

مفهوم الاعتبار الشخصي في العقد الإداري

طالب دكتوراه حمد علاوي الأحمد - كلية الحقوق - جامعة دمشق

الملخص

لقد تناولنا في هذا البحث، أحد المبادئ الرئيسة في العقود الإدارية، ألا وهو مبدأ الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، حيث تعرضنا في المطلب الأول لماهية الاعتبار الشخصي في العقد الإداري ونطاقه، من خلال بيان ماهيته في العقود الإدارية (الفرع الأول)، ثم تناولنا نطاق أو درجة الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (الفرع الثاني)، بينما تطرقنا في المطلب الثاني للاستثناءات التي ترد على هذا المبدأ، حيث أوضحنا في (الفرع الأول) مسألة التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد، بينما بيّنا في (الفرع الثاني) لزوال المتعاقد.

وفي الخاتمة توصلنا إلى جملة من النتائج، وألحقنا بها بعض المقترحات.

الكلمات المفتاحية: العقد الإداري، الاعتبار الشخصي، الإدارة، المتعاقد، المرفق العام، التعاقد من الباطن.

المقدمة:

تهدف الإدارة العامة - وهي في معرض تسييرها لمرافقها العامة وأداء مهماتها الإدارية- إلى تأمين السير المنتظم والمطرد لهذه المرافق، في نطاق بوتقة الحفاظ على المصلحة العامة. ومن أجل تحقيق تلك الغاية، نجد أنّ الإدارة تُمارس نشاطها الإداري من خلال إتباع أحد أسلوبين.

الأسلوب الأول: يتم في إطار تعبير الإدارة عن إرادتها المنفردة، من دون مشاركة من الأفراد، من خلال ما يعرف بالقرارات الإدارية، وتهدف هذه القرارات إلى إحداث أثر قانوني معيّن، إما بإنشاء مركز قانوني جديد، أو تعديل قانوني قائم، أو إلغائه.

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 عزّف القضاء الإداري السوري العقود الإدارية بأنها: تلك العقود التي يُبرمها شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام، وتظهر فيها نيته في الأخذ بأحكام القانون العام، ويتجلى ذلك إما 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.

والعقد الإداري شأنه شأن أي عقد آخر يتمخض عنه مجموعة من الحقوق والالتزامات المتبادلة، والتي تثقل كاهل الإدارة والمتعاقد معها، فالتزامات 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 واطراد، مثل القوانين واللوائح التنظيمية،.... مع العلم أنه لا حاجة للنص على بعض التزامات المتعاقد مع الإدارة في العقد، كونها تنبثق من التزام المتعاقد بالتنفيذ، والتعاون الشخصي مع الإدارة، ومن تعلق العقود الإدارية بالمصلحة العامة، ومن الخصائص الذاتية لهذه العقود.

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 ينفذها 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 واطراد، على نحو يُحقق النفع العام والصالح العام على أتم وأفضل وجه.

وبناءً 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، ويلبي حاجات المنتفعين من خدمات المرفق العام محل العقد.

أهمية البحث وإشكاليته:

لا شك أن فكرة الاعتبار الشخصي تلعب دوراً بالغ الأهمية في مجال العقود الإدارية، وذلك نظراً لصلة العقد الإداري الوثيقة بالمرفق العام، ومن ثم فإن الإدارة يتعين عليها أن تراعي عند إبرام العقد توافر اعتبارات معينة فيما يتعلق باختيار المتعاقد معها، وكذلك فيما يتعلق بتنفيذ العقد، وتوافر شروط ومؤهلات ذات طبيعة مختلفة من حيث اعتبارات منها (فنية-مالية-حسن السمعة-الجنسية....الخ) يكفل حسن التنفيذ والالتزام في الشروط العقدية، وتحقيق متطلبات المصلحة العامة التي تعكس سبب اختيار الإدارة للمتعاقد وانتقائه لينفذ العقد بناءً على سلطتها التقديرية، وأن تحقيق هذا المبدأ يجد أساسه القانوني في نظرية السلطة التقديرية، ومبدأ انتظام المرفق العام.. ولكن التساؤل الذي يبرز هنا ما هو مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي، وما هو نطاقها؟ هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى هل يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتنازل عن عقده، أو أن يتعاقد بشأنه من الباطن على الرغم من التزامه بالتنفيذ الشخصي؟، أم أن هذا يشكل إخلالاً بفكرة الاعتبار الشخصي ومن ثم لا يجوز له ذلك؟، ومن ناحية ثالثة قد يتعرض المتعاقد مع الإدارة لظروف معينة أثناء فترة تنفيذ العقد، مثل وفاته، أو شهر إفلاسه أو إيساره. لذا ما هو أثر هذه الظروف على الرابطة العقدية بين الإدارة والمتعاقد معها؟ وبعبارة أخرى هل تستمر الرابطة العقدية قائمة على الرغم من وجود هذه الظروف؟ أم أنها تنتهي على أثر حدوث تلك الظروف؟.

هدف البحث: يتمثل هدف البحث في محاولة الإجابة على إشكالية 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.
- وبناءً على ما سبق سوف سنتناول هذا الموضوع من خلال عرض النصوص القانونية ذات الصلة، وسنعمد على المنهج التحليلي لتحليل النصوص، وعرض الإشكالية من خلال تقسيم هذا البحث إلى مطلبين اثنين:

المطلب الأول: ماهية الاعتبار الشخصي في العقد الإداري ونطاقه.

لبيان ماهية الاعتبار الشخصي لابد لنا من تحديد مفهومه في العقود الإدارية من جهة، وتحديد نطاقه من حيث درجته ومداه في العقود الإدارية المختلفة والصفات الجوهرية محل الاعتبار في التعاقد من جهة أخرى. وبناءً على ما تقدم سنقسم المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول مفهوم الاعتبار الشخصي ونتطرق في المطلب الثاني إلى نطاقه.

الفرع الأول: ماهية الاعتبار الشخصي

يعد الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود بصفة عامة، سواءً في نطاق العقود المدنية أو في نطاق العقود الإدارية، حيث نجد أن شخصية أحد المتعاقدين أو كلاتهما تمثل عنصراً جوهرياً في التعاقد، أي أنها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر عند إبرام العقد (أبو حمزة، 2017). وإذا كان اشتراك كلاً من نوعي العقود (المدنية والإدارية) في مبدأ الاعتبار الشخصي هو حقيقة ثابتة، إلا أن ثمة تحفظاً جوهرياً تجدر الإشارة إليه -في هذا المجال- يتعلق باختلاف غاية وهدف كل من نوعي العقود، فالمصلحة العامة وضرورات سير المرفق العام بانتظام وإطراد كغاية تسعى إليها الإدارة من إبرام عقودها الإدارية يكون له بلا شك الأثر الواضح في تحديد مضمون ومفهوم الاعتبار الشخصي ونتائجه، وذلك على نحو يختلف في العقد الإداري عنه في العقد المدني (الحو، 2010).

ولا يختلف مضمون أو مدلول الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية كثيراً عنه في مجال العقود المدنية، فالاعتبار الشخصي في العقد الإداري فكرة مرنة ترتبط بإرادة التعاقد وتحديداً بإرادة الإدارة المتعاقدة التي قد تتجه إلى التركيز على ذات المتعاقد معها أو صفة من صفاته فتجعلها عنصراً جوهرياً في العقد إذ غالباً ما تراعي الإدارة اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها سواءً من حيث الكفاية المالية أو المقدرّة الفنية أو حسن السمعة والأخلاق أو الجنسية.... إلخ فمن المتصور دائماً أن تكون شخصية المتعاقد وحدها محلاً للاعتبار في التعاقد وفي تنفيذ العقد (أبو راس، 2020).

وقد أشار الفقيه الفرنسي جيز إلى الاعتبار الشخصي بقوله "إن الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد يجب أن ينفذها بنفسه وليس عن طريق شخص آخر، فالإدارة تختار شريكها في التعاقد بسبب صفاته الشخصية لأنه يتعاون معها في إدارة مرفق عام، وهذا التعاون له طابع شخصي". (JÈZE, 1931)

وعليه فإن للاعتبار الشخصي في العقود الإدارية أهمية بالغة وذلك للارتباط الوثيق بين هذه العقود والمرفق العام حيث يعد الاعتبار الشخصي من المبادئ الأساسية سواءً فيما يتعلق باختيار المتعاقد أم بتنفيذ العقد. أما بالنسبة لاختيار المتعاقد فإن الإدارة تملك سلطة تقديرية في الامتناع عن التعاقد مع شخص لا ترتضيه حتى لو اختارته لجنة البت، إذا كان تنفيذ العقد يتطلب مواصفات معينة في المتعاقد تتعلق بكفايته المالية وسمعته أو اختصاصه الفني والتعاقد مع شخص تتوافر فيه هذه المؤهلات حتى لو كان تسلسل عطائه لا يشكل الحد الأدنى للطلبات المقدّمة إلى الإدارة، أما التعاقد بالطريق المباشر فإنه يعطي للإدارة مرونة كبيرة في إبرام العقود من خلال سلطتها التقديرية في اختيار من يتعاقد معها، وقد تولي الإدارة المؤهلات الشخصية للمتعاقد اهتمامها الأول وتبرم العقد على هذا الأساس مع شخص تختاره بالذات بمحض إرادتها لأنه الأصلح للتعاقد، (أبو حمزة، 2017).

وقد قرر مجلس الدولة الفرنسي بأن الإدارة لا تلتزم بالخضوع إلى إجراءات الإبرام التي ينص عليها القانون بالنسبة لعقود الشراء العام، وذلك عندما تبرم عقود التزام مرفق عام، نظراً للاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد من ناحية، ولعدم وجود أي نص قانوني أو لائحي يجبر الإدارة على إتباع إجراء معين عند إبرامها لهذا النوع من العقود من ناحية أخرى (الحلو 2010).

هذا ويرتبط التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد بمدى علاقة العقد بالمرفق العام بحيث تطبق هذه القاعدة بغاية الصرامة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام. لذا فإن الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي لا يكون على نفس الدرجة أو المستوى بالنسبة لجميع العقود الإدارية، ذلك أن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي هو صلة العقد الإداري بالمرفق العام فكلما كان العقد وثيق الصلة بالمرفق العام كلما زاد التركيز على الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، لذلك فإن القضاء الإداري يولي اهتماماً بالغاً لقاعدة الاعتبار الشخصي في مجال عقود امتياز المرفق العام نظراً لهيمنة الملتمزم التامة على كل المرفق الذي يتولى شؤون إدارته.

هذا فضلاً عن أن الإدارة في هذا النوع من العقود تكون حريصة على أن يقوم الملتمزم بتقديم الخدمة بنفسه بواسطة عماله وأمواله.

إذن يمكن القول بأن شخصية المتعاقد أو صفاته تكون محلاً للاعتبار في مجال إبرام وتنفيذ العقد الإداري، حيث يتعين على الإدارة باعتبارها طرفاً في العقد الإداري - عند اختيار المتعاقد معها - أن تراعي في هذا الاختيار توافر مجموعة من الصفات الجوهرية في الشخص الذي تريد التعاقد معه، وذلك كي تضمن تنفيذ العقد بصورة سليمة، وعلى نحو يحقق الصالح العام على أكمل وجه، مما يؤمن سير المرفق العام محل العقد بصورة دائمة ومنتظمة (راضي، 2003).

نستنتج مما سبق أن للاعتبار الشخصي في مجال العقد الإداري فكرة مرنة ترتبط بإرادة التعاقد التي تتحدد في مجال العقد الإداري بإرادة الإدارة المتعاقدة دون إرادة المتعاقد معها، تلك الإرادة التي تستند على امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة في مجال العقد الإداري فضلاً عن تأثرها - أي الإرادة - بالغاية من العقود الإدارية ألا وهي المصلحة العامة، التي تدفع الإدارة إلى اختيار أشخاص معينين للتعاقد معهم، أو تحديد صفات معينة يتوجب توافرها في الأشخاص المتعاقدين معها، أما في مجال عقود القانون الخاص فإن الاعتبار الشخصي قد يرتبط بإرادة أحد المتعاقدين، أو كلاهما حيث أن التركيز والاهتمام قد يكون منصباً على شخصية أحد المتعاقدين كما هو الحال في عقد الوديعة، وعقد الهبة، وعقد التأمين، وغيرها من العقود الأخرى، أو قد يكون الاعتبار الشخصي محل اهتمام كبير من جانب طرفي الرابطة العقدية أي أن شخصية المتعاقد، أو أحد صفاته تكون محلاً للاهتمام من جانب كل طرف في العلاقة التعاقدية كما هو الحال مثلاً بالنسبة لعقود شركات التضامن وعقود الوكالة.

الفرع الثاني: نطاق الاعتبار الشخصي في العقد الإداري.

بعد أن انتهينا من تحديد مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي، ننتقل لبيان نطاق فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية

ففي الفقه الفرنسي يرى الأستاذ (Jéze, 1931) بأن فكرة الاعتبار الشخصي لا تكون على مستوى واحد بالنسبة لأنواع العقود الإدارية، وأن أساس فكرة الاعتبار الشخصي هو الصلة ما بين العقد والمرفق العام بأهمية

كبيرة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام، لذلك نجد أن القضاء الإداري يولي اهتماماً بالغاً لفكرة الاعتبار الشخصي في مجال عقود امتياز المرافق العامة نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى إدارته. وتعتمد فكرة الاعتبار الشخصي بدرجة كبيرة في عقود امتياز المرافق العامة على صفات أساسية للمتعاقد مع الإدارة (الملتزم) على سلوكه وأخلاقه ودرجة يساره وبالتالي فإن هذه العقود تبرم بطريقة التعاقد المباشر وليس عن طرق المناقصات.

في حين يرى الفقيه (LAUBADERE,1984) أن القضاء لا يؤكد الرأي السابق على الأقل فيما يتعلق بإعمال القاعدة في مجال تنفيذ العقود الإدارية وأنه -أي القضاء الإداري- يطبق قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ على كافة العقود الإدارية دون أن يميز أو يولي عقد الامتياز أهمية خاصة. ونرى بأن رأي الفقيه جيز أجدر بالإتباع وأن هناك تفاوتاً في مدى تطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة وذلك لسببين:

الأول: أن عقد الامتياز يضع المتعاقد في تعامل مباشر مع الجمهور من خلال إدارة مرفق عام يقوم بتقديم خدمة عامة لجمهور الأفراد، ومن ثم فإن شخصية المتعاقد (الملتزم) تكون محلاً للاعتبار من جانب الجهة الإدارية مانحة الالتزام، فإذا أقدمت هذه الجهة على اختيار متعاقد ما، دون التركيز على شخصيته، كما لو اختارت متعاقداً لا يحسن التعامل مع الجمهور، فإن ذلك سينعكس أثره بصورة سيئة على إدارة المرفق العام محل الامتياز، كما أن الجمهور قد ينفر من هذا المتعاقد لسوء معاملته لهم، وكل ذلك سيؤثر سلباً على سمعة الإدارة. الثاني: إن الاعتبار الشخصي ليس هدفاً بذاته، وإنما هو وسيلة تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق النفع العام ومصصلحة المرفق، دون النظر إلى اعتبار آخر.

ونرى بأن أساس قاعدة الاعتبار الشخصي يؤكد وجود تفاوت في تطبيق القاعدة المذكورة بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة، وذلك لأن هذه العقود تختلف فيما بينها من حيث قوة علاقتها بالمرفق العام، فهناك عقود شديدة الصلة بالمرفق العام كعقد الامتياز مثلاً، وهناك عقود علاقتها تكون أخف من العقد المذكور، وبالتالي فإن هذه الصلة -وكما ذكرنا- ليست على درجة واحدة وإنما هي على درجات متفاوتة بحسب موضوع العقد، وإن الصلة المذكورة هي التي تجعل الإدارة ملتزمة بصفات معينة يجب توافرها في المتعاقد معها، وتكون محلاً للاعتبار عند التعاقد بحيث يتعين الالتزام بتطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي كلما اشتدت صلة المتعاقد بالمرفق العام وتخف وطأة هذا الالتزام كلما تقلصت هذه الصلة والتي لا تكون على درجة واحدة بالنسبة لكافة العقود الإدارية، وإنما تختلف درجاتها بحسب اختلاف موضوع العقد، فمن غير المنطقي إذن أن يتم الالتزام وتطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي بنفس الدرجة والمستوى بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة.

ويتحدد نطاق فكرة الاعتبار الشخصي في هذا المقام بمجموعة الصفات الجوهرية التي تكون محلاً للاعتبار في التعاقد، إذ يتسع هذا النطاق ليشمل كافة الصفات الجوهرية للمتعاقد بما يشتمل عليه العقد، ويقتضيه حسن النية في تنفيذه، والصفات الجوهرية التي تكون محلاً للاعتبار في التعاقد متعددة، ومن بعض هذه الصفات المهمة (السن، الحالة الصحية، الكفاية المالية، حسن السمعة، الجنسية)، (عفيفي، 2008).

ومما تجدر الإشارة إليه أن الصفات التي تشترط الإدارة وتتأكد من وجودها في المتعاقد غير مطلوبة لذاتها بقدر ما هي وسيلة لتحقيق هدف المرفق وخدمة المنتفعين.

ونرى بأنه من الواجب على الإدارة أن تتحقق من قدرات المتعاقد اللازمة لتنفيذ العقد حفاظاً على سير المرفق العام بانتظام واطراد تحقيقاً للمصلحة العامة، ذلك أن عدم توفر القدرات المادية والتقنية اللازمة لتنفيذ العقد سيؤدي حتماً إلى تعثر المتعاقد في التنفيذ خصوصاً عندما تواجه صعوبات أو طوارئ خلال التنفيذ، مما ينعكس سلباً على حسن سير المرافق العام محل العقد. وبالتالي يلحق ضرراً بالمصلحة العامة وحاجات المواطنين.

المطلب الثاني: الاستثناءات التي ترد على مبدأ الاعتبار الشخصي

ترد بعض الاستثناءات على مبدأ الاعتبار الشخصي، أو الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد، ومن هذه الاستثناءات التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، وحالة وفاة المتعاقد وإفلاسه أو إعساره أثناء تنفيذه للعقد الإداري.

الفرع الأول: التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد

صحيح أن مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد الإداري يعد شرطاً أساسياً، ولكنه ليس مطلقاً، حيث يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يبرم عقداً مع الغير بغية تنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية (التعاقد من الباطن) عندما يجد نفسه غير قادر على تنفيذ التزاماته التعاقدية، إضافة أنه يستطيع أن يحل مكانه شخص آخر من أجل تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية الملقاه على عاتقه في العقد الأساسي (التنازل عن العقد)، (الحسين، ونوح، 2005).

أولاً- التعاقد من الباطن:

ويقصد بالتعاقد من الباطن مساهمة الغير في تنفيذ العقد الإداري المبرم بين الجهة الإدارية ومن تعاقدت منه، 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 دائماً للإدارة المتعاقدة، في حدود الأعمال المنفذة من قبله، (الأحمد، 2001)، وموافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يتطلب شكلاً معيناً فقد تكون صريحة وقد يكون ضمنياً على أن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يعتبر معه المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الإدارة، وإنما هذه الموافقة تجعل هذا التعاقد مشروعاً، ويبقى المتعاقد الأصلي هو المسؤول أمام الإدارة عن تنفيذ العقد حسب ما اتفق عليه، وما تنص عليه القوانين واللوائح المعمول بها.

على أنه لا يعد من قبيل التعاقد من الباطن ما يبرمه المتعاقد مع الإدارة من اتفاقيات أو صفقات للحصول على المواد الأولية اللازمة لتنفيذ العقد.

ومما تجدر الإشارة إليه أن فرنسا عرفت مرحلتين بهذا الخصوص، مرحلة ما قبل عام 1975، حيث كانت القاعدة التي تحكم التعاقد من الباطن هو حصول المتعاقد الأساسي على موافقة الإدارة مسبقاً كشرط أساسي للتعاقد في حال نص العقد على ذلك أم لم ينص. أما بعد عام 1975، أصبحت حرية التعاقد هي الأساس والمبدأ هو الاستثناء، حيث نصت المادة الثالثة من القانون الصادر في عام 1975، والمعدل بالقانون رقم /1075/ لعام 2018 على حق المتعاقد الأساسي بالتعاقد من الباطن من حيث المبدأ بشرط أن يحول هذا العقد وقت إبرامه مع شروط الدفع إلى الإدارة من أجل الموافقة عليها.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المتعاقد من الباطن يجوز له أن يطالب الإدارة بتعويض عما تكبده في تنفيذ العقد بناء على نظرية الإثراء بلا سبب على الرغم من عدم وجود رابطة عقدية بينه وبين الإدارة. وبناء على ماتقدم نجد أن المبدأ الأساسي أصبح حرية التعاقد من الباطن شريطة أن يحصل على موافقة لاحقة من الإدارة.

ثانياً: التنازل عن العقد:

التنازل عن العقد يعني التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير، ويكون من شأنه، إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته واكتسابه حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة (الجبوري، 2017). ولما كان التنازل عن العقد يمثل إهداراً لقاعدة الاعتبار الشخصي، لأن الأصل في تنفيذ العقود الإدارية، أنه لا يجوز للمتعاقد مع الإدارة التنازل عن العقد ولا يجوز له أن يحل غيره محله في تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد كلها أو بعضها، ومرد ذلك أن اختيار الإدارة للمتعاقد معها يخضع لاعتبارات شخصية تتعلق بمدى مقدرته المالية أو كفاءته الفنية أو حسن سمعته، ولذلك فإن تنازله عن العقد لغيره يخل بهذه الاعتبارات، وهو ما قضت به المادة 30/ من دفتر الشروط العامة الصادر بالمرسوم /450/ لعام 2004 في سورية "لا يحق للمتعاقد 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 خطية من الجهة العامة، وإن حصول المتعاقد على مثل هذه الموافقة لا يعني بأي حال من الأحوال إلزام الجهة العامة بأن تدخل في أي علاقة من أي نوع كانت مع المتعهدين الثانويين، كما لا يعفى المتعاقد من التزاماته ومسؤوليته الفنية والإدارية والحقوقية والجزائية المفروضة عليه تجاه الجهة العامة بموجب أحكام العقد".

ويترتب على مخالفة المتعاقد لأحكام التنازل عن العقد أو تعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة عدة نتائج أهمها:

- 1- إن هذا التنازل أو التعاقد يعتبر خطأ جسيماً يبرر للإدارة فسخ العقد، وتوقيع ما تراه من الجزاءات التي تتناسب مع ذلك (علي 2013).
- 2- إن هذا التنازل أو التعاقد من الباطن بغير موافقة الإدارة في الحالة الأخيرة لا يمكن أن يحتج به في مواجهة الإدارة؛ فلا المتنازل إليه ولا المتعاقد من الباطن بينه وبين الإدارة أية علاقة يمكن الاحتجاج بها لإثبات حق أو الوفاء بالتزام. وفي هذه الحالة يبقى المتعاقد الأصلي مع الإدارة مسؤولاً في مواجهتها كما لو كان هذا التنازل أو التعاقد لم يكن (الخولي، 2009).

الفرع الثاني: زوال المتعاقد

إن زوال المتعاقد يمكن أن يحصل بوفاء المتعاقد إذا كان فرداً عادياً، أو بالإفلاس والتصفية القضائية إذا كان شخصاً اعتبارياً.

أولاً- وفاة المتعاقد:

نظراً لأهمية الاعتبار الشخصي للمتعاقد في العقد الإداري، فإن وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد تطرح مسألة استمرار تنفيذ العقد أو التوقف عن تنفيذه، وفي هذه الحالة يرجع مجلس الدولة عادة إلى شروط العقد وإلى

دفاتر الشروط لترتيب الآثار التي تتولد من هذه الواقعة، وتوضيح الحكم الواجب الإلتباع أما باستمرار الرابطة العقدية أو انقضائها (فهيمى، 1993).

لذا فقد حرصت أغلب دفاتر الشروط العامة في فرنسا على بيان الأحكام الواجب الإلتباع في حالة وفاة المتعاقد محل الاعتبار، ففي مجال عقود الأشغال العامة تنص المادة /37/ من دفتر الشروط العامة على أنه في حالة وفاة المقاول، فإن العقد يعد مفسوخاً بقوة القانون ودون تعويض، إلا إذا قبلت الجهة الإدارية المتعاقدة العرض المقدم من ورثة المقاول بالاستمرار في تنفيذ الأشغال العامة.

أما بالنسبة لعقود التوريد فإن المادة /62/ من دفتر الشروط العامة تنص على أنه في حالة وفاة المتعاقد أو فقدانه لأهليته فإن وراثته، أو من يتولون سلطة الوصاية عليه، سيستمرون في تنفيذ العقد، ومع ذلك يجوز للوزير المختص أن يصدر قراراً يفسخ العقد إذا رأى أن حسن تنفيذ العقد إنما يستند إلى الكفاءة الشخصية للمتعاقد.

وحول الحل الواجب الإلتباع عن وفاة المتعاقد محل الاعتبار بخصوص استمرار الرابطة العقدية وتنفيذ العقد من قبل ورثة المتعاقد في حال عدم تعرض دفاتر الشروط، أو العقد للإجراء الواجب الإلتباع فقد اختلف الفقه الفرنسي في ذلك، حيث ذهب الفقيه (Jéze, 1931) إلى القول بأن وفاة الملتزم في عقود امتياز المرافق العامة تؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون. أما الفقيه (LAUBADERE, 1984) فيرى أن وفاة المتعاقد لا يترتب عليها فسخ العقد بقوة القانون، ومع ذلك فإن الإدارة تتمتع برخصة الفسخ إذا رأت أن شخصية المتعاقد المتوفى، كانت تشكل ضماناً أساسية لحسن تنفيذ العقد. ويذهب الفقيه (LAUBADERE, 1984) إلى القول بأن القضاء لا يؤيد الاستنتاج الذي قال به الفقيه (Jéze, 1931) ويستدل على ذلك بأحكام لمجلس الدولة الفرنسي جاء فيها أن مهمة المجلس تنحصر في التوفيق على قدر الإمكان بين مقتضيات سير المرافق العامة والحقوق التي يستمدتها الورثة من المتوفى، واستنتج من تلك الأحكام أن وفاة الملتزم في عقد الامتياز يترتب عليها ما يأتي:

1- لا يفسخ العقد بقوة القانون لمجرد وفاة الملتزم.

2- يؤول الإلتزام إلى الورثة دون حاجة لموافقة الإدارة إلا إذا نص العقد على غير ذلك.

3- في حالة تضمين عقد الامتياز شرطاً يقضي بضرورة موافقة الإدارة على حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ عقد الامتياز فإن سلطة الإدارة في هذه الحالة تغدو من قبيل سلطاتها في حالة الموافقة على التنازل عن العقد، أو التعاقد بخصوصه من الباطن، بمعنى أن الإدارة لا تستطيع أن ترفض الموافقة على حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ العقد لمجرد الرفض، بل يتعين أن تستند في رفضها إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام، مثال ذلك ضعف الكفاءة الفنية للورثة، فإذا كانت الأسباب التي تذرعت بها الإدارة غير وجيهة، فإن الورثة يستطيعون أن يحصلوا من قاضي العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر من الإدارة برفض الموافقة على حلولهم محل مورثهم، أو أن يطلبوا فسخ العقد لخطأ الإدارة، والحكم بتعويض الأضرار التي لحقت بهم من جراء هذا الرفض.

وفي سورية نص القانون رقم /51/ لعام 2004، المتضمن نظام العقود التي تبرمها الجهات العامة في الفقرة أ/ من المادة /59/ منه على أنه: "يعتبر التعهد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية:

أ- وفاة المتعهد إذا كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد وإذا لم تكن محل اعتبار فلا يفسخ التعهد لهذا السبب إلا إذا رأت الجهة العامة أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، ولا يترتب على الفسخ في هذه الحالة تعويض لأي من المتعاقدين، وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى.

ب- إفلاس المتعهد.

ومن خلال هذا النص يتبين أن المشرع السوري حسم أي نزاع يتعلق بهذه الحالة لأنه نص صراحة على ذلك.

ثانياً- إفلاس المتعاقد أو إعساره:

مرت الحلول التشريعية والقضائية في فرنسا بمرحلتين:

1- الوضع قبل عام 1967: حيث كان يوجد إمكانيتان للحل.

- عندما ينص العقد على حل معين، في حال إعسار أو إفلاس المتعاقد، بفسخ العقد بقوة القانون، أو إعطاء الخيار للإدارة بفسخ العقد أم لا، فالقضاء الفرنسي كان يطبق حرفياً ما جاء في العقد.
- في حال سكوت العقد عن ذلك، فلم يعتبر معظم الفقهاء والقضاء الإداري الفرنسي أن الإفلاس أو الإعسار سبباً لفسخ العقد إلا ضمن حالة تقدير الإدارة بأن المصلحة العامة تتطلب الفسخ، وهكذا نجد بأن القاضي الإداري، ترك الأمر لتقدير الإدارة في فسخ العقد أما لا خدمة للمصالح العام كونها هي المسؤول الأول والأخير عن تحقيق هذه المصلحة، (الحسين، ونوح 2005).

ويرى البعض أن هذا الموقف ناتج عن عدم إمكانية الإدارة في فسخ العقد كعقوبة إلا إذا ارتكب المتعاقد خطأ جسيماً في حين أن الإفلاس أو الإعسار ليس خطأ في حد ذاته لهذا استبعد القضاء الإداري الفرنسي فرضية إنساح العقد بقوة القانون في حال سكوت العقد (الحسين، ونوح 2005).

2- حالة ما بعد عام 1967: استبعد قانون 1967، المتعلق بالإفلاس والإعسار في مجال العقود الإدارية في المادة /38/ في الفقرة /2/، الفسخ الآلي للعقد الإداري إذا اعلان المصفي إرادته في تأمين تنفيذ العقد للإدارة. والفسخ لا يتم إلا في حال تنازل المصفي صراحة عن الاستمرار في تنفيذ العقد إلا أنه ومن خلال مراجعة قرارات مجلس الدولة الفرنسي، وجدنا أنه قد أقر وجود شرط في عقد الالتزام يتضمن فسخ العقد بقوة القانون في حال الإفلاس أو الإعسار وهذا يعطينا انطباع بأن هذا الحل ما هو إلا امتداداً للحلول السابقة ما قبل عام 1967، (الحسين، ونوح 2005)، وتجدر الإشارة إلى أن معظم لتشريعات العربية لم تترك للإدارة السلطة التقديرية في فسخ العقد، أو عدم فسحه بل نصت صراحة على الكيفية التي يتم بها معالجة مثل هذه الحالة، حيث طبق المشرع السوري على المتعاقد المعسر أو المفلس نفس الحكم الذي طبقه على وفاه المتعاقد التي تطرقنا إليها قبل قليل.

الخاتمة:

بعد أن انتهينا -بفضل الله- من دراسة موضوع مفهوم الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، لا بد لنا أن نبين أهم النتائج التي توصلنا إليها وما نراه من مقترحات في هذا المجال.

النتائج:

- 1- 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.
- 2- إن الاعتبار الشخصي له دوراً مهماً في مجال العقود الإدارية نظراً لصلة العقد الإداري الوثيقة بالمرافق العامة، ومن ثم فإن الإدارة باعتبارها طرفاً في العقد المذكور يتعين عليها أن تراعي اعتبارات خاصة في التعاقد معها مثل الكفاية المالية أو المقدرة الفنية أو حسن السمعة أو الجنسية...إلخ.
- 3- إن الالتزام بتطبيق مبدأ الاعتبار الشخصي لا يكون على درجة واحدة بالنسبة لجميع أنواع العقود الإدارية، لأن العقود الإدارية ليست على درجة واحدة من الأهمية، بحيث يتعين الالتزام بتطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي تطبيقاً صارماً كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام والعكس صحيح، وهذا ما يبرر التفاوت في تطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي على مختلف العقود الإدارية.
- 4- وجدنا أن المشرع السوري نصّ على اعتبار العقد مفسوخاً حكماً بمجرد وفاة المتعاقد أو إفلاسه.
- 5- يعد التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات الواردة على مبدأ الاعتبار الشخصي، وهذا التعاقد لا يجوز بدون موافقة الإدارة.
- 6- يختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد، حيث إن الأخير من شأنه حلول متعاقد جديد محل المتعاقد الأصلي، وهو بهذا المعنى يقضي على فكرة الاعتبار الشخصي، أما التعاقد من الباطن لا يؤدي إلى اهدار تلك الفكرة، كون المتعاقد الأصلي يبقى مسؤولاً بصفته الشخصية على الرغم من موافقة الإدارة على هذا التعاقد.

المقترحات:

- 1- نتمنى من المشرع السوري وضع نصّ في دفتر الشروط العامة ينظم أحكام التنازل عن العقد الإداري، أو التعاقد بخصوصه من الباطن على أن تكون الموافقة - موافقة الإدارة - كتابية، وتحديد مدة زمنية للإدارة للرد على طلب المتعاقد الأصلي.

- 2- ضرورة تعديل نص المادة /30/ من دفتر الشروط العامة في سورية بحيث تصبح كالآتي " لا يحق للمتعاقد أن يتنازل عن الأعمال التي أبرم العقد من أجلها إلا بموافقة خطية من الإدارة، وإن حصول المتعاقد الاصيلي على هذه الموافقة لا يعني بأي حال من الأحوال إلزام الإدارة أن تدخل في أي علاقة مع المتعاقدين من الباطن، كما لا يعني المتعاقد الاصيلي من التزاماته ومسؤولياته المفروضة بموجب أحكام العقد.
- 3- نوصي المشرع السوري أن يشرع قانوناً خاصاً لعقود B.O.T ، نظراً لأهمية هذا التشريع وتعلقه بمشروعات البنية التحتية العملاقة ذات الأبعاد الاقتصادية، وله مساس بالاقتصاد الوطني كله، وأبعاد خدمية اجتماعية تلامس حاجات الجمهور بصورة مباشرة، وخصوصاً أن بلدنا مقبل على مرحلة إعادة الاعمار.
- 4- نأمل من المشرع السوري أن ينظم مسألة التعاقد من الباطن بموجب قانون خاص ومستقل عن القانون رقم /51/ لعام 2004، والمرسوم رقم /450/ لعام 200.

قائمة المراجع:

أولاً: المؤلفات العامة والمتخصصة.

- 1- أبو حمزة، محمد أيمن، 2017، العقود الإدارية، منشورات كلية الحقوق، جامعة طنطا.
- 2- أبو راس، محمد الشافعي، 2020، العقود الإدارية، مكتبة القانون، القاهرة.
- 3- الأحمد، نجم، 2001، التعاقد من الباطن، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.
- 4- الجبوري، محمود خلف، 2017، العقود الإدارية، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- 5- الحسين، محمد ونوح، مهند، 2005، العقود الإدارية، منشورات جامعة دمشق.
- 6- الحلو، ماجد راغب، 2010، العقود الإدارية والتحكيم، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- 7- الخولي، عمر، 2009، الوجيز في العقود الإدارية، مكتبة الشقري للنشر والتوزيع.
- 8- راضي، مازن ليو، 2003، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الاسكندرية.
- 9- عفيفي، أيمن محمد، 2008، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 10- علي، إبراهيم محمد، 2013، آثار العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة.
- 11- فهمي، عمر حلمي، 1993 الأحكام العامة للعقود الإدارية، دار الثقافة الجامعية.

ثانياً: القوانين

- 1- القانون رقم /51/ لعام 2004 المتضمن نظام العقود الموحد في سورية.
- 2- المرسوم رقم/450/ لعام 2004 دفتر الشروط العامة لنظام العقود الموحد.

ثانياً- المراجع باللغة الفرنسية

- 1_JÈZE: La théorie générale des contrats de Administration, T.1, Paris,1931.
- 2_LAUBADERE, , Traité des contrats administratifs, L.G.D.J, paris, T2, 1984.

The concept of personal account in the administrative contract

AL- Hamad H

Abstract

In this research we have dealt with one of the main principles in administrative contracts, namely the principle of personal consideration in the administrative contract, where we discussed in the first requirement what personal consideration in an administrative contract is and its scope, by explaining what it is in administrative contracts (the first section), then we dealt with the scope of Or the degree of personal consideration in the administrative contract (the second branch), while we touched on the second requirement of the exceptions that come to the principle of personal consideration, as we explained in (the first section) the two issues of subcontracting and assignment of the contract, while we explained in (the second branch) the contractor's demise.

In conclusion, we reached a set of results, and attached some suggestions to them.

Keywords: Administrative contract, personal consideration, management, contractor, public facility, subcontracting.