

فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الادارية

م.م.شاكر اكباشي

المقدمة

نظراً لتوسع وتطور مهام الدولة المختلفة ومن اجل بناء الحياة الاقتصادية حيث تلجأ الإدارة في تنفيذ تلك المهام إلى عدة وسائل قانونية ومن هذه الوسائل هي العقود الإدارية حيث كثيراً ما تجد الإدارة نفسها لسبب أو آخر مضطرة إلى إتباع طريقة الاتفاق الودي والرضائي مع الأفراد او الشركات او الأشخاص القانونية لتقوم بأداء واجبات الوظيفة الإدارية بما يحقق النفع العام. تقوم الإدارة على إبرام عقود بينها وبين الأشخاص الأخرى متى ما قدرت ان أسلوب التعاقد هو الأفضل في تحقيق الأهداف العامة للوظيفة الإدارية، وقد ازدادت في الوقت الحاضر إلى أهمية إبرام العقود الإدارية نتيجة ازدياد حجم العقود التي تبرمها الإدارة في ظل التطور التكنولوجي وما واكبه من ظهور الاحتكارات الرأسمالية وتطور وسائل الاتصال، كما ان نظام الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار الذي اتجهت معظم الدول الحديثة إلى الأخذ به وبذلك أصبحت الدولة تعهد بتنفيذ مشاريعها ومهامها إلى رجال الأعمال من المقاولين وغيرهم عن طريق إبرام العقود الإدارية. فان الإدارة عند إبرامها للعقود الإدارية يتعين عليها اتباع وسائل وطرق معينة لاختبار المتعاقد ومنها

المناقصة او المزايدة وتخضع لإجراءات وقيود لا مثيل لها في نطاق التعاقد الخاص لكون هذه العقود ذات صلة وثيقة بالمرافق العامة.

وعليه فان فكرة الاعتبار الشخصي تلعب دوراً بالغ الأهمية في مجال العقود الإدارية نظراً لصلة العقد الإداري الوثيقة بالمرافق العام مما يتطلب على الإدارة ان تراعي اعتبارات خاصة وتوافر شروط ومؤهلات في المتعاقد ذات طبيعة مختلفة من حيث اعتبارات منها (فنية – مالية – حسن السمعة – الجنسية – قانونية) يكفل حسن التنفيذ والالتزام في الشروط العقدية وتحقيق متطلبات المصلحة العامة التي تعكس سبب اختيار الإدارة للمتعاقد وانتقائه لينفذ العقد بناءً على سلطتها التقديرية وان تحقيق هذا المبدأ يجد أساسه القانوني في نظرية السلطة التقديرية ومبدأ انتظام المرفق العام.

ومن اجل الإلمام بموضوع فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية قسم المبحث إلى ثلاثة مباحث ، الأول مبحث تعريف فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية وهذا في مطلبين: الأول تطرقنا فيه إلى مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي والثاني نطاق فكرة الاعتبار الشخصي، اما المبحث الثاني خصص لدراسة الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي والتزامات المتعاقد وذلك بمطلبين الأول الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي والمطلب الثاني التزامات المتعاقد مع الإدارة اما المبحث الثالث درسنا فيه آثار فكرة الاعتبار الشخصي وفي مطلبين الأول الآثار المتعلقة في الانعقاد والمطلب الثاني الآثار المتعلقة بالتنفي

المبحث الأول

التعريف بفكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية

تعد أساليب التنفيذ للعقود الإدارية عن طريق عقود الأشغال العامة التي تبرمها الإدارة من أهم الأساليب أو الطرق في الوقت الحاضر ، إن قيام الدولة باتفاق مع أفراد أو شركات لتنفيذ مختلف أعمالها وفقاً للإجراءات وشروط خاصة تعتمد الإدارة عليها حسن تنفيذ الأعمال بالشكل الذي يؤمن تحقيق الصالح العام .

وللصلة الوثيقة بين العقد الإداري والمرفق العام فالإدارة تراعي اعتبارات عديدة يتطلب توافرها بالمتعاقد معها سواء أكان ذلك بالمقدرة المالية أو الفنية والسمعة والجنسية وسوف نتناولها في مبحث آخر فإن الاعتبار الشخصي يأخذ الموقع الأول فيما يتعلق باختيار المتعاقد أو تنفيذ العقد .
وعليه قسم هذا المبحث إلى مطلبين الأول للبحث في مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي والثاني نبحث فيه نطاق فكرة الاعتبار الشخصي .

المطلب الأول

مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي

تعد فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود بصفة عامة ، سواء في نطاق العقود المدنية أو في نطاق العقود الإدارية ، حيث تجد أن شخصية أحد المتعاقدين تمثل عنصراً جوهرياً في التعاقد ، أي أنها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر عند إبرام العقد^(١) .

فان فكرة الاعتبار الشخصي تظهر في سائر العقود المدنية حيث يتم التركيز أكثر الأحيان على شخصية المتعاقد او صفة جوهرية من صفاته دون إعطاء أهمية مماثلة لشخص المتعاقد الآخر او صفاته^(٢).

فالاعتبار الشخصي يرتبط بالبائع الدافع الى التعاقد فاذا كانت شخصية المتعاقد هي البائع الدافع الى التعاقد فان العقد يتسم بالاعتبار الشخصي . في عقد المقاولة مثلاً نجد ان صاحب العمل يركز كثيراً على شخصية المقاول او صفة من صفاته في حين لانجد مثل هذا التركيز من جانب المقاول . اي انه في هذا العقد ينظر صاحب العمل الى جملة من الصفات التي يجب توفرها في المقاول . وكذلك في العقود المدنية الأخرى فعقد الهبة تكون شخصية الموهوب او صفة من صفاته موضع اهتمام واسع من قبل الواهب وأيضاً نرى ذلك في عقد الوديعة فان المودع يأخذ بنظر الاعتبار شخصية المودع لديه او صفة من صفاته وأيضاً العقود الأخرى .

وهناك أيضاً طائفة من العقود المدنية يحتل الاعتبار الشخصي مركزاً مهماً واهتمام كبيراً من جانب طرفي العقد بمعنى ان شخصية المتعاقد او صفة من صفاته تكون محل اعتبار وأهميه من جانب ككل طرف في العلاقة العقدية ممثلاً عقود شركات التضامن التي يراعى بها كل شريك شخص الشريك الآخر وصفاته وكذلك في عقود الوكالة حيث تكون شخصية المتعاقد او صفة من صفاته محل اهتمام من جانب الطرفين المتعاقدين حيث يتم التركيز على شخص كل من الموكل والوكيل او صفة من صفاتهما ويمتد هذا الاهتمام او التركيز طول مدة العقد^(٣).

إما في مجال العقود الإدارية من فكرة الاعتبار الشخصي تلعب دوراً كبيراً وذات أهمية عالية نظراً لصلة العقد الإداري بالمرفق العام فإن الإدارة تراعي اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد معها وهذه الاعتبارات من حيث الكفاية المالية – المقدرة المالية والفنية والسمعة والجنسية

فان فكرة الاعتبار الشخصي هي من الأفكار الأساسية فيما يخص اختيار المتعاقد او تنفيذ العقد

ونظراً لصلة العقد الإداري الدقيقة بالمرفق العام فانه من المسلمات ان يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ فالتزامات التعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز أن يحل غيره فيها (٤).

وأكدت الطبيعة الشخصية للالتزامات المتعاقد مع الإدارة محكمة القضاء الإداري المصرية (ان العقد المبرم بين المدعي والحكومة هو من العقود الإدارية التي تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ، ولو لم ينص عليها في العقد ، ومن هذه القواعد ان الالتزامات التعاقد مع الإدارة التزامات شخصية (٥) وهذا يعني بأن العقد القائم على الاعتبار الشخصي يجعل الالتزامات العقدية شخصية فلا يجوز التنازل عنها او تنفيذها بواسطة الغير فالاعتبار الشخصي يعد مانعاً للموانع انتقال الالتزام .

ويتضح على ما تقدم بان سائر العقود الإدارية تعد شخصية المتعاقد او صفاته محلاً للاعتبار في مجال إبرام وتنفيذ العقد الإداري ففي عقد الإشراف العامة تكون شخصية المتعاقد (المقاول) او صفاته عنصراً مهماً وأساسياً في هذا العقد وكذلك في عقد الامتياز وعقد التوريد وسائر العقود الادارية .

أن فكرة الاعتبار الشخصي هي ليس نفسها في كافة العقود الإدارية حيث تختلف من عقد لآخر هو حسب أهمية وصلة العقد بالمرفق العام الذي هو محل العقد ، وعندما تكون هذه الصلة وثيقة بالمرفق العام كلما نضجت فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة .

المطلب الثاني

نطاق فكرة الاعتبار الشخصي

بعد ان انتهينا من تحديد مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود المدنية وفي مجال العقود الإدارية يتطلب منا بيان نطاق فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية اي بمعنى تطبيق هذه الفكرة على مستوى واحد في كافة العقود الإدارية او وجود فارقاً في درجة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية المختلفة .

في الفقه الفرنسي يرى الأستاذ (Jeze) بان فكرة الاعتبار الشخصي لا تكون على مستوى واحد او الدرجة بالنسبة لأنواع العقود الإدارية وان أساس فكرة الاعتبار الشخصي هو الصلة ما بين العقد والمرفق العام بأهمية كبيرة كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام فان القضاء الإداري يولي اهتماماً بالغاً لفكرة الاعتبار الشخصي في مجال عقود امتياز المرافق العامة نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى إدارته^(٦).

وتعتمد فكرة الاعتبار الشخصي بدرجة كبيرة في عقود امتياز المرافق العامة على صفات أساسية للمتعاقد مع الإدارة (الملتزم) على سلوكه وأخلاقه ودرجة يساره فان هذه العقود تبرم بطريقة الممارسة وليس عن طرق

المناقصات والمزايدات لكون الإدارة في هذه الطريقة تتمتع بحرية واسعة في اختيار الأحسن من الأشخاص لإدارة المرفق العام محل عقد الالتزام^(٧).

إما الأستاذ A.Delaubaderes فيرى ان القضاء الإداري لا يؤيد رأي الفقيه Jeze فيما يتعلق بفكرة الاعتبار الشخصي في محل تنفيذ العقود الإدارية حيث يرى ان الالتزام الشخصي بالتنفيذ على جميع العقود الإدارية دون تمييز^(٨).

أما الفقه المصري فقد أيد ما جاء به رأي الفقيه Jeze اعتماداً على ان عقد الامتياز يكون فيه المتعاقد يتعامل مباشرة مع الجمهور من خلال إدارة المرفق العام فيقدم الخدمات العامة لذا يكون شخصية المتعاقد (الملتزم) محل اعتبار من قبل الإدارة مانحة الالتزام فان اي اختيار للمتعاقد ما لا يحسن التعامل سيعكس أثره بصورة سيئة عن إدارة المرفق العام وبالتالي سيؤثر على سمعة الإدارة ، إضافة إلى ان الاعتبار الشخصي وسيلة تتمكن من خلالها الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري ليحقق النفع العام^(٩).

ومن خلال ما ورد أعلاه فأننا نقول بان فكرة الاعتبار الشخصي تكون ذات قيمة عليا في كافة العقود الإدارية لكون هذه العقود تقدم خدمات النفع العام قد تختلف بين عقد وآخر وان هذا الاختلاف يكون واضحاً عن مدى صلة العقد بالمرفق العام محل العقد فالأساس التي تقوم عليه فكره الاعتبار الشخصي هو صلة العقد بالمرفق العام فان مقاولات الإشغال العامة تحتل مكانه مهمة بين

العقود الإدارية لكون هذه المقاولات ترتبط بالحاجة الماسة لبناء الدولة في المشاريع الكبرى والتي تكون طويلة الأمد خاصة الدول التي عانت من هدم البنية التحتية لها وعلى سبيل المثال لبنان والعراق وكافة الدول التي عانت من تخريب ودمار نتيجة الحروب .

إضافة الى ما تقدم فان نطاق فكرة الاعتبار الشخصي يرتبط أيضاً بالصفات الجوهرية التي تكون محلاً للاعتبار في انعقاد العقد وسوف نتناولها في بحث آخر .

المبحث الثاني

الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي والتزامات المتعاقد

ان فكرة الاعتبار الشخصي هي من الأفكار التي ابتدعتها مجلس الدولة الفرنسي اذ انه قرر في احكامه ان الإدارة لا تلتزم بالخضوع الى إجراءات الإبرام التي نص عليها القانون بالنسبة لعقود الشراء العام ، نظراً لضرورة الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد من ناحية ولعدم وجود اي نص قانوني او لائحي يجبر الإدارة على إتباع إجراء معين عند إبرامها لهذا النوع من العقود من ناحية أخرى .^(١٠)

من هذا يتضح ان فكرة الاعتبار الشخصي تستند في أساسها الى أمرين الأول هو الجوانب الشخصية في العقد المبرم والثاني يستند الى سلطة الإدارة في تنظيم المرفق العام محل العقد اذ يتوجب على المتعاقد ان ينفذ التزاماته شخصياً لتسيير المرفق العام والمتعاقد لا يستطيع ان يتوقف عن هذا التنفيذ حتى في حالة حصول خلافات بينه وبين الإدارة فحصول مثل هذه الخلافات وامتناع الإدارة عن التنفيذ لا يعفي الملتزم المتعاقد من السير بتنفيذ التزاماته لتعلق ذلك بالمرفق العام وهذا هو الذي يبرر السلطة التقديرية للإدارة في اختيار أفضل الأشخاص للتعاقد مع المرفق العام دون التقييد بإجراءات معينة تلتزم بها في العقود الأخرى لذلك فان فكرة الاعتبار الشخصي من حيث الأساس القانوني تستند الى الأساس التعاقدي ، ومدى اتصال العقد الإداري مع المرفق العام وعند ذلك تلعب هذه الفكرة دوراً أساسياً في جميع العقود الإدارية ، صحيح ان هذه الفكرة قد تختلف من عقد إداري لآخر بحسب أهميته ومدى

صلته بالمرفق العام محل العقد وعند ذلك يرجح الأساس القانوني القائم على صلة العقد بالمرفق العام اذ انه يجعل الإدارة ملتزمة بمراعاة صفات معينة يجب ان تتوفر في المتعاقد وتكون محلاً للاعتبار بحيث يتعين الالتزام الشديد بتطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام وتخف وطأة الالتزام كلما ابتعدت صلة العقد عن المرفق العام سنتولى بحث الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي في المطلب الأول من هذا المبحث .

أما عن التزامات المتعاقد مع الإدارة فهذه الالتزامات قد تكون التزامات عامة تحكمها نظرية العقد الإداري وهي تصح في جميع العقود الإدارية سواء كانت مبنية على فكرة الاعتبار الشخصي او غير مبنية عليها ولكن التزامات للمتعاقد مع الإدارة تختلف في صورها وأوضاعها حسب اختلاف موضوع العقد ولاسيما الالتزامات المتعلقة بضمان سير المرفق العام بانتظام وباضطراد وكذلك التزام المتعاقد شخصياً بالتنفيذ سنتولى بحث هذه الالتزامات بالمطلب الثاني من هذا المبحث .

المطلب الأول

الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي

ذكرنا فيما سبق ان هذا الأساس يكمن في واحد من أساسين هما :

(١) الأساس العقدي

(٢) مبدأ انتظام سير المرفق .

وكلا الأساسين له وجود في العقد الإداري القائم على فكرة الاعتبار الشخصي فإبرام العقد الإداري قد يكون ضمن اعتبارات معينة تقدرها الإدارة هذا من جهة وان انتظام سير المرفق العام باضطراد واستمرار قد يكون هو الأساس في تبني فكرة الاعتبار الشخصي ترد استثناء على الأصل العام الذي هو ان الإدارة تطبق مبدأ المساواة في اختيار من تتعاقد معه سنتولى بحث هذه المواضيع بفرعين وكما يأتي :

الفرع الأول

الأساس العقدي لفكرة الاعتبار الشخصي

ان العقد بشكل عام والعقد الإداري ومنه عقد الإشغال العامة بشكل خاص قد يبرم بناءً على صفات جوهرية تكون محلاً للاعتبار في التعاقد والواقع ان فكرة الاعتبار الشخصي تتسع لكافة الصفات المتعلقة بما يشتمل عليه العقد ويتطلبه مبدأ حسن النية في التنفيذ^(١) .

ومن الصفات الجوهرية التي قد تكون محلاً للاعتبار في التعاقد هي :

أولاً : الكفاءة المالية :

وتعني درجة يسار وملائمة من الناحية المالية ، وهذه الصفة تمثل ضماناً هامة لتنفيذ العقد الإداري وتحقيق النفع العام وخاصة في عقود الإشراف العامة التي يتطلب تنفيذها إمكانيات مالية ضخمة مثل تنفيذ الإنفاق والجسور والأبنية ومشاريع الطرق وغيرها .

وقد وردت هذه الصفة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ م في الفقرة ح من المادة (٥) /ثانياً بخصوص درجة وصنف المقاول المطلوب بالنسبة لمشاريع ومقاولات الإشراف العامة المراد تنفيذها وفقاً لتعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين النافذة رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ م الصادرة من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي ويقصد بدرجة المقاول هو مستوى كفاءته المالية من

خلال اعتماد هوية تسجيل المقاولين التي رسمت مستويات مالية لتسجيل وتصنيف المقاولين بما يتلائم مع تنفيذ المشروع بمعنى ان هذه الدرجة تسمح للمقاول الحصول على حد أعلى من المشاريع تتناسب وكلفة المشروع ومع ذلك فان هذه التطبيقات قد تشكل عائقاً إمام المقاولين اذ المطلوب في بعض العقود الإدارية ليس الجانب المالي فقط وإنما الجانب الفني ونرى ان ربط هذه الجهة بالسلطة التنفيذية او الجهات الإدارية أمر غير مستساغ منعاً في عدم الدقة في اختيار المقاول او تقليل فرص الفساد الإداري والمالي في هذا الصدد .

ثانياً :المقدرة الفنية:

يقصد بها المؤهلات الفنية والخبرات العملية فهذه الصفات تكون محلاً للاعتبار والتقدير من جانب الإدارة ولاسيما في عقود الإشتغال العامة وان الفقرة ح/ثانياً من المادة(٥) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية المشار إليها قد أشارت الى هذه المقدرة الفنية بتوفر المؤهلات الفنية للمقاول وتأثير ذلك على تحديد درجة وصنف المقاول.

ثالثاً : الجنسية :

يقصد بالجنسية رابطة قانونية سياسية تربط الشخص بدولته ، وقد تكون هذه الجنسية للمتعاقد مع الإدارة صفة جوهرية للمتعاقد معها في بعض أنواع من العقود الإدارية لاسيما عقود ذات الطابع السري حيث يفضل ان يكون المتعاقد من مواطني الدولة حرصاً على الحفاظ على الأمن العام وأحياناً تكون هناك قيود على الجهة الإدارية المتعاقدة تقرض عليها عدم التعامل مع أشخاص يحملون جنسية دولة معينة كإسرائيل .

رابعاً :الحالة الصحية :

وهذه أيضاً صفة جوهرية تكون محل اعتبار من جانب الإدارة في العقود الإدارية وان يكون المتعاقد ذي صحة جيدة فمرضه يؤدي الى توقف بتنفيذ العقد توقفاً نهائياً أو جزئياً .^(١٢)

خامساً :السن :

ان بلوغ سن الأهلية تعتبر شرطاً عاماً في مختلف العقود الإدارية والسؤال الذي يثار في هذا الصدد هل ان الأهلية مطلوبة في العقود الإدارية هي أهليه

الإدارة أو أهليه التصرف فالاتجاه بتطبيق أهليه الإدارة ومن ثم اعتبار الأهلية مطلوبة هي سن التمييز غير صحيح فان تنفيذ هذا العقد يتطلب قبض مستحقات والتنازل عن كثير من المسائل المالية مما يتطلب معه ان تكون الأهلية أهلية التصرفات وهي تمام سن الثامنة عشر بالنسبة للعراقي استناداً لما ورد في المادة (١٠٦) من القانون المدني العراقي التي حددت سن الرشد بتمام سن الثامنة عشر من العمر ، إما بالنسبة للشخص الطبيعي الأجنبي فقد أشارت المادة ١٨ من القانون المدني العراقي في فقرتها الأولى إلى تطبيق قانون جنسية الشخص الأجنبي في مسائل الأهلية ما لم يكن قد ارتكب غشاً نحو تطبيق هذا القانون فالغش نحو تطبيق القانون يكون مانعاً من موانع تطبيق القانون الأجنبي وعددها يعد الأجنبي كامل الأهلية في المسائل المالية التي حصل فيها غش في تحديد سن الأهلية .

سادساً : حسن السمعة :

يشترط أيضاً ان يكون المتعاقد مع الإدارة على درجة كبيرة من حسن الأخلاق والسمعة الطيبة في التنفيذ وان يكون حريصاً على الوفاء بالتزاماته دون ملاحظة .

ان الأثر المترتب على مخالفة هذه الصفة الجوهرية بان يكون المتعاقد مماتلاً ولا يتمتع بسمعة طيبة هو وضع المتعاقد في القائمة السوداء ومنع التعاقد معه في جميع المشاريع التي تقوم جميع الإدارات الحكومية بتنفيذها .

في رأينا إضافة صفة أخرى الى صفات المتعاقد مع الإدارة وهي صفة الديانة وذلك لوجود بعض العقود الخاصة مرتبط بالديانة – مثل هذه- الإشغال او المقاولات بناء بعض المساجد الكبيرة او الكنائس وغيرها والتي تتطلب

إمكانيات فنية ومالية ذات مستوى عالي ولا جل المحافظة على السمات او الميزات التي تسمح بها هذه الأعمال ولعدم المساس وتجذب محاولات التأثير على مميزات هذه الأبنية او المشاريع التي لها طابع خاص .
ان الصفات المذكورة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالغاية من العقود الإدارية المتمثلة بتحقيق المصلحة العامة وتأمين حسن سير المرافق العامة بصورة منتظمة ودائمة .

على ضوء ما ذكر ان ابرام العقد الاداري وتنفيذه على فكرة الاعتبار الشخصي يقوم اساساً على المؤهلات والصفات التي ذكرت سابقاً والتي يكفل بها حسن تنفيذ الشروط العقدية وتحقيق متطلبات المصلحة العامة والتي تعكس السبب في انتقاء التعاقد لتنفيذ العقد وهذا يكفل للادارة تفادي الكثير من المخاطر الناتجة عن عدم كفاءة بعض المتعاقدين في تنفيذ العقود الادارية.
ومن النتائج المهمة لفكرة الاعتبار الشخصي هي التزام المتعاقد مع الادارة في التنفيذ الشخصي للعقد على ضوء الشروط العقدية مما يتطلب منه بذل الجهود والعناية اللازمة والاشراف المباشر على التنفيذ وضمان استمرار العمل وفقاً لشروط العقد محل الالتزام.

المبحث الثاني

الفرع الثاني

مبدأ انتظام سير المرفق العام

ان فكرة المرفق العام احتلت حيزاً واسعاً واهتماماً كبيراً من الفقه والقضاء الإداريين لكون هذا المرفق او الفكرة تمثل الأساس الذي قامت عليه مبادئ ونظريات القانون الإداري وبحكم عدها أساساً للقانون الإداري ومعياراً لاختصاص القضاء الإداري^{١٣}.

ومفهوم المرفق العام هو الأكثر تعقيداً في القانون الإداري وذلك لصعوبة تقديم تعريف واضح وسببها التطور السريع والكثيف الذي رافق مفهوم المرفق العام يعد أكثر أهمية المرفق العام أكثر أهمية من مفهوم السلطة العامة كمعيار للقانون الإداري فالمرفق العام يعني تدخل الدولة التي ترعى مواطنيها عبر مبادئ المساواة والعطاء والتضامن^{١٤}.

لقد وضعت تعاريف عديدة للمرفق العام منها من اعتمد على المفهوم المادي وقسماً آخر أخذ بالمفهوم العضوي ولكن الأغلب يميلون إلى المفهوم المادي في التعريف ففي فرنسا أخذ الفقيه (DUGUIT) بالمفهوم المادي وعد المرفق العام (كل نشاط ينبغي على الحكام ان يضمنوا قيامه وتنظيمه ومراقبته لان القيام بهذا النشاط ضروري لمبدأ التضامن الاجتماعي ولان طبيعته لا تساعد على تحقيقه دون تدخل السلطة العامة).

وفي مصر العربية أخذ غالبية الفقهاء بالمفهوم المادي وقد عرفه د. سليمان محمد الطماوي (يستعمل اصطلاح مرفق عام للدلالة على معنيين فقد يستعمل للدلالة على نشاط من نوع معين يقوم به الإدارة لصالح الأفراد)^{١٥}.
في العراق عرفه د. إبراهيم الفياض استناداً إلى المدلول المادي بقوله (المرفق العام هو كل نشاط موضوعه تلبية احتياج عام هدفه تحقيق الصالح العام وتكون الدولة الكلمة العليا في خلقه وتنظيمه وإدارته بصورة مباشرة أو غير مباشرة)^{١٦}.

التعاريف أعلاه أخذت بالمفهوم المادي للمرفق العام وهناك تعاريف أخذت بالمفهوم العضوي في تعريف المرفق العام ففي فرنسا الفقيه مورو (MOREAU) المعتمد على المفهوم العضوي فعرف المرفق العام (مجموعة من الوسائل المادية والبشرية التي يؤدي بواسطتها الشخص الإداري مهامه)^{١٧}.
وفي مصر فقد عرفه د. وحيد فكري رأفت (ان المصالح العمومية هي الهيئة والمشروعات التي تعمل بإطراء وانتظام تحت إدارة الدولة أو احد الأشخاص الإدارية الأخرى المباشرة أو تحت إدارتها العليا لسد حاجات الجمهور والقيام بأداء الخدمات العامة)^{١٨}.

وفي العراق يميل الدكتور ماهر صالح الجبوري إلى المفهوم العضوي حيث عرف المرفق العام (نشاط تتولاه الدولة مباشرة أو يقوم به شخص من أشخاص القانون الخاص تحت إشرافها لإشباع حاجات عامة وتحقيق النفع العام)^{١٩}.
من خلال عرض التعاريف يتضح لنا بان المرفق العام يقوم بإشباع حاجات عامة وتحقيق النفع العام على أن تكون مستمرة وبذلك يقتضي استمرار المرفق

العام في العمل بكل انتظام لغرض إشباع هذه الحاجات والنفع العام. وبذلك ممكن تحديد أهداف المرفق العام والتي تشمل أولها هو تحقيق النفع العام لذلك يعد النفع العام ركن أساسي لقيام المرفق العام وفي حالة هدف المرفق العام عدم تحقيق النفع العام فقد المشروع صفة المرفق العام حتى وان كان تابع للدولة او لأشخاص القانون العام لذلك رفض مجلس الدولة الفرنسي إضفاء صفة المرفق العام على النشاطات التي لا تنطوي على نفع عام مثال ذلك كاستغلال كازينو او تنظيم سباق الخيل^{٢٠} وأيضا من أهدافه ضرورة الاستمرار في مزاوله عمله او نشاطه لتقديم الخدمة العامة حتى في حالة وجود خسائر مادية لإشباع حاجات الجمهور بلغت أهمية كبيرة في حياتهم فيجب ان يستمر وبشكل منتظم لمزاوله نشاطه وبدوره يحقق ربح مادي للإدارة وبذلك يختلف عن المشروعات الفردية^{٢١}.

إضافة إلى ذلك أن تكون مجانية الخدمة المقدمة من قبل المرفق العام لكونه لا يستهدف أساساً الربح وفي نفس الوقت إذا قام المرفق العام بتحديد رسم معين على طلب المنفعة فهذا لا يعني إلغاء صفة المرفق العام لكون الرسم نوع من توزيع الأعباء العامة على الجمهور^{٢٢}.

اما عن صلة المرفق العام بالعقود الإدارية فان الإدارة تتمتع بامتيازات لا مثل لها في عقود القانون الخاص والسبب يعود لاستمرار المرفق العام بانتظام واطراد كما ان المتعاقد معها يتمتع بضمانات مهمة وان القضاء الإداري ينظر إلى المتعاقد بأنه متعاون مع الإدارة في تسيير المرفق العام فان الغاية من إنشاء المرفق العام هي تقديم الخدمة إلى الأفراد فيتطلب على الإدارة تحديث المرافق العامة وإدخال التعديلات وتقديم العلم والتكنولوجيا ولا يستطيع احد الوقوف بوجه الإدارة من اجل تطوير المرفق العام وتستطيع الإدارة إصدار قرارات

إدارية بإرادتها المنفردة لتغيير المراكز والأوضاع القانونية والغاية هي ضمان سير المرافق العامة بانتظام وحماية النظام العام^{٢٣}.

ونتيجة للتطور الحاصل في العالم في علوم التكنولوجيا والقيام بإنشاء مشاريع عملاقة تحتاج إلى امكانية علمية ومالية كبيرة وخبرة عالية تلجأ الإدارة إلى الأخذ بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ عقودها الإدارية بعد حصول الموافقات القانونية التي يسمح لها باختيار المتعاقد معها لتنفيذ المشاريع أو تطوير المشاريع التي تقدم الخدمات وتلبي حاجات الأفراد وضمان استمرار المرفق العام بتقديم الخدمات، تختار الإدارة المتعاقد على ضوء فكرة الاعتبار الشخصي والتي يتجلى بوجود عدد من الصفات الجوهرية للمتعاقد ومنها شخصية المتعاقد – كفاءته المادية – الخبرة – ومدى التزامه بتنفيذ العقد وفق شروط العقد مع الإدارة وأن يكون التنفيذ من قبله شخصياً.

وتميزت فكرة الاعتبار الشخصي في عقود الإشتغال العامة ما يفضل بإنشاء المرفق العام وكذلك عقود الامتياز والذي تتصل بإدارته وتطبيقه واستمراره وأيضاً عقود التوريد.

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأن العقود الإدارية تخضع إلى قاعدة رئيسية ومهمة وجوهرية مفادها أن المتعاقد مع الإدارة يلتزم بتنفيذ التزاماته العقدية ويضمن عدم تعرض السير المستمر المنظم للمرفق العام للخطر^{٢٤}.

وهنا لا بد من الإشارة إلى الجهة التي تتولى فض المنازعات في العقود الإدارية في بداية القرن العشرين تكون من اختصاص القضاء الإداري في كل ما يتعلق بتنظيم وسير المرافق العامة وقد أرسى القضاء الإداري الفرنسي

اساس هذه الفكرة (المرفق العام) في حكم شهير لمحكمة التنازع (بلانكو) في ٨ شباط ١٨٧٣ وفي هذا الحكم اعتمد القضاء الاداري معيار المرفق العام في تحديد اختصاص القضاء الاداري وكذلك اكدت احكامه بصور حكم (تربية) عام ١٩٠٣ وبذلك انتقلت منازعات العقود الإدارية إلى اختصاص القضاء الإداري بكل إشكالها^{٢٥}.

المطلب الثاني

التزامات المتعاقد مع الإدارة بالتنفيذ الشخصي للعقد

من الواضح بان العقد الإداري سائر العقود الأخرى التي تترتب عليها التزامات وحقوق متبادلة بين طرفي العقد او الطرفين المتعاقدين وتقصد هنا الإدارة المتعاقد معها ولكل طرف حقوق يستطيع مواجهة الطرف الثاني وبالمقابل عليه التزامات إزاء الطرف الثاني. وفي العقد الإداري فان الإدارة تتمتع بسلطات ومميزات في مواجهة المتعاقد معها وتتمثل في سلطة الرقابة والتوجيه وسلطة التعديل بالعقد وإبرادتها المنفردة ولها أيضا سلطة في توقيع الجزاءات اتجاه المتعاقد في حالة إخلاله وعدم تنفيذه بالتزاماته التعاقدية وبالمقابل على الإدارة الالتزام واحترام شروط العقد والعمل على تنفيذ العقد عند المصادقة عليه إضافة إلى احترام مقتضيات حسن النية في تنفيذ العقد. وقبل التطرق إلى الالتزامات الخاصة بالمتعاقد مع الإدارة لا بد من الإشارة إلى الحقوق الخاصة بالمتعاقد في مواجهة الإدارة من هذه الحقوق هو حق المتعاقد في الحصول على المقابل المالي المتفق عليه ضمن بنود العقد

والحصول أيضا على التعويض وحقه في التوازن المالي للعقد الإداري إضافة إلى المتطلبات التي يجب على الإدارة الالتزام بها ضمن شروط العقد.

أما عن الالتزامات المتعاقد مع الإدارة فأنها تختلف في صورها وأوضاعها باختلاف موضوع العقد وقد ينصب العقد على توريد بضائع أو تقديم خدمات للإدارة أو نقل إنسان أو حيوان أو مواد أو المساهمة في تسيير المرفق العام أو القيام بأشغال عامة^{٢٦}.

ومن أهم الالتزامات :

- (١) التزام المتعاقد بدفع التأمين.
 - (٢) التزام المتعاقد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية.
 - (٣) التزام المتعاقد باحترام المدة الخاصة بتنفيذ العقد.
 - (٤) التزام المتعاقد بضمان سير المرفق العام.
 - (٥) التزام المتعاقد بالتنفيذ الشخصي للعقد.
- سنتناول في هذا المطلب الالتزام الشخصي لتنفيذ العقد لكون جوهر الموضوع هو فكرة الاعتبار الشخصي المبنية أساساً على كون المتعاقد محل اعتبار للإدارة وكون المتعاقد تم اختياره لتمتعه بصفات جوهرية والتي تم التطرق إليها في دراستنا والتي كانت سبباً لاختيار المتعاقد مع الإدارة لذا فإن تنفيذ التزاماته التعاقدية بنفسه من القواعد العامة في العقود الإدارية^{٢٧}. ومن ثم يكون تنفيذ الالتزام واجباً حتى ولو لم ينص عليه صراحة بالعقد^{٢٨}.

وقد قضت المحكمة الادارية العليا المصرية في هذا الشأن بأنه (بالنظر لصلة العقد الاداري الوثيقة بالمرفق العام فانه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ بالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له ان يحل غيره فيها)^{٢٩}.

ان هذه القاعدة مصدرها طبيعة العقود الإدارية والتي يلتزم فيها المتعاقد مع الإدارة بأن يكفل سير المرفق العام بانتظام واطراد وعدم التعرض هذا السير المستمر والمنتظم للخطر^{٣٠}.

و عليه يترتب على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد وان يقوم بالطريقة والأسلوب المتفق عليه في العقد وان التزم يعني تحقيق نتيجة وليس بذل عناية لذا يجب الالتزام بتحقيق تلك الغاية التي استهدفها العقد وهذا يسير على كافة العقود الإدارية سواء عقد الإشغال العامة او عقد التوريد او عقد الالتزام.

ان التواجد الشخصي للمتعاقد مع الإدارة ضروري فلا يجوز له التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن وفي هذا بذكر جيز (طالما كان التواجد الشخصي للمتعاقد ضرورياً لتنفيذ العقد بوجه مرض فان هذا المتعاقد يلتزم قانوناً بأن يكون حاضراً او ان ينوب عنه ممثلاً توافق عليه جهة الإدارة).

ان هذا الالتزام له نطاق حسب موضوع العقد وتتجلى أهمية الالتزام الشخصي في عقد الاشغال العامة حيث لا يستطيع المقاول او المتعاقد ان يترك مكان العمل الا بعد ان يحل محله نائباً عنه بحيث لا يمكن تأخير اية عملية او إيقافها بسبب غيابه ويجب عليه ايضاً ان يختار مواطناً مختاراً مجاوراً لاماكن العمل وكذلك تبدو هذه الأهمية بالنسبة لبعض عقود الالتزام المرافق العامة والتي يلتزم فيها المتعاقد ان يقدم الخدمة بنفسه^{٣١}.

ان المتعاقد مع الإدارة لا يجوز له التحلل من الوفاء بالتزاماته التعاقدية بحجة وجود إجراءات إدارية بل يتعين عليه في هذه الاستمرار في التنفيذ ثم يطالب الإدارة بالتعويض عن إخلالها بالتزاماتها التعاقدية ومن ثم تأخير الإدارة

في صرف مستحقات المقاول ليس مبرراً لامتناعه عن تنفيذ العقد حيث ان العقد الإداري يختلف عن العقد المدني حيث لا يجوز للمتعاقد الدفع بعدم التنفيذ لعدم وفاء الإدارة بالتزاماتها المقابل للالتزامه لكون العقود الإدارية تتميز عن العقود المدنية مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف من العقد الإداري تسييره وسد حاجاته وتغلب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة^{٣٢}.

ويتبين لنا نتيجة مهمة جداً وهي عدم جواز التنازل عن تنفيذ العقد او التعاقد من الباطن فان التنازل بدون موافقة الإدارة عن تنفيذ العقد للغير ذلك يشكل خطأ جسيماً ويترتب عليه مسؤولية المتعاقد على التعاقد وهذا يعني نسخ العقد على مسؤولية المتعاقد سواء نص ذلك في العقد او لم ينص عليه^{٣٣}.

أما في حالة موافقة الإدارة على التنازل من تنفيذ العقد فتكون موافقة مسبقة على العقد لكي يكون نافذاً في موجهتها وليس من الضروري ان يكون منصوص على الموافقة في العقد فانه أمر ينبع من طبيعة العقد الإداري بأن يكفل سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وعليه فان اختيار المتعاقد قد تم بموجب صفات ومؤهلات معينة وان شخصيته محل اعتبار فلا يمكن التنازل إلى شخص آخر يفقد كل هذه الصفات.

المبحث الثالث

آثار فكرة الاعتبار الشخصي

يترتب على فكرة الاعتبار الشخصي عدة آثار في نطاق الالتزامات فهي إي الالتزامات تعتبر التزامات شخصية وترتبط بشخص المتعاقد موضع الاعتبار لذلك لا يجوز التنازل عنها او تنفيذها بواسطة الغير ، كما لا تنتقل هذه الالتزامات بحالة موت المتعاقد بشخصه او بصفة من صفاته إلى الخلف العام فيكون موت هذا المتعاقد او فقده لأهليته او أعاره سبباً في انتهاء العقد، كما ان

طبيعة العقود ذات الاعتبار الشخصي تستوجب قيام المدين بتنفيذ التزاماته بنفسه فلا يجوز إن يوكل أحداً يقوم في انجاز هذا الالتزام كما لا يجوز نقل الحقوق والالتزامات الى الغير^(٣٤).

وعلى هذا النحو هناك العديد من العقود المدنية يكون الاعتبار الشخصي محل اهتمام كبير من طرفي العقد إي إن شخصية المتعاقد او إحدى صفاته تكون محلاً للاهتمام من جانب كل طرف في العلاقة العقدية كما هو الحال لعقود شركات الأشخاص (شركات التضامن مثلاً) التي يراعى فيها كل شريك شخص الشريك الآخر وصفاته وكذلك الأمر في عقود الوكالة اذ يتم التركيز على شخص كل من الموكل والوكيل أو على صفة من صفاتها ويمتد هذا الاهتمام طوال مدة العقد هذا في نطاق الالتزامات المدنية إما في مجال العقود الإدارية فانه يمكن القول بان فكرة الاعتبار الشخصي تلعب دوراً مهماً وذلك لصلة العقد الإداري بشكل عام بالمرفق العام ، ومن ثم فان الإدارة تراعي اعتبارات خاصة فيما يتعلق بالمتعاقد .

سنتولى في هذا المبحث دراسة الآثار وذلك بمطليين نخصص المطلب الأول لدراسة الآثار المتعلقة بالانعقاد والتنفيذ في كل من العقود الخاصة والعقود الإدارية والمطلب الثاني نخصصه لدراسة الآثار المتعلقة بالانتقال والانقضاء .

المطلب الأول**الآثار المتعلقة بالانعقاد والتنفيذ**

دراسة الآثار المتعلقة بالانعقاد والتنفيذ تقتضي بيان أثر فكرة الاعتبار الشخصي في انعقاد العقد بوجه عام وتنفيذه .

وبصدد انعقاد العقد بشكل عام إذا كان شخصية المتعاقد أو أية صفة من صفاته محل اعتبار في العقد فان مثل هذه الالتزامات كما ذكرنا التزامات شخصية ترتبط بشخص المتعاقد وذلك لا يجوز التنازل عنها أو تنفيذها كما ذكر بواسطة الغير .

سنتولى في هذا المبحث الآثار المترتبة على الانعقاد والتنفيذ في العقود الإدارية وذلك لفرعين الأول نخصه للآثار المتعلقة بالانعقاد والثاني نخصه للآثار المتعلقة بالتنفيذ كما يأتي :

الفرع الأول**الآثار المتعلقة بالانعقاد**

ذكرنا فيما سبق ان فكرة الاعتبار الشخصي ترتبط بالبائع الدافع إلى التعاقد أو بصفة من صفات المتعاقد الجوهرية ومن هذا نفهم ان الإدارة هي التي تنتجها إلى ان يكون هذا الشخص محل اعتبار في التعاقد ذاته أو في صفة من صفاته وان ذات المتعاقد أو إيه صفة من صفاته هي التي تكون سبباً في رضاء المتعاقد الآخر أو إن هذه الذات أو تلك الصفات تكون شروط معتبرة في العقد . وهذا التحليل يصح في قسم من الطرق التي تستعمل في إبرام العقود الإدارية وبالأخص طريقة الدعوة المباشرة وطريقة العطاء الواحد إذ ان الإدارة فيها وهي الطرف الأول في التعاقد تتعاقد مع من تتوفر فيه صفات خاصة لا تتوفر

في غيره ذلك سنبحث هاتين الطريقتين الأولى طريقة الدعوة المباشرة والثانية لبيان طريقة العطاء الواحد .

أولاً/ طريقة الدعوة المباشرة

هناك مبادئ عديدة تحكم المناقصات ^(٣٥) وهي :

(١) الإعلان عن المناقصة .

(٢) حرية المنافسة

(٣) المساواة بين المتنافسين

وهذا هو الأصل ولكن قد تلجأ الإدارة الى أسلوب الدعوة المباشرة ويفترض هذا الأسلوب توجيه دعوة مباشرة الى عدد من المقاولين سواء كانوا أشخاص طبيعيين او معنويين من ذوي الخبرة والاختصاص والقدرة والكفاءة المعتمدين لدى الجهة الحكومية من حيث قيامهم بإعمال مماثلة بكفاءة وقدرة فنية ومالية وتدعوهم لتقديم عطاءهم ضمن شروط وفترات محددة تثبت فيها آخر موعد لقبول تلك العطاءات المقدمة على أساس مطابقة المواصفات الفنية المطلوبة وفترة التنفيذ ، الأسعار التنافسية ويحصل اللجوء الى أسلوب الدعوة المباشرة

في الحالات التي اشير اليها في البند (رابعاً) من المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨

١- اذا كان العقد ذو طابع تخصصي او يتطلب السرية في كل من إجراءات التعاقد والتنفيذ او ان تكون هناك أسباب أمنية تستدعي ذلك .

٢- إذا كان الهدف هو تحقيق السرعة والكفاءة في التنفيذ خاصة في حالات الطوارئ والكوارث الطبيعية لتجهيز الادوية والمستلزمات المنقذة للحياة .

٣- عزوف مقدمي العطاءات عن المشاركة في المناقصات العامة المعلن عنها للمرة الثانية .

ونشير في هذا الصدد الى ان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨ قد أقرت ضرورة تزويد المقاولين بوثائق العطاءات والمستندات مجاناً^(٣٦) ، كما يعطى مقدموا العطاءات الموجهة لهم الدعوة المباشرة من تقديم التأمينات الأولية^(٣٧).

ان المتأمل لهذا الأسلوب في التعاقد يقرر الملاحظات الآتية :

أ-انه استثناء من الأصل العام الذي هو حرية المنافسة والمساواة بين المناقصين ويتعلق بعدد محدود من المناقصين ويقوم ذلك على فكرة الاعتبار الشخصي لما يتمتع به هؤلاء من كفاءة وخبرة بمعنى وجود صفات جوهرية لدى المناقصين او إن شخصيتهم محل اعتبار .

ب-إن هذه الطريقة تمثل نوعاً آخر من المناقصة محدودة النطاق فهي تختلف من حيث الإجراء إذ توجه الإدارة الدعوة المباشرة إلى المناقصين وهذا يتطابق مع أسلوب المناقصة المحدودة وبصدد تقييم هذه الطريقة نقول إن اعتمادها يكون محل نظر لان أهم خطوات الإدارة في التعاقد هي الدعوة العامة للمناقصة وتوسيع قاعدة المشاركة والمنافسة لذوي الخبرة والاختصاص وكان الاجدر بالمشرع وضع معايير للدعوة المباشرة يمكن بموجبها اختيار المقاول بصفة خاصة او إبعاد مقاولين بسبب التأكيد على نقاط الضعف عند أحد المنافسين بصفة خاصة او خطأ الإدارة في توجيه الدعوة المباشرة او تعمد الخطأ في العناوين وتعاد الدعوة لها للأسباب ولم تحقق الأغراض المطلوبة .

ثانيا / أسلوب العطاء الواحد

يتمثل أسلوب العطاء الواحد أو العرض الواحد بتوجيه دعوة إلى شركة أو مكتب تجاري واحد فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية ، ذلك على سبيل الحصر لتجهيز أو تنفيذ الأعمال أو الصيانة ذات الطبيعة التخصصية للإعمال المتعاقد عليها وبعد استحصال الموافقات الأصولية وإتباع الإجراءات حسب التعديل الأول رقم (١) لسنة ٢٠١٠ على نص الفقرة (خامساً) من المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ والنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤١٥٩ في ٢٠١٠/٧/١٩ والذي ينص على أن أسلوب العطاء الواحد (العرض الوحيد) يتم بموجبه توجيه الدعوه مجاناً بموافقة رئيس جهة التعاقد لمناقص واحد اذا كان من العقود ذات الطبيعة الاحتكارية أو (التخصصية أو الاستيرادية أو الصيانة لتجهيز أو تنفيذ الاعمال أو الخدمات الاستشارية) للعقود المتعاقد عليها سابقاً ويعفى من توجيه له الدعوه بهذا الاسلوب من تقديم التامينات الاوليه .^(٣٨)

المطلب الثاني**الآثار المتعلقة بالتنفيذ**

سبق ان اوضحنا ان فكرة الاعتبار الشخصي ذات أهمية كبيرة سواء كان ذلك في مرحلة إبرام العقد او في مرحلة تنفيذ العقد ولكن قد تطرأ على المتعاقد مع الإدارة بعض الظروف او المتغيرات خلال فترة تنفيذ العقد بتنفيذ العقد قد تكون ذات تأثير على قدرة المتعاقد على التنفيذ الشخصي او الالتزام الشخصي للعقد ومن شأن هذه الظروف الإخلال بفكرة الاعتبار الشخصي التي هي كانت محلاً للاعتبار – من جانب الإدارة عند قيامها بإبرام العقد مع المتعاقد معها^(٣٩). وعليه يمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول يتناول فيه اثر وفاة المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد والفرع الثاني اثر إفلاس او إعسار المتعاقد .

الفرع الأول**اثر وفاة المتعاقد**

لقد جرى في فرنسا بأن مجلس الدولة الفرنسي اعتمد على الشروط الخاصة بالعقد او دفاتر الشروط هي التي تعالج هذه الحالة إما الاستمرار او انقضاء الرابطة العقدية وهذه تختلف من عقد الى آخر في العقود الإدارية. وبذلك يكون الحكم على ضوء ما تقضي به نصوص الشروط اما اذ كان دفتر الشروط خالياً من نص يعالج ما يترتب على هذه الحالة فان يرى الأستاذ جيز ان الإدارة يكون لها القول الفصل ، فلها ان تفسخ العقد كما لها ان يلتزم الورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد من حيث انتهى وبرء ان هذا الحكم يمكن ان يكون على سائر العقود الإدارية ماعدا عقد الامتياز حيث يؤدي موت الملتزم

إلى انفساخ العقد بقوة القانون لأهمية شخص الملتزم في العقد ولتعلق العقد بتنفيذ مرفق عام^{٤١}.

يختلف الأستاذ د. دبي لويادير في الشرط الثاني من رأي جيز حيث يرى ان موت الملتزم لا يؤدي إلى انفساخ العقد بقوة القانون بل يؤدي الالتزام إلى الورثة الا اذا كان وجود نص يقضي خلاف ذلك.

إضافة إلى ذلك فان نص المادة ٣٧ من دفتر الشروط العامة الفرنسية (على انه في حالة وفاة المقل في عقد الإشغال العامة فان العقد يغير خصوصاً بقوة القانون دون تعويض الا في حالة قبلت الإدارة المتعاقدة العرض المقدم من قبل ورثة المقل بالاستمرار في تنفيذ الإشغال العامة)^{٤٢}. إما في عقود التوريد فان المادة ٦٢ من دفتر الشروط العامة الفرنسية فان الورثة يستمرون في تنفيذ العقد ولكن يجوز للوزير المختص ان يصدر قراراً بفسخ العقد بناءً على طلب الورثة^{٤٣}.

اما في مصر فقد حسم المشرع المصري كل خلاف في هذا الشأن اذ قضت المادة ٧٧ من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الحالي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ بأن موت المقل او المتعهد يجعل الإدارة في الخيار بين فسخ العقد ورد التأمين او السماح للورثة بتنفيذ العقد بشرط تعيين وكيل توافق عليه الإدارة اما اذا كان العقد مبرماً مع اكثر من متعهد او مقل جاز لإدارة فسخ العقد او تكليف بقية المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذ العقد.

٤١

٤٢

وقد أشار الأستاذ سليمان محمد الطماوي إلى حالة إحلال الشركات التجارية التي تتعاقد مع الإدارة بأن إحلال الشركة يؤدي إلى انتهاء العقد لكون الشركة هي شخصي معنوي لا ورثة لها.

ولكن العقد لا ينتهي إلا بعد استكمال إجراءات الحل وفي فترة تصفية الشركة فان الشركة قائمة قانوناً فأنها تستمر في تنفيذ العقد وليس للإدارة ان تفسخ العقد الا في حالة وضع شروط في العقد بخلاف ذلك^{٤٣}.

ولا بد من الإشارة إلى القانون المدني العراقي الذي أشار في الفقرة الأولى من المادة ١٤٢ على انه (ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين الخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الأثر لا ينصرف الى الخلف العام).

ان منع انصراف اثر العقد إلى الخلف العام على الوجه الذي نصت عليه هذه المادة يعني ان العلاقة شخصية أي إن موت الشخص محل الاعتبار في التعاقد يحول دون انتقال اثر العقد إلى شخصي آخر حتى ولو اعتبر بحكم التعاقد ويعني به الخلف العام^{٤٤}.

وعليه فان ما تقدم يشير إلى ان موت المتعاقد الذي اختارته الإدارة على ضوء فكرة الاعتبار الشخصي يختلف تأثير ذلك بين أنواع العقود الإدارية وحسب طبيعة العقد وشروطه. تؤيد دراستنا ما ذهب إليه الدكتور إبراهيم طه الفياض بأن هذه الحلول بالإمكان الأخذ بها في العراق لكونها حلولاً واضحة وتضمن مقتضيات سير المرافق العامة بانتظام^{٤٥}.

الفرع الثاني

اثر إفلاس المتعاقد او إعساره

من الصفات الجوهرية التي تأخذ الإدارة بها بنظر الاعتبار عندما يتعاقد مع الأفراد هو الاعتبار المالي (الكفاية المالية) للمتعاقد والغاية حتى يستطيع المتعاقد ان ينفذ التزاماته التعاقدية معها. ونظراً لاختلاف الحلول المطبقة سنتناول دراسة الوضع في كل من فرنسا ومصر والعراق.

في فرنسا، فان مجلس الدولة الفرنسي يفضل الرجوع إلى دفاتر الشروط وتطبيقها، ففي حالة خلو دفاتر الشروط من النص على حكم واحد يتم تطبيقه في حالة إفلاس المتعاقد او إجباره فانه يطبق قاعدة بمقتضاها الا يؤدي الإفلاس او إعساره إلى انتهاء العقد وإنما يكون للإدارة الخيار بالاستمرار والفسخ اذا كان الصالح العام يقضي ذلك^{٤٦}. ونجد ان بعض دفاتر الشروط تنص على وجوب فسخ العقد بقوة القانون حيث نصت المادة ٣٧ من دفاتر الشروط المتعلقة بعقود الطرق والجسور والمباني والتي جاء فيها ان العقد يعتبر مفسوخاً بقوة القانون في حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة إنشاء تنفيذ العقد ما لم تمنح المحكمة لمن أعلن إفلاسه الإذن لمتابعة تنفيذ العقد^{٤٧}.

إما في مصر فيما يتعلق بأثر إفلاس المتعاقد او إعساره على القضاء الرابطة العقدية فان المشرع المصري حسم الموضوع في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الملغى رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ وكذلك القانون الحالي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ حيث جاء نص المادة ٢٤/ب/ (يفسخ العقد تلقائياً إذا أفلس المتعاقد او اعسر). ويتضح بأن المشرع المصري جعل الفسخ إجبارياً ولم يعطي حرية

للإدارة بالاختيار بين فسخ العقد أو عدم الفسخ أي بمعنى لم يمنح للإدارة سلطة تقديرية في فسخ العقد وإنما فرض عليها أن تصدر قرار الفسخ في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره^{٤٨}.

إما في العراق فإن قانون التجارة رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٣ في المادة ٧ منه والتي تنص على أنه يعد تاجراً كل شخص طبيعي، ومعنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وبما أن أعمال المقاول من الأعمال التجارية بموجب المادة (٥)^{٤٩} من قانون التجارة فإنه يخضع ويطبق عليه نظام الإفلاس وعليه إذا أفلس المتعاقد مع الإدارة فإنه يحق لها سحب العمل منه والتنفيذ على حسابه لأن إفلاسه يكون عاجزاً عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بحيث لا يستطيع أن يتم العمل وفق الحد المحددة له. وقد نصت المادة (٦٥) من شروط المقاولات أعمال الهندسة الحديثة يتم سحب العمل ووضع اليد على موقع العمل في حالة إفلاس المقاول أو أشهر إفلاسه وإذا صدر قرار من المحكمة المختصة يوضع أموال المقاول في يد أمين التفليسة (الستديك)^{٥٠}.

الخاتمة

اتضح لنا من خلال الدراسة:

- ١- أن موضوع دراسة فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية ذات أهمية كبيرة وذلك لصلة العقد الإداري بالمرفق العام. فان اختيار الإدارة للمتعاقد يتم ضمن اعتبارات خاصة ومنها المقدرة العينية والكفاية المالية وحسن السمعة والجنسية وغيرها والأساس في ذلك ان شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار من جانب الإدارة حتى نضمن تنفيذ العقد بصورة سليمة وعلى أحسن وجه لتحقيق النفع العام.
- ٢- ان تطبيق فكرة الاعتبار الشخصي لا يكون على نفس الدرجة لجميع العقود الإدارية وذلك ان أساس فكرة الاعتبار الشخصي يحدد بصلة العقد بالمرفق العام فكلما كانت صلة العقد بالمرفق العام شديدة يكون تطبيقها صارماً وعليه فان فكرة الاعتبار الشخصي لا تكون على درجة واحدة بالنسبة لجميع أنواع العقود الإدارية لكون تطبيق فكرة الاعتبار الشخصي في بعض العقود الإدارية ذات طابع خاص كما ذكر في البحث اضافة الى تمتع المتعاقد بصفات جوهرية ملائمة لتنفيذ العقد لان شخصية المتعاقد محلا لا اعتبار من جانب الادارة سواء عند ابرام العقد او تنفيذه .
- ٣- وضح البحث التزامات المتعاقد مع الإدارة وخاصة التزامه بالوفاء بشروط العقد واحترام المدد المحددة للتنفيذ العقد واهم من ذلك هو ضمان سير المرفق العام بانتظام إضافة إلى الالتزام الشخصي لتنفيذ العقد الإداري.

٤- تبين لنا من خلال البحث التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة غير جائز وان المتعاقد لا يحق له التنازل عن العقد الا بموافقة الإدارة وفي حالة عدم موافقة فان التنازل باطلاً لانه يتعلق بالنظام العام إضافة ان التنازل عن العقد بدون موافقة الإدارة يعد مخالفة كبيرة لمبدأ الالتزام الشخصي للعقد الإداري فان الإدارة في حالة تقوم بفسخ العقد على مسؤولية المتعاقد سواء نص ذلك بالعقد او لم ينص.

٥- من خلال البحث فان المتعاقد من الباطن بأن يقوم المتعاقد الأصلي بإعلام الإدارة المتعاقدة معه بالشخص الذي يريد التعاقد من الباطن لكي تتأكد الإدارة من امتلاك المتعاقد من الباطن الاعتبارات الشخصية التي تم بموجبها اختيار المتعاقد الأصلي وان السلطة المختصة بالموافقة على التعاقد من الباطن هي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي.

٦- يمكن من خلال البحث ان فكرة الاعتبار الشخصي لها أهمية في مرحلة تنفيذ العقد الإداري لان شخصية المتعاقد مع الإدارة تكون محل اعتبار في أي ظروف تطراء على المتعاقد أثناء تنفيذ العقد الإداري لها آثارها في الرابطة العقدية بين المتعاقد والإدارة ومن هذه الظروف وفاة المتعاقد او إفلاس المتعاقد او إعساره ودرسنا ذلك في القانون الفرنسي والمصري والعراقي.

الهوامش

- ١- د. محمد سعيد ، أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها - دراسة مقارنة - دار الثقافة الجامعية - سنة ١٩٩٥ ص ٤٧.
- ٢- د. سمير ، إسماعيل / الاعتبار الشخصي في التعاقد - رسالة دكتوراه - حقوق الإسكندرية - ١٩٧٥ ص ٢٥ .
- ٣- ، د. سمير ، إسماعيل / المصدر السابق ص ٤٠ .
- ٤- حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية الصادر في ١٩٦٣/١٢/٢٨ - المجموعة - السنة الثامنة - ص ٤٢٣ .
- ٥- حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ١٩٥٧/١/٢٧ - مجموعة الأحكام - السنة ١١ ص ١٧٤ .
- ٦- Jeze,contrats Adminstratifs ev 1932 p 214 أورد الدكتور عبد العليم عبد الحميد / فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية / دار النهضة العربية - ٢٠٠٣ ص ٢٢ .
- ٧- د. إبراهيم محمد، علي - أثر العقود الإدارية - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - ٢٠٠٣ - ص ٣٣٥ .
- ٨- A.Delaubaderes Traitedes contrats Administratifs 1956 p 104
- ٩- د ، أمين محمد سعيد / المرجع السابق - ص ١٠٤ .

١٠- R.chapus Droit Administratif general , paris 1995 , p

567

- ١١- أشارت المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي الى ان هذا المبدأ في الفقرة الاولى يقولها (يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية) .
- ١٢- د، سليمان الطماوي ، الاسس العامة للعقود الادارية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، ط٥ سنة ١٩٩١ ، ص ٤٣٨ .
- ١٣- دنواف - كنعان - القانون الإداري / الكتاب الأول - دار النهضة للنشر والتوزيع - الدار العالمية والدولية - عمان - سنة ٢٠٠٢ ص ٣١٦ .
- ١٤- د. جورج - سعد - القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية - منشورات الحلبي/ بيروت سنة ٢٠٠٦ ص ٢١٥
- ١٥- د. سليمان محمد الطماوي - مبادئ القانون الإداري - دار الفكر العربي - القاهرة - سنة ١٩٧٣ ص ٢٢ .
- ١٦- د. ابراهيم طه الفياض - القانون الإداري - مكتبة الفلاح - الكويت - ١٩٨٩ ص ٢٩ .
- ١٧- أورده د. ماهر الجبوري / مبادئ القانون الإداري / دار الكتب للطباعة والنشر / سنة ١٩٩٦ ص ٨٥ .
- ١٨- أورده د. ماهر الجبوري / المصدر السابق ص ٨٦ .
- ١٩- د. ماهر صالح- الحيدري / المصدر السابق ص ٩١ .
- ٢٠- د. علي خطار - شطناوي - مبادئ القانون الاداري الاردني- الكتاب الثاني- مطبعة الجامعة الاردنية - عمان- سنة ١٩٩٦ - ص ٢٨ .

- ٢١- د. خليل - هيكل - القانون الاداري السعودي - جامعة الملك سعود - سنة ١٩٩٤ ص ٨٠.
- ٢٢- د. ماهر صالح - الجبوري - المصدر السابق ص ٩٧.
- ٢٣- د. عبد الحميد فياض - نظرية الجزاءات في العقد الاداري - دراسة مقارنة - دار الفكر العربي - الطبعة الاولى - سنة ١٩٧٥ ص ١٤٥.
- ٢٤- احمد عثمان عباد - مظاهر السلطة في العقود الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة سنة ١٩٧٣ ص ١١.
- ٢٥- د. علي محمد بدير وآخرون - مبادئ واحكام القانون الاداري - مطبعة جامعة بغداد - سنة ١٩٩٣ - ص ٢٣٥.
- ٢٦- د. سليمان محمد الطماوي - الأسس العامة للعقود الإدارية - دار الفكر العربي - الطبعة الخامسة سنة ١٩٩١ ص ٤٣٦.
- ٢٧- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة / الأسس العامة للعقود الإدارية / دار الفكر الجامعي / الإسكندرية سنة ٢٠٠٧ ص ١٩١.
- ٢٨- المحكمة الإدارية العليا / مصر / جلسة ١٢/٢٨/١٩٦٣ / مجموعة إحكام السنة ٨ ص ٣٢٤. أورده د. عبد العزيز عبد المنعم / المصدر السابق ص ١٩٢.
- ٢٩- د. هارون عبد العزيز الجمل / النظام القانوني للجزاءات في عقد الإشغال العامة ص ٣٧٢ وما بعدها.
- ٣٠- أورده د. عبد الحميد فياض / نظرية الجزاءات في عقد الإشغال العامة / دار الفكر العربي / سنة ١٩٧٥ ص ١٣٧.
- ٣١- د. عبد الحميد فياض / المصدر السابق ص ١٣٨.
- ٣٢- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة / المصدر السابق ص ١٩٣.

- ٣٣- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة / المصدر السابق ص ١٩٤.
- ٣٤- د، محمد سعيد ارمني ، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها ، دراسة مقارنة ، دار الثقافة الجامعية ، سنة ١٩٩٥ ، ص ٩٤.
- ٣٥ - يقصد بالمناقصة : هي الأسلوب الذي من خلاله تستطيع الإدارة الحصول على السلع والخدمات وتفترض وجود عدد من الراغبين في التعاقد مع الإدارة يتنافسون فيما بينهم لتقديم عطاءات تختار الإدارة أفضلها سعراً وبشروط فنية وهندسية وقانونية ومالية للمزيد انظر ، د، مازن ليلو راضي ، الوجيز في القانون الإداري ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٦٠.
- ٣٦- البند ب من الفقرة رابعا من المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.
- ٣٧ - البند ج من الفقرة رابعا من المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.
- ٣٨ - الفقرة خامسا من المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.
- ٣٩- د. عبد العليم عبد الحميد / فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية / دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٣ ص ١٥٤.
- ٤٠- Joze : Contral Adm. Op.cit.t.'p.207-208
- ٤١- جيز / العقود - ج ١ ص ٢٠٧.
- ٤٢- اورده الدكتور عبد العليم - المصدر السابق ص ١٥٧.
- ٤٣- د. سليمان محمد الطماوي / المصدر السابق ص ٤٤٣-٤٤٤.

٤٤- أياد احمد / الاعتبار الشخصي واثره في التعاقد ، رسالة ماجستير / كلية القانون / جامعة بابل / سنة ١٩٩٩ ص ١٤٨.

٤٥- ابراهيم طه الفياض / المصدر السابق / ص ٢٣٨.

٤٦- Fouad-AL-Attar-Le marche de travaux publics, these,

-164- p-1953- paris-١.

٤٧- د. سليمان محمد الطماوي / الاسس العامة للعقود الإدارية / دار الفكر العربي / الطبعة الخامسة ١٩٩١ ص ٤٥٠.

٤٨- راجع المادة ١٥ من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ حدوث الاعمال التجارية ومنها المقاولات.

٤٩- انظر المادة (١٥) ف ١-ب/ من شروط المقاوله لاعمال الهندسة الحديثه.

المصادر

أولاً / الكتب العربية :

- د. ابراهيم طه الفياض- القانون الإداري – مكتبة الفلاح- الكويت- ١٩٨٩ ص ٢٩.
- د. ابراهيم محمد علي / آثار العقود الإدارية – دار النهضة العربية – الطبعة الثانية سنة ٢٠٠٣
- د. احمد عثمان عباد- مظاهر السلطة في العقود الإدارية- دار الفكر العربي- الطبعة الخامسة- سنة ١٩٩١
- د. جورج سعد – القانون الإداري العام والمنازعات الإدارية- منشورات الحلبي / بيروت- سنة ٢٠٠٦
- د. خليل هيكل- القانون الإداري السعودي- جامعة الملك سعود- سنة ١٩٩٤.
- د. سليمان محمد الطماوي / مبادئ القانون الإداري- دار الفكر المصري- القاهرة سنة ١٩٧٣.
- د. عبد الحميد فياض- نظرية الجزاءات في عقد الإشراف العامة- دار الفكر العربي سنة ١٩٧٥.
- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة- الأسس العامة للعقود الإدارية- دار الفكر الجامعي- الإسكندرية- سنة ٢٠٠٧ .
- د. عبد العليم عبد الحميد / فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية – دار النهضة العربية – سنة ٢٠٠٣ .

- د. علي محمد بدير وآخرون - مبادئ واحكام القانون الاداري - مطبعة جامعة بغداد - سنة ١٩٩٣ - ص ٢٣٥
 - د. علي خاطر - شطناوي - مبادئ القانون الاداري الاردني - الكتاب الثاني - مطبعة الجامعة الاردنية - عمان - سنة ١٩٩٦ .
 - د. ماهر صالح الحيدري - مبادئ القانون الإداري - دار الكتب للطباعة والنشر - سنة ١٩٩٦ .
 - د. محمد سعيد أمين - المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها - دراسة مقارنة - دار الثقافة الجامعية سنة ٥١٩٩ .
 - د. نواف كنعان - القانون الإداري - الكتاب الأول - دار النهضة للنشر والتوزيع - الدار العالمية والرملية - عمان سنة ٢٠٠٢ .
- ثانياً / المصادر الأجنبية :

- A.Delaubaderes Traitedes contrats Adminitratifs, T.C. 1965.
- R. Chapus Droit Administratif general, 1995.

ثالثاً / الأطاريح:

- د. اياد احمد - الاعتبار الشخصي واثره في التعاقد - رسالة ماجستير - كلية القانون - جامعة بابل - سنة ١٩٩٤ - ص ١٤٨ .
- سمير إسماعيل - الاعتبار الشخصي في التعاقد - رسالة دكتوراه - حقوق الاسكندرية سنة ١٩٧٥ .

- د. هارون عبد العزيز الجمل- النظام القانوني للجزاءات في عقد الإشغال العامة- رسالة دكتوراه - حقوق عين الشمس - سنة ١٩٧٩..

رابعاً / القوانين والتعليمات

- ١- القانون المدني العراقي.
- ٢- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق رقم ١ لسنة ٢٠٠٨.
- ٣- الشروط العامة لمقاولات الاعمال الهندسية المدنية بقسيمها الاول والثاني.
- ٤- قانون التجارة العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٨٣.

خامساً / المجلات:

- د. خليل حسني البشار - الاعتبار الشخصي واثره في انعقاد وتنفيذ العقد- مجلة العلوم القانونية- كلية القانون- جامعة بغداد- المجلد الثالث عشر العددان الأول والثاني سنة ١٩٩٨.