُفرض إمّا بالعقد الأصلي، أو بوساطة الأطراف في العقد من الباطن، وفي بعض الأحيان تُفرض بواسطة المشرّع، غايتها حماية المتعاقد من الباطن كونه طرف ضعيف تجب حمايته^{٣٧٣}.

^{٣٦٩}- د. علي رحمه، مرجع سابق، ص ٤٣؛ برجم صليحة، مرجع سابق، ص ٢٩-٣٠.

^{٣٧٠}- د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ٩١؛ نور قدور، المرجع أعلاه، ص ٢١.

^{٣٧١}- د. علي عبد الأمير قبيلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢١٤.

^{٣٧٢}- د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٣٤ و ٣٩-٤٠؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: برجم صليحة، مرجع سابق، ص ١٨-

١٩؛ لارا مارون ونا، مرجع سابق، ص ١٦.

^{٣٧٣}- د. كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ١١٢.

والتعاقد من الباطن يفترض وجود عقدين متميزين يستقل كل منهما عن الآخر، الأول هو العقد الأصلي، والثاني العقد اللاحق (العقد من الباطن)، وعلى الرغم من أن هذين العقدين مستقلين عن بعضهما البعض من حيث طريقة التعاقد، وأطرافها، إلا أن محلها وموضوعها واحد، وهو القيام بعمل معين لصالح صاحب العمل، هذا العمل يُعهد تنفيذه - كلاً أو جزءاً - في النهاية إلى المتعاقد من الباطن^{٣٧٤}. مع العلم أن العقد من الباطن يجب أن يكون لاحقاً في تاريخ انعقاده على إبرام العقد الأصلي^{٣٧٥}.

ثالثاً- مدى مشروعية التعاقد من الباطن:

يمكن القول: إن الأصل العام هو إباحة التعاقد من الباطن في نطاق العقود الخاصة (المدنية والتجارية)، والاستثناء هو الحظر^{٣٧٦} طالما أن العقد الأصلي لا يحتوي نصاً - صريحاً أو ضمناً - يحظر التعاقد من الباطن نهائياً، أو يتطلب الحصول على موافقة رب العمل مقدماً، ولم تكن شخصية المتعاقد مع الأخير موضع اعتبار من قبله (شرط مانع ضمني)؛ أي أن طبيعة العمل محل العقد تفترض الاعتماد على الكفاية الشخصية للمتعاقد

^{٣٧٤}- د. غازي أبو عرابي، مرجع سابق، ص ٢٤-٢٥ وص ٥١-٥٢؛ وفي نفس المعنى: د.

عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على...، مرجع سابق، ص ٩٣-٩٤.

^{٣٧٥}- نور قدور، مرجع سابق، ص ٢٢-٢٣ وص ٦٣؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: لارا ونا، المرجع أعلاه، ص ١٦ وما قبلها. ومن الجدير بالذكر أنه من الصفات الخاصة لعقد المقاولة من الباطن: "عقد قائم على الاعتبار الشخصي". انظر: لارا ونا، المرجع نفسه، ص ٦٢-٦٣؛ د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٣٢ وما بعدها.

^{٣٧٦}- انظر: المواد ٥٩٣ و ٧٠٨ و ٣٢٣ من القانون المدني المصري. فالمادة ٦٦١ من القانون المذكور، تنص على أنه: "١- يجوز للمقاول أن يكل تنفيذ العقد في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية. ٢- ولكنه يبقى في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول من الباطن قبل رب العمل". وهذه المادة متطابقة مع المادة ٦٢٧ من القانون المدني السوري.

الأصلي^{٣٧٧}. هذا بالنسبة إلى العقود الخاصة، فما مدى مشروعية التعاقد من الباطن في العقود الإدارية؟.

يمكن القول: إنّ التعاقد من الباطن في مجال العقود الإدارية لا يزال محظوراً - من حيث المبدأ - إلا إذا اقترن بموافقة جهة الإدارة المتعاقدة، وذلك بالنسبة إلى العقود الإدارية كافة. فهذه الموافقة لا تزال شرطاً أساسياً لمشروعية التعاقد من الباطن. والسبب في ذلك هو الارتكاز على فكرة الاعتبار الشخصي في نطاق تنفيذ تلك العقود، إذ غالباً ما تثار هذه الفكرة كأساس لتبرير الحلول القانونية المختلفة، والمتعلقة بإبرام العقد، وتنفيذه على السواء^{٣٧٨}.

١- موقف المشرّع:

بالنسبة إلى موقف المشرّع الفرنسي من هذه المسألة يمكن القول: إنّ مدونة العقود العامة، وكذلك كراسة الشروط العامة (C. C. A. G)، قد كرّست مبدأ حرية التعاقد من الباطن تحت تحفظ قبول الجهة الإدارية المتعاقدة للمتعاقد من الباطن، واعتماد شروط الدفع المباشر له^{٣٧٩}.

فتطوّر المرافق العامة، واتساع نطاق خدماتها، أسهم كثيراً في تنظيم عملية التعاقد من الباطن، فوجد أنّ المشرّع الفرنسي قد حرص على تنظيم هذه العملية، حيث أوجب قانون ١٩٧٥/١٢/٣١ المتعلق بالتعاقد من الباطن

^{٣٧٧} - للمزيد من التفاصيل، انظر: د. مصطفى الجارحي، مرجع سابق، ص ١٣ وما بعدها؛ وانظر أيضاً: د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ٣٦٥ وما بعدها؛ د. علي قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٢٣ وما بعدها؛ د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ١٠٦ وما بعدها.

^{٣٧٨} - د. نائلة نذير نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٦٧-١٦٨.

^{٣٧٩} - د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٠؛ وتقوم فكرة السداد المباشر على أساس تولّي الإدارة دفع المستحقات المالية إلى المتعاقد من الباطن بشكل مباشر، وذلك ضمن شروط معيّنة، انظر: د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ١١٥ وص ٢٧٧-٢٧٨.

في المادة الثالثة منه^{٣٨٠} على المتعاقد الأصلي أن يقدم المتعاقد من الباطن إلى ربّ العمل قبل إبرام العقد، أو في أثناء تنفيذه، لمعرفة مدى قبوله واعتماد شروط السداد المباشر له، فإن لم تقبل الجهة الإدارية فإنّ التعاقد من الباطن لا يقع باطلاً، وإنما يكون غير نافذ في مواجهتها، وتقتصر آثاره على الطرفين المتعاقدين^{٣٨١}، علماً أنّ موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة ليست ركناً من أركان العقد من الباطن، فهي غير مطلّبة لانعقاد هذا العقد، إذ من الممكن أن تصدر تلك الموافقة إما عند إبرام اتفاق التعاقد من الباطن، أو في أثناء تنفيذ الأداءات محلّ التعاقد من الباطن^{٣٨٢}.

مما سبق، تبين لنا أن المشرّع الفرنسي أجاز التعاقد من الباطن، لكن شريطة موافقة الجهة الإدارية المسبقة على هذا التعاقد.

وفي جمهورية مصر العربية، يلاحظ أنّ قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩/ لعام ١٩٨٣، وكذلك القانون رقم ٨٩/ لعام ١٩٩٨، واللائحة التنفيذية لأي من القانونين المذكورين، لم يتعرّضا إلى مدى مشروعية التعاقد من الباطن، فيلاحظ عدم إشارتهما إلى النظام القانوني

^{٣٨٠}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٣؛ حول الأثر المترتب على مخالفة هذه المادة، انظر: د. نجم الأحمد، المرجع أعلاه، ص ١٠٧-١٠٨؛ تنص المادة ٣/ من قانون التعاقد من الباطن الفرنسي رقم ٩٧٥/ لعام ١٩٧٥ على أن: "المقاول الذي يشرع في تنفيذ عقد باللجوء إلى واحد أو أكثر من المتعاقدين من الباطن يلتزم - خلال إبرام العقد، أو خلال زمن تنفيذ العقد - بتقديم طلب إلى رب العمل بغية الحصول على قبوله، وإقراره لشروط الدفع لكل واحد من المتعاقدين من الباطن، كما يلتزم المقاول الأساسي باطلاع رب العمل على العقد أو العقود من الباطن، متى طلب منه ذلك". انظر: أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٠٦.

^{٣٨١}- انظر المادة ٥١/ من قانون المشتريات العامة الفرنسي. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د.

مصطفى الجارحي، مرجع سابق، ص ٣٣ وما بعدها؛ لارا ونا، مرجع سابق، ص ٤٢-٤٣.

^{٣٨٢}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٠٩؛ وانظر المادة ١١٤/ من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٩٧٥/ لعام ٢٠٠٦، لدى: د. سوسن البيطار، آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠، ص ٣٣.

للتعاقد من الباطن^{٣٨٣}. ولم يتطرق القانونان المذكوران، ولائحتاهما، إلى أحكام موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، ومن ثمّ فهو جائز شريطة موافقة الإدارة عليه صراحةً أو ضمناً^{٣٨٤}. وهذا يعني -بحسب رأي جانب من الفقه-^{٣٨٥} أنّ القاعدة الواجبة الاتباع في هذا الصدد هي تحرّر الجهة الإدارية من الشكليات فيما يتعلّق بالتعبير عن إرادتها، ومن ثمّ فإنّه يحقّ للإدارة الموافقة على التعاقد من الباطن في أي شكل تشاء، وقد تكون موافقتها في هذا الخصوص صريحة، كما يمكن أن تكون ضمنيّة. بيد أن المادة ٨/ من اللائحة التنفيذية للقانون ١٩٩٨/٨٩ الملغى، نصّت في إحدى فقراتها على أن يتضمّن - فيما يتضمّن - المظروف الفني: "بيانات كاملة عن الشركات التي قد يُسند إليها جزء من التنفيذ"^{٣٨٦}.

وقد جاء قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨، ليؤكد مشروعية التعاقد من الباطن - بموافقة الإدارة - وذلك في المادة ٢٥/ منه، والتي تنص على الآتي: "يجوز لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محلّ التعاقد إلى غيره من الباطن على أن يتضمّن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم، وما سيتمّ إسناده إليهم من بنود وذلك وفقاً

^{٣٨٣} - ذهب غالبية الفقه المصري إلى أن المشرّع لم يتعرّض لمدى مشروعية التعاقد من الباطن، انظر: د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٠.

^{٣٨٤} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤٧.

^{٣٨٥} - د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ١١٢؛ د. جاد نصار، مرجع سابق، ص ١٣٥؛ د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٨؛ د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٣١؛ د. جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص ٢٦٩.

^{٣٨٦} - يرى الدكتور مهند نوح أنه يمكن تفسير هذا البند على أنه ينطوي على نوع من الإقرار الضمني بعملية التعاقد من الباطن في القانون المصري... انظر: الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، مرجع سابق، ص ٥٨٤ (هامش رقم ١/). كما أن الاجتهاد المصري يسير في اتجاه إباحة التعاقد من الباطن، انظر: المؤلّف نفسه، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣٠٨ (هامش رقم ٤١/).

للمحددات وأي اشتراطات أخرى تضمنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط والمواصفات. ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة. وفي جميع الأحوال، يظل المتعاقد دون غيره مسؤولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد".

وهذا ما أكدته اللائحة التنفيذية للقانون المذكور الصادرة بقرار وزير المالية رقم ٦٩٢/ لعام ٢٠١٩، في المادة ٥٦/ منها، وتنص المادة ٥٧/ من اللائحة المذكورة تحت عنوان "محددات واشتراطات التعاقد من الباطن"، على تضمين العرض الفني المقدم من قبل صاحب العطاء "ما سيعهد به إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم وما سيتم إسناده إليهم وبما يتفق مع المحددات والاشتراطات الواردة بكراسة الشروط والمواصفات ومنها الآتي: ١- بيانات وخبرات من سيعهد إليه من الباطن والمستندات الدالة على ذلك. ٢- تحديد ما إذا كانوا من المشروعات المتوسطة أو الصغيرة أو المتناهية الصغر مع تقديم ما يثبت ذلك. ٣- ألا يكونوا من المسجلين بسجل قيد أسماء الممنوعين من التعامل الذي تمسكه الهيئة العامة للخدمات الحكومية. ٤- أن يكونوا من المؤهلين والمصرح لهم بمزاولة العمل محل التعاقد. ... وغير ذلك من المحددات والاشتراطات التي تراها الجهة الإدارية لازمة. ويجوز للمتعاقد أثناء فترة التعاقد أن يقوم بتغيير من أسند إليهم بعض بنود من الباطن إذا وجد مبررات لذلك، شريطة أن يكون بذات الكفاءة الفنية والخبرة وأن توافق عليه السلطة المختصة^{٣٨٧}. ولا يعفى المتعاقد من مسؤوليته التعاقدية ويظل مسؤولاً وحده عن أية أفعال أو

^{٣٨٧}- ينص البند ٩/ من المادة ٣٤/ من اللائحة التنفيذية المذكورة بالمتن، على أن تتضمن - فيما تتضمن - "كراسة الشروط والمواصفات في عمليات شراء أو استئجار المنقولات والعقارات والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقي الخدمات والأعمال الفنية، بحسب الأحوال، على: تحديد البنود التي يجوز لصاحب العطاء أن يعهد بها إلى غيره من الباطن إذا تطلبت طبيعة العملية ذلك، وكذا المحددات والاشتراطات الأخرى ذات الصلة".

أعمال أو أخطاء في تنفيذ العقد، كما يلتزم باطلاع من أسند إليهم بعض بنود العملية من الباطن على ما يخصهم من شروط العقد".

لذا يمكننا القول إنَّ الأصل هو حظر التعاقد من الباطن، والاستثناء هو الإباحة- بموجب نص صريح أو ضمني في العقد- تطبيقاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، فلا بدّ من أخذ موافقة الجهة الإدارية المسبقة (إذن) أو موافقة لاحقة (إجازة) على هذا التعاقد؛ نزولاً عند مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الإداري. ونعتقد أن العقد الإداري يتضمّن شرطاً مانعاً ضمناً من التعاقد من الباطن (إن لم يكن منصوصاً صراحةً على هذا المنع في العقد أو دفاتر الشروط)؛ فطبيعة الأداءات محلّ العقود الإدارية تقتضى الاعتماد على كفاءة المتعاقد ومؤهلاته الشخصية، فلو فرضنا جدلاً أنَّ الأصل إباحة التعاقد من الباطن، وقام المتعاقد الأصلي بالتعاقد من الباطن في سبيل تنفيذ جميع أجزاء موضوع العقد الأصلي، سيُعدّ ذلك- كما سنرى لاحقاً- في منزلة تنازل كليّ عن العقد. فما الفرق بين التعاقد من الباطن الكلي والتنازل عن العقد من حيث النتيجة! ومن المسلّم به- فقهاً وقضاءً وقانوناً- أن التنازل عن العقد محظور، ولا بدّ من موافقة الإدارة عليه، وعليه يمكننا القول إنَّ الأصل- في التعاقد من الباطن- الحظر. ففي نطاق العقود المدنية يكون الأصل الإباحة؛ لأن هذه العقود تهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطرافها، خلافاً للعقود الإدارية التي تبرم لإشباع الحاجات العامة، وتحقيق المصلحة العامة. علاوةً على أن العقد الإداري يكون شريعة المتعاقدين خلال عملية إبرامه، ليغدو شريعة المرفق العام أثناء تنفيذه فيما يتعلّق بشروط العقد التنظيمية فقط.

أما في سورية، فقد كان موقف المشرّع واضحاً لا لبس فيه ولا غموض، حيث نصّت المادة /٣٠/ من اللائحة التنفيذية ٢٠٠٤/٤٥٠ لنظام العقود الموحد رقم ٢٠٠٤/٥١ (المطابقة حرفياً للمادة /٢٨/ من المرسوم التشريعي الملغى ١٩٦٩/٢٧٦٦)، على الآتي: "لا يحق للمتعهّد أن يتنازل

عن أي عمل أو جزء منه من الأعمال التي أبرم العقد من أجل تحقيقها، ولا أن يعهد بها أو يلزمها كلها أو بعضها إلى أشخاص آخرين كمتعهدين ثانويين، إلا بموافقة خطيّة من الإدارة، وإنّ حصول المتعهد على مثل هذه الموافقة لا يعني بأي حال من الأحوال إلزام الإدارة بأن تدخل في أية علاقة من أي نوع كانت مع المتعهدين الثانويين، كما لا يعفي المتعهد من التزاماته ومسؤولياته الفنيّة والإدارية والحقوقية والجزائية المفروضة عليه تجاه الإدارة بموجب أحكام العقد".

ويتضح لنا من هذه المادة أنه لا بدّ من موافقة الجهة الإدارية خطياً على التعاقد من الباطن؛ لإضفاء الصبغة الشرعية والقانونية عليه^{٣٨٨}. وهذا ما أكدّه بلاغ مجلس الوزراء الصادر بتاريخ ١٤/١/١٩٨٤، والذي جاء فيه:^{٣٨٩} "يتمتع على شركات الإنشاءات العامة تنظيم عقود ملحقة مع متعهدين ثانويين، أو مع شركات القطاع الخاص بما يزيد على نسبة ١٠% من قيمة العقد الأصلي الذي تقوم بتنفيذه، وفي حال وجود ضرورة ملحة تدعو إلى التعاقد بأكثر من النسبة المذكورة، يجب أخذ الموافقة المسبقة على ذلك من رئيس المجلس الأعلى لشركات الإنشاءات العامة...".

٢- موقف الفقه:

نظراً للأهميّة العمليّة التي يحظى بها التعاقد من الباطن في إطار تنفيذ العقود الإدارية، ذهب بعضٌ من الفقه إلى القول: إنّ التعاقد من الباطن بشأن تنفيذ جزء من موضوع العقد الأصلي يعدّ مباحاً ومشروعاً بطبائع

^{٣٨٨} - انظر على سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٦٦/ في القضية رقم ٧٢/ لسنة ١٩٧٥، والذي اشترط موافقة الإدارة خطياً. وانظر المآخذ على هذه المادة لدى: د.

محمّد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٠٩.

^{٣٨٩} - بلاغ مجلس الوزراء السوري رقم (٦/ب - ١٥/٤٢٨) تاريخ ١٤/١/١٩٨٤، وانظر أيضاً: بلاغ مجلس الوزراء رقم (٥٥/ب - ١٥/١٢١١)، الصادر بتاريخ ١٥/٥/١٩٨٠.

الأمر^{٣٩٠}، "وحتى في حالة عدم النص على جواز التعاقد من الباطن، فإنّ الإدارة تعتبر قد وافقت ضمناً على السماح به"^{٣٩١}. تطبيقاً للقاعدة القانونية التي تقول: إنّ الأصل في الأشياء الإباحة، وأخذاً بمبدأ الحرية التعاقدية، مالم ينص العقد صراحةً على خلاف ذلك. طالما أنّ المتعاقد الأصلي- رغم موافقة الجهة الإدارية صراحةً أو ضمناً- يبقى مسؤولاً بصفة شخصية ومباشرة عن تنفيذ كامل العقد، بما في ذلك الجزئية المتعاقد من أجلها من الباطن. ويضيف جانب من أنصار هذا الرأي:^{٣٩٢} إنّ الإدارة تعلم يقيناً أنه لا يمكن للمتعاقد معها تنفيذ العقد لوحده، من دون الاستعانة بجهود الغير، ولو أنّها أرادت الحظر ما لم يحظَ بموافقتها لنصّت على ذلك صراحةً في العقد الأصلي.

وقد يجد هذا الرأي أساسه القانوني في التشريع (المادة ٦٦١/ من القانون المدني المصري). إذ لا يوجد أي تنافر أو تعارض في تطبيق هذه المادة وقواعد تنفيذ العقود الإدارية... وعلى هذا الأساس فإنّ التعاقد من الباطن بخصوص جزء من التزامات المتعاقد يكون مباحاً، ولا يشكل خطأً عقدياً، وذلك بالنسبة إلى العقود التي لا يبدو فيها الاعتبار الشخصي مطلوباً بصفة صارمة، ما لم ينص العقد على غير ذلك^{٣٩٣}.

وذهب رأي آخر من الفقه^{٣٩٤} وبتأييد من القضاء إلى القول: إنّ الشرط الرئيس لمشروعية التعاقد من الباطن، وما يترتب عليه من آثار قانونية، يكمن في حصول المتعاقد الأصلي على الموافقة المسبقة- سواء أكانت صريحة أم ضمنية- من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة؛ ذلك أنّ مبدأ

^{٣٩٠}- انظر: د. علي عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٢٦-٢٢٧.

^{٣٩١}- نقلاً عن: د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤٦.

^{٣٩٢}- د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٩٨-٩٩.

^{٣٩٣}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ١١٠-١١١.

^{٣٩٤}- د. عبد الإله الخاني، مرجع سابق، ص ٣٠٠؛ د. محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٧٧-١٧٨.

الموافقة المسبقة منصوص عليه في دفاتر الشروط العامة السارية لدى الجهات العامة في الدولة. حتى في حال إغفال ذكرها أو الإشارة إليها في هذه الدفاتر، فضرورة موافقة الإدارة تتبع من الالتزام الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية، ذلك أن مبدأ الموافقة المسبقة كان، وما زال، سارياً في عقود الأشغال العامة وعقود التوريد^{٣٩٥}. ويضيف جانب من أنصار هذا الرأي: إنه من "غير المتصور في تنفيذ العقود الإدارية، أن يترك المقاول سدى ليتعاقد مع من يشاء، دون إبلاغ الإدارة أو علمها بذلك، الأمر الذي يضرّ بضمان تنفيذ الأشغال العامة وبالصالح العام". فبعض عقود الأشغال العامة تتطلب خبرة فنية عالية قد لا تتوافر في المقاول من الباطن... كما أن البعض الآخر من عقود الأشغال العامة تتطلب السرية والأمن، ومثال ذلك العقود المتعلقة بمرفق الدفاع الوطني... فلا بدّ من موافقة الجهة الإدارية، أو علمها على الأقل...^{٣٩٦}.

وذهب جانب آخر، إلى أنه في ظلّ الفراغ التشريعي لظاهرة التعاقد من الباطن في مجال العقود الإدارية، لا تستطيع الإدارة الموافقة على إبرام اتفاق التعاقد من الباطن^{٣٩٧}.

ومن جانبنا نعتقد أن الرأي الأخير قد جانبه الصواب؛ لأن التنازل عن العقد جائز بموافقة الإدارة رغم الحظر التشريعي، كما سنرى لاحقاً، فمن باب أولى السماح بالتعاقد من الباطن بعد الحصول على إذن سابق، أو موافقة لاحقة من جهة الإدارة. ونميل إلى تأييد رأي الفريق الثاني من الفقه، فالأصل العام هو حظر التعاقد من الباطن، والاستثناء هو الإباحة، بمعنى أن

^{٣٩٥} - المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص ١٢٢٠-١٢٢١.

^{٣٩٦} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤٦-٤٧.

^{٣٩٧} - للمزيد من التفاصيل، انظر: أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٠٨-١٠٩؛ د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن...، مرجع سابق، ص ٦٠-٦١.

التعاقد من الباطن لا يكون مشروعاً، ولا ينفذ في مواجهة الجهة الإدارية المتعاقدة، ما لم يحظ هذا التعاقد بموافقتها؛ لأسباب سبق ذكرها.

الفرع الثاني

تمييز التعاقد من الباطن

يعدّ التعاقد من الباطن "أحد أساليب الفن التعاقدي التي أجازها القانون"^{٣٩٨}، ونظراً لتمييز التعاقد من الباطن بنظام قانوني (ذاتية) خاص به، لذا يتعيّن علينا أن نميّز بينه وبين النظم الأخرى - العمليات العقدية - التي قد تختلط به، أو تتشابه معه. وعليه سنحاول في هذا الفرع التمييز بين التعاقد من الباطن وأهم الصور التي قد تختلط به، ومنها التنازل عن العقد (أولاً)، ومستخدمي المتعاقد الأصلي (ثانياً)، واتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي (ثالثاً).

أولاً- التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد:

المعيار الأساس للتمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد يتمثل في النظر إلى إرادة الطرف القائم بعملية التعاقد من الباطن، أو التنازل عن العقد (أي المتعاقد الأصلي)، ففي العملية الأخيرة يخرج المتنازل من العملية التعاقدية بأكملها، حيث يعبر ويعلن عن إرادته ورغبته في ترك العملية التعاقدية، فيترك مركزه التعاقدي بما له من حقوق، وما عليه من التزامات، إلى المتنازل إليه^{٣٩٩}. في حين نجد أن التعاقد من الباطن هدفه الرئيس هو "إما تنفيذ العقد الأصلي، أو الحصول على منفعة من هذا العقد"^{٤٠٠}.

^{٣٩٨} - د. غازي خالد أبو عرابي، مرجع سابق، ص ٢٦.

^{٣٩٩} - د. محمود رحمه، مرجع سابق، ص ٥١-٥٢؛ د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٥٤؛ د. محمد حنون

جعفر، مرجع سابق، ص ١٥٩؛ لارا مارون ونا، مرجع سابق، ص ٢٢-٢٣.

^{٤٠٠} - د. مصطفى الجارحي، مرجع سابق، ص ١٩-٢٠؛ نور قدور، مرجع سابق، ص ٦١. وانظر

أيضاً: عبد المهدي كاظم ناصر، حيدر عواد حمادي، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

ففي التعاقد من الباطن يقوم المتعاقد مع الإدارة بالاتفاق مع طرف ثالث في سبيل تنفيذ جزء من محلّ العقد الأصلي، مع بقاء الرابطة العقدية قائمة بين المتعاقد الأصلي والإدارة^{٤٠١}؛ بمعنى أنّ المتعاقد الأصلي في حالة التنازل عن العقد المرخص به (المقترن بموافقة الإدارة)، لا يكون مسؤولاً عن تنفيذ العقد قبل الجهة الإدارية المتعاقدة، بخلاف حالة التعاقد من الباطن، حيث يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن تنفيذ العقد بأكمله، حتّى الجزء الذي تمّ تنفيذه بوساطة المتعاقد من الباطن؛ لأنّه رغم التعاقد من الباطن يبقى المسؤول الوحيد أمام الإدارة، وبالتالي يمكن لها إيقاع الجزاءات عليه بسبب عدم التنفيذ، أو التأخير فيه، حتّى ولو كان سبب ذلك عائداً إلى المتعاقد من الباطن، ما يمكن معه القول بانتفاء العلاقة المباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، إلا ما يرد به نص صريح في القوانين واللوائح^{٤٠٢}.

يُلاحظ مما سبق الفارق الكبير بين حالتي التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد، ففي الحالة الأولى يبقى المتعاقد مع الإدارة دائناً أو مديناً لها، أو للمتعاقد من الباطن، حيث يحتفظ (المتعاقد مع الإدارة) بحقوقه وواجباته تجاه كلا الطرفين، في حين يبقى المتعاقد من الباطن أجنبياً (لا تقوم بينهما أي علاقة عقدية) عن الجهة الإدارية المتعاقدة، فلا يُسأل في مواجهتها، بل الذي يسأل هو المتعاقد الأصلي. أما في الحالة الثانية، فتنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل له والإدارة بموجب العقد الجديد، وبالمقابل يخرج المتعاقد الأصلي (المتنازل) من دائرة العقد، ويغدو أجنبياً عنه، حيث يصبح المتعاقد الجديد (المتنازل إليه) دائناً أو مديناً للإدارة المتعاقدة حسب الحال^{٤٠٣}.

^{٤٠١}- د. كنعان محمد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ١١٧.

^{٤٠٢}- نور قدور، مرجع سابق، ص ٢٩؛ د. سامح عبد الله محمد، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

^{٤٠٣}- إيهاب عليا، التنازل عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٧٠؛ برجم صليحة، مرجع سابق، ص ٢٤ وما بعدها؛ وفي المعنى نفسه: د. محمود رحمه، مرجع سابق، ص ٥٣-٥٤.

ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد في الطبيعة القانونية لكل منهما، فلا ينشأ عن التنازل عقد جديد، فبطبيعة العقد قبل التنازل هي ذاتها بعد التنازل، بينما يعدّ العقد من الباطن عقداً جديداً يضاف إلى العقد الأصلي، ويتميّز بطبيعة خاصة، فالعلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن لا تنقطع بالتعاقد من الباطن، بل تظلّ مستمرة، بخلاف التنازل عن العقد، حيث تنقطع العلاقة بين المتنازل والمتنازل إليه بمجرد رضا الأخير بالتنازل الذي يتم بمقتضاه نقل الحقوق والالتزامات من المتنازل إلى المتنازل إليه^{٤٠٤}. علاوة على اختلاف الحقوق والالتزامات في كلا العمليتين، فالحقوق والواجبات في التعاقد من الباطن يحددها أطراف العقد من الباطن، شريطة ألا تتجاوز حدود العقد الأصلي، بينما تكون الحقوق والالتزامات في التنازل عن العقد محددة في العقد المتنازل عنه^{٤٠٥}.

والتنازل عن العقد الإداري بالمعنى المتقدم من شأنه أن يؤدي إلى حلول متعاقد جديد بشكل كلي محل المتعاقد الأصلي في حقوقه والتزاماته العقدية كافة، فهو يشكّل إهداراً كلياً وواضحاً لفكرة الاعتبار الشخصي، ويهدم مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري^{٤٠٦}. فقد لا تتوافر في المتنازل إليه الشروط التي تتطلبها الجهة الإدارية من حيث الكفاية المالية والمقدرة الفنية، أو غير ذلك من الشروط المرعية في أثناء إبرام العقد الإداري^{٤٠٧}.

^{٤٠٤}- د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٤٧ وما بعدها؛ نور قدور، مرجع سابق، ص ٢٨؛ د. مازة

حنان، مرجع سابق، ص ٥٢-٥٣؛ لارا مارون ونا، مرجع سابق، ص ٢١-٢٢.

^{٤٠٥}- أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ٦٧.

^{٤٠٦}- د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣١ و ص ٤٣؛ د. عصام أحمد البهجي،

عقود الفيديك FIDIC وأثرها على...، مرجع سابق، ص ٩٦ (هامش ٢/).

^{٤٠٧}- د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت B. O. T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة (دراسة تحليلية)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٥٩.

وعليه، يختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد لجهة المساس بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية، فالتعاقد من الباطن لا يتعارض ومبدأ التنفيذ الشخصي ولا يهدمه، طالما أنّ التعاقد الأصلي يبقى ضامناً ومسؤولاً بشكل شخصي عن تنفيذ العقد في رمتّه في مواجهة جهة الإدارة المتعاقدة، فالقاعدة بشأنه أنه مباح ما لم يُنص على تحريمه، بخلاف التنازل عن العقد^{٤٠٨}.

ومن جانبنا، نعتقد أنه- ومع التسليم بفكرة الهدم الكلّي أو الجزئي لقاعدة الاعتبار الشخصي في حالة عدم موافقة الإدارة- لا داعي للترقة بين التنازل عن العقد وبين التعاقد من الباطن فيما يتعلّق بالإهدار الكلّي أو الجزئي لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي، فليس هناك أي إهدار لهذا المبدأ طالما أن الجهة الإدارية قد وافقت على التعاقد من الباطن أو التنازل، ففي الحالتين المذكورتين- وبالرغم من موافقة الإدارة- سيبقى التعاقد مع الإدارة مسؤولاً ومسؤولية شخصية وكاملة عن تنفيذ العقد بأكمله في مواجهة الأخيرة (مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للتعاقد في تنفيذ العقد)، ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، فالالتزام بالتنفيذ الشخصي- كما قلنا مراراً وتكراراً- لا يعني التنفيذ المادي للعقد....

ثانياً- التعاقد من الباطن ومستخدمي التعاقد الأصلي (العقود المكتملة):

يُقصد بالعقود المكتملة: "تلك العقود التي يبرمها أطراف العقد أنفسهم في فترة تالية لانعقاد العقد الأصلي، وتلحق به بغية تكملة هذا العقد"^{٤٠٩}. أو هي: "تلك العقود التي يكون فيها العقد التالي يكمل العقد السابق عليه، فهي

^{٤٠٨}- د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٣٥؛ د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٧. وفي ذات المعنى، انظر: إيهاب سامر عليا، التنازل عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٦٩-١٧٠.

^{٤٠٩}- د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٦٥؛ أحمد محمود أبو موسى، مرجع سابق، ص ٦٩.

عقود يلعب فيها دائماً العقد الأول دوراً أساسياً لأنه شرط لوجود العقد الثاني، ويظلّ العقد الثاني تابعاً للأول، أو مكماً له^{٤١٠}.

ومن المعروف أن تنفيذ محلّ العمل المتعاقد من أجله من جانب المتعاقد الأصلي مع جهة الإدارة قد يضطره إلى الاستعانة بأشخاص آخرين، وذلك كالعمال، والفنيين، والمهندسين، وغيرهم، خصوصاً في عقود المقولة (عقود الأشغال العامة). وهؤلاء الأشخاص يطلق عليهم اسم "مستخدمو المتعاقد الأصلي". والأصل أن للمتعاقد مع الإدارة الحق في استخدام ما يشاء من الأشخاص المذكورين من دون حاجة للعودة إلى رب العمل (الجهة العامة) وأخذ موافقته على ذلك، ما لم يكن هناك شرط في العقد الأصلي يحظر عليه ذلك^{٤١١}.

فنتشابه هذه العقود مع اتفاق التعاقد من الباطن في أن كلا منهما يولد في فترة لاحقة على ميلاد العقد الأصلي، كما يتمثل الهدف من وراء إبرامهما في تنفيذ العقد المذكور^{٤١٢}.

ومن أهم أوجه الاختلاف بين اتفاق التعاقد من الباطن وبين مستخدمي المتعاقد الأصلي، هو الطبيعة القانونية (التكليف القانوني) للرابطة العقدية مع المتعاقد الأصلي؛ فالعقد الذي يربط الأخير بمستخدميه من عمال وفنيين ومهندسين إنما هو عقد عمل، ولهذا لا يعدّ هؤلاء من قبيل المتعاقدين من الباطن. أما في حالة التعاقد من الباطن فإن العقد الأصلي هو الذي يحدد طبيعة العقد من الباطن، كأن يكون عقد أشغال عامة، أو عقد توريد...^{٤١٣}.

^{٤١٠}- د. محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص ٦١.

^{٤١١}- د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٥٥؛ د. علي عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢١٨-٢١٩.

^{٤١٢}- د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٦٥؛ د. محمود علي رحمه، مرجع سابق، ص ٦١.

^{٤١٣}- نور قدور، مرجع سابق، ص ٣٤؛ د. إبراهيم أحمد الحسن، مرجع سابق، ص ٧٣ (هامش رقم ١/).

أما من حيث حقهم في الرجوع على رب العمل (الإدارة المتعاقدة)، فإن للمتعاقد من الباطن ولعمّاله، ولعمّال المتعاقد الأصلي حق الرجوع على صاحب العمل بالدعوى المباشرة، وبالقدر الذي يكون فيه الأخير مديناً للمتعاقد الأصلي وقت رفع الدعوى، أما فيما يخص العلاقة بين صاحب العمل والمتعاقد من الباطن، فليس لأحدهم الحق في الرجوع على الآخر إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة^{٤١}.

بيد أن المشرّع في كل من فرنسا ومصر وسوريا ولبنان والعراق والكويت، قد خرج على هذا الأصل بالنسبة لما قد يستحقه المتعاقد من الباطن في ذمة المتعاقد الأصلي، حيث منحت نصوص القانون المدني في الدول المذكورة للمتعاقد من الباطن الحق في الرجوع على رب العمل عن طريق الدعوى المباشرة. غير أن هذه الميزة لا تشمل المهندسين والفنيين الذين يستعين بهم المتعاقد الأصلي في إنجاز العمل^{٤٢}.

علاوة على ما تقدم، يعمل المتعاقد من الباطن مستقلاً عن المتعاقد الأصلي من دون توجيه منه، بينما يعمل مستخدمو المتعاقد الأصلي تحت إشراف هذا الأخير، وبتوجيه منه، ما يستتبع معه القول إنّ مسؤولية المتعاقد الأصلي عن مستخدميه تكون طبقاً للقواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه. أما في حالة التعاقد من الباطن؛ ولكون المتعاقد من الباطن لا يعمل تحت إشراف المتعاقد الأصلي، بل يعمل مستقلاً عنه، فمسؤولية المتعاقد الأصلي لا تُثار وفقاً للقواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أعمال

^{٤١} - د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص ٢٩١-٢٩٢ وص ٣٠٤-٣٠٥. وانظر أيضاً: لارا مارون ونّا، مرجع سابق، ص ١١٨ وما بعدها.

^{٤٢} - د. علي عبد الأمير قبالن، الجزء الثاني، ص ٢١٩-٢٢٠؛ حسام سليمان فيصل، عقد المقاوله من الباطن، بحث قانوني مقدّم لنيل درجة الدبلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠٠٣/٢، ص ١٤.

تابعه، بل من الممكن إثارتها استناداً إلى أحكام المسؤولية العقدية لوجود الاتفاق من الباطن المبرم بينهما^{٤١٦}.

بناءً على ما سبق، يمكننا القول إنَّ عقد العمل لا يتطلب وجود عقد سابق، خلافاً للتعاقد من الباطن الذي يدور وجوداً وعدماً مع العقد الأصلي، بالإضافة إلى اختلاف كيفية دفع الأجر، ففي عقد العمل يتم دفع الأجر على أساس الساعة، أو اليوم... أما العقد من الباطن فيتم دفع الأجر على أساس الأعمال المنجزة، ونسبة تقدّمها، وحسن تنفيذها. فغياب علاقة التبعية يجعل من العلاقة علاقة تعاقد من الباطن، أما انعدام الاستقلالية يجعل من العلاقة علاقة عمل.

ثالثاً- التعاقد من الباطن واتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي:

يتمّ التمييز عادةً بين التعاقد من الباطن والاتفاقات التي يبرمها المتعاقد الأصلي مع الغير بقصد الحصول على المواد الأولية، والموارد المالية، أو بهدف تزويده باليد العاملة المدربة لتسهيل تنفيذ العقد الأصلي، من خلال كون هذه الاتفاقيات لا تؤدي إلى إشراك الغير مباشرة في تنفيذ جزء معين من العقد، ولا تشكل أي إخلال بمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد^{٤١٧}، ومن أمثلة ذلك الاتفاقات التي يبرمها المتعاقد الأصلي مع الغير من الموردين، والمصارف، والمؤسسات الفنية المتخصصة، لتأمين احتياجاته اللازمة لتنفيذ العقد، من مواد أولية، أو سلع، أو خدمات، أو موارد مالية، أو معونة فنية... من دون أن يصل الأمر إلى حد التنفيذ الجزئي للعقد، فالغير هنا تتجسّد وظيفته في قيامه بتزويد المتعاقد الأصلي بالعناصر المادية المالية والتقنية اللازمة لتنفيذ العقد^{٤١٨}.

^{٤١٦}- د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٥٥-٥٦؛ لارا ونا، مرجع سابق، ص ٧٢-٧٣.

^{٤١٧}- د. سامح عبد الله محمد، مرجع سابق، ص ٢٣٤؛ د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٤٣. وانظر الفقرة ٤/ من المادة ١١/ من دفتر الشروط العامة الإدارية المتعلق بعقود الأشغال العامة، والصادر في فرنسا عام ١٩٧١، لدى: د. نجم الأحمد، مرجع أعلاه ص ١٠٦.

^{٤١٨}- نور قدور، مرجع سابق، ص ٣٧؛ حسام فيصل، عقد المقاوله من الباطن، مرجع سابق، ص ١٢-١٣.

ويمكن التمييز بين طائفتين من الاتفاقات التي يبرمها المورد الأصلي مع الغير بغية تسهيل التنفيذ السليم لعقد التوريد، الأولى تتمثل في الاتفاق ما بين المورد الأصلي وشخص آخر يتولّى بموجبه الأخير تجهيز المواد الأولية للسلع محلّ التوريد وتصنيعها، أما الطائفة الثانية تتعلّق بما يُبرمه المورد الأصلي مع مورد ثانوي أو فرعي يحصل بمقتضاه الأول على المؤن والسلع البسيطة اللازمة لعملية التوريد^{٤١٩}.

واتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي يُسمح بها استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد في اختيار أسلوب الوفاء بالتزاماته- فهي لا تشكل أي إهدار لفكرة الاعتبار الشخصي- إلا إذا كان هناك نص صريح على خلاف ذلك^{٤٢٠}. وبذلك تتميّز تلك الاتفاقات عن حالة التعاقد من الباطن بأن التعاقد من الباطن ينفذ الجزئية التعاقد بشأنها من الباطن تنفيذاً كلياً طبقاً للشروط والمواصفات التي أَرادها صاحب العمل (الجهة الإدارية)، ويكون مسؤولاً مسؤولية كاملة عن ذلك التنفيذ أمام التعاقد الأصلي^{٤٢١}.

فالنتيجة المهمة المترتبة على التمييز بين التعاقد من الباطن واتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي، هي أن الأصل في التعاقد من الباطن أنه محظور ما لم توافق عليه الجهة الإدارية، بينما القاعدة العامة في اتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي أنها جائزة وغير محظورة، إلا إذا نصّ العقد الأصلي أو القانون صراحةً على حظرها أو ضرورة موافقة الجهة الإدارية عليها مسبقاً،

٤١٩- د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ٦٩. رغم عدم مساس تلك الاتفاقات بفكرة الاعتبار الشخصي في نطاق تنفيذ العقد الإداري، إلا أن جهة الإدارة- في فرنسا- غالباً ما تشترط موافقتها المسبقة، خاصة إذا كان محلها يتعلق بمواد أساسية تدخل في تصنيع المواد موضوع عقد التوريد الصناعي، انظر: نفس المرجع، ص ٧٠. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن...، مرجع سابق، ص ٥٦-٥٧.

٤٢٠- د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، ١٩٩٠، ص ١٤٦.

٤٢١- د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٥٦-٥٧.

كأن ينص العقد على ضرورة الحصول على مواد معينة من شركات معينة، أو كأن يحظر المشرع التعامل مع جهات معينة^{٤٢٢}.

وبالتطبيق لما تقدّم، قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في حكم لها، أنه: "... ما لم توافق جهة الإدارة على التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ... إلى شخص آخر... والتحرير لا ينصرف إلى حالة حصول المتعاقد على الأشياء والمواد الأولية اللازمة لتنفيذ عقده مع الغير أو اتفاهه مع بعض رجال المال في شأن تمويل العملية، إذ إن مثل هذه الاتفاقات جائزة إلا إذا نصّ العقد صراحة على تحريمها، وإنما يحرم على المتعاقد أن يحلّ غيره في تنفيذ الالتزامات التي ارتبط بها..."^{٤٢٣}. وفي حكم آخر للمحكمة المذكورة، قضت أن: "...المقاول يكون حرّاً في اختيار مصادر وموارد المواد المستعملة في العملية، ما دام العقد لم ينص على شيء من ذلك"^{٤٢٤}.

وهذا ما أكّدته المحكمة الإدارية العليا المصرية على أنه يمكن للمتعاقد مع الإدارة أن يستعين بمعاونين إذا كانت طبيعة الأمور والعرف يتطلبان ذلك، حيث تقول في حكم لها:^{٤٢٥} "... لا يسوغ القول بأن يقوم المتعاقد الأصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير الاستعانة بمجهودات غيره في أعمال التنفيذ، وإلا وضع أمام استحالة مطلقة... وإذ جرى العرف على السماح بهذه الاستعانة في الحدود المقررة والجائزة في العقود الإدارية، فإنه من غير المستساغ فسخ العقد...".

^{٤٢٢}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٠٢-١٠٣.

^{٤٢٣}- حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٧ يناير ١٩٥٧، القضية رقم ١٩٨ لسنة ١١ ق. رقم ١١٦، ص ١٧٤، نقلاً عن: د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمّد، مرجع سابق، ص ٢٣٤.

^{٤٢٤}- قرار محكمة القضاء الإداري /٣٠/ يونية ١٩٥٧، س ١١/، ص ٦٢٨، مشار إليه لدى: د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤٤.

^{٤٢٥}- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١٦ يناير سنة ١٩٧١، السنة ١٦/ ق، ص ١٥١؛ مشار إليه لدى: د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٥٧.

أما المعيار الذي اعتمدته محكمة النقض الفرنسية للتمييز بين التعاقد من الباطن وعقود التوريد الفرعية؛ أي عقود تسهيل تنفيذ العقد الأصلي، فهو يقوم على أساس تجزئة أو تقسيم العمل محلّ العقد الأصلي، حتى يمكن القول إننا أمام تعاقد من الباطن، أو عقد توريد فرعي. ففي حكم لها أصدرته عام ١٩٧٥ قررت: "إن توريد الركائز الخرسانية لا يشكل تعاقدًا من الباطن لأننا لسنا بصدد تقسيم للأعمال محلّ العقد الأصلي". بينما قررت في حكم لها صدر عام ١٩٩١ أن: "الاتفاق المبرم بين مقاول وصانع يشكل تعاقدًا من الباطن، ولا يشكل عقد توريد"، فقد رأت محكمة استئناف باريس، أن عمل الصانع كان أكثر أهمية وتكلفة من مجرد توريد المصنوع^{٤٢٦}، وأنه لم يكن بالإمكان استبدال المنتج بآخر، والأمر يتعلّق بعمل منفرد مع منح تنفيذه لعميل آخر، كما أن المقاول احتفظ بحقه في مراقبة الصناعة، وفرض توجيهاته وأوامره الخاصة.

ولقد قرر مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث- نسبياً- له سنة ٢٠٠٧ بأن: "المورّد البسيط للطرف الأصيل في العقد العام لا يعتبر بمثابة المتعاقد من الباطن، ومن ثم ليس له الحق في الدفع المباشر حتى ولو تم قبوله من جانب رب العمل على أساس أن الخدمات التي قام بتوريدها لا تدخل في مجال تطبيق قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥، ومن ثم لا تعدو كونها مجرد توريدات بسيطة"^{٤٢٧}.

وعليه، فقد ذهب رأي إلى القول: إنّ قاعدة الموافقة المسبقة لا تنصرف إلى الاتفاقات التي تتضمن تعاوناً مالياً أو فنياً بين المتعاقد الأصلي والغير، وهدفها تسهيل تنفيذ العقد الأصلي، وكذلك لا تنطبق هذه الموافقة على الطلبات غير المباشرة التي بموجبها يحصل المتعاقد الأصلي من الغير

^{٤٢٦}- نور قدور، مرجع سابق، ص ٣٨-٣٩.

^{٤٢٧}- د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٥٧.

على البضائع التي تعاقد على توريدها للإدارة لكي تساعد في توريد ما هو مطلوب منه في الموعد المحدد، بينما تخضع للموافقة المسبقة إذا نصَّ العقد الإداري على ذلك بشكل واضح وصريح^{٤٢٨}.

بينما ذهب رأي آخر إلى القول بعدم وجود مسوِّغ لتلك التفرقة، وذلك بسبب "صعوبة التمييز بين التعاقد من الباطن واتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي"، كما في عقد توريد فرعي- مثلاً- في نطاق عقد توريد أصلي هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المبررات التي يسوقها الفقه والقضاء بخصوص عدم إخضاع تلك الاتفاقات إلى شرط الموافقة المسبقة متوافرة أيضاً في حالة التعاقد من الباطن، لذا فإنه "من الأجدر المساواة بين التعاقد من الباطن واتفاقات تسهيل تنفيذ العقد، وذلك فيما يتعلق بشرط الموافقة المسبقة، بحيث يصبح التعاقد من الباطن جائزاً كأصل عام، ما لم يرد نص في العقد الإداري يحظر على المتعاقد الأصلي التعاقد من الباطن من دون الحصول على موافقة الجهة الإدارية مسبقاً"^{٤٢٩}.

وبدورنا، يمكن لنا القول: إنَّ الفارق الرئيس ما بين اتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي وبين اتفاق التعاقد من الباطن، هو أنَّ الأصل في الاتفاق الأخير الحظر والتحريم، حتى في حالة عدم النص على ذلك في العقد أو القانون، خلافاً لاتفاقات تسهيل التنفيذ (الأصل الإباحة، والاستثناء الحظر). فالمتعاقد من الباطن يقوم بتنفيذ الجزئية المتعاقد من أجلها تنفيذاً كاملاً، أما تلك الاتفاقات فيقتصر دورها على إمداد المتعاقد الأصلي بالموارد البشرية والمالية والمادية والتقنية اللازمة لتنفيذ العقد. علاوةً على ما تقدّم، تُبرم اتفاقات تسهيل التنفيذ في سبيل تنفيذ العقد بجميع أجزائه بشكل عام، خلافاً للتعاقد من الباطن الذي ينصَّب على جزئية معيّنة من أجزاء العقد الأصلي.

^{٤٢٨}- د. عبد الإله الخاني، مرجع سابق، ص ٣٠١-٣٠٢.

^{٤٢٩}- د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٥٩-٦٠.

وعليه يمكن القول: إنّ اتفاقات التسهيل لا تشكل أي إخلال بمبدأ التنفيذ الشخصي للعقد، خلافاً للتعاقد من الباطن الخفي، الذي يشكل إخلالاً جزئياً بهذا المبدأ. وعلى سبيل المثال إذا كان المتعاقد مع المتعاقد الأصلي يقوم بالتوريد فقط (توريد المواد الأولية...)، فسنكون أمام اتفاقية لتسهيل التنفيذ، أما إذا قام بالتصنيع ومن ثم التوريد لجزئية محددة نكون إزاء عقد من الباطن. بمعنى أنه في اتفاقات التسهيل تقتصر مساهمة المتعاقد مع المتعاقد الأصلي على مساعدة الأخير في تنفيذ موضوع العقد على النحو الأمثل، وفي الأجل المضروب، من دون أن ترقى مساهمته إلى مرتبة التنفيذ المادي والشخصي (الاشتراك أو التدخل المباشر) لجزء أو أجزاء من العقد الأصلي.

وهكذا نكون قد تعرّضنا في هذا المطلب إلى دراسة الجوانب النظرية المتعلقة بالتعاقد من الباطن. وننتقل الآن إلى دراسة الآثار القانونية المترتبة على هذا التعاقد، وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث، والذي يعكس الواقع العملي للتعاقد من الباطن، حيث يترتب على التعاقد من الباطن آثار مهمة، تتم عن علاقات متشعبة، مردّها وجود أكثر من طرف. وتختلف الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة، عن تلك التي تترتب عن التعاقد الخفي من الباطن (غير المرخص به).

المطلب الثاني

آثار التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية

يلتزم المتعاقد مع الإدارة عند رغبته بالتعاقد من الباطن مع الغير في سبيل تنفيذ جزء من محل العقد الأصلي، بطلب موافقة الجهة الإدارية على هذا التعاقد - تحقيقاً لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية - وهذه الموافقة قد يكون منصوصاً عليها في العقد المبرم مع الإدارة، فنكون عندئذٍ أمام موافقة مسبقة منظمّة عقدياً^{٤٣٠}. فموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة ليست ركناً من أركان العقد من الباطن، فهي غير مطلّبة لانعقاد هذا العقد، إذ من الممكن أن تصدر تلك الموافقة إما عند إبرام اتفاق التعاقد من الباطن، أو في أثناء تنفيذ الأداءات محلّ التعاقد من الباطن^{٤٣١}.

فالتعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة يقع باطلاً، ولا يحتج به في مواجهتها، ويعرّض المتعاقد الأصلي إلى أشد الجزاءات العقديّة، كونه خطأً عقدياً جسيماً، ومخالفة لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في العقود الإدارية^{٤٣٢}، ومن ثمّ تطبق عليه أحكام التنازل عن العقد دون موافقة الإدارة. أما في حالة موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، فيترتب عليها نتيجة مزدوجة مفادها بالنسبة إلى المتعاقد الأصلي: أنه ليس لهذه الموافقة من أثر على العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها، حيث يبقى هذا الأخير مسؤولاً عن تنفيذ التزاماته التعاقدية في مواجهة الجهة الإدارية، حتّى بالنسبة إلى الجزء المنفّذ من قبل المتعاقد من الباطن^{٤٣٣}، هذا من جهة. ومن جهة أخرى لا تنشئ هذه الموافقة أي علاقة عقدية بين الإدارة والمتعاقد من

^{٤٣٠} - د. رفاه كربل، مرجع سابق، ص ٦٠٢؛ د. محمّد محمود المفرجي، مرجع سابق، ص ١٢٣.

^{٤٣١} - د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٠٩.

^{٤٣٢} - د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٠.

^{٤٣٣} - د. محمد حنون جعفر، مرجع سابق، ص ١٦٠؛ د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٨١.

الباطن، فموافقة الإدارة لا يترتب عليها إلا نتيجة واحدة بالنسبة إلى المتعاقد من الباطن، وهي أن تجعل التعاقد من الباطن مشروعاً، فلا تستطيع الاعتراض عليه- والتتكرّر له- من دون سبب مشروع، وإلاّ وجبت مسؤوليتها، كما لا تستطيع أن توقع الجزاءات على المتعاقد الأصلي بسبب التعاقد من الباطن. وتُعَدّ الإدارة من الغير بالنسبة إلى العقد من الباطن، ولا تأثير لهذه الموافقة على العلاقة التعاقدية بين المتعاقد الأصلي والإدارة، فهذه العلاقة تبقى قائمة وفقاً لشروط العقد الأصلي^{٤٣٤}.

وفي فرنسا صدرت بعض التشريعات بشأن التعاقد من الباطن، خفّفت من وطأة النظام القاسي الذي كان يخضع له المتعاقد من الباطن، وأقامت علاقة قانونية بينه وبين الإدارة (لكنها لا ترقى إلى مرتبة العلاقة العقدية)، تتمثل هذه العلاقة - في حال موافقة الإدارة- في الدفع المباشر له، والدعوى المباشرة^{٤٣٥}.

واستناداً إلى ما تقدّم، سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الفرع الأول بحث الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة، ثم ننتقل إلى دراسة الآثار القانونية الناشئة عن التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة، وذلك في الفرع الثاني.

^{٤٣٤}- د. عبد الإله الخاني، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٥-٣٠٦. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د.

زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن...، مرجع سابق، ص ٦٢.

^{٤٣٥}- انظر: المادة /١١٧/ من المرسوم رقم /٩٧٥/ تاريخ ٢٠٠٦/٨/١، المتضمن قانون المشتريات العامة الفرنسي، لدى: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٢٧٦-٢٧٧. وانظر أيضاً: المادة /٢٢٨/ من القانون المدني السوري، والتي منحت الحق في الدعوى المباشرة.

الفرع الأول

آثار التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة

يمكن القول: إنّ التشريع والفقه والقضاء أجازوا فكرة التعاقد من الباطن، ولكن شريطة موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة مسبقاً؛ حتى ينتج هذا التعاقد آثاره القانونية^{٤٣٦}. فالتعاقد من الباطن يخضع منذ عهد بعيد إلى ذات القاعدة ذاتها التي تحكم التنازل عن العقد لجهة تطلّب موافقة الإدارة عليه ليكتسب الصفة القانونية، وإلا عدّ خطأً عقدياً...^{٤٣٧}.

ولا شك أنّ التعاقد من الباطن المرّخص به تترتب عليه آثار قانونية مهمة، ويقصد بهذه الآثار: النتائج التي يربّتها، سواء فيما يتعلق بعلاقة الإدارة بالمتعاقدين الأصلي (أولاً) أو في علاقة الإدارة بالمتعاقدين من الباطن (ثانياً)، أو على علاقة المتعاقدين الأصلي بالمتعاقدين من الباطن (ثالثاً).

أولاً- علاقة الإدارة بالمتعاقدين الأصلي:

ذهب غالبية المشرّعين في الدول المختلفة^{٤٣٨}، وكذلك الفقه الإداري^{٤٣٩}، مؤيداً بأحكام القضاء الإداري^{٤٤٠}، إلى القول: إنّ موافقة الجهة

^{٤٣٦}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٧٥؛ أحمد محمود أبو موسى، مرجع سابق، ص ١١٤؛ وتنصّ المادة ٤-١/ من الشروط العامة لمقاولات الهندسة المدنية لعقد الفيديك لعام ١٩٩٢/، على أنه: "ليس للمقاول أن يتعاقد من الباطن على تنفيذ كل الأعمال وما لم ينص العقد على غير ذلك فليس له أن يتعاقد من الباطن على جزء من الأعمال بدون موافقة المهندس ولا تعفي هذه الموافقة المقاول من أية مسؤولية أو التزام ناشئ عن العقد ويعدّ مسؤولاً عن التصرفات والتقصير والإهمال الصادر عن أي من مقاوليه من الباطن ومنذوبهم وخدمه أو عمالهم...".
 مشار إليها لدى: د. عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، مرجع سابق، ص ٩٠-٩١ وص ٣٨٨؛ وانظر المادة ٦/ من عقد مطار مرسى علم، والتي اشترطت الحصول على موافقة المالك كتابة على التعاقد من الباطن، مع عدم الانقصاص من مسؤولية الملتزم... مشار إليها لدى: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

^{٤٣٧}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. نجاتي غازي، مرجع سابق، ص ٢٤٤ وما بعدها.

^{٤٣٨}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ١٥٣ وما بعدها.

الإدارية على التعاقد من الباطن - سواء أكانت صريحة أم ضمنية - ليس لها من أثر على الرابطة العقدية بين الجهة الإدارية والمتعاقد الأصلي، فهذه العلاقة تبقى نافذة وكاملة من دون الانتقاص منها، ويبقى هذا الأخير - والحال كذلك - وحده مسؤولاً مسؤولية شخصية وكاملة عن تنفيذ الالتزامات العقدية كافة، حسبما ينصّ عليه العقد أو القوانين واللوائح، حتّى بالنسبة إلى الجزء المنفّذ من قبل المتعاقد من الباطن، فالتعاقد من الباطن لا يؤدي إلى حلول المتعاقد من الباطن محلّ المتعاقد الأصلي في تنفيذ الجزئية المتعاقد بشأنها من الباطن، وتتوافر هذه المسؤولية حتى ولو لم يُنصّ عليها في العقد، ما لم يرد شرط في العقد على خلاف ذلك^{٤٤١}.

وينبثق مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي في حالة التعاقد من الباطن، من قاعدة الالتزام بالتنفيذ الشخصي في تنفيذ العقود

^{٤٣٩} - د. سعيد نحيلي، د. عبسي الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤١؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٨-١٩٩.

^{٤٤٠} - ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية في القرار رقم ١٦٣/، الطعن رقم ٢٦٧، عام ١٩٧٧ إلى القول: "إن الشخص الذي تنازل له المتعهد الأصلي عن التعهد بموجب وكالة غير قابلة للعزل، ليس ذا صفة لمخاصمة الإدارة في الخلافات الناشئة عن تنفيذ التعهد إذ يظل المتعهد الأصلي هو المسؤول في مواجهة الإدارة وفقاً لما تضمنته العقد الإداري من أحكام". مشار إليه لدى: نور قدور، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها؛ وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في حكم له بتاريخ ٦/ مارس ١٩٨٧، أن: "تصوص قانون ٣١/ ديسمبر ١٩٧٥، لا تنشأ على عاتق المقاول من الباطن التزامات تعاقدية تجاه الإدارة، ويبقى المقاول الأصلي وحده مسؤولاً عن تلك الالتزامات عند تنفيذ العقد، سواء بالنسبة للأشغال التي نفذها بنفسه، أو بالنسبة للأشغال التي سلّمها للمقاول من الباطن". مشار إليه لدى: د. عبسي عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤٩ (هامش ٢/)، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية، حيث قضت أنه: "... لا تنشأ بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أية علاقة، ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً في مواجهة الإدارة..."، حكما في الطعن رقم ١١٠٩/، تاريخ ٢٨/ ديسمبر ١٩٦٣، س ٩، ص ٣٢٤، نقلاً عن: د. مهند مختار نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣١٠ (هامش ٤٥/).

^{٤٤١} - د. أوس مخبير، مرجع سابق، ص ٣٠٠؛ د. عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية، مرجع سابق، ص ١٤٩ وفي المعنى ذاته: د. محمد جعفر، مرجع سابق، ص ١٦١.

الإدارية، ومن ثم فهو لا يحتاج إلى النص عليه في العقد أو القانون، ومع ذلك فقد تضمنته أغلب التشريعات المنظمة لذلك^{٤٢}.

فنصت كراسة الشروط العامة الفرنسية (C. C. A. G) على أنه في حالة التعاقد من الباطن، يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً مسؤولية شخصية عن كامل الالتزامات الناشئة على العقد تجاه الإدارة والعمال^{٤٣}. حيث يكون المتعاقد الأصلي مسؤولاً بصفة شخصية عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد. وهذا ما أكدته المادة الأولى من قانون ١٩٧٥/١٢/٣١^{٤٤}. وكذلك المادة ١١٣/ من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٩٧٥/ لعام ٢٠٠٦، نصت على أنه: "في حالة التعاقد من الباطن يبقى صاحب الحق - المتعاقد الأصلي - مسؤولاً بصفة شخصية عن تنفيذ جميع الالتزامات المترتبة على العقد"^{٤٥}.

وفي جمهورية مصر العربية، لم يتعرض القانون رقم ٩/ لعام ١٩٨٣/ ولائحته التنفيذية إلى التعاقد من الباطن. لكن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ١٩٩٨/٩٨، أكدت على مبدأ استمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي في المادة ٧٦/ منها، في حالة التنازل عن كل أو بعض المبالغ المستحقة لأحد البنوك. أمّا القانون الجديد المتعلق بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لعام ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية، فقد أكدّا على المبدأ المذكور في حالة التعاقد من الباطن.

^{٤٢}- د. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتفويض الشخصي والتعاقد من الباطن، مرجع سابق، ص ٤٥٤-٤٥٥؛ نور قدور، مرجع سابق، ص ١٠١؛ د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ٣٦٧.

^{٤٣}- انظر: المادة ٤٢/ من كراسة الشروط العامة الفرنسية عام ١٩٧٦، لدى: أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ١١٤.

^{٤٤}- د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ١٥٣-١٥٤.

^{٤٥}- د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٣.

وبالنسبة إلى الجمهورية العربية السورية، فإنّ حصول المتعاقد مع الجهة الإدارية على موافقة الأخيرة على التعاقد من الباطن، لا أثر لها على حقوق الإدارة في مواجهة المتعاقد الأصلي، فلا يُعفى الأخير من التزاماته ومسؤولياته الحقوقية... المفروضة عليه تجاه الجهة العامة بمقتضى أحكام العقد.

وبترتب على مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي نتيجتان، الأولى: يكون المتعاقد الأصلي مسؤولاً مسؤولية شخصية وكاملة عن أخطاء المتعاقد من الباطن في حالة الخطأ في التنفيذ، أو التأخير فيه، أو عدم القيام به، أو عند التنفيذ المُعيب للأداءات المتعاقد بشأنها من الباطن، كما يتحمّل نتائج عجزه المالي، أو قصوره الفني، لأنّ المتعاقد الأصلي ملزم بتوجيه الأعمال التي يقدّمها المتعاقد من الباطن الذي اختاره بنفسه والرقابة عليها^{٤٤٦}. أما النتيجة الثانية: يعدّ المتعاقد الأصلي المستحق الوحيد للحصول على المقابل المالي للعقد بأكمله، بما في ذلك ثمن الأداءات المنفّذة عن طريق المتعاقد من الباطن، كونه المسؤول الوحيد عن تنفيذ العقد^{٤٤٧}، إذ لا توجد "علاقة بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة مباشرة، إلا ما يرد به نصّ صريح في القوانين أو اللوائح"^{٤٤٨}.

ويثار في هذا المقام تساؤل مهم، وهو هل يجوز للمتعاقد الأصلي أن يخاصم الجهة الإدارية المتعاقدة في الدعوى المرفوعة عليه من جانب المتعاقد من الباطن؟.

يرى الفقيه البلجيكي "Flamme" أن مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للمتعاقد مع الإدارة، لا يحول بينه وبين إمكانية مخاصمة الأخيرة،

^{٤٤٦} - د. علي عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٤١-٢٤٢؛ د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ١٢٨-١٢٩؛ د. نجاتي غازي، مرجع سابق، ص ٢٤٧-٢٤٨.

^{٤٤٧} - أحمد محمود موسى، مرجع سابق، ص ١١٦ و ١٢٠؛ لارا وآنا، مرجع سابق، ص ٧٠.

^{٤٤٨} - د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤١-١٤٢.

للمطالبة بالتعويض عن الأضرار التي يمكن أن تسبب إليها، كنتيجة للصعوبات المادية غير المتوقعة في التنفيذ، أو نتيجة أخطاء من الممكن أن تنسب للإدارة، فإدراج شرط في دفتر الشروط تنتكّر الإدارة بمقتضاه لأي علاقة بينها وبين المتعاقد من الباطن، لا يحول دون إدخالها كطرف في الدعوى المرفوعة من قبل هذا الأخير^{٤٩}. فلا يقصد من هذا الشرط - عادةً - سوى استبعاد إمكانية اللجوء إلى الدعوى المباشرة.

^{٤٩}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٨٠؛ د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ١٥٨ - ١٥٩. ذهبت المحكمة الإدارية العليا السورية إلى القول: "ليس للمتعهد الثانوي أن يطالب الإدارة مباشرةً بالحقوق المتولدة عن العقد المبرم بينها وبين المتعهد الأصلي إنما يتولّى ذلك المتعهد الأصلي المسؤول عن تنفيذ العقد وصاحب الصفة في مباشرة الادعاء بالحقوق التي يطالب بها كنتيجة للعقد بوصفه الطرف الوحيد في الرابطة العقدية الإدارية"، قرار المحكمة الإدارية العليا رقم ١٦٤/١٦٤/ بالقضية رقم ١٢٣/١٢٣ لعام ١٩٧٤، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤، ص ٢٧٥، المبدأ ١١٠/١١٠؛ وهذا ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي في حكمه الصادر في ٩ يوليو ١٩٢٤ في قضية "continentale compagnie Du Gaz"، حيث يقول: إن "الشركة الملتزمة، والتي من المفروض عليها إنتاج الكهرباء بنفسها يجب ألا تقدّم تياراً تنتجه شركة أخرى دون إذن من الإدارة مانحة الالتزام"، مشار إليه لدى: هشام محمد حمود الحلفي، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية، مجلة كلية التربية الأساسية، المجلد ٢٣/٢٣، العدد ٩٧/٩٧، ٢٠١٧، ص ٩٧٢. وانظر أيضاً، حكم المجلس المذكور في ٢٢ يناير ١٩٦٥، مشار إليه لدى: رشا محمد جعفر الهاشمي، مرجع سابق، ص ٢١٨؛ وأيضاً سارت المحكمة الإدارية العليا المصرية في الاتجاه نفسه، وقد صدرت العديد من الأحكام بهذا الصدد، منها حكمها الصادر في ٢٨ ديسمبر عام ١٩٦٣، الذي تقول فيه: "... وكان وجه المنازعة - في هذه القضية - أن غش اللبن المتفق على توريده صادر من المتعاقد من الباطن، وبذلك فهو المسؤول شخصياً عن هذا الخطأ، وعليه وحده يوقع الجزاء وقد رفضت المحكمة هذا الادعاء على أساس أن المتعاقد الأصلي مسؤول شخصياً عن تنفيذ التزاماته، وليس من حقه أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة، كما هو الحاصل في هذه المنازعة، وبذلك لا توجد أية علاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً عن هذا الخطأ المنسوب للمتعاقد من الباطن"، مشار إليه لدى: رشا الهاشمي، المرجع نفسه، ص ٢١٨-٢١٩؛ هشام الحلفي، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

وتتعدّد مسؤولية المتعاقد الأصلي بسبب الأضرار التي قد تصيب الغير أثناء تنفيذ المتعاقد من الباطن للالتزامات المنوطة به، فليس له أن يطلب بأن يكون خارج الدعوى المقامة من المتضرر، تحت ذريعة أنه لم ينفذ الأداءات بنفسه، وأن الذي تسبب بالضرر ليس هو وإنما المتعاقد من الباطن. فالجزاءات العقدية تُفرض على المتعاقد الأصلي، وليس على المتعاقد من الباطن ولو كانت الأخطاء صادرة عن الأخير. بيد أنه في الحالات التي يكون فيها المتعاقد من الباطن مفروضاً على المتعاقد الأصلي بنص في العقد أو القانون أو اللوائح، يمكن له - كما ذكرنا سابقاً - أن يدفع مسؤوليته عن التأخير في التنفيذ أو عن الأضرار التي أصابت الغير، إن كانت عائدة إلى فعل المتعاقد من الباطن أو بسببه^{٤٥٠}.

ثانياً- علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن:

القاعدة في هذا الشأن - والتي هي من مقتضيات فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري - انعدام أي علاقة عقدية مباشرة بين الجهة الإدارية والمتعاقد من الباطن، حيث لا يترتب على التعاقد من الباطن المرخص به إلا نتيجة واحدة وهي أن تجعله مشروعاً، ويبقى المتعاقد من الباطن أجنبياً - من الغير - عن الإدارة وعن العقد، فهذه الموافقة ليس من شأنها أن تجعل المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الإدارة^{٤٥١}. وهذا ما استقرّ عليه القضاء الفرنسي، ومعه جمهور الفقه^{٤٥٢}.

^{٤٥٠} - انظر في هذا المعنى: د. محمد محمود كنعان المبرجي، مرجع سابق، ص ١٣٢-١٣٣؛ د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٦٠٣-٦٠٤؛ د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٥٠؛ أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ١١٧-١١٨.

^{٤٥١} - شامل العزاوي، مرجع سابق، ص ١٢٠؛ وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت B. O. T، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٤، ص ٦٨.

^{٤٥٢} - A. De Laubadère, F. Modern, P. Delvolvé, op. cit. P. 23.

وانظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٧٩/٢/٢، وهو الحل نفسه الذي انتهت إليه محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٧٩/٣/١٩. مشار إليه لدى: د. مهدي نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع=

فالتعاقد من الباطن المرخص به لا يؤدي إلى حلول المتعاقد من الباطن محلّ التعاقد الأصلي، حيث إنّ قبول الجهة الإدارية للمتعاقد من الباطن يُعدّ شرطاً أساسياً وضرورياً لصحة عملية التعاقد من الباطن، ويُضفي عليه الصبغة القانونية، ومن ثم لا تستطيع الإدارة أن تنتكّر له بعد ذلك، وإلاّ تحقّقت مسؤوليتها بالتعويض - لاقترافها خطأً تعاقدياً - أمام المتعاقد الأصلي^{٤٥٣}.

يترتّب على القاعدة السابقة أنه ليس للمتعاقد من الباطن أن يُخاصم الإدارة بشكل مباشر، أو أن يطالبها بتنفيذ التزاماتها الواردة في العقد الأصلي، أو بتسوية ثمن أشغاله التي نفذها، وليس له أن يناقش عناصر الحساب، ولا أن يتظلم من الجزاءات الموقّعة على المتعاقد الأصلي، حتّى فيما يتعلّق بالأعمال المتعاقد بشأنها من الباطن، إذ إنّ مبدأ التنفيذ الشخصي، وعدم وجود رابطة عقدية قانونية بينه وبين الإدارة، يحولان دون مطالبته الإدارة بحقوقه، أو التدخل في العلاقات بين الإدارة والمتعاقد الأصلي^{٤٥٤}.

وفي المقابل لا تستطيع الإدارة مطالبة المتعاقد من الباطن بتنفيذ التزاماته المحددة في العقد من الباطن، أو أن تستدعي مسؤولية المتعاقد من

= سابق، ص ٣١٠-٣١١؛ ومن الجدير بالذكر، أن الفقيه **Daumard** يرى "أن العلاقة بين جهة الإدارة والمتعاقد من الباطن هي من روابط القانون العام، وينعقد الاختصاص في نظر المنازعات الناجمة عنها إلى القضاء الإداري، والأساس القانوني في هذه الحالة يكمن في الاتفاق المبرم بين الملزم والمتعاقد من الباطن الذي ينتمي بطبيعته إلى روابط القانون الخاص، ومع ذلك فإن هذا الاتفاق يكون مصدراً لتطبيق قواعد القانون العام في علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن وذلك لسببين...". للمزيد من التفاصيل، انظر: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٢٠٠-٢٠١؛ د. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٣٤-٢٣٥.

^{٤٥٣} - عزة محمد سلمان، مرجع سابق، ص ١٤٢-١٤٣؛ وفي المعنى نفسه: د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ٣٦٩-٣٧٠.

^{٤٥٤} - د. محمد المبرجي، مرجع سابق، ص ١٢٨-١٢٩؛ د. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مرجع سابق، ص ٤٥٥؛ للمزيد من التفاصيل حول مسؤولية المتعاقد من الباطن التقصيرية، انظر: لارا ونا، مرجع سابق، ص ٩٥ وما بعدها.

الباطن عن طريق الدعوى المباشرة في حالة التنفيذ السيء للأداءات المتعاقد بشأنها من الباطن، وإن أمكنها الرجوع عليه على أساس المسؤولية التقصيرية أو شبه العقدية، إذا ما ارتكب خطأ جسيماً في التنفيذ ينم عن جهل فاضح بأصول الفن المرعية^{٤٥٥}.

فالمتعاقدين من الباطن لا يستطيع مخاصمة الإدارة بشكل مباشر بخصوص الجزء الذي التزم بتنفيذه من الباطن، إلا أنه يستطيع مقاضاة الجهة الإدارية - طبقاً للقواعد العامة - عن طريق الدعوى غير المباشرة مستخدماً حقوق مدينه (المتعاقدين الأصلي)^{٤٥٦}، أو عن طريق الدعوى البوليصية وذلك وفقاً للقواعد المقررة في القانون المدني، وليس طبقاً لأحكام القانون الإداري ومبادئه الذي لم يُنشئ أي علاقة عقدية مباشرة بين المتعاقد من الباطن والإدارة، إلا ما يرد بشأنه نص صريح في القوانين أو اللوائح^{٤٥٧}.

استثناء من القاعدة السابقة، يكون المتعاقد من الباطن على علاقة قانونية بالإدارة، وتتعقد مسؤوليته مباشرة أمامها، بموجب نصوص صريحة في القانون، أو قرار الموافقة على التعاقد من الباطن^{٤٥٨}. ويحق للإدارة أن ترفع دعوى غير مباشرة^{٤٥٩} على المتعاقد من الباطن لمطالبته بإنجاز الأعمال، لكنها لا تستطيع مطالبته بالضمان، إلا عن طريق استعمالها لحقوق

^{٤٥٥} - د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٣١-١٣٢، د. رفاه كربل، مرجع سابق، ص ٦٠٤-٦٠٥، د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٣٤.

^{٤٥٦} - للمزيد من التفاصيل، انظر: لارا مارون ونا، مرجع سابق، ص ١١١ وما بعدها.

^{٤٥٧} - حكم مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢١ يونيو ١٩٢٩، مشار إليه لدى: أحمد محمود أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٢٠-١٢١؛ وانظر أيضاً: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٨١-٣٨٢، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، ١٩٧٣، مرجع سابق، ص ٢٢٣ وما بعدها.

^{٤٥٨} - د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ١٤٢.

^{٤٥٩} - انظر: المادتين ٢٣٦-٢٣٧ من القانون المدني السوري؛ والمادتين ٢٣٥-٢٣٦ من القانون المدني المصري.

مدينها (المتعاقد الأصلي) في الضمان بمواجهة مدين مدينها (المتعاقد من الباطن)^{٤٦٠}.

كما يمكن للإدارة ممارسة صور متعددة من الرقابة على المتعاقد من الباطن- خصوصاً في عقود التوريد الصناعية- في موقع عمله، مثل: الرقابة الفنية والمالية، والأمنية. ففي الرقابة الفنية يخضع المتعاقد من الباطن إلى رقابة الإدارة في التنفيذ وتوجيهها، من أجل الاطمئنان والتأكد من سلامة الأعمال وصحة الأداء، ومطابقة المواد أو الأصناف المتعاقد من أجلها للشروط والمواصفات الواردة في شروط العقد أو دفتر الشروط. وفي الرقابة المالية تمتد سلطة الإدارة في الرقابة المحاسبية- بشكل تلقائي- لتشمل المتعاقد من الباطن. أما الرقابة الأمنية فتُمَارَس في ضوء مقتضيات الأمن، وسلامة الدولة في نطاق عقود التزام المرافق العامة؛ نظراً لضرورة المحافظة على الأسرار (أسرار المهنة) في مواقع العمل، وعدم إفشائها، وكذلك الأمر بالنسبة إلى عقود التصنيع الحربي، تحت طائلة فرض الجزاءات الواردة في القوانين الجزائية^{٤٦١}.

ومن الجدير بالذكر أن الإدارة المتعاقدة تمارس صور الرقابة المذكورة على المتعاقد من الباطن حتى في حالة الذهول عن ذكرها في متن العقد الأصلي المبرم بينها وبين المتعاقد معها؛ لأنها مُستعارة من احتياجات

^{٤٦٠}- انظر في هذا المعنى: د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ١٢٤.

^{٤٦١}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ٨٢ وما بعدها؛ د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٣٣-٢٣٤؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٩-٢٠٠؛ د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ١٩٨ وما بعدها. وإزاء هذه السلطات المشار إليها أعلاه، أعطى قانون التعاقد من الباطن الفرنسي الحق للمورد من الباطن في الحصول على المقابل المالي مباشرة من الإدارة، بعد موافقة المتعاقد الأصلي، ويقتصر أثر هذه العلاقة على تسوية الثمن من دون أن يمتد إلى أكثر من ذلك؛ نظراً لانتهاء أي علاقة عقدية مباشرة بينهما. انظر: د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن...، مرجع سابق، ص ٦٨-٦٩.

المرفق العام، وضرورة سيره بانتظام واضطراد، ويقع باطلاً كل شرط يرد في العقد يهدف إلى إلغاء هذه السلطة، أو الحد منها^{٤٦٢}.

فإذا كانت موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، لا تؤدي إلى أي علاقة بينها وبين المتعاقد من الباطن، فإن الأمر اختلف بعض الشيء في فرنسا، نتيجة صدور بعض القوانين المتعلقة بالتعاقد من الباطن^{٤٦٣}، حيث منح المشرع الفرنسي المتعاقد من الباطن وسيلتين من وسائل الحماية تخولانه الرجوع مباشرة على الإدارة لاقتضاء مقابل ما أداه من أعمال، هما: السداد المباشر، والدعوى المباشرة. علاوة على امتياز مرسوم ٢٦ Pluviose (حق السداد التفضيلي)^{٤٦٤}.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد يتعلّق بالشروط المطلوبة للاستفادة من الدفع المباشر للمتعاقد من الباطن، وكيف تتم ممارسة الدعوى المباشرة من جانب هذا الأخير؟

لكي يستفيد المتعاقد من الباطن من حق الدفع المباشر له، لا بدّ من موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن من خلال إجراءات معيّنة، وتوافر شروط خاصة للحصول على ثمن الأعمال التي قام بتنفيذها^{٤٦٥}، وتتمثّل

^{٤٦٢} - أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٢١؛ د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٦٠٥؛ د. محمد محمود كنعان المفرجي، مرجع سابق، ص ١٣٠.

^{٤٦٣} - راجع المادة ١١٧/ من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٩٧٥/ لعام ٢٠٠٦، والتي تقرر حق المتعاقد من الباطن في الدفع المباشر له. وراجع أيضاً المادة الرابعة من قانون التعاقد من الباطن الفرنسي رقم ١٣٣٤/ لعام ١٩٧٥، لدى: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٤.

^{٤٦٤} - تمّ بموجب هذا المرسوم منح العمّال والموردين والمقاولين من الباطن حقاً حصرياً في الحجز على الديون الناجمة عن العقد الإداري، ويشترط للاستفادة من هذا الامتياز أن يكون العقد الأصلي من عقود الأشغال العامة حصراً، بعد اتخاذ هؤلاء المذكورين لبعض الإجراءات التحفظية، والترخيص لهم بذلك، مع العلم أن المتعاقد من الباطن يتمتع في سوربة بضمانة مماثلة لهذا الامتياز، وذلك بموجب المادة ٦٨٢/ من القانون المدني السوري، للمزيد، انظر: د. سوسن البيطار، مرجع أعلاه، ص ٣٨٣-٣٨٦؛ د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٤٤٨ وما بعدها.

^{٤٦٥} - قريب من هذا المعنى: د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٣٠.

إجراءات الموافقة على التعاقد من الباطن، بتقديم طلب للتعاقد من الباطن، وصدور قرار من الإدارة بالموافقة عليه.

وعليه يقوم المتعاقد الأصلي أو وكيله بتقديم طلب كتابي للإدارة، أو يرسل خطاباً مسجلاً بالبريد مع إشعار بالوصول، يبين فيه طبيعة الالتزامات المتعاقد عليها من الباطن، واسم المتعاقد من الباطن المقترح وعنوانه (حتى تتمكن الإدارة من دراسة موقفها والتأكد من مدى قدراته المالية وكفاءته الفنية)، وشروط الدفع المتفق عليها في مشروع عقد المقاول من الباطن، والتمن الإجمالي المتوقع، وتاريخ تحديد الثمن، وأساليب مراجعة الأسعار، ثم نظام السلف والدفعات تحت الحساب، بالإضافة إلى الغرامات^{٤٦٦}. ويقدم طلب الموافقة عند إبرام العقد الأصلي - بالتزامن مع تقديمه للعرض الذي رشحه للتعاقد مع الإدارة - أو في أثناء تنفيذه^{٤٦٧}، وليس من الضروري أن تكون الموافقة سابقة على إبرام العقد من الباطن، ولكن لا يجوز تنفيذه قبل الحصول على موافقة الإدارة.

وقبل صدور مرسوم ١١ مايو ١٩٥٣ كان المتعاقد من الباطن يحصل على المقابل المالي للجزء الذي يقوم بتنفيذه من المتعاقد الأصلي حصراً، "كنتيجة طبيعية للتقيد الصارم بفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري"^{٤٦٨}، لكن بعد صدور المرسوم المشار إليه، أصبح بإمكان الإدارة أن تدفع للمتعاقد من الباطن مباشرة، من دون إخلال بقاعدة انتفاء العلاقة العقدية المباشرة بين الأخير والإدارة، فهذه العلاقة الجديدة تقتصر

^{٤٦٦} - للمزيد، انظر: د. عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٣٩-٢٤٠؛ د. نجم

الأحمد، مرجع سابق، ص ٣٠٧-٣٠٨؛ د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٥٢-٥٣.

^{٤٦٧} - راجع المادتين ٣/٤ من القانون الفرنسي ١٩٧٥/١٣٣٤، والمادتين ١١٢ و ١١٤ من

المرسوم ٢٠٠٦/٩٧٥، لدى: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٩٢.

^{٤٦٨} - د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ١٩١.

على تسوية الثمن فقط (رابطة مباشرة لكنها غير عقديّة). وكذلك الحال بالنسبة إلى المرسوم الصادر في ١٤ مارس ١٩٧٣ بشأن التعاقد من الباطن، والذي خول المتعاقد من الباطن الحق في السداد المباشر له من جانب الإدارة، والحصول على سلف عقديّة اختيارية شريطة أن تتجاوز قيمة العقد الأصلي مئتي ألف فرنك فرنسي^{٤٦٩}.

ومن ثمّ منح قانون /٣١/ ديسمبر ١٩٧٥ المتعاقد من الباطن الحق في الدفع المباشر له من صاحب العمل (الإدارة)، وحق ممارسة الدعوى المباشرة في مواجهته إذا كان مقبولا من قبل رب العمل، وكافة شروط الدفع معتمدة أيضاً. وتضمّنت كراسة الشروط العامة الفرنسية (C. C. A. G) الأحكام التي وردت في القانون السابق للمتعاقد من الباطن. حيث أكدّ مجلس الدولة الفرنسي في أحكامه على تطبيق مبدأ الدفع المباشر للمتعاقد من الباطن، الذي نفذ جزءاً من العقد الأصلي^{٤٧٠}.

غير أن هذا الحق - السداد المباشر - في ظلّ قانون المشتريات العامة رقم /٩٧٥/ لعام ٢٠٠٦، وبخاصة المادة /١١٥/ منه، لا يمكن الاستفادة منه إلا في الحالة التي يكون فيها مبلغ التعاقد من الباطن يساوي أو يزيد على مبلغ /٦٠٠/ يورو^{٤٧١} وذلك في عقود المقاولات، وبما يعادل أو يزيد على ١٠% من القيمة الإجمالية للعقد في العقود الصناعية المبرمة من جانب وزير الدفاع، وفي العقود المتعلّقة بنماذج المعدّات الحربية، والتصنيع، والتجميع والإصلاح، أو صيانة غير روتينية لمثل هذه العقود، وكذلك الخدمات

^{٤٦٩} - د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٢٠٠؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٣٤-٢٣٥؛ وهذا ما أكّده مجلس الدولة الفرنسي في حكم صادر عنه سنة ١٩٨٧، انظر: د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٨٤.

^{٤٧٠} - د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٥٢؛ وانظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي في /١٠/ فبراير ١٩٩٧، مشار إليه لدى: أحمد محمود أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٢٢-١٢٣.

^{٤٧١} - د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٩٣؛ عزة سلمان، مرجع سابق، ص ٥٩-٦٠.

الفكرية^{٤٧٢}. بيد أنه يمكن الأخذ بحق الدفع المباشر من دون هذه العتبة، بقرار يتخذ في مجلس الدولة نظراً لتغير الظروف الاقتصادية^{٤٧٣}.

حيث يتقدم المتعاقد من الباطن - أولاً - بمشروع حساباته مع المستندات المؤيدة له - لحقه في السداد المباشر - إلى المتعاقد الأصلي، ويتمتع هذا الأخير خلال ١٥ / يوماً بحق قبولها أو رفضها مع التسبب، فإذا التزم المقاول الأصلي جانب الصمت خلال هذه المدة، كان ذلك في منزلة قبول - ضمني - لتلك المستندات، فإذا لم يعلن المتعاقد رفضه المسبب، أو كان رفضه غير مسبب، ولم يُرسل مشروع الحسابات إلى الإدارة خلال المدة السابقة، يقوم المتعاقد من الباطن بتقديم مشروع حساباته إلى الإدارة بشكل مباشر. ثم تقوم الإدارة بإعذار المتعاقد الأصلي ليقدم رفضه المسبب خلال مدة خمسة عشر يوماً أخرى، فإذا انتهت هذه المدة ولم يقدم الرفض المسبب، تقوم الإدارة بتحرير إذن الصرف للمتعاقد من الباطن^{٤٧٤}.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قرر في حكم حديث - نسبياً - له أن المتعاقد من الباطن حتى يتمتع بميزة السداد المباشر له، عليه أن يبادر بتقديم طلب السداد المباشر إلى الإدارة خلال فترة زمنية مناسبة، وهي الفترة السابقة على سداد القيمة الإجمالية للمتعاقد الأصلي، فإذا قدم الطلب بعد هذه الفترة وامتنعت الإدارة عن السداد للمتعاقد من الباطن فلا تثريب عليها^{٤٧٥}.

^{٤٧٢} - د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٦.

^{٤٧٣} - انظر المادة ٦/ من القانون الفرنسي ١٣٣٤/١٩٧٥، المعدلة بالقانون ٢٠٠١/١١٦٨ بموجب المادة السادسة منه، لدى: د. سوسن البيطار، المرجع أعلاه، ص ٣٩٣.

^{٤٧٤} - راجع المادة ٨/ من القانون الفرنسي ١٣٣٤/١٩٧٥، كذلك المادة ١١٦/ من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠٦/٩٧٥، لدى: د. سوسن البيطار، المرجع أعلاه، ص ٣٩٣-٣٩٤؛ د. عيسى الحسن، مرجع سابق،

ص ٥٦؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٩٩ وما بعدها.

^{٤٧٥} - غير مذكور رقم القرار وتاريخه، مشار إليه لدى: أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٢٢. وهذا الاجتهاد من المجلس المذكور أعلاه يؤكد نص المادة ١١٦/ من قانون المشتريات =

كذلك فإنّ المتعاقد من الباطن يوجّه طلبه بالسداد المباشر إلى الإدارة المتعاقدة، أو إلى الشخص المفوض منها في العقد، حيث يكون هذا الطلب مصحوباً بالفواتير، وإيصال الوصول، بما يشهد على أنّ المتعاقد الأصيل قد تسلّم الطلب. ومن ناحية الإدارة فإنها تبادر بإرسال نسخة من الفواتير المقدّمة إلى الطرف الأصيل في العقد العام (الإداري)، وتقوم بالسداد المباشر إلى المتعاقد من الباطن في المهلة المنصوص عليها في المادة ٩٨/، وتسري هذه المهلة من تاريخ استلام الإدارة لقبول المتعاقد الأصيل معها للسداد بصورة جزئية أو كلية، أو من تاريخ انقضاء المهلة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، متى لم يبادر المتعاقد الأصيل مع الإدارة بالإعلان عن أي قبول أو رفض للسداد خلال هذه المهلة. كذلك تبادر الإدارة بإعلان المتعاقد معها بالسداد الذي قامت به للمتعاقد من الباطن^{٤٧٦}.

وأخيراً يختصّ القضاء الإداري بشأن المنازعات الناشئة عن الدفع المباشر للمتعاقد من الباطن^{٤٧٧}.

كما يحق للمتعاقد من الباطن إقامة الدعوى المباشرة في مواجهة صاحب العمل (الإدارة المتعاقدة)، وتوجيه الإنذار له^{٤٧٨}، في حال عجزه عن

=العام، والتي تنصّ على أن: "يوجّه المتعاقد من الباطن طلبه بالسداد باسم الإدارة المتعاقدة إلى الطرف الأصيل في العقد العام، بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، أو إيداعه لدى هذا الأخير مع ضرورة الحصول على إيصال بهذا الإيداع، وللمتعاقد الأصيل مهلة خمسة عشر يوماً من تاريخ التوقيع على إيصال الخطاب لتقرير القبول، أو الرفض إلى المتعاقد من الباطن، أو الإدارة المتعاقدة، أو الشخص المفوض منها في العقد العام". انظر: د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن...، مرجع سابق، ص ٦٧.

^{٤٧٦} - أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٢٣ وما بعدها.

^{٤٧٧} - انظر: المادة ١٣/ من القانون ١٣٣٤/١٩٧٥، لدى: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٩٦.

^{٤٧٨} - انظر: المادة ٦٦٢/ من القانون المدني المصري، والمادة ٦٨٢/ من القانون المدني السوري.

الحصول على المدفوعات المستحقة له لدى المتعاقد الأصلي، متى كان سقف العقد من الباطن أدنى من الحد السابق المشار إليه، وهو /٦٠٠/ يورو في عقود المقاولات، أو ١٠% من قيمة العقد في عقود وزارة الدفاع^{٤٧٩}.

فوفقاً لقانون /٣١/ ديسمبر عام ١٩٧٥ بشأن التعاقد من الباطن، وكراسة الشروط العامة (C. C. A. G 1976)، يمارس المتعاقد من الباطن الدعوى المباشرة في مواجهة الإدارة للحصول على المبالغ المستحقة له، عندما يتمتع المتعاقد الأصلي عن الدفع له خلال شهر من تاريخ إعداره، مع ضرورة توجيه نسخة من هذا الإقرار إلى صاحب المشروع^{٤٨٠}.

وأخيراً نشير إلى أن الدعوى المباشرة لا تكون بديلاً عن الدفع المباشر، بل إنّ مباشرة هذه الدعوى في حدّ ذاته رهين بقبول المتعاقد من الباطن من قبل رب العمل^{٤٨١}. ويترتب على ذلك أنّه في حال عدم قبول الإدارة للمتعاقد من الباطن، فإنه لا يستطيع الاستفادة من حق الدفع المباشر، ولا يمكنه اللجوء إلى الدعوى المباشرة. وبالتالي عليه أن يتوجّه إلى المتعاقد الأصلي لكي يطالبه بحقوقه، وأن يلجأ إلى ممارسة دعوى المسؤولية التقصيرية في حال خطأ الإدارة^{٤٨٢}.

^{٤٧٩}- د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٦٦.

^{٤٨٠}- د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ١٣٠ وص ١٣٥-١٣٦؛ وانظر: المادة /١٢/ من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥، المعدلة بالقانون رقم (٤٧٥/٩٤) لسنة ١٩٩٤، لدى: د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٣٣٤؛ لارا مارون ونّاء، مرجع سابق، ص ١١٢ وص ١١٤-١١٥؛ للمزيد من التفاصيل حول شروط ممارسة المتعاقد من الباطن للدعوى المباشرة، انظر: المرجع الأخير، ص ١١١ وما بعدها؛ والهدف من الإخطار هو إيلاع الإدارة بنية المتعاقد من الباطن في رفع الدعوى المباشرة، ويترتب على ذلك تجميد المال المستحق للمتعاقد الأصلي لمصلحة المتعاقد من الباطن في حدود المبلغ المستحق للأخير. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٩٥ وما بعدها. وانظر: المادة /٦٢٨/ من القانون المدني السوري.

^{٤٨١}- الدعوى المباشرة تكون دعوى بديلة عن حق السداد المباشر بالنسبة للمتعاقد من الباطن المرفوض من جانب الإدارة، أو الذي لم يحقق الشروط المطلوبة لإمكان استيفاء هذا الحق، انظر: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٩٨.

^{٤٨٢}- د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٥٧.

فالعلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، وفقاً للقوانين الفرنسية وللاجتهاد الفرنسي الحديث، إنما هي علاقة مالية تتمثل في السداد المباشر من قبل الإدارة للمتعاقد من الباطن، من أجل حمايته من إفلاس المتعاقد الأصلي^{٤٨٣} أو خضوعه إلى التصفية القضائية.

وختاماً لما سبق يمكن القول: إنّ ظاهرة التعاقد من الباطن أضحت حقيقة ثابتة في ظلّ التطور الإداري المعاصر، فقد قرّرت القوانين حماية المتعاقد من الباطن عن طريق الدفع المباشر، والدعوى المباشرة، بالإضافة إلى ضمانات إضافية (وسائل حماية احتياطية) في حال إغلاق جميع الطرق والسبل أمام المتعاقد من الباطن في اقتضاء حقه، مع العلم أنها لا تمنحه إلا حماية جزئية، ومن هذه الضمانات دعوى الإثراء بلا سبب، شريطة قيامه ببعض الإجراءات التحفظية التي تسمح له بالنقدّم على الدائنين الآخرين، ومبدأ عدم الحجية- الذي قرّره القانون الفرنسي- والذي يعني أن التعاقد من الباطن- الخفي- حجة على المتعاقد الأصلي لا حجة له، كما قرّر الدعوى غير المباشرة والمسؤولية عن خطأ الإدارة^{٤٨٤}.

ثالثاً- علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن:

من الثابت والمستقر عليه- والمسلّم به فقهاً وقضاءً- أنّ العلاقة بين المتعاقد من الباطن والمتعاقد الأصلي، إنما هي علاقة عادية مباشرة تحكمها نصوص العقد من الباطن كونه من صميم عقود القانون الخاص؛ نظراً لوجود اتفاق التعاقد من الباطن بينهما^{٤٨٥}. وبالرغم من موافقة الإدارة على

^{٤٨٣}- د. رفاه كريم رزوقي كريل، مرجع سابق، ص ٦٠٥.

^{٤٨٤}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ١٩٠-١٩١ وص ٤٤١ وما بعدها وص ٤٨٢ وما بعدها ص ٢٩٩ وص ٤٣٧ وما بعدها.

^{٤٨٥}- وهذا ما تؤكده المادة ١١٥/ من قانون المشتريات العامة الفرنسي ٢٠٠٦/٩٧٥، حيث تنصّ على الآتي: "... والثابت أن حق المتعاقد في هذه الدفعة ثابت من لحظة إعلان العقد العام الموقع مع المتعاقد الأصلي- أو العقد الخاص- وهو العقد الموقع بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن...". انظر: أسامة مازن العوّا، مرجع سابق، ص ١٣٢.

التعاقد من الباطن، تبقى علاقة عقدية خاصة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص أو العام حسب الحال، فهي تخضع إلى أحكام القانون الخاص لا القانون العام، سواء في طريقة إبرامه، أو تنفيذه^{٤٨٦}، وينعقد الاختصاص بشأن النزاعات الناشئة عنه للقضاء العادي، وليس للقضاء الإداري^{٤٨٧}، ويلتزم المتعاقد من الباطن بتسليم عمله للمتعاقد الأصلي في الموعد المتفق عليه في العقد من الباطن، وليس للإدارة، بالإضافة إلى التزامه بضمان سلامة التنفيذ والمواد المستعملة من أجله^{٤٨٨}.

ولكن- رغم ما سبق- قد يُحيل اتفاق التعاقد من الباطن فيما لم يرد نص بشأنه، إلى دفتر الشروط العامة المطبق على العقد الأصلي، الذي ينظم علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي. فهل تطبق أحكام هذا الدفتر على علاقة المتعاقد من الباطن مع المتعاقد الأصلي، فيما لم يرد نص بشأنه في العقد من الباطن؟

فيما يتعلّق بقواعد سداد المقابل المالي (أسلوب دفع الثمن، مراجعة الأسعار، وتقديم ضمان مالي إلى المتعاقد الأصلي) وكيفية تسليم الأشغال موضوع العقد الأصلي، لا تسري أحكام دفتر الشروط العامة إلا إذا وُجد نصّ صريح بهذا الشأن في العقد من الباطن يحيل إليه^{٤٨٩}، أما إذا كانت الإحالة بصفة عامة وإجمالية، فإنه لا يمكن تطبيق سوى المبادئ التي تتضمنها تلك الشروط، طالما أنها لا تتعارض مع الشروط التفصيلية الواردة

^{٤٨٦}- د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص٢٣٦؛ د. علي قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص٢٤٦. وقريب من هذا المعنى: د. عبد الله طلبة، د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص٣٢٧-٣٢٨.

^{٤٨٧}- أسامة العوّا، مرجع سابق، ص١٣١-١٣٢؛ وانظر: حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٤٨/٤٨، في الطعن رقم ٧٢/ لسنة ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا في عام ١٩٧٢، مجلس الدولة، المكتب الفني، ص٢٤٤ وما بعدها.

^{٤٨٨}- أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص١٢٧؛ لارا ونا، مرجع سابق، ص٦٨ وما بعدها.

^{٤٨٩}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص٨٩-٩٠؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص٢٠١ وما بعدها.

في العقد من الباطن^{٤٩٠}. وبالنسبة إلى الجزاءات المالية لا يمكن للمتعاقد الأصلي إيقاعها على المتعاقد من الباطن إذا تأخر في التنفيذ كما تفعل الإدارة في مواجهة المتعاقد الأصلي، بل يستطيع مطالبته بدفع غرامة لقاء ما لحق به من أضرار جرّاء التأخير في التنفيذ، إلا في حالة وجود نص صريح بشأن تلك الجزاءات المالية يُحيل إلى دفتر الشروط العامة، وبالكيفية التي تطبقها الإدارة عليه^{٤٩١}.

أما إذا تضمنّ العقد من الباطن نصاً صريحاً يقضي أنّ الأداءات محلّ العقد ستنفّذ طبقاً لنصوص العقد الأصلي، فإنّ الفقه الفرنسي والبلجيكي انقسم إلى اتجاهين بشأن تطبيق الجزاءات المالية، الأول: يرى أن هذه الإحالة ليس من شأنها تمكين المتعاقد الأصلي من تطبيق الجزاءات المالية على المتعاقد من الباطن، وبالكيفية التي تطبقها الإدارة على المتعاقد الأصلي، إلا إذا قصد الأطراف إلى تطبيقها. أما الاتجاه الثاني فيذهب إلى أن هذه الإحالة تسمح للمتعاقد الأصلي بتطبيق تلك الجزاءات الواردة في العقد الأصلي، بشرط التناسب بين الجزاء والضرر^{٤٩٢}.

ولكن إذا تضمنّ اتفاق التعاقد من الباطن نصاً يُحيل إلى دفتر الشروط العامة، فيما يتعلّق بالشروط الاستثنائية التي تُعدّ من أساليب السلطة العامة في العقد الإداري، فهل يستطيع المتعاقد الأصلي ممارسة تلك الأساليب في مواجهة المتعاقد من الباطن؟ فيقوم مثلاً بتعديل العقد من الباطن وتوقيع

^{٤٩٠} - د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٦٠٦؛ د. الياس ناصيف، مرجع سابق،

ص ٢٣٦ وما بعدها؛ د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٦٠ وما بعدها.

^{٤٩١} - د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ٩١-٩٢؛ أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع

سابق، ص ١٣٠؛ د. علي بن شعبان، مرجع سابق، ص ٢٤٩ وما بعدها؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٢٠٢.

^{٤٩٢} - د. محمد سعيد أمين، المرجع أعلاه، ص ٩٢-٩٣؛ د. ابراهيم الشهاوي، المرجع أعلاه،

ص ٢٠٣؛ د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٣٨.

الجزاءات الضاغطة والفاسخة، وإنهاء العقد من الباطن لدواعي المصلحة العامة، وكل ذلك من دون اللجوء إلى القضاء؟.

يذهب **Flamme**، ويؤيده في ذلك الأستاذ الدكتور محمد سعيد حسين أمين، وبعض الفقهاء الآخرين إلى القول: إنّ مبدأ الحرية التعاقدية، ومقتضيات الصالح العام، يجيز للأفراد أن يضمنوا عقودهم هذه الشروط على أن تكون واضحة تماماً لا يشوبها لبس أو غموض، طالما أنها لا تتعارض مع النظام العام، أو الآداب العامة، ومن ثم تُنتج تلك الشروط آثارها- بطبيعة الحال- طالما أنها لاقت قبولاً من قبل الطرف الآخر (المتعاقد من الباطن) في أثناء انعقاد العقد^{٤٩٣}.

وهناك رأي ثانٍ نميل إلى تأييده يقول: إنّه لا يمكن التسليم بالرأي السابق، فالمتعاقد الأصلي، والذي يسعى إلى تحقيق مصلحته الخاصة بالمقام الأول، لا يستطيع ممارسة أساليب السلطة العامة- لعدم اختصاصه بذلك- في مواجهة المتعاقد من الباطن، حتى ولو وردت إحالة بشأنها إلى دفتر الشروط العامة الملحق بالعقد الأصلي، فالإدارة العامّة تمارس أساليب السلطة العامة- والتي تعدّ حكراً عليها- من أجل تحقيق المصلحة العامة، كونها وحدها القوامة عليها، والمختصة بتوجيهها، وتحقيقها، وتنظيمها، ومن ثمّ للإدارة وحدها من دون غيرها حق تعديل العقد وإنهائه وتوقيع الجزاءات بقرار منها من دون اللجوء إلى القضاء، متى قدّرت أن متطلبات الصالح العام تقتضي ذلك^{٤٩٤}.

وهناك رأي ثالث يذهب إلى التفرقة بين حالة كون المتعاقد الأصلي شخصاً من أشخاص القانون العام، وبين حالة كونه من أشخاص القانون

^{٤٩٣}- انظر على سبيل المثال لا الحصر: د. محمد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ٩٣-٩٤؛ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٣٧؛ د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٣١؛ د. علي قبيلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٤٨؛ د. محمد المرفجي، مرجع سابق، ص ١٣٥.

^{٤٩٤}- د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٥٩.

الخاص، ففي الحالة الأولى، يجوز له أن يضمّن اتفاق التعاقد من الباطن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، أما في الحالة الثانية فلا يجوز للمتعاقد الأصلي - كونه من أشخاص القانون الخاص - إدراج الشروط المنطبقة بطابع السلطة العامة، ويُعزى ذلك إلى أن التعاقد من الباطن - طبقاً للرأي الراجح فقهاً وقضاءً - من علاقات القانون الخاص، حتى ولو تمّ هذا التعاقد في نطاق عقد إداري، وبموافقة الإدارة^{٤٩٥}، بمعنى أنه يجوز للمتعاقد الأصلي إدراج الشروط المألوفة في نطاق القانون الخاص، "ومن أمثلتها الإحالة إلى دفتر الشروط العامة"^{٤٩٦}.

وبدورنا لا نعتقد أن هناك مبرراً للتفرقة بين حالتي كون المتعاقد الأصلي من أشخاص القانون العام أو الخاص، فجميع الآراء السابقة قد جانبها الصواب بشكل جزئي؛ حيث إنه يجوز - بتقديرنا - للمتعاقد مع الإدارة تضمين العقد من الباطن ما يشاء من الشروط المألوفة وغير المألوفة في مجال القانون الخاص، طالما أنها صادفت قبلاً من قبل المتعاقد من الباطن (العقد شريعة المتعاقدين)، ولكنه لا يستطيع الاحتجاج بالمصلحة العامة في مواجهة الأخير؛ كون تقدير هذه المصلحة يبقى حكراً على الإدارة العامة.

الفرع الثاني

آثار التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة

تختلف الآثار القانونية الناشئة عن التعاقد من الباطن غير المرخص به كل الاختلاف عن الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة، فالتعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة يترك أثره سواء على علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي (أولاً)، أو على علاقة الإدارة بالمتعاقد

^{٤٩٥} - د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٣٢-٢٣٣؛ د. علي قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق،

ص ٢٤٨-٢٤٩؛ وقريب من هذا المعنى: أسامة العوا، مرجع سابق، ص ١٣٣-١٣٤.

^{٤٩٦} - للمزيد من التفاصيل: د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٣٨-١٣٩.

من الباطن (ثانياً)، أو على علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن (ثالثاً).

أولاً- علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي:

تكمن الفرضية هنا في أن المتعاقد مع الإدارة قام بإبرام اتفاق التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من محل العقد الأصلي من دون أن يطلب من الأخيرة الموافقة على هذا الاتفاق، أو أنه قدّم طلباً إلى الجهة الإدارية يبدي فيه رغبته في التعاقد مع الغير من الباطن، ويطلب منها الموافقة على هذا التعاقد، بيد أنه لم يصادف قبولاً - لأسباب معقولة - من جانب الإدارة، ورغم ذلك أبرم العقد من الباطن، فيثار التساؤل في هذا الصدد عن الآثار المتولّدة عن هذا التصرف؟ وهل ينفذ في مواجهة الإدارة، وما هو موقفها؟

يمكن القول: إنّ التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة لا ينفذ في مواجهتها، ولا يمكن الاحتجاج به عليها؛ بمعنى عدم قيام أي رابطة عقدية - وهذا هو المبدأ المستقر عليه في الفقه والقضاء الإداريين الفرنسي والمصري والسوري - بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، ومن ثمّ يبقى المتعاقد الأصلي وحده مسؤولاً مسؤولية شخصية وكاملة تجاه الجهة الإدارية عن تنفيذ العقد بأكمله، والخطأ التعاقدى بسبب التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة يوجب مسؤولية المتعاقد الأصلي عن الأضرار الناجمة عنه، ويتحمّل النتائج كافة المترتبة عن الأضرار التي قد يتسبّب بها المتعاقد من الباطن^{٤٩٧}.

كما أن التعاقد من الباطن من دون إذن سابق من جانب الإدارة المتعاقدة، يعدّ في حدّ ذاته خطأً عقدياً جسيماً من قبل المتعاقد مع الأخيرة؛

^{٤٩٧}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٤١-١٤٢؛ د. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مرجع سابق، ص ٤٥١؛ أحمد محمود أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٣٢ وما بعدها.

لأن هذا التعاقد من الباطن يمثل إهداراً جزئياً لفكرة الاعتبار الشخصي في إطار تنفيذ العقود الإدارية، وإخلاقاً بمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي، ما يبرر توقيع أقصى الجزاءات عليه، وأهمها فسخ العقد وإنهاؤه (وهذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي مؤيداً بغالبية الفقه)؛ أي فسخ العقد على حساب المتعاقد الأصلي ومسؤوليته^{٤٩٨}، "استناداً إلى فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري"^{٤٩٩}، سواء نصّ على هذا الجزاء في العقد أم لا، بفرض أن حق الإدارة في الفسخ في هذه الحالة ينبثق من طبيعة العقد الإداري ذاته، ولاستبعاده يجب النصّ صراحةً على ذلك في العقد^{٥٠٠}. وعليه، لا يستطيع المتعاقد من الباطن الاستفادة من السداد المباشر له، كما لا يستفيد من الدعوى المباشرة اتجاه جهة الإدارة المتعاقدة.

وعلاوةً على حقها في توقيع جزاء الفسخ، وعلى نفقة المتعاقد الأصلي، فلها أيضاً أن تطالبه بالتعويض عن أي ضرر يلحق بها جرّاء هذه المخالفة الجسيمة التي اقترفها^{٥٠١}. علماً أن قرار الإدارة بفسخ العقد على مسؤولية وحساب المتعاقد معها يخضع إلى رقابة القضاء الإداري، والقاضي

^{٤٩٨}- د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٤١٣؛ إيهاب عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢٤٠؛ وانظر المادة ٢٨/ من كراسة الشروط الإدارية العامة الخاصة بعقود التوريد والخدمات الصارة سنة ١٩٧٧، لدى: حسام فيصل، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٤٥؛ وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده للغير أو تعاقدته بشأنه من الباطن مع الغير بدون تصريح مسبق من السلطة مانحة الالتزام يعدّ من الأخطاء الجسيمة التي تبرّر جزاء الإسقاط، انظر: د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٤٢؛ حسام فيصل، المرجع أعلاه، ص ٩٣ و ص ١٤٥ و ص ١٤٧؛ وللمزيد من التفاصيل حول الفسخ الجزائي على حساب المتعاقد المقصّر ومسؤوليته، انظر: د. زياد العرسان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢١٥ وما بعدها.

^{٤٩٩}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٤٣.

^{٥٠٠}- انظر في المعنى نفسه: د. زياد العرسان، المرجع أعلاه، ص ٤٠٤.

^{٥٠١}- د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

المختص بالفصل في مدى مشروعية هذا القرار هو قاضي العقد، وليس قاضي الإلغاء^{٥٠٢}.

ثانياً- علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن:

بالنسبة إلى المتعاقد من الباطن، يمكن القول بانعدام الرابطة التعاقدية المباشرة بينه وبين الجهة الإدارية المتعاقدة، فلا تقوم المسؤولية العقدية بينهما؛ نظراً لأن الإدارة ليست طرفاً في اتفاق التعاقد من الباطن^{٥٠٣}.

وقد أكد القضاء الإداري- سواء في فرنسا أو مصر- في الكثير من أحكامه على انتفاء أي علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن^{٥٠٤}، وبالتالي لا يمكن له أن يطالبها بأي حقوق عقدية، وإن كان له من مطالبات في مواجهة الإدارة فله أن يطلبها وفقاً للقواعد العامة لأحكام القانون المدني، خاصة تلك التي تنظم الإثراء بلا سبب، وقواعد المطالبة من قبل الدائن بحقوق مدينه لدى الغير^{٥٠٥}. حيث تظل العلاقة العقدية المباشرة قائمة بين الإدارة والمتعاقد الأصلي فقط، وبالتالي يبقى وحده مسؤولاً عن تنفيذ

^{٥٠٢}- للمزيد، انظر: حسام فيصل، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٩/، العدد ٧٧/، ٢٠١٧، ص ١٤٢ وما بعدها.

^{٥٠٣}- د. رفاه كربل، مرجع سابق، ص ٦٠٧؛ وفي المعنى ذاته، انظر: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٢٧٦؛ د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ١٩٤؛ لارا ونا، مرجع سابق، ص ١١٠.

^{٥٠٤}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٤٥؛ د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ١٩٣؛ وانظر: حكم مجلس الدولة الفرنسي في ٢٢ يونيو ١٩٨٩، وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري المصرية في ٢٧ يناير ١٩٥٧، وحكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في ١١/٢٥/١٩٧٥، لدى: أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٣٥؛ د. علي عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٥٣؛ وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٤٥٥/ في الطعن ٧٦٤/ لسنة ١٩٨٩، مشار إليه لدى: د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

^{٥٠٥}- د. وليد حيدر جابر، مرجع سابق، ص ٥٣١-٥٣٢؛ د. جاد جابر نصار، مرجع سابق، ص ١٣٦؛ د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٤٣ وما بعدها.

العقد بأكمله^{٥٠٦}. وذلك بسبب انتفاء العلاقة العقدية المباشرة- كما ذكرنا سابقاً- بين الإدارة والمتعاقد من الباطن^{٥٠٧}.

ويترتب على ما تقدّم أنه لا يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن مباشرة بتنفيذ ما يقع على كاهله من التزامات قبل المتعاقد الأصلي بما يتعلق بتنفيذ العمل المتعاقد بشأنه من الباطن، ولا تملك الإدارة أيضاً مطالبته بإنجاز العمل موضوع العقد الأصلي، لأنه لم يكن طرفاً فيه^{٥٠٨}، كما أنها لا تملك ذلك استناداً إلى اتفاق التعاقد من الباطن؛ لأنها ليست طرفاً فيه. وهذا الحكم، يسري بالنسبة لباقي التزامات المتعاقد من الباطن، كالالتزام بتسليم العمل، والالتزام بالضمان كأصل عام^{٥٠٩}.

وبالمقابل، لا يحق للمتعاقد من الباطن أن يطالب الإدارة مباشرة بتنفيذ التزاماتها قبل المتعاقد معها (المتعاقد الأصلي)؛ لأن هذه الالتزامات تنبثق من العقد الأصلي المبرم بينها وبين الأخير، والمتعاقد من الباطن لم يكن طرفاً في هذا العقد، ومن ثم ليس له الحق في مطالبة الإدارة بذلك، ويترتب على ذلك أنه ليس للمتعاقد من الباطن أن يطالب الإدارة بشكل مباشر بتمكينه من إنجاز العمل المتعاقد من أجله من الباطن، أو تسلمها له- أي للعمل- بعد إنجازه من جانبه^{٥١٠}. لكن كما قلنا سابقاً، يجوز للمتعاقد من الباطن- على الرغم من عدم وجود علاقة عقدية بينه وبين الإدارة- بصفته دائناً للمتعاقد الأصلي، أن يطالب بحقوق مدينه وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الشأن، وعلى ذلك يمكن للمتعاقد من الباطن أن يستفيد من الحقوق

^{٥٠٦}- د. محمد محمود كنعان المفرجي، مرجع سابق، ص ١٤٠.

^{٥٠٧}- د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٤٨٢. وانظر في المعنى ذاته: د. ماهر محمد حامد،

مرجع سابق، ص ٣٧٠-٣٧١.

^{٥٠٨}- د. نجم الأحمد، المرجع أعلاه، ص ١٩٤.

^{٥٠٩}- د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ١٢٣ وما بعدها.

^{٥١٠}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٤٤-١٤٥.

والدعاوى المعترف بها للدائنين في القانون المدني، وعلى الأخص الدعوى غير المباشرة، وحوالة الحق^{٥١١}.

علاوة على ما تقدّم، يستطيع المتعاقد من الباطن الرجوع على الإدارة استناداً إلى نظرية الإثراء بلا سبب إذا توافرت شروط تطبيقها، في حالة تنفيذه للالتزامات المنصوص عليها في العقد من الباطن تنفيذاً صحيحاً^{٥١٢}.

ويثار التساؤل حول مدى إمكانية الطعن بالإلغاء في قرارات الإدارة الصادرة ضد المتعاقد الأصلي من جانب المتعاقد من الباطن بخصوص تنفيذ العقد أو إنهائه، ومن ضمنها قرار الفسخ؟

يمكن القول: إنه يجوز للمتعاقد من الباطن أن يطعن بالإلغاء في قرارات الإدارة بإبرام العقد الأصلي أو تنفيذه، استناداً إلى أن هذه القرارات تعدّ قرارات إدارية منفصلة عن العقد؛ فالمتعاقد من الباطن يُعدّ من الغير بالنسبة إلى هذه القرارات، خلافاً للمتعاقد الأصلي الذي لا يحق له الطعن بالإلغاء، وإنما له الطعن أمام قاضي العقد (قضاء كامل)^{٥١٣}. وهذا ما أكدّه كل من مجلسي الدولة الفرنسي والمصري^{٥١٤}.

وهناك سؤال آخر - قد يكون أكثر أهمية من سابقه - يكمن في معرفة أثر علم الإدارة بوجود التعاقد من الباطن غير المرخص به وسكوته عنه؟. ذهب رأي إلى القول: إنّ ثبوت علم الإدارة بوجود التعاقد من الباطن ثم سكوتها عن ذلك، يعدّ موافقة ضمنيّة من جانبها على هذا التعاقد، وتنتج

^{٥١١} - أحمد محمود أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٣٦؛ م. محمود زكي شمس، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ١٢٢٣؛ عزّة محمد سلمان، مرجع سابق، ص ٦٥.

^{٥١٢} - د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٤٦.

^{٥١٣} - للمزيد من التفاصيل، انظر: د. زياد العرسان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣٨٢ وما بعدها.

^{٥١٤} - د. علي عبد الأمير قبيلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

عنه الآثار القانونية التي تترتب على اعتماد التعاقد من الباطن، في الحدود التي توضّحها شروط التعاقد^{٥١٥}.

وفي سبيل مكافحة التعاقد من الباطن المستتر نصّ القانون الفرنسي على إلزام صاحب العمل (الإدارة) الذي تحقّق له العلم بوجود متعاقد من الباطن بإنذار المتعاقد الأصلي كي يسارع بتقديم طلب له بقبوله. ومن ثم من الممكن أن تتعدّد مسؤولية رب العمل متى امتنع - بالرغم من علمه بوجود متعاقد خفي من الباطن - عن التدخل لإلزام المتعاقد الأصلي بالالتزامات المفروضة عليه، والمتمثلة في تقديم طلب لجهة الإدارة بشأن قبول المتعاقد من الباطن^{٥١٦}. تحت طائلة مسؤولية الإدارة على أساس فكرة الخطأ شبه التقصيري، نظراً لمعرفتها الضمنية بوجود اتفاق التعاقد من الباطن، ورغم ذلك لم تحرك ساكناً^{٥١٧}.

أما بالنسبة إلى موقف مجلس الدولة المصري من السؤال المطروح، فإنه يختلف كل الاختلاف عن موقف نظيره الفرنسي، حيث إنّ مجلس الدولة المصري مستقر في أحكامه على أن التعاقد الخفي من الباطن يعدّ باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، ويشكّل خطأً من قبل المتعاقد مع الإدارة،

^{٥١٥}- د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٤٩٠ و ص ١٩٠ د. علي قبّان، مرجع سابق، ص ٢٥٥.
^{٥١٦}- وهذا ما نصّ عليه قانون ٦ يناير ١٩٨٦ المكمل لقانون ٣١ ديسمبر لعام ١٩٧٥، انظر: د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٧٩؛ وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٧١-٧٢؛ وفي ذات المعنى تنص المادة ١١-١/ من قانون التعاقد من الباطن (المعدّلة بالقانون رقم ٨٤٥/ لعام ٢٠٠٥ الصادر في ٢٦/ يوليو ٢٠٠٥)، فيما يتعلّق بعقود الأشغال العامة، والأشغال الخاصة بالمنشآت متى تحقّق لرب العمل العلم بأن المتعاقد من الباطن لم يكن قد أوفى بالالتزامات المنصوص عليها في المادة ٣/ أو المادة ٦/، وكذلك الالتزامات المنصوص عليها في المادة ٥/، فإن عليه أن يبادر إلى توجيه إنذار إلى المتعاقد الأساسي، أو المتعاقد من الباطن بالوفاء بهذه الالتزامات، وهذه النصوص واجبة التطبيق على العقود العامة والخاصة، انظر: أحمد محمود أبو موسى، مرجع سابق، ص ١٣٦.
^{٥١٧}- د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ١٤٨-١٤٩ د. نجم الأحمد، المرجع أعلاه، ص ٤٦٧-٤٦٨.

يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، أو فسخه انطلاقاً من أن الخطأ المذكور خطأ جسيم^{٥١٨}.

ثالثاً- علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن:

لا تختلف آثار هذه العلاقة- في حالة التعاقد من الباطن الخفي- عنها في حالة الموافقة عليه، فيما يخص المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، حيث إنَّ أثر هذه العلاقة في الحالتين سواء^{٥١٩}.

وتأسيساً على ما تقدّم فإن العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن تُعدّ علاقة عقدية مباشرة، وسبب ذلك قيام الطرفين بإبرام اتفاق التعاقد من الباطن فيما بينهما، وهذه العلاقة تُعدّ رابطة من روابط القانون الخاص، ويترتب على ذلك خضوعها إلى أحكام القانون الخاص، واختصاص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة عنها^{٥٢٠}. وعلى ذلك فإن مسؤولية المتعاقد من الباطن في مواجهة المتعاقد الأصلي، تخضع إلى القواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية في القانون المدني، سواء في ذلك المسؤولية عن التنفيذ، أو الأضرار، أو العيوب الخفية^{٥٢١}.

فالعلاقة بين المتعاقد من الباطن والمتعاقد الأصلي علاقة تعاقدية تخضع إلى أحكام القانون الخاص كأى علاقة عقدية أخرى ينظمها هذا القانون، خاصة ما تعلّق منها بعقد المقاولة من الباطن^{٥٢٢}.

^{٥١٨}- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٧ يناير ١٩٧٥، سبقت الإشارة إليه.

^{٥١٩}- د. رفاه كربل، مرجع سابق، ص ٦٠٧؛ د. محمد كنعان المرفجي، مرجع سابق، ص ١٣٩.

^{٥٢٠}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٣؛ وانظر:

حكم المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٨٩، مشار إليه لدى: المحامي مصباح نوري المهائني، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً ١٩٥٩-٢٠٠٠م، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠٥، ص ١٩٤.

^{٥٢١}- د. علي عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٥٧-٢٥٨.

^{٥٢٢}- د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

وخلاصة القول، إننا نحيل إلى آثار التعاقد من الباطن المرخص به على علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن، والتي تطرقنا لها سابقاً؛ لاتفاقها مع آثار التعاقد من الباطن فيما يتعلّق بالعلاقة المذكورة؛ تفادياً للتكرار والإطالة.

وبذلك نكون قد انتهينا من دراسة التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، وننتقل الآن إلى بحث فكرة زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة.

المبحث الثاني

زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة

قد يحدث في أثناء تنفيذ العقود الإدارية اختلال واضح أو نقص يبين في الاعتبارات الشخصية للمتعاقد مع الإدارة (كفاءته الفنية أو ملاءته المالية...)، التي تمّ اختياره على أساسها من جانب الإدارة، ما يترتب عليه عدم تنفيذ هذه العقود على النحو الذي يحقق الغاية المتوخاة منها، ألا وهي تحقيق الصالح العام^{٥٢٣}. فبدلاً من تعطيل تنفيذ العقود الإدارية، ولجوء الإدارة إلى إجراءات أخرى (جزاءات ضاغطة مؤقتة أو نهائية حسب الحال، مثل: فسخ العقد، أو سحب العمل من المقاول، أو الشراء على حساب المورد...)، قد ترى الإدارة العامة أنّ مقتضيات المصلحة العامة، وتأمين تنفيذ هذه العقود على الوجه الأمثل، تقتضي منها الموافقة على التنازل عن العقد، فقد تطرأ ظروفٌ معيّنة للمتعاقد الأصلي تجعل من العسير - إن لم نقل من المستحيل - عليه الاستمرار في تنفيذ العقد، فيتقدّم إلى جهة الإدارة مبدئياً رغبته وطالباً منها الموافقة على التنازل عن عقده لمتعاقّد جديد يتمتّع بكفاية أكثر من الناحية المالية والفنية، أو تتوافر فيه الاعتبارات المرعية في شخص المتعاقّد المتنازل عند إبرام العقد المتنازل عنه على الأقل، مع توافر جميع الضمانات الأخرى التي تتطلبها الجهة الإدارية، فتوافق الأخيرة على التنازل تحت وطأة الصالح العام، وصالح المرفق، الذي هو غايتها النهائية، وما الاعتبار الشخصي سوى وسيلة لذلك^{٥٢٤}، "وفي هذه الحالة يكون الاعتداد بالاعتبار

^{٥٢٣}- د. عبسي عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٥.

^{٥٢٤}- د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٢؛ د. محمّد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٢٠ وما بعدها؛ د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٣٢؛ وانظر أيضاً: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٣. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. نجاتي عبد الغني غازي، مرجع سابق، ص ٢٤٩ وما بعدها.

الشخصي للمتعاقّد مع الإدارة لا يشكّل هدفاً في حدّ ذاته بقدر ما يكون وسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات المتولّدة عن العقد الإداري، والتي يتحقّق بها النفع العام على أكمل وجه^{٥٢٥}.

وقد يحدث في الواقع أحياناً أن يتنازل المتعاقّد مع الإدارة عن العقد للغير من دون معرفة الجهة الإدارية المتعاقدة بهدف تحقيق الربح السريع، أو لتغطية العجز في قدراته الفنيّة والمالية التي كانت محلّ اعتبار عند اختياره من قبل الإدارة، أو لأي سبب آخر، فتجد الإدارة نفسها أمام متعاقّد جديد تجهله تماماً، ولا تعرف عنه شيئاً، وقد لا تتوافر فيه الاعتبارات والمؤهلات الشخصية التي أخذتها الإدارة في الحسبان أثناء إبرام العقد الأصلي، ما يؤدي إلى اضطراب تنفيذ العقد، والإضرار بالمصلحة العامة^{٥٢٦}.

وقد تطرأ ظروفٌ قاهرة تجعل من المستحيل على المتعاقّد مع الإدارة الاستمرار في التنفيذ الشخصي للعقد الإداري، كما في حالة وفاته مثلاً. وسبق أن ذكرنا أن من أهم صفات المتعاقّد الجوهريّة التي تأخذها الإدارة في الحسبان عند اختياره وإبرام العقد هي الملاءة المالية، فإذا زال الاعتبار المالي للمتعاقّد كما في حالة إفلاسه، أو إعساره، زال معه الاعتبار الشخصي لهذا المتعاقّد.

واستناداً إلى ما تقدّم، سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول التنازل عن العقد الإداري، ثم ننتقل للحديث عن وفاة المتعاقّد مع الإدارة، أو إفلاسه، أو إعساره، وذلك في المطلب الثاني.

^{٥٢٥}- د. محمّد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٥٨.

^{٥٢٦}- د. محمّد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١١٨؛ د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣١؛ د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٣٠.

المطلب الأول

التنازل عن العقد الإداري

من المسلّم به- فقهاً وقضاءً وقانوناً كما سبق وأشرنا- أن العقود الإدارية يسودها مبدأ عام مفاده التزام المتعاقد بتنفيذها شخصياً، فالالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، يتعيّن عليه أن ينفذها شخصياً وبنفسه، ومن ثم لا يجوز للمتعاقد أن يتنازل عن هذه الالتزامات إلى الغير إلا بعد الحصول على موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، فإن حدث وتنازل المتعاقد عن عقده قبل الحصول على إذن سابق، أو موافقة لاحقة من قبل الإدارة، عدّ هذا التنازل باطلاً، ولا يحتج به في مواجهتها^{٥٢٧}. مع العلم أن التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزامه شخصياً هو في الغالب الأعم التزام بتحقيق نتيجة، وليس ببذل عناية؛ بمعنى أنه إذا كان العقد الإداري امتياز، أو أشغال عامة، أو توريد، التزم المتعاقد بتحقيق الغاية المتوخاة من وراء إبرام هذه العقود، فلا تبرأ ذمته تجاه الجهة الإدارية إلا بالوفاء بالتزاماته العقدية كاملة غير منقوصة، طبقاً للشروط الواردة في العقد^{٥٢٨}. بيد أنه من المتصور أن يكون التزامه هذا ببذل عناية...^{٥٢٩}.

وعليه، سوف نحاول دراسة التنازل عن العقد الإداري من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: مفهوم التنازل عن العقد الإداري وأساسه القانوني.

الفرع الثاني: آثار التنازل عن العقد الإداري.

^{٥٢٧}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. إبراهيم الشهراوي، مرجع سابق، ص ٢٠٦ وما بعدها.

^{٥٢٨}- للمزيد من التفاصيل، انظر: شامل هادي نجم العزاوي، مرجع سابق، ص ١٠٨-١٠٩.

^{٥٢٩}- جعفر فايز أحمد، مرجع سابق، ص ٢٣.

الفرع الأول

مفهوم التنازل عن العقد الإداري وأساسه القانوني

بغية الوقوف على مفهوم التنازل عن العقد، ومعرفة الأساس القانوني لقاعدة عدم جواز التنازل عن العقد، سنقوم في هذا الفرع بالحديث عن مفهوم التنازل عن العقد الإداري (أولاً)، ثم ننتقل إلى دراسة الأساس القانوني لتلك القاعدة (ثانياً).

أولاً- مفهوم التنازل عن العقد الإداري:

لبيان مفهوم التنازل عن العقد الإداري بجلاء، لا بدّ لنا من إيراد بعض التعريفات التي ساقها الفقهاء لهذا التنازل، ومن ثمّ نقوم بتمييزه.

١- تعريف التنازل عن العقد الإداري:

أورد الفقه الإداري تعريفات عديدة للتنازل عن العقد الإداري، فقد ذهب بعضهم إلى أن التنازل عن العقد: "عملية قانونية تتم بواسطة المتعاقد الأصلي، مؤداها أن يقوم هذا الأخير بإحلال طرف ثالث محلّه كبديل عنه في تنفيذ العقد، بحيث يصبح الطرف الجديد (أي المتنازل إليه) مديناً مباشراً للإدارة بالالتزامات التي أنشأها العقد الإداري، على أن يستفيد في الوقت نفسه من الحقوق التي رتبها العقد الإداري لمصلحة المتنازل (أي المتعاقد الأصلي)"^{٥٣٠}.

وهناك من عرّف التنازل عن العقد "La cession" بأنه: "هو التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير، ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محلّه في أداء التزاماته واكتسابه حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة"^{٥٣١}.

^{٥٣٠}- د. محمد المبرجي، مرجع سابق، ص ٧٣؛ د. رفاه كربل، مرجع سابق، ص ٥٩٤.

^{٥٣١}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٥٦؛ د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي،

مرجع سابق، ص ١١٨-١١٩.

ويقصد بالتنازل عن العقد: "أن يُحل المتعاقد مع الإدارة غيره محلّه في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية، أي تنفيذ العقد كلياً"^{٥٣٢}. أي استبدال المَقول المَقول الأصلي بمتعاقد آخر يصبح مسؤولاً عن تنفيذ العقد، ما يجعلنا أمام متعاقد جديد، وعقد جديد^{٥٣٣}.

والتنازل عن العقد يكون: "عندما يقوم المتعاقد الأصلي بإحلال الغير في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية وبشكل كلي"^{٥٣٤}. أو يعني: "حلول طرف جديد محل المتعاقد الأصلي، وتحمل كافة الحقوق المتولدة عنه"^{٥٣٥}. أو هو: "اتفاق المَقول مع الغير ليحلّ محلّه في تنفيذ التزاماته واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد"^{٥٣٦}. أو هو: "التصرّف الذي بواسطته يُحل المتعاقد غيراً محلّه في تنفيذ العقد بكامله"^{٥٣٧}.

فالتنازل عن العقد يعني: "قيام المتعاقد الأصلي بالتنازل عن العقد إلى شخص آخر يطلق عليه المتنازل إليه، بحيث يحل هذا الأخير محلّه في تحمّل التزاماته والتمتع بحقوقه في مواجهة الجهة الإدارية، وبالتالي تنشأ علاقة عقدية جديدة ومباشرة بين الإدارة والمتنازل إليه"^{٥٣٨}. ويعدّ المتنازل إليه هو

^{٥٣٢}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٥٨-٥٩.

^{٥٣٣}- د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٢٩. ومن الجدير بالذكر، أن الطبيعة القانونية للتنازل عن العقد محل خلاف وجدل بين الفقهاء، فمنهم من يرى أن التنازل يشكل عقداً جديداً ينشأ بين الإدارة وبين المتنازل إليه، في حين يرفض قسم آخر هذا التكيف القانوني متذرعاً بإغفال قواعد الشفافية والمساواة. انظر: عزّة سلمان، مرجع سابق، ص ٦١. فإذا أدى التنازل عن العقد إلى إحداث تعديلات في مدة العقد، أو القواعد التي تحكمه، كمبدأ التوازن الاقتصادي للعقد، بصورة تجعله مغايراً تماماً لما اتفق عليه الأطراف، فلا بدّ من إخضاعه إلى قواعد العلانية والمنافسة؛ حيث تنشأ علاقة عقدية جديدة. انظر: د. بركيبة حسام الدين، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

^{٥٣٤}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٤.

^{٥٣٥}- أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ٦٢.

^{٥٣٦}- د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٠.

^{٥٣٧}- د. عبد الإله الخاني، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

^{٥٣٨}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، المرجع أعلاه، ص ٩٥.

المسؤول الوحيد أمام الإدارة ما لم يُنصَّ على خلاف ذلك، ومن ثم يتحرَّر المتعاقد الأصلي من التزاماته^{٥٣٩}. فهو يشمل التخلّي عن الحقوق والالتزامات كافة الناشئة عن العقد من جانب المتعاقد الأصلي، وإحلال الغير في تنفيذ العقد بأكمله. ولا شك أن هذا التصرف "يقضي على مبدأ التنفيذ الشخصي للعقود الإدارية"، الذي تهدف الإدارة المتعاقدة من ورائه إلى تحقيق المصلحة العامة^{٥٤٠}.

ومن الملاحظ أن كل هذه التعريفات السابقة الذكر تتفق على معنى واحدًا، وإن اختلفت صياغتها اللفظية. وعليه يمكننا صياغة تعريف جديد للتنازل عن العقد كما يأتي: هو التصرف القانوني الذي يتم بين المتنازل وبين المتنازل إليه، ويكون من شأنه نقل جميع حقوق والتزامات المتنازل التي أفرزها العقد المتنازل عنه إلى المتنازل إليه، ما يتمخض عنه ولادة عقد جديد بينه وبين الجهة الإدارية في حال موافقتها على هذا التنازل.

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول إن التنازل عن العقد يتخذ إحدى

صورتين:

أ- تنازل المتعاقد عن الأجرة:

إن هذه الصورة من صور التنازل شائعة الحدوث في الواقع العملي^{٥٤١}. وتتحقق في الحالات التي يتنازل فيها المتعاقد الأصلي (المتنازل) عن الأجرة التي يستحقها بموجب العقد الأصلي المبرم بينه وبين رب العمل

^{٥٣٩}- شامل هادي نجم العزاوي، مرجع سابق، ص ١١٤.

^{٥٤٠}- د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، القانون الإداري، مرجع سابق، ص ٣٤٧؛ د. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مرجع سابق، ص ٤٤٩؛ فالجهة الإدارية عندما تتعاقد مع أحد الأشخاص تضع في حساباتها وتقديرها شخصيته، ومدى قدرته المالية وكفاءته الفنية، وبالتالي لا يحق له أن يتنازل عن العقد إلى شخص يفقد كل هذه الصفات، أو لشخص لا يجوز للإدارة التعاقد معه لسوء سمعته... للمزيد من التفاصيل، انظر: د. رفاه كربل، مرجع سابق، ص ٥٩٤.

^{٥٤١}- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقولة والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، ١٩٧٣، ص ٢٠٧.

(الإدارة) لطرف ثالث أجنبي عن العقد (المتنازل إليه)، وهذا الأخير قد يكون مصرفاً أو ممولاً دائماً للمتعاقد مع الإدارة، وقد يكون هذا التنازل على سبيل الرهن للحصول على المال اللازم من أحد البنوك أو أحد الممولين^{٥٢}. وفي هذه الحالة يكون المحال له هو الدائن بالأجرة في مكان المتعاقد الأصلي، وذلك من خلال ما يسمى حوالة الحق. وفي هذه الحالة، تكون أحكام حوالة الحق هي القابلة للتطبيق، بحيث تصح الحوالة، من خلال الاتفاق بين المُحيل (المتعاقد الأصلي) والمحال عليه (المتنازل له)، ويكفي لنفاذها إعلان صاحب العمل بالحوالة^{٥٣}.

وغالباً ما يلجأ المتعاقد الأصلي إلى هذه الصورة من صور التنازل، عندما يكون مضطراً إلى مدّه بالأموال اللازمة لإتمام العمل محلّ العقد، من إحدى الجهات الممولة، فيتنازل عن جزء من أجره إلى هذه الجهة، بهدف الحصول على تلك الأموال^{٥٤}. وهنا من حق صاحب العمل (الإدارة)، التمسك في مواجهة المتنازل إليه، بجميع الدفعات التي يحق له التمسك بها في

^{٥٢} - أنور طلبة، العقود الصغيرة الشركة والمقولة وإلتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، بدون مكان نشر، ٢٠٠٤، ص ٢٩٤؛ لارا مارون ونّا، مرجع سابق، ص ١٩. وتتصّل المادة /٦٨/ من قانون التشاركية رقم ٥/ لعام ٢٠١٦، تحت عنوان رئيس "التنازل عن الحقوق المالية لصالح الدائنين"، على أنه: "أ- يجوز للشريك الخاص أن يتنازل جزئياً أو كلياً عن مستحقّاته المالية... لمصلحة مصارف أو مؤسسات ائتمانية أو... وذلك بعد موافقة الجهة العامة المتعاقدة. ... ب- يجوز للشريك الخاص الاستراتيجي أن يتعهد بمنح الدائنين أو وكلائهم حق الحلول، وذلك شريطة أن يتم التنازل عن عقد التشاركية لصالح شريك آخر استراتيجي يحقق المتطلبات المذكورة في هذا القانون، وأن يثبت تمتعه بالكفاءة المطلوبة لاستكمال... وذلك بعد موافقة الجهة العامة المتعاقدة".

^{٥٣} - انظر: المادة /٣٥٠/ من القانون المدني المصري، المطابقة للمادة /٣٤٩/ من القانون المدني السوري. للمزيد من التفاصيل، انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، العقود الواردة على العمل، ١٩٧٣، مرجع سابق، ص ٢٠٦-٢٠٧؛ تختلف حوالة الحق عن التنازل الكلي، في أنها تتضمن انتقال للحقوق من دون الالتزامات، ومن حيث المبدأ ينطبق على حوالة الحق في القانون العام، القواعد المطبقة نفسها في القانون الخاص، وتبعاً لذلك يكون للمحال له وحده الحق في استيفاء هذه الحقوق بما في ذلك الثمن، انظر: عزّة محمد سلمان، مرجع سابق، ص ٦٣-٦٤.

^{٥٤} - د. مازة حنان، الرجوع السابق، ص ٥٤-٥٥.

مواجهة المتعاقد الأصلي (المتنازل)، وكذلك الدفوع المستمدة من حوالة الحق نفسها^{٥٤٥}.

وفي الحقيقة، إن هذه الصورة من صور التنازل لا يصدق عليها وصف التنازل عن العقد بالمعنى الدقيق، فهي تختلف عن التنازل الذي نعينه في هذا الصدد من حيث النطاق. وبعبارة أخرى، التنازل عن العقد يعني حلول طرف جديد محل المتعاقد الأصلي، في تحمل الالتزامات كافة التي يفرزها العقد، والتمتع بالحقوق كافة المتمخضة عنه. أما في حوالة الحق، فإن الالتزامات تظل ملقاة على عاتق المتعاقد الأصلي، ولا يستفيد المتنازل له سوى من الحقوق المالية، أو جزءاً منها، وفقاً لما تم الاتفاق عليه بينه وبين المتعاقد الأصلي^{٥٤٦}.

ب- تنازل المتعاقد عن العقد بأكمله:

تتحقق هذه الصورة بأن يتنازل المتعاقد الأصلي عن العقد برمته، بما يتضمّنه من حقوق والتزامات، إلى طرف ثالث يسمّى المتنازل إليه. بحيث يحلّ هذا الأخير محلّ المتعاقد المتنازل في مواجهة صاحب العمل (الإدارة المتعاقدة)^{٥٤٧}. بيد أن الإعلان وحده لا يكفي في هذه الحالة، وإنما لا بدّ من موافقة رب العمل لسريان التنازل في حقه (استناداً إلى قواعد حوالة الدين). وفي هذه الحالة تطبّق قواعد حوالة الحق، فيما يتعلّق بنقل حقوق المتعاقد الأصلي، وأحكام حوالة الدين بخصوص نقل التزامات الأخير، فيتم التنازل عن العقد بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد الجديد (المتنازل إليه)، ويجب إقرار

^{٥٤٥} - انظر: المادة /٣١٢/ من القانون المدني المصري، المطابقة للمادة /٣١١/ من القانون المدني السوري.

^{٥٤٦} - د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٤٨؛ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٦١-٦٢؛ د. محمد كنعان المفرجي، الرجوع السابق، ص ٧٧-٧٨.

^{٥٤٧} - د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٥٥-٥٦.

الجهة الإدارية المتعاقدة حتى يصبح التنازل سارياً في حقها، وفقاً للقواعد المقررة في حوالة الدين^{٥٤٨}.

وإذا تمّ التنازل عن العقد على الشكل المتقدم، أصبح المتنازل إليه هو المدين بجميع الالتزامات التعاقدية نحو الجهة الإدارية، وهو الدائن بجميع الحقوق التي كان يتمتع بها المتنازل^{٥٤٩}. مع العلم أنه إذا كانت شخصية المتعاقد الأصلي موضع اعتبار، فلا يحق له أن يحلّ غيره محله في تنفيذ التزاماته التعاقدية، أو تنفيذ جزء منها إلا بموافقة الإدارة^{٥٥٠}.

لكن هناك من يرى أن عملية التنازل عن العقد ليست مجرد حوالة حق وحوالة دين، وإنما هي أكبر من ذلك؛ لأن التنازل عن العقد يترتب عليه، تنازل عن الصفة التعاقدية، بحيث يحلّ المتنازل إليه محلّ المتنازل، فيما له من حقوق، وما عليه من التزامات، سببها الرابطة العقدية المذكورة. وما يترتب على ذلك من آثار ونتائج قانونية، ومن هنا تنشأ رابطة مباشرة ومتبادلة بين صاحب العمل والمتنازل إليه^{٥٥١}.

٢- تمييز التنازل عن العقد الإداري:

يتميّز التنازل عن بعض الأفكار الأخرى مثل رفض العقد، واختيار أحد البدائل التي يقررها القانون.

^{٥٤٨}- انظر: المادة /٣١٥/ من القانون المدني السوري. والمادة /٣٢١/ من نفس القانون. المطابقة للمادة /٣١٦/ من القانون المدني المصري، والمادة /٣٢٢/ من القانون الأخير. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، منشورات جامعة حلب، حلب، ٢٠٠٣، ص ٢٩٧ وما بعدها.

^{٥٤٩}- د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ٣٢٠-٣٢١؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، العقود الواردة على العمل، ١٩٧٣، مرجع سابق، ص ٢٠٧-٢٠٨.

^{٥٥٠}- د. مازة حنان، مرجع سابق، ص ٥٦.

^{٥٥١}- د. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ص ١٤٨. فالتنازل عن العقد حسب النظرية الأحادية هو: "عبارة عن نقل للرابطة العقدية أو عبارة عن تنازل عن المركز العقدي في العلاقة العقدية القائمة، ويترتب على ذلك اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات الناشئة عن المركز العقدي". للمزيد من التفاصيل، انظر: عفاقة مفيدة، التنازل عن العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- بن عكنون، جامعة الجزائر، ٢٠١٠/٢٠١١، ص ٣٢ وما بعدها وما قبلها.

فمن جهة، قد يرفض المتعاقد مع الإدارة تنفيذ العقد برمته، وفي هذه الحالة لا نكون بصدد "تنازل" وإنما "رفض" للعقد بما يتضمنه من حقوق والتزامات، والتنازل لا يرد على التزام وإنما على حق، ومن جهة أخرى، لا نكون بصدد تنازل عن العقد إذا أجاز العقد للمتعاقد أن يختار بين حقوق عِدّة. ففي حالة قلب اقتصاديات العقد رأساً على عقب لسبب يعود إلى الإدارة، فإن العقد قد يعطي المتعاقد معها الخيار بين طلب التعويض وتعديل العقد. وإذا اختار المتعاقد أحد الخيارين، فلا نكون بصدد تنازل عن الخيار الآخر.^{٥٥٢}

وفي حال عقد العقد بصفة نهائية، وتمت الموافقة عليه من جانب الجهة الإدارية المتعاقدة، فإنه يصبح واجب التنفيذ إعمالاً لقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"، فإذا رفض المتعاقد تنفيذ العقد، فإن هذا الرفض لا يعدّ تنازلاً، بل خطأً جسيماً يعرّض المتعاقد للجزاءات الإدارية والقضائية التي يجوز للإدارة أن تلجأ إليها.^{٥٥٣} أما إذا لم تتم الموافقة على العقد من جانب السلطة، فإنه لا تُثار مشكلة التنازل؛ لأنّ العقد لم ينعقد بصفة نهائية، ويستطيع المتعاقد أن يتحلل من التزاماته، لأنه إذا كانت موافقة الإدارة على العقد مطلوبة، فإنها تعدّ شرطاً لسلامة العقد، وإلا فإن العقد لا ينعقد.^{٥٥٤}

ولكن يتشابه التنازل عن العقد مع رفض العقد في أنهما يعدّان من الأخطاء الجسيمة التي تبرر للإدارة فسخ العقد جزاءً لخطأ المتعاقد، وهذا ما قرره مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر وسورية.^{٥٥٥}

^{٥٥٢} - د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٤٦.

^{٥٥٣} - المرجع نفسه، ص ١٤٤-١٤٥.

^{٥٥٤} - إيهاب عليا، التنازل عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٧٣.

^{٥٥٥} - حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٤٨/، في القضية رقم ٧٢/ لعام ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية، لعام ١٩٧٢، ص ٢٤٤.

ومن خلال الاطلاع على أحكام مجلس الدولة الفرنسي، يتضح أن رفض العقد، وإيقاف تنفيذ الأشغال محلّ العقد يعدّ من الأخطاء الجسيمة المبررة للفسخ الجزائي على حساب المتعاقد المقصّر ومسؤوليته؛ لأنّ الأخير ملزم بالاستمرار في تنفيذ الأعمال والأشغال المكلف بها^{٥٥٦}.

ومن الجدير بالذكر أنّ التنازل يأخذ صوراً متعددة، فقد يرد على العقد نفسه، أو على الحقوق المرتبطة بوجود العقد، أو على الحقوق المرتبطة بتنفيذ العقد^{٥٥٧}.

ثانياً- الأساس القانوني لقاعدة عدم جواز التنازل عن العقد الإداري:

لمّا كانت من أهم الأسس والمعايير التي بُني عليها اختيار المتعاقد مع الإدارة هو الاعتبار الشخصي، حيث- كما رأينا سابقاً- يتم اختياره في إطار من المنافسة والعلانية، وتدخل كفاءته الفنيّة وملاءته المالية... في الحسبان عند اختياره من جانب الإدارة^{٥٥٨}.

وعليه، استقرّ الفقه والقضاء الإداريين على حظر وتحرير التنازل عن العقد من دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة، بالرغم من عدم النصّ على ذلك في العقد أو القانون، لأنّ هذا الحظر نتيجة حتمية ومؤكّدة للاعتبار الشخصي في المتعاقد مع الإدارة، والذي ينبثق بدوره من طبيعة العقود الإدارية، وما تحمله من خصائص ذاتيّة (تكمن في ضمان السير المستمر والدائم للمرفق العام)، بالإضافة إلى ارتباطها بالمصلحة العامة^{٥٥٩}.

^{٥٥٦}- إيهاب عليا، التنازل عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٧٢.

^{٥٥٧}- للمزيد، انظر: المرجع نفسه، ص ١٧٣ وما بعدها؛ د. محمّد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٤٦ وما بعدها.

^{٥٥٨}- وهناك اعتبارات أخرى تكمل هذا الاعتبار، "مثل منع التجارة في عقود الدولة". انظر: د. محمّد عبد اللطيف، المرجع أعلاه، ص ١٤٧.

^{٥٥٩}- د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٢٩-٢٣٠؛ د. أوس مخيير، مرجع سابق، ص ٢٩٤ وما بعدها. ومن بين كراسات الشروط التي تنص على منع التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة، نجد المادة /١٠/ من دفتر الشروط العامة للطرق والجسور الفرنسي /١٩٧٦/. ويؤكد ذلك ما جاء في نص المادة /٥/ من عقد مطار مرسى علم المصري، انظر: عزّة محمّد سلمان، مرجع سابق، ص ١٤٠.

فمبدأ الموافقة المسبقة على التنازل عن العقد، كان- وما يزال- مرعياً في نطاق تنفيذ العقود الإدارية، وهو أمر لا يحتاج إلى النص عليه. ومع ذلك حرصت بعض التشريعات على النص صراحةً على وجوب الحصول على موافقة خطية مسبقة من الإدارة قبل التنازل عن العقد^{٥٦٠}. ويمكن القول: إن أحكام القضاء الإداري- في الدول محلّ المقارنة كما سنرى- قد استقرت على عدم جواز قيام المتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن عقده إلى الغير^{٥٦١}، قبل الحصول على موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة على هذا التنازل، وهو أمر مسلم به- كما ذكرنا سابقاً- حتى ولو لم يُنص على ذلك بشكل صريح في العقد، فوجوب موافقة جهة الإدارة تعدّ أمراً حتمياً ومؤكداً.

وتطبيقاً لما تقدّم، قضت محكمة القضاء الإداري المصرية في ٢٧ يناير ١٩٥٧، بأن: "العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وب نفسه فلا يجوز له أن يحلّ غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإن حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأً من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، وخصوصاً فسخ العقد أو إلغائه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم..."^{٥٦٢}.

^{٥٦٠}- د. عبد الإله الخاني، مرجع سابق، ص ٣٠٠.

^{٥٦١}- د. أوس مخبير، المرجع أعلاه، ص ٢٩٦-٢٩٧؛ وانظر حكم محكمة القضاء الإداري المصرية الصادر بتاريخ ١٩٩١، مجموعة المبادئ في خمسة عشر عاماً، الجزء الثاني، ص ١٩٢١. مشار إليه لدى: د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٧٦.

^{٥٦٢}- مجموعة المبادئ في ١٥/ عاماً من ١٩٤٦-١٩٦١، ص ١٩١٨، مشار إليه لدى: د. محمد فكري عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٢٠-١٢١؛ د. ناصر الزيد، مرجع سابق، ص ٥٤١-٥٤٢.

ولم يسلم البعض^{٥٦٣} بما ذهبت إليه المحكمة المذكورة (وهذا ما نميل إلى تأييده)، فالبطلان في حالة التنازل عن العقد الإداري من دون موافقة الإدارة ليس من النظام العام، وإنما شرع لمصلحة الإدارة؛ بمعنى أنه يجوز الاتفاق في العقد على جواز التنازل عنه، كما هو مقرر في القانون الفرنسي، فالأدق أن يقال: إنَّ "الحظر يرجع إلى اعتبارات تتعلق بالمصلحة العامة، والإدارة هي التي تقدّر هذه الاعتبارات".

وقررت المحكمة المذكورة نفسها في حكمها الصادر بتاريخ ١٩٦١/٦/٤، أنه: "من المسلم به في العقود الإدارية أنه يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يحلّ غيره محلّه في تنفيذ التزاماته كلّها أو بعضها... إلا بموافقة الإدارة، فإذا حدث التنازل عن العقد... دون موافقتها يكون باطلاً ولا يحتج به في مواجهتها"^{٥٦٤}. وأكدت ذلك في حكمها الصادر عام ١٩٨٧، حيث قضت أنه: "لا يجوز للمتعاقد أن يحلّ غيره محلّه في التزاماته إلا بموافقة الإدارة، فإن حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة، فإن التنازل يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام"^{٥٦٥}.

وقد أفتت الجمعية العمومية للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري، بالقول:^{٥٦٦} "التنازل عن العقد من الحالات الموجبة للفسخ الجزائي

^{٥٦٣}- د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ١٤٧.

^{٥٦٤}- انظر: د. محمد فكري عبد المهدي، المرجع أعلاه، ص ١١٩. وانظر أيضاً حكم محكمة القضاء الإداري المصرية بتاريخ ١٠/١٠/١٩٥٧، والذي قضت فيه: "بسلامة موقف الإدارة إذ فسخت العقد المبرم بينها وبين أحد الأفراد والذي يحوله حق استخراج الجبس من منطقة معينة، حيث ثبت للإدارة أن المتعاقد قد تنازل عن عقده لإحدى الشركات من دون موافقتها". مشار إليه لدى: د. محمد محمود كنعان المفرجي، مرجع سابق، ص ٨٥.

^{٥٦٥}- مشار إليه لدى: إيهاب عليا، التنازل عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٧٥.

^{٥٦٦}- فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع، رقم ٢٥٨/، جلسة ٢٠٠٣/٧/١٦، مشار إليها لدى: إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبسر للعقد الإداري، مرجع سابق، ص ١٢٧. وانظر: الفتوى رقم ٩٢٤/ بتاريخ ١١/١١/١٩٩٦، جلسة ٢٣/١٠/١٩٩٦، ملف رقم ٣٣٥/١/٥٤، مجموعة مبادئ الجمعية في شأن =

للعقد، حيث إنَّ المشرِّع بالقانون رقم /٨٩/ عام ١٩٩٨ بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات قد حظر على المتعاقد مع جهة الإدارة التنازل عن العقد حتى لا تكون العقود الإدارية مجالاً للمضاربة، وإزاء خلو نصوص القانون رقم /٨٩/ ولائحته التنفيذية من أية إشارة إلى إباحة تنازل جهة الإدارة عن العقد الإداري إلى أحد أشخاص القانون الخاص، فقد وجب النظر إلى هذا الأمر، لا من منظور قانون المناقصات والمزايدات، ولكن من منظور الطبيعة القانونية للعقد الإداري، وبالتالي منع هذا التنازل.

وقد أكَّدَت المحكمة الإدارية العليا المصرية قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد إلا بموجب موافقة مسبقة من الجهة الإدارية، حيث قضت أنه إذا نصَّ العقد على عدم جواز التنازل عنه من دون قبول كتابي من الإدارة، فإنه "يتعيَّن الحصول مقدِّماً على موافقة كتابية من الهيئة..."^{٥٦٧}. وأيضاً حكمت المحكمة نفسها في ٢٨ ديسمبر ١٩٦٣، أن: "التزامات المتعاقد التزامات شخصية لا يجوز له أن يحلَّ غيره فيها... إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل يعتبر باطلاً ولا يحتج به في مواجهة الإدارة"^{٥٦٨}.

أما تشريعياً، فإن المادة /٩٢/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم /١٨٢/ لعام ٢٠١٨ (المماثلة للمادة /٧٥/ من قرار وزير

=العقود منذ عام ١٩٤٦ حتى عام ٢٠٠٥، الجزء الأول، المبدأ /٣٢/، ص ٢٠٠. مشار إليها لدى: أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية- غزة، ٢٠١٧، ص ١٥٤.

^{٥٦٧} - المحكمة الإدارية العليا في ١٩٨٥/٦/٢٥، الطعن رقم /١٠٩٤/، السنة /٢٩/ قضائية، مجموعة المبادئ القانونية، السنة /٣٠/، مبدأ رقم /١٩٨/، ص ١٣٥٠، مشار إليه لدى: د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٤٣-٢٤٤.

^{٥٦٨} - سبقت الإشارة إليه. وانظر فتوى اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة المصري الصادرة في ١٩٩٧/١١/٣، حيث نصَّت على أن: "الأصل المسلَّم به أنه يتمتع على المتعاقد مع الإدارة أن يحلَّ غيره محله في تنفيذ التزاماته كلّها أو بعضها بحسبان أن التزاماته مع الإدارة التزامات شخصية". مشار إليها لدى: د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٧٥.

المالية رقم /١٥٧/ لعام ١٩٨٣، المتعلق بإصدار اللائحة التنفيذية للقانون رقم ٩/ لسنة ١٩٨٣) تنصّ على ما يأتي: "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلّها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكتفى بتصديق البنك دون الإخلال بمسئولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يُخل قبول نزوله عن المبالغ المستحقة له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق". والمادة /٣٧/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩/ لسنة ١٩٨٣، تنصّ على أنّه: "لا يجوز للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر، كما يجوز عند الاقتضاء، لأي من الجهات أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معيّنة، وفقاً للقواعد المعمول بها في الجهة طالبة التعاقد. ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتم فيما بينها".

ويعتقد البعض أنّ التنازل عن العقد، محظور ولا يصح التنازل "ولو أبدت الإدارة الموافقة عليه صراحةً أو ضمناً، لأن النصّ جاء مطلقاً على تحريم التنازل عن العقد، واستثنى من التحريم فقط المبالغ المستحقة للمقاول بشرط تصديق البنك المتنازل إليه...^{٥٦٩}".

وتجب الإشارة إلى أن المادة /٨٣/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /٢٣٦/ لعام ١٩٥٤ الملغاة، كانت تتطلب موافقة جهة الإدارة الكتابية على التنازل عن العقد، كما يجب أن يكون مُصدّقاً على التوقيعات الواردة به من مكتب التوثيق المختص. أما المادة /٣٨/ من القانون رقم /٨٩/ لعام ١٩٩٨ الملغى، المتعلق بتنظيم المناقصات، جاءت لتؤكد الأحكام ذاتها التي نصّت عليها المادة /٣٧/ من القانون ٩/ ١٩٨٣.

وقد ذهب رأي آخر إلى القول: إن المشرّع حظر على المتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد، أو عن المبالغ المستحقة له لدى الجهة الإدارية،

^{٥٦٩} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٢-٣٣ وص ٣٧.

وأجاز استثناءً التنازل عن هذه المبالغ إلى أحد المصارف دون أي انتقاص من مسؤوليته عن تنفيذ العقد^{٥٧٠}.

بناءً على النصوص القانونية النافذة في جمهورية مصر العربية، فإنّ التنازل عن العقد الإداري أمر محظور، ما لم يتم بين الجهات العامة فيما بينها، كما أنّ التنازل عن المبالغ المستحقة للمتعاقد محظور أيضاً، إلا إذا تم التنازل إلى أحد البنوك، وبعد أخذ موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة. وباعتقادنا التنازل عن العقد في القانون المصري محظور طالما أنّه لم يحظَ بموافقة الجهة الإدارية المتعاقدة؛ بمعنى أنّ التنازل عن العقد جائز شريطة موافقة الإدارة عليه صراحةً أو ضمناً. وكما سنرى لاحقاً لا بد من موافقة الإدارة الكتابية المسبقة على نزول المتعاقد معها عن مستحقاته المالية، مع بطلان كل اتفاق مخالف، فمن باب أولى وجوب الحصول على موافقة الإدارة الكتابية في حال تنازل المتعاقد معها عن كل التزاماته وحقوقه إلى الغير. وهذا ما تؤكده الآراء الفقهية، والأحكام القضائية الصادرة في مصر.

وفي سورية، أرست المحكمة الإدارية العليا قاعدة عدم جواز التنازل عن العقد، في حكمها الصادر عام ١٩٧٢ حيث قضت أنّ: "التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، أي أنّ المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه، وبذلك يتمتع على المتعاقد مع الإدارة أن يُحلّ غيره محلّه في تنفيذ جميع التزاماته العقدية، بغير موافقة الإدارة المسبقة"^{٥٧١}.

وقد نصّت المادة /٢٨/ من المرسوم التشريعي رقم /٢٧٦٦/ تاريخ ١٩٦٩/١٢/١٥ المتضمن دفتر الشروط العامة للهيئات ذات الطابع الإداري،

^{٥٧٠}- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٧٧.

^{٥٧١}- حكمها رقم /٤٨/ في القضية رقم /٧٢/ لعام ١٩٧٢، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٢، ص ٢٤٤؛ وانظر: المادة /٢٣/ من العقد النموذجي لأعمال الأشغال، المنشور لدى: أسامة مازن العوا، مرجع سابق، ص ٢٢٣ وما بعدها.

والتي أعاد المشرّع إنتاجها في اللائحة التنفيذية لقانون العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ بموجب المادة ٣٠/ منها، وتحت عنوان "التنازل عن العقد والعقود الثانوية"، جاء فيها أنّه: "لا يحق للمتعهّد أن يتنازل عن أي عمل، أو جزء منه من الأعمال التي أبرم العقد من أجل تحقيقها، ولا أن يعهد بها أو يلزمها كلّها أو بعضها إلى أشخاص آخرين كمتعهدين ثانويين، إلا بموافقة خطية من الإدارة...".

وبالنسبة إلى مجلس الدولة الفرنسي^{٥٧٢}، فقد أكّد في الكثير من أحكامه على قاعدة عدم جواز تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده للغير، من دون الحصول على ترخيص مسبق من قبل الجهة الإدارية، وعليه إذا تنازل المتعاقد عن العقد قبل الحصول على موافقة الإدارة مسبقاً، فإن التنازل في هذه الحالة يعدّ باطلاً، ولا يحتج به في مواجهتها.

ولم تتضمن كراسة الشروط الإدارية العامة في فرنسا C. C. A. G لعام ١٩٧٦ أي نصّ بخصوص التنازل عن العقد، وبالتالي "يخضع هذا التنازل إلى القاعدة التقليدية، والتي تقضي بعدم جواز التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة"^{٥٧٣}.

أما في نطاق القانون الخاص، فإننا لا نجد في فرنسا أو مصر أو سورية، نصاً قانونياً يحظر التنازل عن العقد، وذلك بالرغم من عدم وجود تنظيم خاص ومستقل للتنازل عن العقد في أي من تلك الدول. وقد ذهب غالبية فقه القانون الخاص إلى القول بجواز التنازل عن العقد^{٥٧٤}.

^{٥٧٢} - د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٦٦.

^{٥٧٣} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣.

^{٥٧٤} - انظر في الحجج التي ساقها هؤلاء الفقهاء لدى: د. مصطفى عبد السيد الجارحي، مرجع سابق، ص ٣٨؛ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ٦٦-٦٧؛ د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٥١-٥٢؛ وانظر أيضاً: المواد ١٤٥/ و ١٤٦/ و ٣٠٢/ و ٣٢٠/ من القانون المدني السوري. والمواد ١٤٦/ و ١٤٧/ و ٣٠٣/ و ٣٢١/ من القانون المدني المصري.

الفرع الثاني

آثار التنازل عن العقد الإداري

قد يحدث في أثناء تنفيذ العقد الإداري تغييرات في الاعتبار الشخصية للمتعاقد مع الإدارة، كاختلال في قدرته المالية أو كفايته الفنية التي تمّ اختياره على أساسها عند التعاقد معه، ما يؤدي إلى عدم تنفيذ العقد الإداري على الوجه المرجوّ منه، وبالتالي عدم تحقيق الصالح العام، فيبدي المتعاقد رغبته واستعداده لإجراء تنازل عن حقوقه والتزاماته الناشئة عن هذا العقد إلى متعاقد آخر تتوافر فيه الكفاية الفنية والمالية، مع مراعاة الشروط الأخرى التي تتطلبها الإدارة لتنفيذ العقد على نحو أفضل، ما قد ترى الإدارة المتعاقدة معه أن المصلحة العامة تقتضي منها الموافقة على هذا التنازل بدلاً من إنزال الجزاءات بالمتعاقد الأصلي^{٥٧٥} (أولاً). وأحياناً أخرى يتقدّم المتعاقد إلى جهة الإدارة طالباً منها الموافقة على التنازل عن عقده، إلا أنها وفقاً لسلطتها التقديرية قد لا تجيبه إلى طلبه (ثانياً).

أولاً- التنازل عن العقد بموافقة الإدارة:

لما كان تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده إلى الغير، يعدّ مخالفة جسيمة- وإهداراً- لفكرة الاعتبار الشخصي في إطار تنفيذ العقود الإدارية، ويقضي على مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق هذه العقود، فإن هذا التنازل لا يجوز من دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة^{٥٧٦}.

فإذا قدّرت الجهة الإدارية المتعاقدة أن متطلبات الصالح العام، وصالح المرفق، تقتضي منها الموافقة على هذا التنازل، فإن ذلك يدعونا إلى التعرض إلى أحكام هذا التنازل (أ) ونتائجه (ب).

^{٥٧٥}- د. سامح عبد الرحمن محمّد، مرجع سابق، ص ٢١٧؛ د. سوسن البيطار، مرجع سابق،

ص ٣٢؛ أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص ١٧٠-١٧١.

^{٥٧٦}- د. رفاة كربل، مرجع سابق، ص ٥٩٤؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٢-١٩٣.

أ- أحكام الموافقة على التنازل عن العقد:

تتعلّق هذه الأحكام بشكل الموافقة، والسلطة المختصة بإعطائها، ومدى حرية الإدارة في الموافقة.

١- شكل الموافقة على التنازل عن العقد:

لا تخضع الموافقة على التنازل إلى شكل معيّن، والقاعدة في هذا الشأن هي "تحرر الإدارة من الشكليات فيما يتعلق بالتعبير عن إرادتها، وبالتالي لها أن توافق على التنازل في أي شكل تشاء"، ما لم يوجد نصّ يتطلب الشكل الكتابي^{٥٧٧}؛ أي الموافقة الكتابية. فالتعبير عن إرادة الإدارة في الموافقة على التنازل عن العقد، يمكن أن يكون صريحاً- وهذه هي الحالة الطبيعية والغالبة- أو ضمناً يستشف من خلال تصرفاتها (عندما لا تدع مجالاً للشك في دلالتها على الموافقة)، كأن تقوم بالاتفاق مع المتعاقد الجديد (المتنازل إليه) على تعديل الثمن، أو تعديل تعريف الرسوم، أو الوفاء له بمستحقّاته الماليّة...^{٥٧٨}.

وتطبيقاً لما سبق، ذهبت المحكمة الإدارية العليا المصرية إلى أنه: إذا نصّ العقد على عدم جواز التنازل عنه دون قبول كتابي من الإدارة، فإنه لا تأثير لإخطار المقاول للإدارة، بأنه فوّض غيره في تنفيذ العملية، وأنّ هذا الغير له حق التعامل مع الإدارة فيما يتعلّق بتنفيذ العقد، وإنما "يتعين الحصول مقدّماً على موافقة كتابية من الهيئة (الإدارة المتعاقدة)، حتى يحق للمتنازل له مطالبة الهيئة مباشرة بأداء ما ينفّذه من أعمال"^{٥٧٩}.

^{٥٧٧}- د. محمّد سعيد أمين، مرجع سابق، ص ٦١؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٤.

^{٥٧٨}- د. منيرة عوض، مرجع سابق، ص ٢٤؛ عزّة سلمان، مرجع سابق، ص ٦١؛ يعرب الشرع،

مرجع سابق، ص ١٥٤-١٥٥؛ د. عبد الإله الخاني، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

^{٥٧٩}- المحكمة الإدارية العليا ١٩٨٥/٦/٢٥، س ٣٠/، ص ١٣٥٠، مشار إليه لدى: د. عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية في الجزائر)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري- قسنطينة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ٢٠١.

لكن محكمة القضاء الإداري المصرية اتجهت إلى عكس ذلك، وقضت في حكم لها أن الموافقة على التنازل عن العقد قد تكون صريحة أو ضمنية، ولو وجد نص يقرر الشكل الكتابي، وذلك بقولها: "التنازل عن عقد المقاوله تكفي فيه الموافقة الضمنية، وأن جريان المكاتبات بين الإدارة والمتنازل إليه يعدّ قبولاً ضمناً، فشرط الحصول على القبول الكتابي، إنما شرع رعاية لمصلحة الإدارة المتعاقدة وليس للمقاول، فإن هي تنازلت عنه فلا جناح عليها في ذلك"^{٥٨٠}.

ويرى جانب من الفقه أن ما ذهبت إليه محكمة القضاء الإداري "غير سليم من الناحية القانونية، إذ إن القواعد التي فرضها القانون تتغيّر الصالح العام، ولا تستطيع الإدارة أن تتحرر من تلك القواعد دون الإضرار بالمصلحة العامة. أما في حال عدم وجود نصوص قانونية أو عقدية تتطلب موافقة الإدارة على التنازل في شكل معيّن، فإنه يكفي أن تكون هذه الموافقة واضحة بما فيه الكفاية أو صريحة لتجنّب المنازعات الناشئة في هذا الصدد"^{٥٨١}.

بدورنا نؤيّد ما ذهب إليه الرأي السابق، ونعتقد أن موافقة الإدارة على التنازل عن العقد، لا بدّ أن تكون موافقة كتابية وصريحة، في حال وجود نصوص قانونية أو عقدية تحظر التنازل عن العقد من دون موافقة جهة الإدارة الخطيّة، فشرط الموافقة الكتابية إنما شرّع لمصلحة الطرفين المتعاقدين (جهة الإدارة والمتعاقد معها)، ولمصلحة المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله. أما في حال عدم وجود مثل هذه النصوص، فمن الممكن

^{٥٨٠} - حكمها بتاريخ ٢١/ نوفمبر ١٩٦٥، في القضية رقم ٧٨/ لسنة ١٣/ قضائية. مشار إليه لدى: د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٢٤؛ د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٢٢-١٢٣؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٥.

^{٥٨١} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٦.

تصوّر موافقة الإدارة الضمنية، على أن يتم فيما بعد توثيق هذا التنازل كتابةً وسكبه في قالب شكلي معيّن، حيث إنّ شرط الموافقة الكتابية إنما هو شرط إثبات، وليس شرط انعقاد (عقد رضائي).

وفي جمهورية مصر العربية ذهب رأي إلى أن اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٩/ لسنة ١٩٨٣ لا تشترط الموافقة الكتابية على التنازل عن العقد، وبالتالي فإن "موافقة الإدارة على التنازل عن العقد، قد تكون صريحة أو ضمنية"^{٥٨٢}. بينما ذهب رأي آخر^{٥٨٣} إلى أنه: "لا يجوز للإدارة أن توافق على التنازل لا كتابةً ولا ضمناً، لأن التنازل عن العقد محظور في قانون المناقصات والمزايدات المصري الحالي".

أما في فرنسا، حيث لا يوجد نص عام يتطلب الشكل الكتابي، فإن "موافقة الإدارة على التنازل عن العقد تتم دون النقيّد بشكلية معيّنة، بل قد تستنتج ضمناً"^{٥٨٤}.

وبالنسبة إلى سورية، فقد تطلّبت المادة ٣٠/ من دفتر الشروط العامة رقم ٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤- والتي سبقت الإشارة إليها- ضرورة موافقة الجهة العامة خطياً على التنازل عن العقد. وعليه، لا يمكن الاحتجاج بالموافقة الضمنية، ولا يَنَتِج عنها أي أثر.

ب- السلطة المختصة بالموافقة على التنازل عن العقد:

القاعدة- المسلّم بها- بهذا الشأن، أن تصدر الموافقة على التنازل عن العقد من الجهة العامة التي تملك إمضاء العقد الأصلي وإبرامه، ما لم توجد نصوص تشريعية أو تنظيمية أو خاصة تقرر خلاف ذلك، وتنصّ

^{٥٨٢}- د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٢٣؛ د. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتفويض الشخصي والتعاقد من الباطن، مرجع سابق، ص ٤٥٢.

^{٥٨٣}- د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٨.

^{٥٨٤}- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٢٤ (الهامش ١/). وانظر في المعنى نفسه: د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٣٧.

القوانين عادةً على الجهة صاحبة الاختصاص بالموافقة على التنازل عن العقد^{٥٨٥}.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه القاعدة تجد أساسها في قاعدة "توازي الاختصاص"، التي أنشأها القضاء الإداري الفرنسي، ومفاد هذه القاعدة أنه إذا حدّد المشرّع جهة مختصة بعمل معيّن، وسكت عن تحديد الجهة المختصة بتعديله، أو إلغائه، تكون الجهة الإدارية الأولى هي المختصة بذلك^{٥٨٦}.

ويترتب على صدور الموافقة بالتنازل عن العقد من جهة إدارية غير مختصة بذلك، أنه لا يمكن الاحتجاج بهذه الموافقة في مواجهة الإدارة المتعاقدة صاحبة الاختصاص بالموافقة على التنازل، "كما أنه لا ينتج عنها أي أثر"^{٥٨٧}.

ج- مدى سلطة الإدارة في الموافقة على التنازل عن العقد:

تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في الموافقة على التنازل عن العقد أو رفض هذا التنازل، ما لم يوجد نصّ يحظر التنازل عن العقد من الأصل^{٥٨٨}. وقد ذهب رأي أول^{٥٨٩} إلى أن: السلطة التقديرية للجهة الإدارية المتعاقدة في هذا الشأن "مشروطة بحسن استعمالها، ومقيّدة باستهداف الصالح العام دائماً"، فإذا تقدّم المتعاقد إلى الإدارة يطلب الموافقة على التنازل عن العقد، فيجب عليها أن تردّ عليه خلال فترة زمنية مناسبة، "ومن ثم لا يجديها نفعاً أن تلتزم جانب الصمت وإلا تعرّضت للمسؤولية"^{٥٩٠}. وفي حالة الرفض يجب أن تستند الإدارة في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام،

^{٥٨٥}- د. محمد أمين، مرجع سابق، ص ٦٣؛ د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٣٣.

^{٥٨٦}- د. محمد محمود كنعان المبرجي، مرجع سابق، ص ٨٨.

^{٥٨٧}- د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٣٨.

^{٥٨٨}- د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٢٥٤.

^{٥٨٩}- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٢٥-٤٢٦.

^{٥٩٠}- د. علي عبد الأمير قبلان، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ٢٣٩.

ومثال ذلك: ضعف الكفاية المالية أو الفنية للمتنازل إليه^{٥٩١}، فإذا كانت تلك الأسباب واهية، وغير جدية، فإن المتعاقد الأصلي يستطيع أن يحصل من قاضي العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر برفض الموافقة. كما له أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة، أو الحكم له بالتعويض عن الأضرار التي لحقت له من جراء هذا الرفض (وهذا وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي)^{٥٩٢}.

ويذهب رأي آخر إلى أنه: في عقود الأشغال العامة أو التوريد "تملك الإدارة في سبيل رفض الموافقة على التنازل عن العقد، سلطة تقديرية غير محدودة، ولا معقّب عليها ولا حتى أيّ تبعه"^{٥٩٣}.

لكن هناك رأي ثالث^{٥٩٤} يحتفظ على الرأي السابق الذي يقول بالسلطة التقديرية المطلقة للإدارة في رفض الموافقة على التنازل من عدمها؛ "لأن الإدارة يجب أن تستهدف في جميع تصرفاتها الصالح العام، باعتبارها القوامة والمختصة وحدها بتحقيق المصلحة العامة، ومن ثم فإن سلطة الإدارة في رفض الموافقة على التنازل سلطة تقديرية مقيدة بالصالح العام، وليست سلطة مطلقة، وهي تخضع لرقابة قاضي العقد، لأسباب منبئة الصلة بالصالح العام".

ومن جانبنا نميل إلى تأييد الرأي الراجح في الفقه، والذي يقول بالسلطة التقديرية- المقيدة باستهداف الصالح العام- للجهة الإدارية المتعاقدة بشأن الموافقة على التنازل عن العقد من عدمها، شريطة عدم الانحراف باستعمال هذه السلطة، تحت طائلة إلغاء قرارها من قبل قاضي العقد أو فسخ العقد لخطأ الإدارة، مع التعويض- في الحالتين- إن كان له مقتضى.

^{٥٩١}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٥٩.

^{٥٩٢}- د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٢٣-٢٢٤.

^{٥٩٣}- د. عبد الإله الخاني، مرجع سابق، ص ٣٠٤.

^{٥٩٤}- د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٩.

٢- نتائج موافقة الإدارة على التنازل عن العقد:

يترتب على موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة على التنازل عن العقد نتيجة مزدوجة، مفادها نشوء علاقة عقدية مباشرة بينها وبين المتنازل إليه، وانقضاء العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد الأصلي.

أ- قيام علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة والمتنازل إليه:

تعدّ موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة على التنازل عن العقد في منزلة إبرام عقد جديد بينها وبين المتنازل إليه (المقاول أو المورد أو الملتزم الجديد)، محلّ محلّ العقد الأصلي، فتنشأ بذلك علاقة عقدية مباشرة بين جهة الإدارة والمتعاقد الجديد (المتنازل إليه)، بحيث يحلّ محلّ المتعاقد الأصلي (المتنازل) حلاً كاملاً في كلّ ما يتولّد عن العقد من حقوق والتزامات، بما يضمن انتقال هذه الحقوق والتزامات من المتنازل إلى المتنازل إليه، بكل أوصافها وخصائصها، وضماناتها، ودفعوها، وتوابعها، وآثارها القانونية^{٥٩٥}.

كما ينتقل إلى المتعاقد الجديد التزام صيانة الأعمال جميعها، سواء المنفّذة بوساطة المتنازل إليه، أو تلك التي نفّذت بمعرفة المتنازل، مع بقاء كليهما- المتنازل والمتنازل إليه- مسؤولاً عن الضمان العشري لسلامة الأداءات كل في حدود ما نفّذه (وهذا ما تؤكد أحكام مجلس الدولة الفرنسي)^{٥٩٦}.

وبعدّ- المتنازل إليه- وحده مسؤولاً عن تنفيذ العقد برمّته تجاه الإدارة والمنفعين من المرفق، بحيث يتحرّر المتعاقد الأصلي من التزاماته

^{٥٩٥}- انظر في هذا المعنى: د. محمد يوسف الحسن، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٤؛ د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص ٢٠٣؛ شامل العزاوي، مرجع سابق، ص ١١٥؛ سناء جميل ثابت، أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين (دراسة تحليلية)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر - غزة، ٢٠١١/٢، ص ١٠٥.

^{٥٩٦}- د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٣. وانظر الأحكام التي أشار إليها ص ١٩٤. وانظر أيضاً: د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٢٢.

العقدية كافة، ما لم ينصّ العقد الجديد على خلاف ذلك^{٥٩٧}. بعد أن يكون الأخير قد أوفى بجميع التزاماته العقدية لغاية تاريخ تقديمه طلب التنازل عن العقد^{٥٩٨}.

وانطلاقاً مما تقدّم، يكون للمتعاقد الجديد وحده تلقّي تعليماته وتوجيهاته من الإدارة المتعاقدة، كما يكون له وحده الحق في الحصول على المقابل المالي المنصوص عليه في العقد، لقاء القيام بتنفيذ التزاماته العقدية^{٥٩٩}.

وحتى عندما ينصّ عقد التنازل على بقاء المتنازل ضامناً للمتنازل إليه في تنفيذ العقد برمّته، فإن هذا الأخير يحلّ محلّ المتعاقد الأصلي من دون قيد أو شرط. فمسؤولية المتنازل إليه تتضمن الأعمال العقدية كافة من بدايتها إلى نهايتها، وبالتالي ليس له الحق في المطالبة بتجزئة المسؤولية الناشئة عن تنفيذ هذه الأعمال، تبعاً لعائدية تنفيذها^{٦٠٠}.

ومن الجدير بالذكر، أنّ مجلس الدولة الفرنسي في المرحلة السابقة على تاريخ ١/٢٨/١٩٤٤، كان يعطي الحق للمتنازل إليه في طلب التعويض

^{٥٩٧}- د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٤٢٥-٤٢٦.

^{٥٩٨}- سميرة حصايم، مرجع سابق، ص ١٠٧؛ شامل هادي نجم العزاوي، مرجع سابق، ص ١١٥؛ وراجع المادة /١١٣/ من المرسوم الفرنسي ٢٠٠٦/٩٧٥، والتي تقرّر بقاء مسؤولية المتعاقد مع الإدارة تجاه الأخيرة، ولو حظي التنازل بقبولها، لدى: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٣.

^{٥٩٩}- د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٤٥؛ د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٢٤-٢٢٥؛ د. نبيل ابراهيم سعد، مرجع سابق، ص ١٥٥؛ م. محمود زكي شمس، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ١٢٢٦.

^{٦٠٠}- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٢٥٠/٤٨٠ لعام ١٩٨٤، مشار إليه لدى: م. مصباح نوري المهاني، مرجع سابق، ص ١٩٨؛ وفي ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية: "بوجوب اشتراط التضامن بنصّ صريح العبارة فقد تنصّرت إليه الإرادة ضمناً، ولكن ينبغي أن تكون دلالة الاقتضاء واضحة لا خفاء فيها، فإذا اكتنف الشك هذه الدلالة وجب أن تؤوّل لنفي التضامن لا لإثباته، وعلى من يدعي قيام التضامن أن يقيم الدليل عليه، وعند الشك يعتبر التضامن غير قائم، والنصّ على التضامن... إن دلّ على شيء، فإنما يدلّ بمفهوم العكس على عدم قيام التضامن فيما عداها". مشار إليه لدى: د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٤.

عن الظروف الطارئة فقط عن الفترة اللاحقة لحصول التنازل عن العقد، وذلك في حكمه الصادر في ١٣ مارس ١٩٣٠ في قضية "Sauvage"، بيد أنه ما لبث أن عدل عن وجه النظر هذه (وتبدأ هذه المرحلة من تاريخ ١٩٤٤/١/٢٨)، حين أتاح للمتنازل إليه الحق في المطالبة بالتعويض عن كل الظروف الطارئة، إذا كان من حق المتعاقد الأصلي المطالبة بالتعويض عنها. فالتاريخ الذي يرجع إليه لتقدير خصيصة عدم التوقع هو تاريخ إبرام العقد الأصلي المتنازل عنه^{٦٠١}.

ب- انقضاء العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد الأصلي (المتنازل):

يترتب على موافقة جهة الإدارة على التنازل عن العقد انتهاء العلاقة التعاقدية بينها وبين المتعاقد الأصلي المتنازل، بحيث يتحرر من التزاماته كافة المترتبة على العقد الأصلي في مواجهة الجهة الإدارية، ومن ثم لا يكون مسؤولاً عن تنفيذ العقد، ما لم ينص عقد التنازل على خلاف ذلك^{٦٠٢}.

وبالتالي لا يجوز للإدارة المتعاقدة أن تمتنع عن ردّ تأمينات المتعاقد الأصلي إلا في حدود ما بينهما من نزاعات، وفي المقابل لا يحق للمتنازل التدخل بأي شكل من الأشكال في تنفيذ العقد الذي تنازل عنه^{٦٠٣}.

وتطبيقاً لما تقدّم، قضى مجلس الدولة الفرنسي أن المتعاقد الأصلي لا يملك الحق - ولا يكون له أي صفة - في مناقشة الجهة الإدارية المتعاقدة،

^{٦٠١}- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات العامة (دراسة لكيفية تحقيق التوازن المالي في هذه العقود- دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨، ص ٣٧٤-٣٧٥؛ د. حسن محمد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٦/، العدد ٥٨/، السنة ١٨/، ٢٠١٣، ص ١٧٦.

^{٦٠٢}- م. أمير يوسف، مرجع سابق، ص ١٧١؛ د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٥.

^{٦٠٣}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٦٤؛ م. محمود زكي شمس، الجزء الثاني، مرجع سابق، ص ١٢٢٦-١٢٢٧.

فيما يتعلّق بتسوية ثمن الأشغال (الحساب) التي تمّ تنفيذها بعد إجراء التنازل عن العقد، أو في الفترة السابقة على هذا الإجراء^{٦٠٤}.

وحرصاً على مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي، نجد أن بعض التشريعات العربية، تقضي باستمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد، حتّى مع موافقة الإدارة على التنازل عن العقد؛ لأنه ضامن للمتعاقد الجديد، طالما أنّ التزام المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي لا يعني في هذا الصدد- كما أشرنا إلى ذلك- التنفيذ المادي للعقد من قبل المتعاقد، بل المسؤولية الشخصية عن ذلك التنفيذ...^{٦٠٥}. حيث نجد أن معظم العقود الإدارية في فرنسا تشترط بقاء المتعاقد المتنازل مسؤولاً وضامناً للمتنازل إليه^{٦٠٦}.

وقد أكّدت المادة /٧٥/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم /٩/ لسنة ١٩٨٣، على مبدأ استمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي (المتنازل) عن تنفيذ العقد الإداري (وهذا ما تضمّنته اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم /٢٣٦/ لسنة ١٩٥٤ الملغاة، في المادة /٨٣/ منها)^{٦٠٧}. ولا يختلف الأمر في ظلّ قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم /١٨٢/ لسنة ٢٠١٨، حيث إنّ المادة /٩٢/ منه (المماثلة للمادة /٧٦/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات ١٩٩٨/٨٩) قد قصّرت التنازل عن المبالغ المستحقة للمتعاقد على البنوك فقط، وبشرط تصديق البنك المتنازل إليه، من دون الإخلال بما يكون للجهة الإدارية قبل المتعاقد الأصلي من حقوق.

^{٦٠٤}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٦٣.

^{٦٠٥}- د. نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، مرجع سابق، ص ٢٤٩.

^{٦٠٦}- د. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مرجع سابق، ص ٤٥٣؛ د. أوس جمال مخبير، مرجع سابق، ص ٢٩٨-٢٩٩.

^{٦٠٧}- حيث تقول: "ويبقى المتعهد أو المقاول مسؤولاً بطريق التضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ العقد".

كذلك نصّت المادة /٣٠/ من دفتر الشروط العامة رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، لنظام العقود الموحد في سورية رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤، على أن موافقة الجهة الإدارية على التنازل عن العقد، "لا تعفي المتعهد من التزاماته ومسؤولياته الفنية والإدارية والحقوقية والجزائية المفروضة عليه تجاه الجهة العامة بموجب أحكام العقد"^{٦٠٨}.

ويرى جانب من الفقه الإداري أن مبدأ استمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي في حالة التنازل عن العقد، هو من الأصول التي تراعيها الجهة الإدارية المتعاقدة - دائماً - حرصاً منها على الالتزام والتقيّد بفكرة الاعتبار الشخصي في نطاق تنفيذ العقد الإداري...^{٦٠٩}.

ومن الجدير بالذكر، أن مجلس الدولة الفرنسي قد استبعد - دائماً - تعويض المتعاقد مع الإدارة عن الربح الفائت في حالات عديدة، منها حالة إنهاء العقد الإداري من قبل الجهة الإدارية - بإرادتها المنفردة - الراجع إلى تخلي المتعاقد مع الإدارة عن تنفيذ العقد بموافقة الأخيرة^{٦١٠}.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه في هذا الصدد، ما هو الحكم بخصوص الأعمال المنفذة من قبل المتنازل قبل التنازل، هل يُسأل عنها المتنازل أم المتنازل إليه؟.

من الطبيعي والمنطقي أن يبقى المتعاقد الأصلي (المتنازل) مسؤولاً عما قام بتنفيذه من أعمال، إلا إذا قبل المتعاقد الجديد أن يتحمل مسؤولية هذه

^{٦٠٨} - انظر المادة /١٣/ من عقد استثمار هاتف الخليوي M. T. N في سورية، لدى: د. منيرة عوض، مرجع سابق، ص ١٠٢.

^{٦٠٩} - د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٦٤؛ د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٤١؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٥.

^{٦١٠} - يشمل التعويض الكامل على عنصرين: ما لحق المتعاقد من خسارة نتيجة إنهاء عقده، وما فاتته من كسب. انظر: إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبسر للعقد الإداري، مرجع سابق، ص ٢٠٣ - ٢٠٤؛ حسام سليمان فيصل، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٧٩ وما قبلها.

الأعمال التي نفذها سلفه، بعد موافقة الإدارة على ذلك، تطبيقاً لقواعد حوالة الدين^{٦١١}.

ثانياً- التنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة:

للجهة الإدارية- كما ذكرنا- السلطة التقديرية في الموافقة على طلب التنازل عن العقد من عدمه، فإذا تبيّن للإدارة المتعاقدة أن المتنازل إليه لا يتمتع بالمؤهلات الماليّة والمهنية التي تؤهله للحلول محلّ المتعاقد الأصلي في تنفيذ التزاماته على وجه يُحقّق الصالح العام، وصالح المرفق، كان لها - ولزماً عليها- أن ترفض الموافقة على إجراء التنازل، ولا تثريب عليها في ذلك. فإن حصل وتنازل المتعاقد مع الإدارة عن العقد من دون موافقة الإدارة المسبقة^{٦١٢}، فإن هذا التصرف يعدّ باطلاً، ويشكّل خطأً جسيماً يسوّغ للإدارة توقيع أقصى الجزاءات عليه، ولا يحتج به في مواجهتها^{٦١٣}، فلا تنشأ بينها وبين المتنازل إليه أي علاقة عقدية، ويبقى المتعاقد الأصلي المسؤول الوحيد عن تنفيذ العقد في مواجهة الإدارة^{٦١٤}. وقد دأب مجلس الدولة الفرنسي على تأكيد ذلك^{٦١٥}.

^{٦١١}- د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٢٥؛ صبوع صهيبي، النظام القانوني لعقد البناء والتشغيل ونقل الملكية B. O. T وتطبيقاته في الجزائر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الإخوة منتوري- قسنطينة، ٢٠١٢/٢٠١٣، ص ١٠٠.

^{٦١٢}- د. ناصر غنيم الزيد، مرجع سابق، ص ٥٤٢. لكي ينتج التنازل عن العقد لأثاره القانونية، لا بد من الحصول على موافقة مسبقة من قبل الجهة الإدارية، وهذا ما تبنته حرفياً اللجنة المختصة بقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة السوري في الرأي رقم ٤٤/ تاريخ ١٣/٤/٢٠٠٠، وراجع المادة ١١٢/ من قانون المشتريات العامة الفرنسي الصادر بالمرسوم رقم ٩٧٥/ تاريخ ١/٨/٢٠٠٥، لدى: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٢-٣٣.

^{٦١٣}- د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمّد، مرجع سابق، ص ٢١٦ وص ٢٢٢؛ وانظر في هذا المعنى: عزّة محمّد سلمان، مرجع سابق، ص ٦١.

^{٦١٤}- د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣؛ د. سامح محمّد، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

^{٦١٥}- د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٣٠-٢٣١؛ وانظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١/٢/١٩٩٥، مجموعة سيري، ١٩٩٧، الجزء الثالث، ص ٨، مشار إليه لدى: د. سامح محمّد، المرجع أعلاه، ص ٢٢٦.

ولمّا كان التنازل عن العقد يعني حلول متعاقد جديد محلّ المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد بشكل كامل، ويؤدي إلى إهدار مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية، فإن هذا التنازل لا بدّ من موافقة الجهة الإدارية المتعاقد معها، فإذا تمّ التنازل عن العقد من دون موافقتها أو من دون علمها، كان بالنسبة لها كأن لم يكن، ورتّب آثاراً مهمة في مواجهة المتعاقد الأصلي (المتنازل) والمتعاقد الجديد (المتنازل إليه).

فإذا تمّ رفض طلب التنازل عن العقد، فما هي الآثار المترتبة على ذلك، سواء بالنسبة للمتنازل إليه أو بالنسبة إلى المتعاقد الأصلي؟

١- بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتنازل إليه:

التنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة لا أثر له في مواجهتها؛ كونه يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلّقه بالنظام العام، وللقاضي أن يثيره من تلقاء نفسه من دون طلب من أحد أطراف العقد^{٦١٦}. ومع ذلك، عدّ مجلس الدولة الفرنسي أن عدم شرعية التنازل في حال عدم موافقة الإدارة عليه ليس حكماً، فالإدارة العامة يمكن أن تسبغ عليه الصفة القانونية عن طريق الموافقة اللاحقة على هذا التنازل، والتي غالباً ما تكون ضمنية، مثل حالة قبول طلب المتنازل إليه بشأن تعديل التعرّيف^{٦١٧}.

ومن المسلّم به طبقاً للقواعد العامة- وهذا ما يأخذ به مجلس الدولة الفرنسي- انتفاء أي علاقة عقدية بين المتنازل إليه والإدارة، في حال عدم موافقتها بشكل مسبق على التنازل عن العقد، ومن ثمّ فليس للمتنازل إليه أن يرجع على الإدارة بأي حقوق تعاقدية^{٦١٨}؛ لأنه يعدّ أجنبياً عن العقد بالنسبة

^{٦١٦}- د. محمّد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٤٢؛ د. نائلة نذير نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٥٤؛ م. محمود زكي شمس، الجزء الثاني، ٢٠٠٠، مرجع سابق، ص ١٢٢٢.

^{٦١٧}- د. وليد جابر، مرجع سابق، ص ٥٤٥، عزّة سلمان، مرجع سابق، ص ١٤٠.

^{٦١٨}- م. أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص ١٧٠؛ د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٦؛ د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص ٢٠١. وانظر أيضاً: حكم محكمة القضاء الإداري السورية رقم ٩/ في =

لها. بيد أن المتنازل إليه إذا أثبت للجهة الإدارية أنه قام بتنفيذ العقد المتنازل عنه تنفيذاً سليماً كاملاً خالياً من العواهن والعيوب، طبقاً للشروط والمواصفات الواردة في العقد، ورضيت عنه الإدارة، يحق للمتنازل إليه أن يطالب بالحقوق والاستحقاقات المالية كافة التي كان يحق للمتنازل المطالبة فيها، لو أنه أتم التنفيذ بنفسه^{٦١٩}.

وإذا قامت الإدارة بترك المتنازل إليه- عن عمد- يقوم بتنفيذ الأداءات محلّ العقد المتنازل عنه، جاز للمتنازل إليه الرجوع عليها وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية؛ "إذ يعدّ هذا الفعل من جانبها خطأً يستوجب مسئوليتها التقصيرية"^{٦٢٠}. مع العلم أن المتنازل إليه يستطيع كدائن للمتعاقّد الأصلي (المتنازل) أن يطالب الإدارة بحقوق مدينه وفقاً للأصول المقررة في هذا الخصوص (أحكام القانون المدني)^{٦٢١}، عن طرق إقامة الدعوى غير المباشرة^{٦٢٢} على الجهة الإدارية لمطالبتها بدفع حقوق مدينه، وإجراءات حوالة الحق^{٦٢٣}، بالإضافة إلى إمكانية رجوع المتنازل إليه على الإدارة على أساس نظرية الإثراء بلا سبب إذا تحققت شروطها^{٦٢٤}.

=الطعن رقم ٢٣/ لسنة ١٩٦٥، مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري مع تعقيبات المحكمة الإدارية العليا عليها ١٩٥٩-١٩٦٤، ص ٣٦٨. وانظر: حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الطعن رقم ١٩٤، لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٩٨٥/٦/٢٥. لدى: د. جهاد زهير ديب الحرازين، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

^{٦١٩}- د. عبد الإله الخاني، مرجع سابق، ص ٣٠٢-٣٠٣؛ م. محمود زكي شمس، مرجع سابق، ص ١٢٢٣.

^{٦٢٠}- د. محمد عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٢٤٣.

^{٦٢١}- د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٣٢؛ وفي نفس المعنى: د. محمد عبد

المهدي، مرجع سابق، ص ١٢٦؛ د. سامح محمد، مرجع سابق، ص ٢٢٤.

^{٦٢٢}- انظر: المادة ٢٣٦/ من القانون المدني السوري. وهذه المادة مطابقة للمادة ٢٣٥/ من القانون المدني المصري.

^{٦٢٣}- م. أمير فرج يوسف، مرجع سابق، ص ١٧٠؛ وانظر: المادة ٣٠٣/ من القانون المدني السوري.

وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. أحمد عبد الدائم، مرجع سابق، ص ٢٧٩ وما بعدها.

^{٦٢٤}- د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٢٦-٢٢٧؛ د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص ٢٠١؛

وللمزيد، انظر: د. مهند نوح، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٢٩٥ وما بعدها.

وبعد المتنازل إليه أجنبياً عن الإدارة وعن العقد (من الغير بالنسبة لها) في حالة التنازل عن العقد من دون موافقتها، ومن ثم للإدارة في جميع الأحوال أن تمنع المتنازل إليه من تنفيذ الأعمال والإسهام في مرفقها العام، ولها أن تبعده عن موقع العمل^{٦٢٥}.

وتجدر الإشارة إلى أن مجلس الدولة الفرنسي قد أتاح للمتنازل إليه - من دون موافقة الإدارة - التمسك بنظرية الظروف الطارئة، إذا قام بتنفيذ العقد عند تحقق شروط إعمال هذه النظرية، لكن المجلس المذكور ردّ أساس التعويض - في هذه الحالة - إلى المسؤولية شبه التعاقدية (الاتفاق شبه التعاقدية)، أو المسؤولية غير التعاقدية^{٦٢٦}. علماً أن التنازل عن عقد الالتزام إلفي الغير أو التعاقد بشأنه من الباطن من دون ترخيص مانح الالتزام، يعدّ من الأخطاء الجسيمة التي تبرر جزاء الإسقاط - حسب ما تنصّ عليه عقود الالتزام ودفاتر الشروط الخاصة به - في فرنسا. وقد وردت الأخطاء الجسيمة المبررة لهذا الجزاء على سبيل المثال لا الحصر^{٦٢٧}.

٢- بالنسبة إلى علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي (المتنازل):

رغم التنازل عن العقد لا يتحرّر المتعاقد مع الإدارة من أيّ مسؤولية تجاه الأخيرة بمناسبة تنفيذ العقد الأصلي، إذ يبقى المسؤول الأول والأخير والوحيد عن هذا التنفيذ، ومسؤوليته في هذا الشأن مسؤولية شخصية وكاملة عن تنفيذ الالتزامات كافة المنصوص عليها في العقد، ودفاتر الشروط الملحقة به، طالما أنّ العقد الأصلي - المبرم بينه وبين الجهة الإدارية - لا يزال نافذاً، من دون الالتفات إلى العلاقة العقدية بينه وبين المتعاقد الجديد، فليس له الاحتجاج بتنازله عن العقد للتملّص من التزاماته العقدية^{٦٢٨}.

^{٦٢٥} - د. نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، مرجع سابق، ص ٢٥٠.

^{٦٢٦} - سناء ثابت، مرجع سابق، ص ١٠٥؛ د. مصطفى الحبشي، مرجع سابق، ص ٣٧٥.

^{٦٢٧} - حسام سليمان فيصل، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٤٧ و ١٤٥.

^{٦٢٨} - د. محمد الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٤؛ د. سامح محمد، مرجع سابق، ص ٢١٧.

وبعد التنازل عن العقد غير المقترن بموافقة الجهة الإدارية خطأً عقدياً جسيماً من قبل المتعاقد معها، يسوّغ- وفقاً لقضاء مجلس الدولة المصري والفرنسي والسوري^{٦٢٩}- للجهة الإدارية المتعاقدة أن توقع عليه أقسى العقوبات العقدية، كفسخ العقد على حساب المتعاقد المقصر ومسؤوليته، أو إنهائه بإرادتها المنفردة، سواء تضمن العقد على هذا الجزاء أم لم يتضمن، ذلك أن حق الإدارة في فسخ العقد في هذه الحالة ينبع من طبيعة العقد الإداري ذاته، ولاستبعاده يجب النص صراحةً في العقد على ذلك^{٦٣٠}، كما يتحمل المتعاقد الأصلي جميع النتائج- المالية الباهظة- المترتبة على هذا الفسخ (الجزاء). وبالرغم من ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي (A. De Laubadère) إلى أن مسؤولية المتعاقد الأصلي لا تتحقق إلا إذا كان هناك ضرر حاق بالإدارة جرّاء هذا التنازل^{٦٣١}. ويترتب على التنازل عن العقد غير المرخص به، مسؤولية المتعاقد الأصلي تجاه الإدارة، بحيث يبقى مسؤولاً أمامها مسؤولية كاملة عن تنفيذ شروط العقد كافة ودفاتر الشروط الملحقة به، بغض النظر عن وجود العلاقة العقدية بينه وبين المتنازل إليه^{٦٣٢}.

ففي جمهورية مصر العربية، أرست المحكمة الإدارية العليا هذا المبدأ في حكمها الصادر بتاريخ ١٢/٢٨/١٩٦٣، حيث قررت أنه: "إذا حدث التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة فإن التنازل يعتبر باطلاً ولا

^{٦٢٩}- أحكام سبقت الإشارة إليها. وللمزيد من التفاصيل، انظر: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ١٩٦؛ إيهاب عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٧٨-٧٩ وص ١٢٧-١٢٨؛ حسام فيصل، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٩٩ وما بعدها.

^{٦٣٠}- د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص ٢٠٤؛ وفي المعنى ذاته، انظر: هشام محمد حمود الحلفي، مرجع سابق، ص ٩٧١-٩٧٢.

^{٦٣١}- شامل هادي العزاوي، مرجع سابق، ص ١١٧؛ صبوح صهيبي، مرجع سابق، ص ٩٩.

^{٦٣٢}- د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٢١٧.

^{٦٣٣}- مشار إليه لدى: محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٢٠.

يحتج به في مواجهة الإدارة ولا تنشأ بين المتنازل إليه وبين الإدارة أية علاقة، ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً في مواجهة الإدارة في كلتا الحالتين". وقد جاء القانون رقم /٦٧/ لعام ٢٠١٠ المتعلق بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والمرافق العامة، ليؤكد ما سبق قوله، حيث تنص المادة /٣٧/ منه على أنه: "... لا يجوز لشركة المشروع التنازل عن عقد المشاركة أو أي من الحقوق التي يربتها أو الالتزامات الواردة فيه إلا لغرض التمويل، وبعد موافقة كتابية من السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم خلاف ذلك".

وقد نصت بعض القوانين على جزاءات معينة، توقعها الإدارة على المتعاقد الأصلي عند التنازل عن عقده من دون موافقة الإدارة، وتتراوح هذه الجزاءات بين فسخ العقد وتوقيع الجزاءات الضاغطة المؤقتة، نظراً لأن التنازل عن العقد إخلالاً جسيماً بشروط العقد^{٦٣٤}.

وفي سورية، فإن عقود تنقيب النفط وتنميته وإنتاجه تنص عادةً على اعتبار بعض التصرفات التي يقوم بها المتعاقد أخطاءً جسيمة، تعطي الحق للجهة مانحة الالتزام (الحكومة) سلطة إلغاء العقد لإخلال الملزم به، ومن أهم هذه الأخطاء الجسيمة المبررة لإلغاء العقد، تنازل الملزم عن العقد من دون موافقة خطية من الحكومة في الحالات التي تتطلب هذه الموافقة^{٦٣٥}.

فلا يحق للمقاول - الكونسورتيوم أو المشروع المشترك - التنازل عن العقد إلى الغير ليحل محله فيما يربته العقد من التزامات وحقوق، من دون

^{٦٣٤}- د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، مرجع سابق، ص ٢١٦ وص ٢٢٥؛ ويرى الفقيه المصري سليمان محمد الطماوي أن: "تنازل الملزم كلياً أو جزئياً عن عقده للغير بدون ترخيص السلطة مانحة الالتزام يمثل خطأ من جانب الملزم يبرر توقيع جزاءات عليه ومن بينها جزاء الإسقاط".

انظر: حسام سليمان فيصل، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٤٥.

^{٦٣٥}- انظر المادتان /٢٠-٢١/ من عقد التنقيب عن النفط وإنتاجه بين الشركة السورية للنفط والشركة الهنغارية للنفط والغاز المحدودة (مول) الموقع بتاريخ ١٢/٢١/١٩٩٦.

موافقة خطية من صاحب العمل^{٦٣٦}، حيث إنّ الأصل أن تقوم شركة المشروع بالتصميم بنفسها معتمدة على كوادرها الهندسية، ولا يجوز التنازل عن أعمال التصميم إلى الغير كلاً أو جزءاً، وإن كان يجوز التعاقد مع مصمم من الباطن^{٦٣٧}.

وقد نصّت المادة /٧٣/ من قانون التشاركية رقم /٥/ لعام ٢٠١٦، تحت عنوان رئيس "التنازل عن العقد" على أنه: "لا يجوز التنازل عن حقوق والتزامات الشريك الخاص بموجب أحكام وشروط العقد إلى أي طرف ثالث دون موافقة الجهة العامة المتعاقدة والمجلس. ويجب أن يتضمّن العقد الشروط... بما في ذلك قبول الشريك الخاص الجديد جميع الالتزامات التي نصّ عليها العقد، وثبوت أهليته الفنية والمالية لتقديم الخدمات موضوع العقد وموافقة المجلس عليه".

ومن الجدير بالذكر، أنه رغم الإجماع الفقهي والقضائي - في فرنسا - على وجوب إعدار المتعاقد مع الجهة الإدارية مسبقاً قبل توقيع الفسخ الجزائي للعقد، سواء تمّ النصّ على ذلك في العقد، أو كرّسات الشروط أم لم يتم^{٦٣٨}، إلا أنه يردّ على هذه القاعدة عدّة استثناءات، يترتّب على توافر إحداها إعفاء جهة الإدارة من ضرورة إنذار المتعاقد معها، ومن أهم هذه الاستثناءات: تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده إلى الغير أو التعاقد بشأنه من الباطن، قبل الحصول على الموافقة المسبقة من قبل الإدارة على هذا التعاقد، أو ذلك التنازل^{٦٣٩}. علماً أنه في مصر وسورية، لم يتضمّن المشرّع

^{٦٣٦}- د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٤٨٢.

^{٦٣٧}- المرجع ذاته، ص ٤٨٥-٤٨٦؛ د. مهند مختار نوح، عقد البوت، مرجع سابق، ص ١٦٢.

^{٦٣٨}- د. ضرار القزاز، الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدية في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة البعث، المجلد /٣٩/، العدد /٥٢/، ٢٠١٧، ص ١٧-١٨ و ص ٢٢-٢٣.

^{٦٣٩}- إيهاب عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٣٠ وما قبلها و ص ٢٤٦؛ حسام فيصل، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١١٥.

في البلدين المذكورين ما يفيد وجوب إعذار المتعاقد في حال تنازله عن عقده إلى الغير أو تعاقدته بشأنه من الباطن، قبل الحصول على موافقة الجهة الإدارية^{٦٤٠}. بيد أن المحكمة الإدارية العليا السورية قد اشترطت إعذار المتعاقد مع الإدارة قبل توقيع جزاء الفسخ عليه، كذلك قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية في حال فسخ عقد التزام المرافق العامة، حيث اشترطت ارتكاب مخالفات جسيمة... مع وجوب إعداره قبل فسخ العقد^{٦٤١}.

بدورنا نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه الإداري السوري^{٦٤٢}، بشأن إعذار المتعاقد مع الإدارة في حالتي التنازل عن العقد، أو التعاقد بخصوصه من الباطن، فلا يعدّ الإنذار شرطاً وجوبياً (سلطة مقيدة) - وإن كان كذلك في إطار العقود الخاصة - وإنما شرطاً جوازياً خاضعاً إلى السلطة التقديرية للإدارة؛ كونها المسؤولة والمؤتمنة على تحقيق المصلحة العامة ومصلحة المرفق، المتجسدة في ضمان سير هذا الأخير بشكل دائم ومستمر، إلا في حال النصّ على خلاف ذلك في العقد. إضافةً إلى رقابة المشروعية

^{٦٤٠} - انظر: المواد ٨٣ - ٨٤ و ٧٥ و ٩٤/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ لسنة ١٩٩٨. وانظر: المادة ٤٠/ من المرسوم التشريعي رقم ٤٥٠/ تاريخ ٩/١٢/٢٠٠٤، المتضمن دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤. والمادة ٥٤/ من النظام المذكور، والتي قصرّت الإعذار الوجوبي على حالة وحيدة فقط، ألا وهي حالة سحب العمل (التعهد) من المقال؛ بمعنى أنه فيما خلا الحالة المذكورة، يكون الإعذار جوازياً خاضعاً إلى السلطة التقديرية للإدارة. وانظر أيضاً: المادة ٣١/ من نموذج عقد الأشغال العامة، والمادة ٢٨/ من نموذج عقد التوريد، الصادرين بموجب بلاغ رئاسة مجلس الوزراء في سورية، رقم ٤٨/ب - ١٥/٨٧٨، بتاريخ ١١/٤/١٩٧٨.

^{٦٤١} - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن ١١٠/ لسنة ١٣/ ق، جلسة ٣٠/١٢/١٩٧٧، مشار إليه لدى: د. ضرار القزاز، مرجع سابق، ص ٢٤. حكم المحكمة الإدارية العليا السورية، رقم ٤٠/ في القضية رقم ٢٠/ لسنة ١٩٨٠، سجلات المحكمة الإدارية العليا، الجزء الأول، مشار إليه لدى: إيهاب سامر عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٣٢؛ حسام سليمان فيصل، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٥٨.

^{٦٤٢} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٤٩ وما قبلها؛ للمزيد من التفاصيل حول رقابة القاضي الإداري على جزاء الفسخ، انظر: د. زياد العرسان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٤١٨ وما بعدها.

والملاءمة لقاضي العقد على جزاء الفسخ، والتي تمثل الضمانة الحقيقية لحماية المتعاقد مع الإدارة، في حال انحراف الأخيرة باستعمال سلطتها. وبذلك نكون قد انتهينا من هذا المطلب الذي تناولنا فيه دراسة التنازل عن العقد الإداري، وننتقل الآن إلى بحث مسألة وفاة المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه، أو إعساره، وذلك في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

وفاة المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه أو إعساره

تختار الجهة الإدارية المتعاقد معها- كما أشرنا سابقاً- وفقاً لاعتبارات شخصية محددة تتعلق بشخصيته، فشخصية المتعاقد مع الإدارة ومؤهلاته هي المعوّل عليه في إبرام العقود الإدارية وتنفيذها ومن ثمّ إذا طرأ تبديل أو خلل في تلك الاعتبارات، فإن الإدارة تستطيع إنهاء العقد^{٦٤٣}، كما في حالة وفاة المتعاقد، أو إفلاسه، أو إعساره.

وقد كانت دفاتر الشروط العامة الفرنسية تقضي بحق الإدارة في إنهاء العقد حكماً (بقوة القانون) في حالات وفاة المتعاقد، أو إفلاسه، أو إعساره. لكن دفتر الشروط العامة (C. C. A. G 1976) لم ينصّ على ذلك، وإنما أعطى الإدارة السلطة التقديرية في إنهاء العقد من عدمه^{٦٤٤}.

بناءً على ما تقدم، سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتحدث في الفرع الأول عن انتهاء العقد بسبب وفاة المتعاقد مع الإدارة، أما في الفرع الثاني سنتناول انتهاء العقد بسبب إفلاسه، أو إعساره.

الفرع الأول

وفاة المتعاقد مع الإدارة

نظراً لأهمية الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة في العقد الإداري، فإن وفاته في أثناء تنفيذ العقد تطرح مسألة الاستمرار في تنفيذ العقد من عدمه^{٦٤٥}، حيث جرى العمل في فرنسا بأن يعتمد مجلس الدولة في هذه الحالة على شروط العقد أو دفاتر الشروط، التي تعالج الحالة الجديدة، إما

^{٦٤٣}- د. محمد عاطف عبد اللطيف، مرجع سابق، ص ٥٥٨.

^{٦٤٤}- د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

^{٦٤٥}- د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٦٠٧.

الاستمرار بالتففيذ، أو انقضاء الرابطة العقدية، فهي تحرص عادةً على بيان الأحكام الواجب اتباعها في هذه الحالة^{٦٤٦}.

فبالنسبة لعقود التوريد، نصّت المادة ٦٢/ من دفتر الشروط الإدارية القابل للتطبيق على هذه العقود، والصادر عام ١٩٧١ على أنه: "في حالة وفاة المتعاقد أو فقدانه لأهليته فإن ورثته أو من يتولّى سلطة الوصاية عليه، سيستمرون في تنفيذ العقد، ومع ذلك يجوز للوزير المختص أن يصدر قراراً بفسخ العقد بناءً على طلب الورثة، أو إذا قدر أن حسن تنفيذ العقد إنما يستند إلى الكفاءة الشخصية للمتعاقد"^{٦٤٧}.

ومن الملاحظ تضالّ الاهتمام بالاعتبار الشخصي للمورد في عقود التوريد مقارنةً بالعقود الأخرى، ذلك لأن طبيعة عقود التوريد - العادية - لا تتنافى مع إمكانية الاستمرار في التنفيذ بعد وفاة المورد بوساطة ورثته، طالما أنهم أبدوا استعدادهم لذلك، وكانوا يتمتعون بكفاءة مورثهم وخبرته، وهذا لا يمنع الإدارة من فسخ العقد بناءً على الطلب المقدّم من قبل الورثة، أو إذا كان حسن تنفيذ العقد يتطلّب نفس الكفاءة الشخصية التي كان يتمتع بها المورد المتوفى^{٦٤٨}.

وباعتقادنا إن كان هذا الكلام يصدق على عقود التوريد العادية، إلا أنه ليس كذلك في عقود التوريد الصناعية، حيث يزداد الاهتمام بالاعتبار الشخصي للمورد.

أما في عقود الامتياز تنصّ دفاتر الشروط عادةً على أن أي تغيير في شخص الملتزم لا يتم إلا بعد الحصول على موافقة الإدارة، بمعنى أن

^{٦٤٦}- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٢٧؛ د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٢٦؛ د. أوس مخبير، مرجع سابق، ص ٣٠١.

^{٦٤٧}- د. شاكر أكباشي، مرجع سابق، ص ٣٠٧؛ د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

^{٦٤٨}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٩٧-٩٨؛ د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٦٩؛ د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٣٦.

العقد- في حال وفاة المتعاقد- لا يفسخ بقوة القانون، بل يؤول الالتزام إلى الورثة، والجهة الإدارية لا تملك الرفض إلا في حال عدم توفر الكفاءة الفنية والملاءة المالية اللازمة للاستمرار في التنفيذ من جانب ورثة المتعاقد^{٦٤٩}.

وفي نطاق عقود الأشغال العامة، نصت المادة /٣٧/ من دفتر الشروط العامة القابل للتطبيق على هذه العقود الصادر عام ١٩٧٢، على أنه: ^{٦٥٠} "في حال وفاة المقاول، فإن العقد يعدّ مفسوخاً حكماً ودون تعويض، إلا إذا قبلت الجهة الإدارية المتعاقدة العرض المقدم من ورثة المقاول بالاستمرار في تنفيذ الأشغال العامة". ففي نطاق هذه العقود، تكون شخصية المقاول وكفاءته الفنية والمهنية وملاءته المالية محلاً للاعتبار بدرجة كبيرة، تسوّغ الحل المنصوص عليه في دفتر الشروط، حيث إنّ هذا الدفتر - كما هو ملاحظ- يقرّر انفساخ العقد تلقائياً في حال وفاة المقاول ودون تعويض، إلا إذا رأت الإدارة المتعاقدة قبول العرض المقدم من ورثة المقاول من أجل الاستمرار في تنفيذ الأشغال، وكان في ذلك مصلحة محققة للمرفق العام^{٦٥١}. أما في حال سكوت مواد العقد أو دفاثر الشروط الملحقة به عن بيان الحل الواجب الاتباع، تُمنح الجهة الإدارية حق الخيار بين إنهاء العقد والسماح للورثة في الاستمرار في التنفيذ، كونه نتيجة منطقية للاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، الذي ينبع من متطلبات الصالح العام^{٦٥٢}.

^{٦٤٩}- د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٢٦؛ د. رفاه كريل، مرجع سابق، ص ٦٠٨.

^{٦٥٠}- د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص ٢٠٤-٢٠٥؛ أحمد محمود أحمد أبو موسى، مرجع سابق، ص ٨٢-٨٣؛ د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣٣.

^{٦٥١}- د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ١٥٨؛ د. محمد عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٣٥-١٣٦؛ د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٢٧؛ د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٦٩؛ ويعود السبب في اختلاف الأحكام الواجبة التطبيق على عقدي التوريد والأشغال العامة، "إلى تفاوت الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية بشكل عام، فكلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق... زاد التركيز على فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقّد مع الإدارة...". انظر: إيهاب عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٣١؛ د. سوسن البيطار، المرجع أعلاه، ص ٢٦.

^{٦٥٢}- د. نائلة نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٤٣؛ وفي المعنى ذاته: د. علي بن شعبان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٣٣٥-٣٣٦.

ولم يحتوِ دفتر الشروط العامة (C. C. A. G) على الحكم الواجب التطبيق في حالة وفاة مقاول أو أكثر عندما يكون العقد مبرماً مع العديد من المقاولين، لكن مجلس الدولة الفرنسي يقضي أن وفاة أحد المقاولين لا يترتب عليه إنهاء العقد. وهناك حالة مماثلة من حيث النتيجة لحالة وفاة المقاول، ألا وهي حالة عدم الأهلية المدنية (مثل العته، أو الجنون الطارئ)، حيث إنه طبقاً لمواد دفتر الشروط العامة (C. C. A. G) للإدارة السلطة التقديرية في إنهاء العقد، أو متابعة التنفيذ من قبل الوصي، أو القيم^{٦٥٣}.

ويذهب الفقيه الفرنسي "Jèze" إلى أن: الوفاة- في حال سكوت العقد- "لا تستوجب فسخ العقد بصورة تلقائية إلا في حال تقدير الإدارة بأن شخصية المتعاقد المتوفى كانت تشكل ضماناً أساسية لحسن تنفيذ العقد، وبأن الورثة ليس لديهم المقدرة على تأمين استمرارية تنفيذ العقد، إضافةً إلى أن الورثة غير ملزمين بالاستمرار في تنفيذ العقد"، وهذه القاعدة تطبق على جميع العقود الإدارية، باستثناء عقود الالتزام حيث تؤدي الوفاة- نظراً إلى العلاقة الوثيقة بين العقد والمرفق العام- إلى انفساخ العقد بقوة القانون^{٦٥٤}. لكن الفقيه "A. De Laubadère" يذهب إلى القول: إن القضاء لا يؤيد الاستنتاج الذي ذهب إليه الفقيه "Jèze"، ويستدل على ذلك بأحكام لمجلس الدولة الفرنسي، وتنحصر هذه الأحكام في التوفيق قدر الإمكان بين مقتضيات سير المرافق العامة، وبين الحقوق التي يستمدّها الورثة من المتوفى، فلا يفسخ عقد الالتزام بقوة القانون لمجرد وفاة الملتزم، ويؤول عقد التفويض إلى الورثة إلا إذا نصّ العقد على خلاف ذلك، أما في حالة تضمين العقد شرطاً يقضي بضرورة موافقة الإدارة على حلول الورثة محل مورثهم في

^{٦٥٣}- د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣٤-٣٣٥.

^{٦٥٤}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٥؛ وفي المعنى نفسه: د. محمد سليمان الطماوي، الأسس العامة، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٢٧.

تنفيذ العقد، فإن سلطة الإدارة في هذه الحالة تغدو مماثلة لسلطتها في حالة الموافقة على التنازل عن العقد أو التعاقد بشأنه من الباطن^{٦٥٥}، وقد سبق لنا الحديث عنها فنحيل إليها منعاً للتكرار.

وعند زهول دفاتر الشروط العامة، أو نصوص العقد، عن بيان الأحكام الواجبة الاتباع بهذا الشأن، فإن الفقيه "A. De Laubadère" يرى أن وفاة المتعاقد لا يترتب عليها انفساخ العقد حكماً، بل ينتقل الالتزام باستمرار تنفيذ العقد إلى ورثة المتوفى، إلا في حال وجود نص مخالف لذلك في العقد^{٦٥٦}، ومع ذلك يحق للجهة الإدارية المتعاقدة أن تفسخ العقد، إذا ارتأت أن شخصية المتعاقد المتوفى، كانت محل اعتبار، وتشكل ضماناً لحسن تنفيذ العقد^{٦٥٧}. أما في الحالات التي يكون فيها أولاد المتعاقد المتوفى قصرأ، فإن الفقيه "Jèze" يرى أن للإدارة الحق في فسخ العقد، أو التعاقد مع أرملة المتوفى، باسمها واسم أولادها القصر، الذين تتولى الوصاية عليهم^{٦٥٨}. مما سبق، نلاحظ أن دفاتر الشروط العامة لا تلتزم حلاً واحداً، ويبدو أن السبب وراء ذلك، مرجعه تفاوت درجة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية المختلفة^{٦٥٩}. وذلك من منطلق أن الاعتبار الشخصي كعنصر جوهري فيما يتعلق بالعقد الإداري- كما قلنا سابقاً- لا يشكل هدفاً في حد ذاته بقدر ما هو وسيلة بيد الجهة الإدارية المتعاقدة لضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق الصالح العام ومصلحة المرفق^{٦٦٠}.

^{٦٥٥}- انظر في المعنى نفسه: د. إبراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٢٠٤؛ د. محمد أديب الحسيني، مرجع سابق، ص ٤٥٩؛ د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٣٩؛ د. محمد محمود المبرجي، مرجع سابق، ص ١٤٧-١٤٨.

^{٦٥٦}- د. نائلة نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٤٣؛ د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٢٧.

^{٦٥٧}- د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٦٠٨.

^{٦٥٨}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ١٠٠؛ د. نجم حمد الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٦٩؛ د. الياس ناصيف، المرجع أعلاه، ص ٢٣٩-٢٤٠.

^{٦٥٩}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ٩٧؛ د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٥٧-١٥٨؛ د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

^{٦٦٠}- د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٢٦؛ إيهاب عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٣١-٣٢.

أما في جمهورية مصر العربية، فيمكن القول: إنّ المشرّع قد حَسَم هذا الموضوع عن طريق تحديده للإجراء الواجب التطبيق عند وفاة المتعاقد مع الإدارة، وذلك في المادة /٥٢/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم /١٨٢/ لسنة ٢٠١٨ (المماثلة للمادة /٧٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم ١٩٩٨/٨٩ الملغاة، وللمادة /٧٦/ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٩٨٣/٩ الملغى)^{٦٦١}، التي نصّت على ما يأتي: "في حالة وفاة المتعاقد أثناء التنفيذ، يحق للجهة الإدارية إنهاء العقد ورَدّ التأمين للورثة ما لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد، أو السماح لهم بالاستمرار في تنفيذ العقد، وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد، وتوفي أحدهم، جاز للجهة الإدارية إنهاء العقد مع رَدّ التأمين النهائي، ما لم يكن لها مطالبات، أو السماح لباقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه".^{٦٦٢}

وتنص المادة /٥٥/ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم /٦٩٢/ لعام ٢٠١٩، على أنه: "في حالة وفاة مقدّم العطاء إذا كان شخصاً طبيعياً، أو مالك شركة الشخص الواحد، أو الشريك مع الغير بحصة حاکمة تسمح له بالتأثير في اتخاذ قرار ذي صلة بالعطاء قبل البت، جاز للجهة الإدارية استبعاد العطاء المقدم منه، ورَدّ التأمين المؤقت، أو السماح للورثة بالاستمرار في الإجراءات، بشرط أن

^{٦٦١} - يلاحظ أن المادة /٥٢/ المذكورة أعلاه تضمنت عبارة "إنهاء العقد"، وخيراً فعل المشرّع المصري؛ لأنّ الفسخ هنا ليس بجزاء.

^{٦٦٢} - هذه المادة مطابقة لحكم محكمة القضاء الإداري المصري في الدعوى رقم /٦٦٩٢/ لسنة /٣٨/، جلسة ١٣/٤/١٩٨٦، مشار إليه لدى: د. نائلة نهالوندي، مرجع سابق، ص ١٤٥؛ وانظر أيضاً: المادة /١٠٣/ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور بالمتن؛ وتجدر الإشارة إلى أن الأحكام الواردة في المادة /٧٧/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات المصري (١٩٩٨/٨٩) الملغى، تشمل جميع أنواع العقود الإدارية، أي سواء أكان العقد عقد أشغال عامة، أم عقد توريد، أم عقد التزام، وهذا يدل على "حرص المشرّع المصري على التأكيد على فكرة الاعتبار الشخصي في مختلف أنواع العقود الإدارية". انظر: د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص ١٦٣-١٦٤.

يعيّنوا عنهم وكيلاً بتوكيل مصدّقاً على التوقيعات فيه، وتوافق عليه السلطة المختصة، ويظلّ هو دون غيره مسؤولاً أمام الجهات العامة عن تنفيذ الإجراءات".

يستفاد من نص هاتين المادتين أن المشرّع قد منح الإدارة رخصة إنهاء العقد - سلطة تقديرية - بسبب وفاة المتعاقد معها، أو وفاة مقتّم العطاء، أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد، أو إجراءات الإرساء، حسب الحال، وكذلك الحكم في حالة وفاة أحد المتعاقدين، شريطة عدم الانحراف في استعمال هذه السلطة، حيث يحق لورثة المتوفى الطعن بالإلغاء في القرار الصادر بإنهاء العقد، والذي يراقب نواحي المشروعية والملاءمة.

وذهب رأي^{٦٦٣} إلى القول: إن الحكم الذي نصّت عليه المادة ٥٢/ من القانون الجديد (٢٠١٨/١٨٢)، "محلّ نظر ومن الصعب قبوله"، إلا إذا كان المقاول المتوفى ذي أهلية فنية ومالية على قدر كبير من الأهمية لا تتوافر في باقي المقاولين الأحياء، وبالنهاية فإن هذا الأمر متروك إلى تقدير الإدارة. ويتم إنهاء العقد الإداري بقرار صادر عن الإدارة بعد تبليغه إلى ورثة المتعاقد المتوفى، "طبقاً للقواعد العامة في القانون الإداري".

ويلاحظ أن اللائحة التنفيذية لم تتضمن نصّاً يحكم حالة انعدام الأهلية المدنية، أو نقصانها، ما يمكن معه تطبيق الحكم ذاته في حالة وفاة المتعاقد، أو صاحب العطاء، حيث يكون للإدارة الخيار بين إنهاء العقد والاستمرار في تنفيذه مع القيم أو الوصي.

وفي سورية، نجد أن المشرّع في قانون العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤ نص في المادة ٥٩/ منه على أن: "يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية: أ- وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محلّ اعتبار في التعاقد، وإذا لم تكن محلّ اعتبار فلا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا رأت

^{٦٦٣} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣٤ و ص ٣٣٦.

الجهة العامة أن ورثة المتعهد لا تتوفر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، ولا يترتب على الفسخ في هذه الحالة تعويض لأي من المتعاقدين، وتُعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى". وجاء في التعليمات التنفيذية لنظام العقود الموحد رقم ٥١/ لعام ٢٠٠٤، حالات فسخ التعهد بشكل حكمي وهي: "وفاة المتعهد، وإفلاسه، والتصفية القضائية، وثبوت مخالفته لأحكام مقاطعة إسرائيل، وفيما يتعلق بوفاة المتعهد بأنه في حال لم تكن مؤهلاته الشخصية محل اعتبار فلا يفسخ التعهد إلا في حال عدم تمكن الورثة، أو عدم رغبتهم في الاستمرار في تنفيذ التعهد الذي أبرمه المتعهد المتوفى".

يتضح من هذه المادة وتعليماتها التنفيذية أنه إذا كانت المؤهلات الشخصية للمتعاقد مع الإدارة موضع اعتبار، فإن العقد يفسخ بقوة القانون، أما إذا لم تكن مؤهلاته محل اعتبار، فلا يفسخ العقد حكماً، وإنما يُعطى الخيار إلى الإدارة بين إنهاء العقد أو السماح للورثة بمواصلة تنفيذ عقد مورثهم، ولم تتضمن هذه المادة إلزام الورثة باختيار أحدهم كمفوض بالتوقيع في حالة وفاة العارض إذا كان شخصاً طبيعياً، كما فعل المشرع المصري، وهذا نقص مهم جداً لو يتم تلافيه. وباعتقادنا أنه لا داعي للترفة بين العقود الإدارية، وتقسيمها إلى عقود قائمة على الاعتبار الشخصي وعقود ليست كذلك، فجميع العقود الإدارية تتسم بالطابع الشخصي، فأين هو ذلك العقد الإداري غير القائم على الاعتبار الشخصية للمتعاقد!

فيترتب على وفاة المتعاقد مع الإدارة - عندما تكون شخصيته محل اعتبار أو في حال عدم توافر الضمانات الكافية في الورثة - إنهاء العقد قبل وأنه (نهاية مُبَسَّرَة)، من دون أي تعويض للطرفين المتعاقدين، وتعاد التأمينات إلى الورثة... ويجب على الإدارة (صاحب العمل) أن تدفع إلى الشركة قيمة ما تمّ من الأعمال، وما تمّ إنفاقه لتنفيذ ما لم يتم، وذلك بقدر النفع

العائد عليها جرّاء هذه الأعمال والنفقات. كما يجوز للإدارة أن تطالب بتسليم المواد التي يتم إعدادها... على أن تدفع عنها تعويضاً عادلاً. وتسري هذه الأحكام- أيضاً- إذا بدأ المتعاقد في تنفيذ العمل، ثم أصبح عاجزاً عن إتمامه لسبب لا يد له فيه^{٦٦٤}.

وبالنسبة إلى القضاء الإداري، فقد قضت محكمة القضاء الإداري السورية، في حكم لها جاء فيه^{٦٦٥}: "يعتبر العقد مفسوخاً حكماً بوفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محلّ اعتبار لدى الإدارة عند تعاقدتها معه". وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا السورية، حيث قضت بأن: "... العقد بالتراضي المبرم بين... وأحد المتعهدين يعتبر مفسوخاً بوفاة المتعاقد وذلك لعدم توفر الضمانات الكافية لدى الورثة لحسن تنفيذ التعهد"^{٦٦٦}.

ومما يتصل بحالة الوفاة، حالة "انحلال الشركة المتعاقدة"^{٦٦٧}، فغالباً ما تُبرم الإدارة العامة عقودها مع شركات القطاع الخاص لما تتوافر في هذه الشركات من إمكانيات مالية وتقنية تتناسب وحاجات تنفيذ المرفق^{٦٦٨}.

^{٦٦٤} - المادة /٦٣٣/ من القانون المدني السوري، والمادة /٦٦٧/ من القانون المدني المصري. وانظر أيضاً: المادتين /١٠٣-١٠٢/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادرة بقرار وزير المالية رقم /٦٩٢/ لسنة ٢٠١٩.

^{٦٦٥} - حكم محكمة القضاء الإداري رقم /١٨٧/، أساس /٣٨٥/، لعام ١٩٩٧، مشار إليه لدى: د. نائلة نذير نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٤٥. وهذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا السورية، حيث قالت: "مؤدى وفاة المتعاقد تبرير مدة التأخير بكاملها لا أن يقتصر التبرير على ما زاد عن مدة معينة". حكم المحكمة الإدارية العليا رقم /١٢٨/ لعام ١٩٧٢، مشار إليه لدى: صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، دمشق، ١٩٩١، ص ٣١٧.

^{٦٦٦} - حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم ٣٠٠، في القضية رقم ٣٧١، تاريخ ١٩٨٩/٦/٢٢، مشار إليه لدى: المحامي محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠، ص ٧٧٢.

^{٦٦٧} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٦.

^{٦٦٨} - إيهاب سامر عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٣٤. وللمزيد من التفاصيل عن الأسباب العامة والخاصة لانحلال الشركات، انظر: المرجع نفسه، ص ٣٥-٤٠.

وفي حالة انقضاء شركة المشروع، لا يخرج الأمر عن أحد فرضين، إما أن يتضمّن العقد داخل مواده القواعد القانونية الواجبة الاتباع، عندها نطبّق ما جاء فيه حرفياً، أو أن العقد لم يتطرق إلى بحث هذه المسألة، سواء أكان الانقضاء لأسباب عامة، أو لأسباب خاصة^{٦٦٩}. وإذا كانت هذه الأسباب السابقة تصدق على أنواع الشركات كافة، إلّا أنّ هناك بعض الأسباب الخاصة التي لا تصدق إلا على بعض أنواع الشركات، مثل شركات الأشخاص، وشركات المساهمة، والشركات ذات المسؤولية المحدودة. ولذلك فإن النصوص القانونية المنظّمة لانقضاء هذه الأنواع المذكورة من الشركات لا تنطبق على شركة المشروع، لأن هذه الأخيرة ملتزمة بتحويل حياة المشروع إلى الإدارة، وعليه فإنه يجب على المشرّع أن يتدخل لتنظيم ذلك، بحيث يراعي طبيعتها، وأهدافها، ومتطلباتها، حفاظاً على حقوق الدولة^{٦٧٠}.

ولقد عالج مجلس الدولة الفرنسي الحالة التي يكون فيها المتعاقد مع الإدارة شخصاً معنوياً كما في حال انحلال الشركة المتعاقدة، وقضى في هذا الخصوص بإنهاء العقد؛ لأن الشركة شخص اعتباري مجازي، لا ورثة له. ولكنه - أي المجلس المذكور - أكّد على استمرارية العلاقة العقدية في أثناء فترة التصفية؛ كون الشركة المنحلة تحتفظ بشخصيتها القانونية خلال مرحلة التصفية، فلا ينتهي العقد إلا بعد إتمام إجراءات التصفية (الحل) نهائياً، وبالتالي يترتب على الشركة - ولها - خلال هذه الفترة الالتزام بالاستمرار في تنفيذ العقد، بل وليس للإدارة الاستناد على مجرد حالة التصفية لإنهاء العقد، كل ذلك ما لم يُنص في العقد على خلافه^{٦٧١}.

^{٦٦٩} - د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، مرجع سابق، ص ١٣٣-١٣٤.

^{٦٧٠} - د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٤٠-٢٤١.

^{٦٧١} - د. محمد يوسف الحسين، تنفيذ العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٣٥٨؛ د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٢٩؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: د. ماهر محمد حامد، مرجع سابق، ص ٤٣٥ وما بعدها؛ المستشار أنور طلبية، مرجع سابق، ص ١٩٧ وما بعدها؛ رشا الهاشمي، مرجع=

مما سبق، يتبين تمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في إنهاء العقد- لوفاة المتعاقد- أو متابعة تنفيذه من جانب الورثة بناءً على طلبهم. ولكن هل يحق للجهة العامة أن تقرر مواصلة تنفيذ العقد مع الورثة دون طلب منهم؟

إزاء هذا التساؤل انقسم الفقه إلى مذهبين: فذهب الفريق الأول إلى إلزام الورثة بالاستمرار في تنفيذ عقد سلفهم، فلا يمكنهم الاعتراض أو الاحتجاج على قرار الإدارة الصادر بذلك، ومع ذلك ليس من مصلحة الإدارة فرض مواصلة التنفيذ على الورثة، فقد يكونون غير مؤهلين لذلك، أما الفريق الثاني من الفقه، فيرى أنه من حق الطرفين- الإدارة والورثة- المطالبة بإنهاء العقد^{٦٧٢}.

وبدورنا نعتقد أن الرأي الثاني هو الأرجح، كونه يتفق وإرادة المشرع المستقاة من مضمون النصوص القانونية السابقة؛ كونه استخدم لفظ "السماح"، والذي يستفاد منه طلب الورثة أو استعدادهم- على الأقل- لاستكمال عقد مورثهم. وهذا ما أكدته المادة /١٠٣/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر ٢٠١٨/١٨٢.

ولكن ما هو أثر وفاة المتعاقد الأصلي أو المتعاقد من الباطن على اتفاق التعاقد من الباطن؟

يمكن القول: إنّ دفا تر الشروط العامة في فرنسا، وقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر ٢٠١٨/١٨٢ ولائحته التنفيذية، وكذلك نظام العقود الموحد في سورية، لم يتعرضوا إلى هذا

= سابق، ص ٢٢٢. وفي حكم للمحكمة الإدارية العليا السورية، قضت فيه أن: "وفاة أحد الشركاء في شركات التضامن لا يؤدي إلى اعتبارها منحلّة ولا يحول دون وفائها بعقودها والتزاماتها، ذلك أن التعاقد مع الشركات التجارية لا يعتمد على الصفة الشخصية للشركاء بل يعتمد على صفتها كشركة تتمتع بشخصية مستقلة عن شخصية الأفراد المكونين لها". قرار المحكمة المذكورة في الطعن رقم ٣٩/، أساس ٣٦/، لعام ١٩٧٠، مشار إليه لدى: صبحي سلوم، موسوعة العقود، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٣٨٤.

^{٦٧٢} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣٥-٣٣٦.

التساؤل، لكن بعضهم^{٦٧٣} يذهب إلى القول: إن وفاة المتعاقد الأصلي لا يترتب يترتب عليها انقضاء التعاقد من الباطن، طالما أنه قد حظي بقبول الإدارة... أما في حالة التعاقد من الباطن الخفي، يكون للإدارة الخيار بين فسخ العقد- إذا قدرّت أنّ الصالح العام يوجب ذلك- وبين السماح للمتعاقد من الباطن بمتابعة التنفيذ.

وبالنسبة إلى وفاة المتعاقد من الباطن، يمكن القول قياساً على المواد القانونية المتقدمة، واستناداً إلى القواعد العامة، أن التعاقد من الباطن ينقضي بوفاة المتعاقد من الباطن، إذا كانت مؤهلاته الشخصية محلاً للاعتبار في التعاقد. أما إذا لم تكن كذلك فلا ينقضي العقد من الباطن من تلقاء ذاته، ولا يحق للمتعاقد الأصلي فسخه لهذا السبب، إلا إذا لم تتوافر في ورثة المتعاقد من الباطن الضمانات الكافية لحسن سير العمل^{٦٧٤}.

وتجدر الإشارة إلى أنه في حال تعدد المتعاقدين من الباطن، ووفاة أحدهم، وكان التعاقد الأصلي قد عهد إليهم بالعمل متضامنين، من دون تقسيم العمل فيما بينهم، فلا ينقضي العقد من الباطن، ويستمر العقد بالنسبة إلى المتعاقدين الأحياء، وذلك بخلاف اشتراط التعاقد الأصلي تنفيذ العمل المتعاقد من أجله من الباطن من قبلهم مجتمعين، حيث ينقضي التعاقد من الباطن بوفاة أحدهم^{٦٧٥}. علماً أنه تسري القواعد ذاتها في حال تنازل المتعاقد مع الإدارة عن عقده بموافقتها، فيما يتعلّق بتطبيق نظرية الظروف الطارئة - والتي سبق ذكرها فنحيل إليها منعاً للتكرار - على ورثة المتعاقد المتوفى؛ فالوريث كالمتنازل إليه يتمتع بالحقوق كافة التي كان يتمتع بها سلفه^{٦٧٦}.

^{٦٧٣}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٦٤-١٦٥؛ د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

^{٦٧٤}- المرجع نفسه، ص ٢٧٠-٢٧١ وما بعدها؛ د. عبد العليم مشرف، مرجع أعلاه، ص ١٦٦ وما بعدها؛ د.

مازة حنان، مرجع سابق، ص ١٥٥-١٥٦.

^{٦٧٥}- د. محمد محمود كنعان المفرجي، مرجع سابق، ص ١٥٢-١٥٣.

^{٦٧٦}- د. حسن محمد علي حسن البنان، مرجع سابق، ص ١٧٦.

الفرع الثاني

إفلاس المتعاقد أو إعساره

ينتهي العقد الإداري عند إفلاس المتعاقد - باعتبار الملاءة المالية من الصفات الجوهرية التي تراعيها الإدارة كما ذكرنا سابقاً - أو إعساره، ويتميز الإفلاس عن الإعسار، بأن الإفلاس هو الحالة القانونية التي يوجد فيها التاجر المتوقف عن سداد ديونه في موعد استحقاقها، ويتم إشهار إفلاسه بموجب حكم قضائي...^{٦٧٧}. ولمعرفة أثر إفلاس المتعاقد، أو إعساره، يتعين علينا التفرقة في هذا الخصوص بين الوضع في كل من فرنسا ومصر وسورية؛ نظراً لاختلاف الحلول المطبقة في الدول محلّ المقارنة.

في فرنسا بالنسبة للعقود الإدارية، تطرح مسألة إفلاس المتعاقد مع الإدارة، أو إعساره، مصير تنفيذ العقد في ظل غلّ يد المعسر أو المفلس عن إدارة أمواله، وفي هذه الحالة يرجع مجلس الدولة الفرنسي - أيضاً - إلى دفاتر الشروط العامة لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد من عدمه^{٦٧٨}، ويلاحظ في هذا الصدد - أيضاً - أن دفاتر الشروط لا تنصّ على حكم واحد يتم تطبيقه في حالة إفلاس المتعاقد، أو إعساره، وإنما يختلف باختلاف نوع العقد الإداري^{٦٧٩}.

فكانت دفاتر الشروط العامة - في حال خلوّ نصوص العقد من الحكم الواجب الاتباع - قبل عام ١٩٦٧، تنصّ غالباً على انفساخ العقد تلقائياً في حال إفلاس المتعاقد أو التصفية القضائية^{٦٨٠}. ولكن بعض تلك الدفاتر أعطت الإدارة السلطة التقديرية في قبول العروض المقدّمة من دائني المتعاقد

^{٦٧٧} - انظر: المادة /٤٤٣/ من القانون التجاري السوري رقم /٣٣/ لعام ٢٠٠٧، وانظر أيضاً: المادة /٢٥٠/ من القانون المدني السوري، والمواد /٢٥١/ حتى /٢٦٤/ من القانون الأخير.

^{٦٧٨} - انظر في المعنى ذاته: د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢٧٣؛ د. رفاه كربل، مرجع سابق، ص ٦١٠.

^{٦٧٩} - د. عليوات ياقوتة، مرجع سابق، ص ٢٠٧.

^{٦٨٠} - انظر في المعنى نفسه: إيهاب سامر عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢٤١.

المفلس، أو من المحكمة، للاستمرار في تنفيذ العقد. بمعنى أنه عندما تنص مواد العقد على حلّ معيّن كان القضاء الإداري الفرنسي يطبق ما نصّ عليه العقد حرفياً، سواء جاء بالفسخ الحكمي أو أعطى الإدارة حق الخيار بإنهاء العقد من عدمه^{٦٨١}. وفي حالة خلّو مواد العقد، أو دفاتر الشروط، من الحكم الواجب التطبيق في حالتي الإفلاس والتصفية القضائية، كان مجلس الدولة الفرنسي "يطبق القاعدة التي بمقتضاها لا يؤدي الإفلاس أو الإعسار بذاته إلى إنهاء العقد، وإنما يكون للإدارة في هذه الحالة أن تفسخ العقد إذا رأت أن الصالح العام يقتضي ذلك"^{٦٨٢}. إلّا أنه في حال إيقاف تنفيذ الأداءات محلّ العقد بشكل مستمر ودائم، بسبب عجز المتعاقد مالياً، يجوز للإدارة فسخ العقد بعد إعداره^{٦٨٣}. وبعبارة أخرى، يمكن القول: إنّ معظم الفقه والقضاء الإداري الفرنسي^{٦٨٤} عدّ أنّ حالة الإفلاس أو الإعسار لا تؤدي بحدّ ذاتها إلى انفساخ العقد بقوة القانون، وإنّما تمنح الجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد، أو متابعة تنفيذه وفقاً لسلطتها التقديرية بهذا الصدد، حيث ترى أنّ الصالح العام يوجب ذلك، كونها القوامة والأمانة على المصلحة العامة. ويلاحظ أنّ هذا الحلّ المتبع يؤكّد - ما حرصنا على ترديده مراراً وتكراراً - أنّ فكرة الاعتبار الشخصي لا تعدو أن تكون مجرد وسيلة بيد الإدارة لضمان تنفيذ العقد على وجه يحقق الصالح العام، ومصلحة الجمهور^{٦٨٥}.

^{٦٨١} - د. أوس مخيير، مرجع سابق، ص ٣٠٣؛ د. نائلة نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٤٦. وانظر: قرار مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٩٥١/٣/٩، مشار إليه لدى: د. محمّد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

^{٦٨٢} - د. محمّد سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ٢٠٠٥، مرجع سابق، ص ٤٢٩ - ٤٣٠؛ د. محمّد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ١٠٥.

^{٦٨٣} - د. عيسى عبد القادر الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣٧.

^{٦٨٤} - الفقهاء "Jèze" و "Laubadère" و "Auby et Ducosader" مشار إليهم لدى: د. محمّد يوسف الحسين، د. مهند نوح، المرجع أعلاه، ص ٢٦٧.

^{٦٨٥} - د. أوس مخيير، مرجع أعلاه، ص ٣٠٤.

ويرى جانب من الفقه الإداري، أن هذا الحلّ المتّبع من قِبل مجلس الدولة الفرنسي قَبْل عام ١٩٦٧، إنما هو ناجم عن كون الإفلاس أو الإعسار لا يشكّل خطأً عقدياً جسيماً في حدّ ذاته، وبالتالي لا تستطيع الإدارة فسخ العقد كجزاء على المتعاقد معها، ما حدا بالقضاء الإداري الفرنسي إلى استبعاد إمكانية انفساخ العقد (بقوة القانون) عند سكوت العقد^{٦٨٦}.

ويرى الفقيه "Jèze" أنه: "نظراً للطبيعة الخاصة لعقد التفويض، وطول المدة التي يستغرقها تنفيذه، فإن إفلاس المفوض إليه يرتّب الفسخ بقوة القانون بما تحويه دفاتر الشروط من نصوص تقضي الفسخ"^{٦٨٧}. أما الفقيه "Laubadère" يرى أن إفلاس الملتزم، أو إعساره، لا يؤدي في حدّ ذاته إلى إنهاء العقد، وإنما يكون للإدارة أن تفسخ العقد، إذا رأت أنّ المصلحة العامة تقتضي ذلك^{٦٨٨}.

واستمر هذا الوضع حتى صدور قانون ١٣ يولييه ١٩٦٧ بخصوص التصفية القضائية^{٦٨٩} والإفلاس والإعسار في إطار العقود الإدارية، حيث استبعد القانون المذكور في المادة ٣٨/ منه بفقرتها الثانية، الانفساخ التلقائي للعقد الإداري إذا أعلن المصفي عن رغبته في تأمين الاستمرار في تنفيذ العقود التي التزم بها المتعاقد المفلس لصالح الإدارة، والانفساخ لا يقع إلا في حال تنازل المصفي بشكل صريح عن الاستمرار في تنفيذ العقد^{٦٩٠}.

واحتراماً لنصوص هذا القانون، اعتمدت كراسة الشروط العامة حكماً جديداً واجب النفاذ في حالة الإفلاس، أو التصفية القضائية، فنصّت

^{٦٨٦}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهني نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٧.

^{٦٨٧}- د. أوس مخخير، مرجع سابق، ص ٣٠٣.

^{٦٨٨}- د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٤١؛ د. ابراهيم الشهاوي، مرجع سابق، ص ٢٠٥.

^{٦٨٩}- للمزيد من التفاصيل، انظر: د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣٧ وما بعدها.

^{٦٩٠}- د. محمد يوسف الحسين، د. مهني نوح، المرجع أعلاه، ص ٢٦٧-٢٦٨؛ حيث تنص هذه المادة على أن: "سنديك القليسة يحتفظ بالحق في أن يطالب بتنفيذ العقود الجارية محل التنفيذ عن طريق الأداء إلى الطرف الآخر". انظر: إيهاب عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢٤٢.

المادة ٤٧/٣ - على أن العقد: "يكون مفسوخاً، إلا إذا قرّر وكيل التفليسة متابعة التنفيذ خلال الشهر الذي يلي حكم القضاء المتضمن إعلان إفلاس المَقاول أو التصفية القضائية"^{٦٩١}. وقد تعرّضت هذه المادة إلى النقد، ما تمخّض عنه صدور قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥، وقرر أن: "وكيل التفليسة يتمتع بمدة شهر ابتداءً من تاريخ إعداره... لكي يمارس حقه بالاستمرار في تنفيذ العقد". فإذا لم يحدد وكيل التفليسة موقفه - خلال مدة الشهر - عدّ ذلك بمثابة تخلي عن متابعة تنفيذ العقد. ثم صدر مرسوم ١٤ مايو ١٩٩١ مقررًا تعديل نص المادة ٤٧/٣ - من كراسة الشروط العامة كالآتي: "في حالة الإفلاس أو التصفية القضائية، يفسخ العقد في الشروط المنصوص عليها في قانون ٢٥ يناير ١٩٨٥". وتُلزم الإدارة بفسخ العقد (سلطة مقيدة) وفقاً لنص المادة ٤٧/٣ - المعدّل إذا قرر وكيل التفليسة عدم متابعة تنفيذ العقد^{٦٩٢}.

ومن خلال تتبّع أحكام مجلس الدولة الفرنسي نجد أنه قد أقرّ وجود شرط في عقد امتياز يحتوي على فسخ العقد بقوة القانون في حال الإفلاس أو الإعسار^{٦٩٣}. ما يمكن معه القول: إنّ "هذا الحلّ ما هو إلا امتداد للحلول السابقة ما قبل ١٩٦٧"^{٦٩٤}.

فإفلاس الملتزم أو التصفية القضائية للشركة الملتزمة - في فرنسا - لا يعدّ في حدّ ذاته خطأً عقدياً من قبل الملتزم ببررّ جزاء الإسقاط، اللهم إلا إذا ورد نصّ صريح في العقد يوجب ذلك في الحالتين المذكورتين^{٦٩٥}.

^{٦٩١} - د. عيسى الحسن، مرجع سابق، ص ٣٣٨. حيث تبنّى المشرّع الفرنسي هذا الحل في دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر عام ١٩٧٦، والمطبق على عقود الأشغال العامة، في المادة ٤٧/٤ - منه.

^{٦٩٢} - المرجع نفسه، ص ٣٣٩ - ٣٤٠.

^{٦٩٣} - قرارات مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١١/١/١٩٧٦ و ٤/٣/١٩٨١، مشار إليهما لدى: د. أوس جمال مخبير، مرجع سابق، ص ٣٠٤ - ٣٠٥.

^{٦٩٤} - د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، العقود الإدارية، مرجع سابق، ص ٢٦٨.

^{٦٩٥} - إيهاب سامر عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٥٩.

وفي حكم صدر عن مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ٢٧/١٠/١٩٤٤، قضى أنه: "يُفسخ العقد حكماً دون تعويض، في حالة إفلاس الملتزم ويمكن للإدارة قبول العروض المقدّمة من الدائنين لإكمال عمل المؤسسة، وأيضاً إجراء صلح وافي إذا لم يكن الملتزم مرخصاً له من قبل المحكمة أن يستمر في أعماله، فاخترار الملتزم عند إبرام العقد يركز على كفاءته وعلى ملاءته، وعندما تنتفي إحدى هاتين الصفتين يكون العقد قد فُسخ حكماً". وفي قرار آخر صدر عن المجلس المذكور بتاريخ ٣/١/١٩٦٨، قرر فيه أن: "العقد المنقّق عليه مع فرد في حالة تصفية أمواله يُفسخ حكماً"^{٦٩٦}.

وقد ورد في المادة ٣٧/ من دفتر الشروط العامة الخاص بعقود أشغال الطرق والمباني على أن العقد يعدّ مفسوخاً بقوة القانون إذا أفلس المقاول، ما لم تجد الجهة الإدارية المتعاقدة، في هذه الحالة، إمكانية قبول العرض المقدم من دائني المقلّس للاستمرار في تنفيذ عقد مدينتهم^{٦٩٧}، كما تشير المادة المذكورة أعلاه إلى أن التصفية القضائية ترتّب بذاتها إنهاء الرابطة العقدية، طالما أن المحكمة لم تأذن للمقاول بالاستمرار في مزاولة نشاطه^{٦٩٨}.

أما المادة ٦٦/ من كراسة الشروط العامة بشأن عقود التوريد الحربية، فإنها تقرّر عدم انفساخ العقد بقوة القانون في حالة الإفلاس، إلا إذا رأت الإدارة وجوب فسخ العقد، لأنّ في ذلك تحقيقاً للصالح العام، بمعنى أنّ كراسة الشروط فتحت للجهة الإدارية المتعاقدة باب الخيار بين إنهاء العقد وبين الاستمرار في تنفيذه^{٦٩٩}. فقد نصّت الفقرتين ٢-٣/ من المادة ٥٩/

^{٦٩٦}- مشار إليهما لدى: د. نائلة نذير نهاوندي، مرجع سابق، ص ١٤٧-١٤٨.

^{٦٩٧}- د. محمد حسين أمين، مرجع سابق، ص ١٠٣؛ يلاحظ من هذه المادة أن المشرّع الفرنسي قد وضع الدائن في موضع الخلف العام. انظر: د. سوسن البيطار، مرجع سابق، ص ٣٩.

^{٦٩٨}- أحمد محمود أبو موسى، مرجع سابق، ص ٨٤؛ د. رفاة كربل، مرجع سابق، ص ٦١٠.

^{٦٩٩}- د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٧٢-٢٧٣؛ إيهاب عليا، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٤٥.

من كراسة الشروط المذكورة أعلاه (عام ١٩٦٥)، على إعطاء الإدارة الحق بأن تصدر قراراً بالفسخ طالما أن المحكمة لم تسمح للمتعاقد بمباشرة نشاطه، بمعنى أنه لا يمكن للجهة الإدارية المتعاقدة فسخ العقد في حالة إفلاس المورد، مع جواز استمرار السنديك (النقابة) في تنفيذ العقد، بعد حصوله على إذن من المحكمة بذلك، وموافقة الوزير المختص على العرض المقدم من قبله^{٧٠٠}.

أما في حالة التصفية القضائية، فإن للجهة المتعاقدة أن تصدر قراراً بفسخ العقد طالما أن المحكمة لم تسمح للمورد بالاستمرار في مزاولة نشاطه^{٧٠١}، أي تُنظّم المحكمة إجراءات الاستمرار الملزم للإدارة، وفي حال اختيار مدير الشركة عدم الاستمرار في التنفيذ، يصبح للإدارة الحق في الفسخ من دون أن يتحمل المورد نفقات إبرام العقد الجديد، مع العلم أن الإدارة تستطيع الحصول على تعويض عن الضرر الذي حاق بها نتيجة فسخ العقد^{٧٠٢}.

وبالنسبة إلى عقود الالتزام، يرى الفقيه الفرنسي **Jèze** أنه: "نظراً للطبيعة الخاصة لهذا العقد وطول مدة تنفيذه، فإن إفلاس المتعاقد يؤدي إلى فسخ هذا العقد بقوة القانون"^{٧٠٣}. ويدعم رأيه في هذا الصدد بما تتضمنه دفاتر الشروط الخاصة بهذه العقود من نصوص توجب الفسخ في حال إفلاس الملتزم، فضلاً عن أحكام مجلس الدولة الفرنسي الصادرة في هذا الشأن^{٧٠٤}. أما بالنسبة إلى الوضع في جمهورية مصر العربية، فإن المشرع في قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة الحالي رقم ١٨٢/ لعام ٢٠١٨، لم يعط

^{٧٠٠}- د. محمد سعيد حسين أمين، مرجع سابق، ص ١٠٤.

^{٧٠١}- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٧٠.

^{٧٠٢}- د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢٧٣-٢٧٤.

^{٧٠٣}- د. محمد سعيد أمين، مرجع أعلاه، ص ١٠٤-١٠٥.

^{٧٠٤}- د. رفاه كريم رزوقي كربل، مرجع سابق، ص ٦١٠.

للإدارة أي سلطة تقديرية في حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة، أو إعساره، حيث نصّت المادة /٥٠/ منه (المطابقة للمادة /٢٤/ من قانون المناقصات والمزايدات ١٩٩٨/٨٩، وكذلك للمادة /٨٥/ من القانون ١٩٨٣/٩) على انفساخ العقد تلقائياً في الحالتين المذكورتين.

ومما يؤكد حرص المشرّع المصري على ضرورة فسخ العقد في الحالتين المذكورتين، أنّ المادة /٥٨/ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات (١٩٩٨/٨٩) قد نصّت على أن: "يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائي بعد أخذ رأي مجلس الدولة دون إخلال بحق الإدارة في طلب التعويض، إذا أفلس المقاول أو أعسر".

وفي سورية، نصت المادة /٥٩/ من قانون العقود الموحد رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤ على اعتبار التعهّد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية: "ب- إفلاس المتعهّد. ج- التصفية القضائية، إلا أنه يحق للجهة العامة الموافقة على استمرار المتعهّد بتنفيذ التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك".

وبذلك يكون المشرّع المصري والسوري قد قيّد سلطة الإدارة وألزمها بفسخ العقد حكماً في حالة إفلاس المتعاقد، أو إعساره، إلا أننا نعتقد أنّ موقف المشرّع الفرنسي كان أقرب إلى الصواب؛ ذلك لأن استمرار الدائن - المؤهل لذلك - في تنفيذ عقد مدينه يتفق والمصلحة العامة، المتمثلة في ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وعدم تعرّض هذا السير للتوقف. ومن الملاحظ على الفقرة /ب/ من المادة المذكورة، أنها نصّت على حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة فقط، من دون ذكر حالة الإعسار، وهذا نقص مهم حبذا لو يتم استدراكه - أسوةً بنظيره المصري - كون المتعاقد قد يكون تاجراً أو غير تاجر.

ففي حالتي الإفلاس أو التصفية القضائية للذمة المالية للمتعاقد مع الإدارة، فإنه غالباً ما ينصّ - في عقود الأشغال العامة وكراسات الشروط - على أن يكون الفسخ في هاتين الحالتين مجرداً وبسيطاً^{٧٠٥}.

وبذلك يكون المشرّع قد تبنّى النتيجة المنطقية - وهي انتهاء العلاقة العقدية بقوة القانون - لفقدان وزوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، الذي يُعدّ من الأمور الجوهرية التي عوّلت عليها الإدارة عند اختياره كمتعاقد معها^{٧٠٦}. فمدعاة الفسخ التلقائي للعقد في حال إفلاس المتعاقد، أو إعساره، هي أنّ المتعاقد أصبح غير قادر على الاضطلاع بأعباء العقد المالية، حيث فقد مصدر التمويل اللازم للتنفيذ، الأمر الذي يجعل من استمرار التعاقد معه غير مُجدٍ في تحقيق الفائدة المرجوة من التعاقد^{٧٠٧}.

والسؤال الذي يطرح نفسه في هذا المقام هو، ما أثر إفلاس المتعاقد من الباطن على اتفاق التعاقد من الباطن؟.

يمكن القول: إنّ إفلاس المتعاقد من الباطن لا يترتب عليه انفساخ العقد تلقائياً، في ظلّ إمكانية الاستمرار في تنفيذه من جانب وكيل تفليسة المتعاقد من الباطن. أما إذا رفض الأخير (السنديك) متابعة التنفيذ، يُمكن للمتعاقد الأصلي أن يطلب فسخ العقد من الباطن، علاوةً على التعويض^{٧٠٨}.

وبهذا نكون قد انتهينا - بحمد الله - من دراسة المبحث الثاني من الفصل الثاني من هذا البحث، والذي تناولنا فيه زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة.

^{٧٠٥} - حسام فيصل، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ١٢٦ و ص ١٣٠؛ وقد عدّ الفقه الفرنسي هذا الفسخ من النظام العام... للمزيد، انظر: د. محمد إسماعيل، مرجع سابق، ص ١٩٠-١٩١؛ د. زياد العرسان، رسالة الدكتوراه، مرجع سابق، ص ٤١٢ وما بعدها.

^{٧٠٦} - د. زياد العرسان، رسالة الماجستير، مرجع سابق، ص ٢٧٣.

^{٧٠٧} - د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

^{٧٠٨} - د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق، ص ١٧٣-١٧٤؛ د. نجم الأحمد، مرجع سابق، ص ٢٧٤؛ د.

محمد محمود كنعان المفرجي، مرجع سابق، ص ١٥٩.

خاتمة

من خلال هذا البحث المتواضع تناولنا بالدراسة مبدأً قد يكون من أهم المبادئ التي تسود العقود الإدارية، ألا وهو مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق هذه العقود.

ولما كانت خاتمة أي بحث هي عبارة عن النتائج والمقترحات التي توصلت إليها الدراسة، لذا فإننا سنحاول الإشارة إلى أهم النتائج والمقترحات التي توصلنا إليها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً- النتائج:

١- إن فكرة الاعتبار الشخصي في التعاقد تعني أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كليهما أو صفة جوهرية من صفاته عنصراً جوهرياً في التعاقد، ومتى تحقق ذلك اندرج العقد تحت طائفة العقود ذات الطابع الشخصي. وتلك الفكرة تمثل وسيلة بيد الإدارة تمكّنها من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق الصالح العام، ومصلحة المرفق معاً، وتجد أساسها القانوني في الطبيعة الذاتية للعقد الإداري، ومتطلبات المرفق العام.

٢- لا مجال للخلط بين الاعتبار الشخصي وغيره من الأوصاف القانونية الأخرى، حيث إن الاعتبار الشخصي يشكل دافعاً إلى اختيار المتعاقد وإبرام العقد معه من عدمه، وليس دافعاً إلى العملية العقدية بحد ذاتها، ويحول دون حوالة حقوقه والتزاماته إلى الغير. بينما التحفظ الموضوعي الصريح يؤثر في إبرام العقد من عدمه، أما التحفظ الموضوعي الضمني، يشكل دافعاً إلى عدم اختيار المتعاقد، في حين أن الشرط يؤثر على ترتب الالتزام بشكل نهائي في ذمة المدين، أو زواله حسب الحال.

٣- يعدّ المتعاقد مع الإدارة حجر الزاوية في تنفيذ العقد الإداري، حيث توضع شخصيته ومؤهلاته في المقام الأول عند إبرام العقد، وتنفيذه، على السواء، ويتحدد نطاق فكرة الاعتبار الشخصي، من خلال جملة من الصفات

الجوهريّة المطلوبة في شخص العارض، والتي تشكّل في الوقت نفسه قيوداً على مبدأ المنافسة الحرّة (ضوابط ذاتية وموضوعية)، ومن أهم هذه الصفات: الأهلية القانونيّة، والجنسيّة، والكفاءة الفنيّة، والملاءة الماليّة، إضافةً إلى حسن السمعة.

٤- يحق للجهة الإداريّة تضيق دائرة المنافسة على عقودها الإداريّة، بحيث تكون مقصورة على عدد محدود من العارضين الذين يتمتّعون بالأهليّة المهنيّة، أو الماليّة، أو حسن السمعة... اللازمة لإنجاز الأداءات محلّ العقد، مراعاةً منها لفكرة الاعتبار الشخصي، ويكون ذلك عن طريق اللجوء إلى الإجراء المقيّد (المنافسة المقيّدة، طلب العروض المقيّد في فرنسا وسوريّة، الممارسة المقيّدة في مصر)، تحت طائلة رقابة المشروعيّة التي يمارسها القضاء الإداري على قراراتها هذه.

٥- يحق للإدارة تطبيقاً لشرط حسن السمعة، أن تلجأ إلى حرمان بعض العارضين حرماناً جزائياً أو وقائياً، واستبعاد البعض الآخر غير المرغوب فيهم من نطاق المنافسة على العقود- سواء عقود مدنيّة أو إداريّة- التي تريد إبرامها، بشكل نهائي أو لفترة محدودة.

٦- تتفاوت درجة الالتزام بالتنفيذ الشخصي بين عقد إداري وآخر، نتيجةً لتفاوت درجة الاعتبار الشخصي في نطاق تنفيذ العقود الإداريّة، ويتراوح هذا الاعتبار شدةً وضعفاً تبعاً لتفاوت صلة العقد الإداري بالمرفق العام، وللتقنيّة المستخدمة في إبرامه، وتبعاً لاختلاف مدى استعمال سلطات الإدارة- بشكل عام- في مواجهة المتعاقد معها.

٧- تنخفض درجة الاعتبار الشخصي في نطاق عقود التوريد العادية إلى أدنى مستوياتها؛ نظراً للاتصال الضعيف وغير الواضح لهذه العقود بالمرافق العامة، ولانخفاض مدى استعمال سلطات الإدارة في الرقابة والتعديل الانفرادي.

٨- أما في عقود التوريد الصناعية والأشغال العامة ترتفع درجة الاعتبار الشخصي لتبلغ ذروتها؛ نظراً لصلة هذه العقود الدقيقة والوثيقة بالمرافق العامة، ولارتفاع مدى استعمال سلطات الإدارة المتعاقدة في الرقابة والتعديل بإرادتها المنفردة.

٩- في عقود التزام المرافق العامة، و"التشييد والتشغيل والتحويل" ترتفع درجة الاعتبار الشخصي إلى أقصى مراتبها ودرجاتها، فدرجة اتصال هذه العقود بالمرافق العامة شديدة ومتينة جداً إلى درجة أنها لا تقبل الانفصال أو التجزئة، علاوة على طريقة اختيار المتعاقد واتساع سلطات الإدارة في التوجيه والتعديل بإرادتها المنفردة، وانفراد هذه العقود بالفسخ القضائي في فرنسا.

١٠- يعدّ التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات الواردة على مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية، وهذا التعاقد في القانون الفرنسي والمصري والسوري محظور ما لم يقترن بموافقة الإدارة، ويختصّ ببعض الخصائص التي تميّزه عما سواه من النظم العقدية الأخرى. ومن أهم خصائص التعاقد من الباطن: الرضا، المعاوضة، من العقود التبادلية الملزمة للجانبين، التبعية والاستقلال.

١١- يتميز التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد، حيث إنّ الأخير من شأنه حلول متعاقد جديد محلّ المتعاقد الأصلي، وهو بهذا المعنى، يقضي على فكرة الاعتبار الشخصي التي يقوم عليها مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي في نطاق العقود الإدارية. بخلاف التعاقد من الباطن، الذي لا يؤدي إلى إهدار تلك الفكرة، التي تتسع لتشمل - فيما تشمل - إمكانية التعاقد من الباطن، طالما أن المتعاقد الأصلي يبقى ضامناً ومسؤولاً بصفة شخصية - بالرغم من موافقة الإدارة على ذلك التعاقد - عن تنفيذ العقد بأكمله، بما في ذلك الجزئية

المتعاقد بشأنها من الباطن، مع إمكانية دفع مسؤولية المتعاقد الأصلي، أو التخفيف منها، في حالة التعاقد من الباطن المفروض.

١٢- لعلّ الفارق الجوهرى بين التعاقد من الباطن وبين مستخدمى المتعاقد الأصلي، هو ارتباط الاتفاق الأخير بعقد عمل مع المتعاقد الأصلي، أما في حالة العقد من الباطن، فإن العقد الأصلي هو الذى يحدد طبيعة العقد الأول، كأن يكون عقد أشغال عامة، أو عقد امتياز. وفي اتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي يكون الأصل الإباحة، ما لم يُنصَّ على خلاف ذلك في العقد صراحةً، بخلاف التعاقد من الباطن الذى يتطلب موافقة الإدارة المسبقة على هذا التعاقد؛ لإكسائه ثوب المشروعية.

١٣- يترتب على موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة على التنازل عن العقد نتيجة مزدوجة، مفادها نشوء علاقة عقدية مباشرة بينها وبين المتنازل إليه، وانقضاء العلاقة العقدية بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، مع استمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد بأكمله، ما لم ينصَّ عقد التنازل على خلاف ذلك. والتنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، ويعدّ خطأً تعاقدياً جسيماً من جانب المتعاقد مع الإدارة، يبرر للأخيرة توقيع الفسخ الجزائي للعقد، أو إنهائه بإرادتها المنفردة. وهذا ما ينطبق تماماً على التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة.

١٤- علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن، علاقة عقدية خاصة بين شخصين من أشخاص القانون الخاص أو العام، وتخضع في إبرامها وتنفيذها إلى أحكام القانون الخاص، ويختصّ القضاء العادي بالنظر في النزاعات الناشئة عنها، وذلك سواء أكان اتفاق التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة، أم من دونها. وبالرغم من موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن يبقى المتعاقد معها مسؤولاً عن تنفيذ العقد بأكمله، حتى بالنسبة إلى الجزء المنفذ من قبل المتعاقد من الباطن، ولا تنشئ هذه الموافقة أي علاقة عقدية- ما لم ينص في

العقد أو القانون على خلاف ذلك- بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، وإنما تجعل التعاقد من الباطن مشروعاً، ولا تأثير لهذه الموافقة على العلاقة التعاقدية بين المتعاقد الأصلي والإدارة، فهذه العلاقة تبقى قائمة، وفقاً لشروط العقد الأصلي. وعلى الرغم من انتفاء أي علاقة عقدية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، إلا أن الإدارة تستطيع الرجوع عليه بدعوى المسؤولية التقصيرية، عند ارتكابه خطأ جسيماً في التنفيذ. وتمتدّ سلطة الإدارة في الرقابة على تنفيذ العقد الأصلي لتشمل- بشكل تلقائي- المتعاقد من الباطن.

١٥- يستطيع المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن الإحالة إلى كراسات الشروط العامة المطبّقة على العقد الأصلي، وتطبيق الأحكام الواردة فيها إذا تمّ النصّ على ذلك صراحةً في العقد من الباطن، من دون إمكانية احتجابه بالمصلحة العامة التي يبقى تقديرها حكراً على الإدارة العامة. مع إمكانية تطبيق المبادئ الواردة في هذه الكراسات، أو في العقد الإداري، بالقدر الذي لا يتعارض مع الشروط التفصيلية الواردة في العقد من الباطن.

١٦- هناك قصور تشريعي واضح في معالجة ظاهرة التعاقد من الباطن في مصر وسورية، بينما في فرنسا بات المتعاقد من الباطن يحظى بحماية مؤكّدة، من خلال السداد المباشر له والدعوى المباشرة، علاوةً على وسائل ضمان احتياطية منها: نظرية الإثراء بلا سبب، ومبدأ عدم الحجية، وامتنياز مرسوم Pluviose 26 (حق السداد التفضيلي). لكن تمتّع المتعاقد من الباطن بوسائل الحماية المذكورة لا يجعل علاقته مع الإدارة ترقى إلى مرتبة العلاقة العقدية المباشرة.

١٧- إن الجهة الإدارية التي تملك الموافقة على التعاقد من الباطن أو التنازل عن العقد أو حلول الورثة محلّ مورثهم من عدمها، هي الجهة الإدارية المتعاقدة؛ أي الجهة التي أبرمت العقد الأصلي، ما لم يوجد نصّ يقضي

بخلاف ذلك. وهذا الحق المعطى إلى الإدارة مشروط بحسن استعماله واستهدافه الصالح العام، وذلك تحت رقابة القضاء الإداري.

١٨- ينتهي العقد من الباطن تبعاً لوفاة المتعاقد من الباطن، إذا كانت مؤهلات الأخير محل اعتبار في التعاقد. أما في حالة إعساره، يحق للمتعاقد الأصلي أن يطلب فسخ العقد من الباطن مع التعويض، في حال رفض وكيل التفليسة الاستمرار في تنفيذ العقد. وتختلف الحلول المطبقة في فرنسا في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه أو إعساره تبعاً لتفاوت أهمية محل العقد وصلته بالمرفق العام، أما في سورية لم يعط المشرع للإدارة أي سلطة تقديرية في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، وإنما ألزمها بفسخ العقد بقوة القانون، بينما المشرع المصري في القانون الجديد أعطى الإدارة سلطة إنهاء العقد من عدمه في حال وفاة المتعاقد، أو مقدّم العطاء، وألزمها بإنهاء العقد في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره.

ثانياً- الاقتراحات:

١- نقترح الدراسة إقرار مبدأ المنافسة المقيّدة في نطاق إبرام عقود تفويض المرافق العامة بشكل عام، وفي العقود التي تحتاج إلى مهارة فنيّة ومقدرة مالية في تنفيذها، الأمر الذي يَمنح الإدارة سلطة تقديرية واسعة لوزن مؤهلات والعارضين وقدراتهم، مع الالتزام بمبادئ العلانية والمنافسة. واقتصار تقنية المناقصة العامة على العقود البسيطة التي لا تحتاج إلى مؤهلات شخصية عالية.

٢- نقترح الدراسة أن يتم إدراج نصّ جديد في نظام العقود الموحد ٢٠٠٤/٥١ يتضمّن إلزام العارض بتضمين عطائه الوثائق التي تبين مركزه الضريبي، والتي توضّح المتعاقدين من الباطن الذين يُمكن أن يسند إليهم جزء من محلّ العقد الأصلي، والتي تبين الوجود القانوني للعارض سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً.

٣- نقترح أن تنص التشريعات العربية قاطبةً على تفضيل العارض العربي في حال تساويه مع العارض الأجنبي، لعلها تكون خطوة نحو تحقيق السوق العربية المشتركة، والتي تهدف إلى إيجاد التكامل الاقتصادي بين الدول العربية.

٤- نقترح أن يدرج بند جديد في نظام العقود الموحد ٢٠٠٤/٥١ في سورية يتضمّن إلزام العارض بتقديم سابقة أعمال متناسبة في نوعها، وقيمتها، مع أهميّة الأداءات محلّ العقد المراد إبرامه، على أن تكون معتمدة من قبل الجهات الإدارية المختصة.

٥- نقترح إدراج بند في المادة ٥٩/ من نظام العقود الموحد ٢٠٠٤/٥١، ينصّ على فسخ العقد تلقائياً في حالة ثبوت استعمال المتعاقد بنفسه أو بوساطة غيره للغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة، أو في حصوله على العقد، إضافةً إلى حرمانه من التعاقد مع الإدارة. حيث إنّ ذلك

يكون قد ارتكب أفعالاً تتنافى وفكرة الاعتبار الشخصي في نطاق العقود الإدارية.

٦- نقترح أن تمتدّ المسؤولية العقدية والمسؤولية العشرية (الضمان العشري) لتشمل المتعاقد من الباطن المفروض على المتعاقد الأصلي، أو المتعاقد من الباطن المسمّى أصلاً في العقد؛ كونه وإن لم يكن قد شارك في إبرام العقد الإداري، إلا أنه يُسهم فعلياً في تنفيذه، وقد تمّ فرضه على المتعاقد الأصلي في أثناء تنفيذ العقد أو سُمّي في العقد أثناء إبرامه. وذلك عن الجزء الذي المنفّذ من قبله.

٧- نقترح الدراسة وضع نص في دفتر الشروط العامة ينظّم أحكام الموافقة على التنازل عن العقد الإداري أو التعاقد بخصوصه من الباطن، على أن تكون هذه الموافقة كتابية، وتحديد مدة زمنية معينة للإدارة للردّ على طلب المتعاقد الأصلي المتضمّن التنازل عن عقده للغير، أو التعاقد بشأنه من الباطن، وفي حال التزام الإدارة جانب الصمت خلال هذه المدة، يعدّ سكوتها في منزلة قرار ضمني بالموافقة على هذا التعاقد أو ذلك التنازل.

٨- إنّ المادة /٣٠/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم ٢٠٠٤/٤٥٠، قد خلطت بين التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن عندما عدّت الغير المتعاقد مع المتعاقد الأصلي "متعهداً ثانوياً"، كما أنها نصّت أن موافقة الإدارة على التنازل عن العقد، أو التعاقد بشأنه من الباطن، "لا يعفي المتعهد من التزاماته ومسؤولياته الفنية والإدارية والحقوقية والجزائية...". ولا شك أن مثل هذه الصياغة توحى أن المسؤوليات الفنية والجزائية والإدارية لا تنطوي على جانب حقوقي، لذا نقترح إعادة صياغة هذه المادة على النحو الآتي:

لا يحق للمتعهد أن يتنازل عن الأعمال التي أبرم العقد من أجل تحقيقها، أو أن يتعاقد مع الغير في سبيل تنفيذ جزء أو أجزاء من محلّ العقد الأصلي إلاّ

بموافقة خطية من الإدارة، وإنَّ حصول المتعهد الأصلي على هذه الموافقة لا يعني بأي حال من الأحوال إلزام الإدارة أن تدخل في أي علاقة مع المتعهدين من الباطن، كما لا يعفي المتعهد الأصلي من التزاماته ومسؤولياته الفنية والحقوقية المفروضة عليه بموجب أحكام العقد.

٩- نُهيب بالمشرّع السوري وضع قانون خاص ومستقل لتنظيم التعاقد من الباطن، والأخذ بنظرية السداد المباشر للمتعاقد من الباطن، ففي ذلك يتم مكافحة ظاهرة التعاقد من الباطن الخفي، وحمايةً لمصلحة ثلاثية ألا وهي مصلحة الإدارة المتعاقدة، ومصلحة المتعاقد الأصلي، وأخيراً مصلحة المتعاقد من الباطن.

١٠- نقترح عدم لجوء الإدارة المتعاقدة إلى إنزال عقوبة الفسخ على حساب ومسؤولية المتعاقد المقصّر لمجرد تنازله عن عقده إلى الغير، أو تعاقد من الباطن بخصوص تنفيذ جزء من محل العقد الأصلي المبرم مع الإدارة، من دون أخذ إذن المسبق، أو موافقتها اللاحقة على هذا التنازل، أو ذلك التعاقد، كونه خطأ عقدي جسيم، طالما أن مبدأ استمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي الشخصية عن تنفيذ العقد بأكمله، يحول دون إعفاء هذا المتعاقد من التزاماته التعاقدية الناشئة عن العقد المتنازل عنه، أو المتعاقد بشأنه من الباطن. ريثما تتأكد الإدارة من توافر الاعتبارات الشخصية المطلوبة في شخص المتنازل إليه أو المتعاقد من الباطن.

١١- نعتقد أنَّ الأخذ بنظرية الجزاءات الضاغطة مثل: الشراء على حساب المورد، أو سحب العمل من المقاول... أفضل بكثير من اللجوء إلى ذلك الجزاء شديد الجسامة عظيم النتائج، المتمثل في الفسخ الجزائي، حيث تضمن من خلالها مبدأ استمرارية المرفق العام بانتظام واضطراب، ولطالما أنَّ الأخطاء العقدية الجسيمة المبررة لتوقيع كلا الجزاءين متماثلة في الحالتين.

١٢- نأمل من الإدارة المتعاقدة الموافقة على طلب المتعاقد في التنازل عن عقده للغير أو تعاقدته بشأنه من الباطن في سبيل تنفيذ جزء أو أجزاء من محل العقد الأصلي، نظراً للتخصص التقني الدقيق وتقسيم العمل، فقد تطرأ ظروفٌ معينة للمتعاقد يصبح معها من المستحيل عليه الاستمرار في تنفيذ العقد، مع اقتراحه لمتعاقد جديد يتمتع بكفاءة فنية وملاءة مالية أكثر منه، وذلك في سبيل المصلحة العامة ومصلحة المرفق المتمثلة في استمرار سيره بانتظام واضطراد، مع استمرار مسؤولية المتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد بأكمله في الحالتين، كونه ضامن للمتنازل إليه، أو المتعاقد من الباطن حسب الحال.

١٣- نقترح على المشرع السوري عدم فسخ العقد تلقائياً في حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة، أو إعساره، وإنما إعطاء الخيار إلى الإدارة بذلك؛ لأن استمرار الدائن - المؤهل لذلك - في تنفيذ عقد مدينه يتفق والمصلحة العامة، المتمثلة في ضمان استمرار سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، وعدم تعرض هذا السير إلى التوقف.

وبذلك نكون قد وصلنا إلى نهاية بحثنا الذي أرجو من الله تعالى أن يكون موفقاً إنه سبحانه ولي كل توفيق، ولا أجد ختاماً له أفضل من قوله تعالى:

”فَتَبَسَّمْ ضَاحِكًا مِّن قَوْلِهَا وَقَالَ رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَالِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَالِحًا تَرْضَاهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ الصَّالِحِينَ“ ٧٠٩.

صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ

قائمة المصادر والمراجع

أولاً- المراجع باللغة العربية:

أ- المعاجم:

- ١- الشيخ أحمد رضا، معجم متن اللغة، المجلد الرابع، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٦٠.
- ٢- الشيخ أحمد رضا، معجم متن اللغة، المجلد الثالث، دار مكتبة الحياة، بيروت، ١٩٥٩.
- ٤- الشيخ عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الثاني، دار الحضارة العربية، بيروت، بدون سنة نشر.
- ٥- الشيخ عبد الله العلايلي، الصحاح في اللغة والعلوم، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار الحضارة العربية، بيروت، ١٩٧٤.
- ٦- لويس معلوف، المنجد، الطبعة الثالثة عشرة، المطبعة الكاثوليكية، بيروت، ١٩٥٢.

ب- الكتب العامة والمتخصصة:

- ١- د. ابراهيم الشهاوي، عقد امتياز المرفق العام B. O. T (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٣.
- ٢- د. إبراهيم الهندي، د. عبسي الحسن، د. سعيد نحيلي، المرافق العامة، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٤.
- ٣- د. الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة (٦) عقد ال B. O. T، بدون دار نشر، طرابلس- بيروت، ٢٠٠٦.
- ٤- د. أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، الطبعة العاشرة، منشورات جامعة دمشق، كلية الشريعة، ٢٠٠٧/٢٠٠٨.
- ٥- د. أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٣.

- ٦- د. أحمد عثمان عيَّاد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.
- ٧- أنور طلبه، العقود الصغيرة الشركة والمقاوله والتزام المرافق العامة، المكتب الجامعي الحديث، دون مكان نشر، ٢٠٠٤.
- ٨- د. إعاد علي محمود القيسي، الوجيز في القانون الإداري، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمّان، ١٩٩٨.
- ٩- د. برهان زريق، عقد التوريد الإداري، الطبعة الأولى، دون دار نشر، دمشق، ٢٠١٧.
- ١٠- جورج فيدل، بيار دلفولفيه، القانون الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٨.
- ١١- د. جهاد زهير ديب الحرازين، الآثار المترتبة على عقد الامتياز (دراسة نظرية مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر والقانون، المنصورة، ٢٠١٥.
- ١٢- د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠.
- ١٣- حسين درويش عبد العال، وسائل تعاقد الإدارة (المناقصات والمزايدات والممارسة)، الطبعة الأولى، مكتبة الأنجلو المصرية، دون مكان نشر، ١٩٥٩.
- ١٤- د. حسين عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- ١٥- د. حفيظة السيد الحدّاد، العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية (تحديد ماهيتها والنظام القانوني الحاكم لها)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.

- ١٦- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني (دراسة تحليلية مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ١٧- رشا محمد جعفر الهاشمي، الرقابة القضائية على سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- ١٨- د. رفيق يونس المصري، مناقصات العقود الإدارية (عقود التوريد ومقاولات الأشغال العامة)، دار المكتبي، دمشق، ١٩٩٩.
- ١٩- د. زين العابدين بركات، مبادئ القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ١٩٨٦/١٩٨٧.
- ٢٠- د. سامح عبد الله عبد الرحمن محمد، سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، دون مكان نشر، ٢٠١٦.
- ٢١- د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، العقود الإدارية، منشورات جامعة حلب، مركز التعليم المفتوح، ٢٠٠٧.
- ٢٢- د. سعيد نحيلي، د. عيسى الحسن، القانون الإداري، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٧.
- ٢٣- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، مطبعة الاعتماد، ١٩٥٧.
- ٢٤- د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠٠٥.
- ٢٥- د. سليمان محمد الطماوي، الوجيز في القانون الإداري (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨٨.

٢٦- شامل هادي نجم العزاوي، التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية **B. O. T**، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ٢٠١٦.

٢٧- د. عبد الإله الخاني، القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، العقود الإدارية، المجلد الرابع، دون دار نشر، دمشق، ١٩٨٥.

٢٨- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعاً وفقهاً واجتهاداً (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

٢٩- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف- الحوالة- الانقضاء، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٥٨.

٣٠- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، الطبعة الثانية، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ١٩٧٣.

٣١- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، الجزء السابع، المجلد الأول، دار إحياء التراث العربي، ١٩٧٣.

٣٢- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاوله والوكالة والوديعة والحراسة، المجلد الأول، الجزء السابع، الطبعة الثالثة الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.

٣٣- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة بالفقه الغربي)، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.

- ٣٤- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، الجزء الأول، الطبعة الثانية الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
- ٣٥- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الكتب القانونية، المحلّة الكبرى، ٢٠٠٥.
- ٣٦- د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، بدون مكان نشر، ٢٠٠٣.
- ٣٧- د. عبد الله طلبة، د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، نظام التعليم المفتوح، ٢٠٠٣.
- ٣٨- د. عبد الله طلبة، د. نجم الأحمد، القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق - نظام التعليم المفتوح، ٢٠١٣/٢٠١٤.
- ٣٩- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، عقود البوت B.O.T في القانون المقارن، دار الكتب القانونية، المحلّة الكبرى، ٢٠٠٨.
- ٤٠- د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القضاء المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمّقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ١٩٨٤.
- ٤١- د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، دار الحرية للطباعة، بغداد، ١٩٧٧.
- ٤٢- المحامي عبد الهادي عباس، العقود الإدارية، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، دار المستقبل، دمشق، ١٩٩٣.
- ٤٣- د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١١.

- ٤٤- د. علي عبد الأمير قبلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، بيروت، ٢٠١١.
- ٤٥- د. عبد الرؤوف جابر، النظرية العامة في إجراءات المناقصات والعقود، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، بيروت، ٢٠٠٣.
- ٤٦- د. عبد الرؤوف جابر، الوجيز في عقود التنمية التقنية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٤٧- د. عصام أحمد البهجي، عقود الفيديك FIDIC وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٤٨- د. عصام أحمد البهجي، عقود البوت B. O. T الطريق لبناء مرافق الدولة الحديثة (دراسة تحليلية)، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٤٩- د. عبد الفتاح عبد الباقي، موسوعة القضاء المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي)، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ١٩٨٤.
- ٥٠- د. غازي خالد أبو عرابي، المقالة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع (دراسة مقارنة مع الفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩.
- ٥١- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، الدار الجامعية للطباعة والنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٥٢- د. محمد العموري، العقود الإدارية، الإجازة في الحقوق، منشورات الجامعة الافتراضية، الجمهورية العربية السورية، ٢٠١٨.
- ٥٣- د. محمد حنون جعفر، مسؤولية المقاول العقدية عن فعل الغير (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، ٢٠١١.

- ٥٤- د. محمد رفعت عبد الوهّاب، النظرية العامة للقانون الإداري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٨.
- ٥٥- د. محمد سعيد حسين أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية، بدون مكان نشر، ١٩٩١.
- ٥٦- د. محمد سعيد حسن الرحو، النظام القانوني للتعاقد بأسلوب المناقصات في تشريعات الدول العربية (دراسة تحليلية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- ٥٧- د. محمد عبد اللطيف، نظرية التنازل في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٠.
- ٥٨- د. محمد عبد المجيد إسماعيل، عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
- ٥٩- د. محمد ماهر أبو العينين، دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري، أسباب إلغاء القرارات الإدارية وفقاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا حتى عام ١٩٩٦م، الكتاب الثاني، منشورات مكتبة صادر- المنشورات الحقوقية، بيروت، ١٩٩٨.
- ٦٠- د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية (العقد والإرادة المنفردة)، الجزء الأول، منشورات جامعة حلب، ١٩٩٤.
- ٦١- د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق، مركز التعليم المفتوح، دمشق، ٢٠٠٥.
- ٦٢- د. محمد يوسف الحسين، د. مهدي نوح، القانون الإداري (عمّال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية)، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١١/٢٠١٠.
- ٦٣- د. محمود حلمي، نشاط الإدارة (الضبط الإداري- المرفق العام)، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ١٩٦٧.

- ٦٤- د. محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٨.
- ٦٥- د. محمود علي رحمه، مدى المسؤولية المترتبة على المقاول من الباطن (عن تنفيذ الأعمال وأحكامها وخصائص عقد المقاولة من الباطن وتمييزه عن العقود الأخرى) دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية، بدون مكان نشر، ٢٠١٨.
- ٦٦- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٦٧- د. مصطفى عبد المحسن الحبشي، التوازن المالي في عقود الإنشاءات العامة (دراسة لكيفية تحقيق التوازن المالي في هذه العقود- دراسة مقارنة)، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٨.
- ٦٩- د. مروان محي الدين القطب، طرق خصخصة المرافق العامة (الامتياز، الشركات المختلطة، BOT، تفويض المرفق العام) دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٧٠- د. مصطفى الجمال، د. رمضان محمد أبو السعود، د. نبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الالتزام (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٦.
- ٧١- د. مصطفى عبد الجواد، المصادر الإرادية للالتزام (نظرية العقد والإرادة المنفردة)، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، ٢٠٠٥.
- ٧٢- د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥.
- ٧٣- د. كنعان محمد محمود المفرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.

٧٤- د. نبيل إبراهيم سعد، التنازل عن العقد (نطاق التنازل عن العقد وأحكامه)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤.

٧٥- هاتف كاظم جاسم الموسوي، حدود السلطة التقديرية للإدارة في المزايدات العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

٧٦- د. وليد حيدر جابر، التفويض في إدارة واستثمار المرافق العامة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.

٧٧- د. ياسر أحمد كامل الصيرفي، النظام القانوني لعقد B. O. T ومدى خضوعه لقواعد القانون الخاص، الطبعة الأولى، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٨.

٧٨- د. يوسف سعد الله الخوري، القانون الإداري العام، تنظيم إداري، أعمال وعقود إدارية، الجزء الأول، الطبعة الثانية، بدون دار نشر، بدون مكان نشر، ١٩٩٨.

٧٩- د. يوسف شباط، د. عبد الرحيم الصفي، المرافق العامة، منشورات جامعة دمشق، ٢٠١٠-٢٠١١.

٢- الرسائل العلمية:

أ- رسائل الماجستير:

١- إبراهيم محمد علي، عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص (p. p. p) وآليات تسوية المنازعات الناشئة عنها، رسالة ماجستير، معهد البحوث والدراسات العربية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، القاهرة، ٢٠١٣.

- ٢- أحمد محمود أحمد أبو موسى، التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة في فلسطين (دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية)، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، ٢٠١٧.
- ٣- أحمد يوسف عبد الرحمن بحر، نظرية الظروف الطارئة وأثرها على العقد الإداري في فلسطين، رسالة ماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية- غزة، ٢٠١٧.
- ٤- أسامة مازن العوّا، النظام القانوني لعقد الأشغال العامة في التشريع السوري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٨.
- ٥- آية محمّد فايز البّداوي، إجراءات الإبرام المقيدة عند إبرام العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٧.
- ٦- إيهاب سامر عليا، الانتهاء المبّسر للعقد الإداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٧.
- ٧- برجم صليحة، المقالة الفرعية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر- بن يوسف بن خدة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.
- ٨- حسام سليمان فيصل، سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداري بالإرادة المنفردة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠٠٩/٢٠١٠.
- ٩- خالد سليمان العنزي، عقد التوريد الإداري (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والكويتي)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٢.
- ١٠- د. زياد أحمد العرسان، عقد التوريد ودوره في تسيير المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٦.

- ١١- سميرة حصايم، عقود البوت B. O. T إطار لاستقبال القطاع الخاص في مشاريع البنية التحتية، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، ٢٠١١.
- ١٢- سناء جميل إبراهيم ثابت، أثر نظرية الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين (دراسة تحليلية)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الأزهر- غزة، ٢٠١١/٢٠١٢.
- ١٣- عزّة محمد سلمان، المقابل المالي في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣.
- ١٤- عفافسة مفيدة، التنازل عن العقد، رسالة ماجستير، كلية الحقوق- بن عكنون، جامعة الجزائر، ٢٠١٠/٢٠١١.
- ١٥- علي نصر الحسن، الجزاءات المفروضة في إطار تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٨.
- ١٦- عمار محمود السالم، السلطة التقديرية للإدارة في إبرام العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٧.
- ١٧- د. محمد فكري عطا الله عبد المهدي، التزامات شركة المشروع في عقود (B. O. T)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.
- ١٨- لارا مارون ونا، المقاوله من الباطن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية- الفرع الثاني (جل الديب)، الجامعة اللبنانية، ٢٠١٩.
- ١٩- محمد حسان محمد خير علوان، دور عقد الالتزام في تسيير المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٩.

٢٠- مي هشام الحاج، العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ومدى قابليتها للتحكيم (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠.

٢١- نور قدور، عقد المقاوله من الباطن، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣.

٢٢- وليد مصطفى الطراونة، التزامات المتعاقد مع الإدارة في عقود البوت BOT، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، ٢٠١٤.

٢٣- ياسمين ابراهيم، الإطار الاستشاري لإبرام وتنفيذ عقود BOT، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣.

ب- رسائل الدكتوراه:

١- د. إبراهيم أحمد الحسن، قضاء الإلغاء في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٢.

٢- د. إبراهيم يوسف هرموش، النظام القانوني لخصخصة الشركات العامة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٣.

٣- د. أكلي نعيمة، عقد الامتياز الإداري في الجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري- تيزي وزو، ٢٠١٨.

٤- د. أوس جمال مخيبر، عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٩.

٥- د. بركيبة حسام الدين، تفويض المرفق العام في فرنسا والجزائر، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، ٢٠١٨/٢٠١٩.

٦- د. حسن محمد عبد المنعم حسن الخيمي، آثار عقد التزام المرافق العامة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠١.

- ٧- د. زياد أحمد العرسان، الرقابة القضائية على إجراءات الإدارة في نطاق تنفيذ العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٨.
- ٨- د. سوسن البيطار، آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠.
- ٩- د. عاطف محمد عبد اللطيف، امتيازات الإدارة في العقد الحكومي الانجلو أمريكي والعقد الإداري في القانون المصري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩.
- ١٠- د. عيسى عبد القادر الحسن، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقود الأشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧.
- ١١- د. عليوات ياقوتة، تطبيقات النظرية العامة للعقد الإداري (الصفقات العمومية في الجزائر)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة منتوري- قسنطينة، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.
- ١٢- د. علي بن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري/ قسنطينة، ٢٠١١/٢٠١٢.
- ١٣- د. فيصل عليان الياس الشديفات، دور العقود الإدارية في جذب الاستثمارات الأجنبية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠.
- ١٤- د. مازة حنان، التعاقد من الباطن في عقد مقاوله البناء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران /٢/، ٢٠١٥/٢٠١٦.
- ١٥- د. ماهر محمد حامد، النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع (B.O.T)، رسالة دكتوراه، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

١٦- د. محمد أديب الحسيني، الإدارة التعاقدية للمرفق العام وفق نظام B.O.T (عقد الإنشاء والإدارة والتسليم)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠٠٩.

١٧- د. محمد غازي الجلاي، نحو بناء نظام متكامل لاستخدام نظم عقود البناء والتشغيل والنقل (في تشييد مشروعات البنية الأساسية في الدول النامية)، رسالة دكتوراه، كلية الهندسة المدنية، جامعة عين شمس، ٢٠٠٠.

١٨- د. منيرة محمد جميل عوض، التشاركية بين القطاع العام والخاص في إدارة المرافق العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلب، ٢٠١٢.

١٩- د. مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

٢٠- د. مي محمد عزت علي شرباش، النظام القانوني للتعاقد بنظام B.O.O.T، رسالة دكتوراه، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠.

٢١- د. نائلة نذير نهاوندي، آثار العقود الإدارية في سوريا (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بيروت العربية، ٢٠١٥.

٢٢- د. ناصر غنيم الزيد، رقابة القضاء الإداري الكويتي على أعمال الإدارة (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٤.

٢٣- د. نجاتي عبد الغني إبراهيم غازي، التنظيم القانوني لعقد التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال B. O. T (دراسة تأصيلية- تطبيقية- مقارنة)، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠٠٧.

٢٤- د. نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠١.

٣- المقالات والدوريات:

- ١- د. أبو بكر أحمد عثمان النعيمي، إبرام عقود تفويض المرفق العام في التشريع الفرنسي والتشريعات العربية، مجلة الفقه والقانون، العدد الخامس والخمسون، جامعة الشارقة- الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٧.
- ٢- د. آصف عسّاف، الطريقة المناسبة لإبرام عقود ال B.O.T في سورية والضمانات اللازمة لإبرامها، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٦/، العدد ٣/، ٢٠١٤.
- ٣- د. أكلي نعيمة، إبرام عقد الامتياز الإداري بين الاعتبار الشخصي والدعوى للمنافسة، مجلة الاقتصاد والقانون، العدد ١/، ٢٠١٨.
- ٤- إيهاب سامر عليا، التنازل عن العقد الإداري، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٩/، العدد ١٠/، ٢٠١٧.
- ٥- د. بديع مستو، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٨/، العدد ١٩/، ٢٠١٦.
- ٦- د. جمال عمران المبروك، عقود التشييد والاستغلال والتسليم B. O. T وتكييفها القانوني (دراسة تحليلية)، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمّقة، العدد ١٩/، نوفمبر ٢٠١٧.
- ٧- حسام فيصل، رقابة القضاء الإداري على قرار الإدارة بالفسخ الجزائي للعقد الإداري، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٩/، العدد ٧٧/، ٢٠١٧.
- ٨- د. حسن محمّد علي حسن البنان، أثر الظروف الطارئة في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد ١٦/، العدد ٥٨/، السنة ١٨/، ٢٠١٣.
- ٩- جعفر فايز أحمد، مبدأ الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، بحث مقبول للنشر في مجلة جامعة البعث، المجلد ٤١/، ٢٠١٩.
- ١٠- د. رفاه كريم رزوقي كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد

الإداري (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، المجلد الثامن، العدد الثالث، السنة الثامنة، جامعة بابل، العراق، ٢٠١٦.

١١- د. زروق يوسف، حماية الاعتبار الشخصي في العقود الإلكترونية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، جامعة عمار ثلجي- الأغواط، العدد ٦/، ٢٠١٧.

١٢- د. زهير مصطفى صالح، الآثار الناشئة عن التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، ٢٠١٨، بحث منشور على الموقع الإلكتروني الآتي: <https://www.mohamah.net/law>.

١٣- د. زياد العرسان، أحكام التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٨/، العدد ٤٩/، ٢٠١٦.

١٤- د. شاكر أكباشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، مجلة جامعة الكوفة، العدد الرابع عشر، ٢٠١٢.

١٥- د. ضرار القزاز، الضوابط السابقة على الجزاء التعاقدية في العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة البعث، المجلد ٣٩/، العدد ٥٢/، ٢٠١٧.

١٦- د. طارق محمد علي النحاس، التطورات القضائية بخصوص طعن الغير في العقد الإداري، مجلة مجلس الدولة للبحوث القانونية، العدد الأول، ٢٠١٨.

١٧- د. علي بن شعبان، عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، العدد ٤١، مجلد ب، ٢٠١٤.

١٨- د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، الاعتبار الشخصي في الشركة المساهمة (دراسة في قانون الشركات العراقي)، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٥/، العدد ٢/، ٢٠١٠.

١٩- د. علاء حسين علي الجوعاني، د. سعد ربيع عبد الجبار، م. محمد عبد الوهاب، التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن في عقود الاعتبار الشخصي، مجلة جامعة الأنبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السادس، المجلد الأول، ٢٠١٢.

٢٠- د. محمد فاروق أبو الشامات، تقييم قواعد المناقصات في ضوء القانون النموذجي الصادر عن هيئة الأمم، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد الثاني عشر، العدد الأول، ١٩٩٦.

٢١- د. محمد يوسف الحسين، تنفيذ العقود الإدارية، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، الموسوعة القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ٢٠١٠.

٢٢- د. مهند مختار نوح، عقد البناء والتشغيل والتحويل (B. O. T)، الطبعة الأولى، هيئة الموسوعة العربية، رئاسة الجمهورية، دمشق، ٢٠٠٧.

٢٣- د. مهند مختار نوح، إبرام العقود الإدارية، المجلد الخامس، الطبعة الأولى، الموسوعة القانونية المتخصصة، هيئة الموسوعة العربية، دمشق، ٢٠١٠.

٢٤- نبيل اسماعيل الشبلاق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد (دراسة في العقود الدولية لنقل التكنولوجيا)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٩/، العدد الثاني، ٢٠١٣.

٢٥- نوفان العقيل العجارمة، عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية ال B. O. T وتطبيقاته في النظام القانوني الأردني، مجلة دراسات الشريعة والقانون، المجلد ٤٠/، ملحق ١/، ٢٠١٣.

٢٦- د. هاني عبد الرحمن غانم، أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في التشريع الفلسطيني (دراسة تحليلية مقارنة)، مجلة جامعة الأزهر - غزة، عدد خاص بمؤتمر كلية الحقوق الخامس المحكم، المجلد ١٩/، ٢٠١٧.

٢٧- هشام محمد حمود الحلفي، سلطة الإدارة في فرض الجزاءات على المتعاقد معها في العقود الإدارية، مجلة كلية التربية الأساسية، المجلد /٢٣/، العدد /٩٧/، ٢٠١٧.

٢٨- د. هيلان عدنان أحمد، الاعتبار الشخصي في التعاقد، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، المجلد /٨/، العدد /٢٩/، ٢٠١٩.

٢- مجموعات الأحكام والفتاوى:

١- أمير فرج يوسف، الموسوعة الشاملة في العقود الإدارية، طبقاً لأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى مجلس الدولة وما استقر عليه الفقه والقضاء، الجزء الثاني، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، ٢٠١٦.

٢- سمير صادق، العقد الإداري في مبادئ الإدارة العليا، الهيئة المصرية العامة للكتاب، بدون مكان نشر، ١٩٩١.

٣- صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، دمشق، ٢٠٠٥.

٤- صبحي سلوم، موسوعة العقود، الجزء الأول، الطبعة الأولى، بدون دار نشر، دمشق، ١٩٩١.

٥- محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في شرح القانون رقم ٥١ لعام ٢٠٠٤، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٨.

٦- محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في سورية- لبنان- مصر، الجزء الثاني، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠.

٧- محمود زكي شمس، الأسس العامة للعقود الإدارية في سورية- لبنان- مصر، الجزء الأول، الطبعة الأولى، مطبعة الداودي، دمشق، ٢٠٠٠.

٨- مصباح نوري المهاني، مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإدارية العليا في أربعين عاماً ١٩٥٩-٢٠٠٠، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مؤسسة النوري، دمشق، ٢٠٠٥.

٩- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية، لعام ١٩٧٢.

١٠- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري مع تعقيبات المحكمة الإدارية العليا عليها ١٩٥٩-١٩٦٤.

١١- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السورية لعام ١٩٧٤.

٥- القوانين والبلاغات والمراسيم:

أ- القوانين:

١- القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم /٥٤/ لعام ١٩٤٩.

٢- القانون المدني المصري رقم /١٣١/ لسنة ١٩٤٨.

٣- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم /٨٩/ لسنة ١٩٩٨.

٤- قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري رقم /١٢٨/ لسنة ٢٠١٨.

٥- قانون نظام العقود للجهات العامة رقم /٥١/ لعام ٢٠٠٤.

٦- قانون التشاركية في سورية رقم /٥/ لعام ٢٠١٦.

٧- قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة رقم /٦٧/ لسنة ٢٠١٠.

٨- الجريدة الرسمية للجمهورية العربية السورية.

ب- المراسيم التشريعية:

١- المرسوم التشريعي رقم /٢٢٨/ تاريخ ٢٣/٩/١٩٦٩، المتضمن نظام عقود هيئات القطاع الإداري.

٢- المرسوم التشريعي رقم /٤٥٠/ لعام ٢٠٠٤، المتعلق بدفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد.

ج- البلاغات:

- البلاغ رقم ١/ ب ع/٩ المتضمن التعليمات التنفيذية لنظام العقود الموحد.
 - مجموعة من البلاغات الصادرة عن مجلس الوزراء في سورية.
- ثانياً- باللغة الفرنسية:

-A. De Laubadère, F. Modern, P. Delvolvé, Traité des contrats administratifs, L. G. D. J, Paris, T. 2, 1984.

الفهرس

صفحة	العنوان
١	المقدمة
٩	الفصل الأول الجانب التأصيلي لمبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري
١٣	المبحث الأول: فكرة الاعتبار الشخصي في نطاق العقود الإدارية
١٥	المطلب الأول: ماهية فكرة الاعتبار الشخصي
١٦	الفرع الأول: مفهوم الاعتبار الشخصي وأساسه القانوني
١٦	أولاً- مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي
٢١	ثانياً- الأساس القانوني لفكرة الباعتبار الشخصي
٢٦	الفرع الثاني: تمييز الاعتبار الشخصي
٢٦	أولاً- الاعتبار الشخصي والتحفظ
٢٩	ثانياً- الاعتبار الشخصي والسبب
٣١	ثالثاً- الاعتبار الشخصي والشرط
٣٣	الفرع الثالث: أهمية فكرة الاعتبار الشخصي ومدى الاهتمام بها
٣٣	أولاً- أهمية فكرة الاعتبار الشخصي
٣٩	ثانياً- مدى الاهتمام بفكرة الاعتبار الشخصي
٤٥	المطلب الثاني: نطاق فكرة الاعتبار الشخصي
٤٧	الفرع الأول: الأهلية القانونية والجنسية
٤٧	أولاً- الأهلية القانونية
٥١	ثانياً- الجنسية
٥٥	الفرع الثاني: حسن السمعة والسيره

٥٧	أولاً- الحرمان من التعاقد
٦٤	ثانياً- الاستبعاد العام
٦٧	الفرع الثالث: الكفاءة الفنية والملاءة المالية
٦٧	أولاً- الكفاءة الفنيّة
٧٠	ثانياً- الملاءة المالية
٧٥	المبحث الثاني: درجة الاعتبار الشخصي في نطاق العقود الإدارية
٧٧	المطلب الأول: درجة الاعتبار الشخصي في عقود الشراء العام
٧٨	الفرع الأول: الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة
٩٠	الفرع الثاني: الاعتبار الشخصي في عقود التوريد
٩٩	المطلب الثاني: درجة الاعتبار الشخصي في عقود تفويض المرفق العام
١٠٣	الفرع الأول: الاعتبار الشخصي في عقود التزام أو امتياز المرافق العامة
١١٧	الفرع الثاني: الاعتبار الشخصي في عقود B. O. T أو التزام الأشغال العامة
١٣٣	الفصل الثاني الاستثناءات الواردة على مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري
١٣٦	المبحث الأول: التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية
١٣٨	المطلب الأول: ماهية التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية
١٣٩	الفرع الأول: مفهوم التعاقد من الباطن
١٣٩	أولاً- التعريف بالتعاقد من الباطن
١٤٤	ثانياً- خصائص التعاقد من الباطن
١٤٨	ثالثاً- مدى مشروعية التعاقد من الباطن

١٥٧	الفرع الثاني: تمييز التعاقد من الباطن
١٥٧	أولاً- التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد
١٦٠	ثانياً- التعاقد من الباطن ومستخدمي المتعاقد الأصلي
١٦٣	ثالثاً- التعاقد من الباطن واتفاقات تسهيل تنفيذ العقد الأصلي
١٦٩	المطلب الثاني: آثار التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية
١٧١	الفرع الأول: آثار التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة
١٧١	أولاً- علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي
١٧٦	ثانياً- علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن
١٨٦	ثالثاً- علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن
١٩٠	الفرع الثاني: آثار التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة
١٩١	أولاً- علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي
١٩٣	ثانياً- علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن
١٩٧	ثالثاً- علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن
١٩٩	المبحث الثاني: زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة
٢٠١	المطلب الأول: التنازل عن العقد الإداري
٢٠٢	الفرع الأول: مفهوم التنازل عن العقد الإداري وأساسه القانوني
٢٠٢	أولاً- مفهوم التنازل عن العقد الإداري
٢٠٩	ثانياً- الأساس القانوني لقاعدة عدم جواز التنازل عن العقد
٢١٦	الفرع الثاني: آثار التنازل عن العقد الإداري

٢١٦	أولاً- التنازل عن العقد بموافقة الإدارة
٢٢٧	ثانياً- نتائج التنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة
٢٣٦	المطلب الثاني: وفاة المتعاقد مع الإدارة أو إفلاسه أو إعساره
٢٣٦	الفرع الأول: وفاة المتعاقد مع الإدارة
٢٤٨	الفرع الثاني: إفلاس المتعاقد مع الإدارة أو إعساره
٢٥٦	الخاتمة
٢٦٦	قائمة المراجع والمصادر

المدقق اللغوي

د. محمد خير الجنادي