بسم الله الرحمن الرحيم

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَوْفُواْ بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ لَكُم بَهِيمَةُ الأَنْعَامِ إِلاَّ مَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنتُمْ حُرُمٌ إِنَّ اللّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيدُ *

صدق الله العظيم

المائدة: الآية (١)

شكر وتقدير

لابد لنا ونحن نخطو خطواتنا الأخيرة في الحياة الجامعية من وقفة نعود إلى أعوام قضيناها في رحاب الجامعة مع أساتذتنا الكرام الذين قدموا لنا الكثير باذلين بذلك جهودا كبيرة في بناء جيل الغد لتبعث الأمة من جديد وقبل أن نمضي تقدم أسمى آيات الشكر والامتنان والتقدير والمحبة إلى الذين حملوا أقدس رسالة في الحياة ...

إلى الذين مهدوا لنا طريق العلم والمعرفة ...

إلى جميع أساتذتنا الأفاضل في كلية القانون والعلوم السياسية ...

واخص بالشكر والتقدير : د. علاء الدين محمد حمدان

الذي كان عونا لي في بحثي هذا ونورا يضيء الظلمة التي كانت تقف أحيانا في طريقي.

إلى من زرعوا التفاؤل في دربنا وقدموا لنا المساعدات والتسهيلات والأفكار والمعلومات ربما دون أن يشعروا بدورهم بذلك فلهم منا كل الشكر.

المقدمة

نتيجة تطور مهام الدولة المختلفة ومن أجل بناء الحياة الاقتصادية تلجأ الإدارة في تنفيذها إلى وسائل قانونية ومن هذه الوسائل العقود الإدارية وكثيرا ما نجد الإدارة نفسها مضطرة إلى أتباع طريقة الاتفاق الودي والرضائي مع الأشخاص أو الشركات القانونية لأداء وظيفة إدارية بهدف تحقيق النفع العام. وقد ازدادت في الوقت الحاضر أهمية إبرام العقود الإدارية نتيجة زيادة حجم العقود في ظل التطور التكنولوجي وما واكبه من ظهور الاحتكارات الرأسمالية في معظم الدول الحديثة وأصبحت الدولة تتعهد بتنفيذ مشاريعها إلى رجال الإعمال من المقاولين وغيرهم عن طريق أبرام العقود الإدارية لذلك فأن الإدارة عند إبرامها للعقود الإدارية يتعين عليها إتباع وسائل وطرائق معينة لاختبار المتعاقد ومنها (المناقصة أو المزايدة) وهذه تخضع لإجراءات وقيود لا مثيل لها كون العقود ذات صلة بالمرافق العامة لذلك فأن فكرة الاعتبار تلعب دورا مهما في مجال العقود الإدارية لصلتها بالمرافق العام ومن هذه الاعتبارات منها(فنية- مالية- حسن السمعة – والجنسية) وجمعيها تكفل حسن تنفيذ العقد والالتزام بشروط العقد وبالتالي تحقيق المصلحة العامة.

الباحثـــــة

المبحث الأول

(الاعتبار في العقود الإدارية)

ان موضوع الاعتبار الشخصي في العقود الادارية يعد من الموضوعات المهمة في تكوين العقود .

لذا من اجل الاحاطة بهذا الموضوع من كل جانب ارتئيت ان اقسم هذا المبحث الى مطلبين اتكلم في المطلب الاول منه عن مفهوم فكرة الاعتبار في العقود الادارية ، ومن ثم اتناول في المطلب الثاني منه عن شروط الاعتبار وكالاتي :-

المطلب الاول : مفهوم فكرة الاعتبار في العقود الادارية

المطلب الثاني : شروط الاعتبار

المطلب الأول:- مفهوم فكرة الاعتبار في العقود الإدارية

تعد فكرة الاعتبار من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود بصفة عامة سواء كانت في العقود المدنية أو في نطاق العقود الإدارية حيث نجد إن شخصية احد المتعاقدين عنصرا جوهريا في التعاقد إي أنها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الأخر عند إبرام العقد[١] وتظهر فكرة ألاعتبار في العقود المدنية حيث تركز على شخصية المتعاقد أو صفة جوهرية من صفاته دون إعطاء أهمية لشخص المتعاقد الأخر في صفاته[٢] فالاعتبار يرتبط بالباعث الدافع إلى التعاقد فإذا كانت شخصية المتعاقد هي الباعث الدافع إلى التعاقد فأن العقد يتسم (بالاعتبار الشخصي)فمثلا عقد المقاولة فان صاحب العمل يركز على شخصية المقاول أو صفاته في حين لا نجد مثل هذا التركيز من جانب المقاول. وكذلك عقد الهبة في العقود المدنية تكون شخصية الموهوب أو صفة من صفاته موضوع اهتمام من قبل الواهب وكذلك عقد الوديعة فان المودع يأخذ بنظر الاعتبار شخصية المودع لديه.

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- سنة ١٩٧٥-ص ٢٥

وهناك أيضا طائفة من العقود المدنية يحتل الاعتبار الشخصي مركزا مهما من جانب طرفي العقد إي إن شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته تكون محل اعتبار من جانب كل طرف مثل عقود شركات التضامن التي يراعي كل شريك شخص الشريك الأخر. وكذلك عقود الوكالة حيث تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل اهتمام. حيث يركز كل شخص على الموكل والوكيل ويمتد هذا الاهتمام أو التركيز طول مدة العقد[١] أما في مجال العقود الإدارية فان الاعتبار الشخصي تلعب دورا مهما وذلك لصلة العقد الإداري بالمرفق العام. فان الإدارة تراعي الاعتبارات في المتعاقد. خصوصا الاعتبارات المالية والفنية والسمعة والجنسية. ونظرا لصلة العقد الإداري بالمرفق العام فان من المسلمات به قيام المتعاقد بنفسه فلا يجوز له النزول عنها إلى غيره أو تنفيذها عن طريق مقاولين أو موردين من الباطن إلا بموافقة صريحة وكتابية من الإدارة وبعبارة أخرى فهو مسئول مسؤولية شخصية عن تنفيذ العقد[٢]

والقاعدة العامة في اختيار المتعاقد مع الإدارة وهي طريقة المناقصة أو المزايدة العامة وطريقة الممارسة أو الاتفاق الرضائي والمقصود بالمناقصة مجموعة الإجراءات التي توجب القوانين والأنظمة إتباعها بغية الوصول إلى المتعاقد الذي يحقق للإدارة بكفايته ومقدرته الفنية اكبر منفعة مالية كما وهي في نفس الوقت طريقة لحماية الإفراد من خطر إساءة استعمال الإدارة لحريتها في اختيار المتعاقد والمناقصة على أنواع فمنها المناقصة المفتوحة وهي التي تلتزم الإدارة باختيار من يتقدم بأفضل الشروط المالية ولا تقتصر على أشخاص معينين وهناك أيضا المناقصة المقيدة وهي التي تقتصر فيها المنافسة على أشخاص معينين تختارهم الإدارة مقدما. ويجب إن تلجا الإدارة إلى طريقة المناقصة في عقودها الإدارية إما التعاقد بدون مناقصة يكون على سبيل الاستثناء وفي حالات معينة يسمح بها القانون والمناقصة تهدف إلى ضمان حسن اختيار من يتقدم بأقل سعر من غير المساس بجودة العمل وبمواعيد انجازه وتلجا إليها الإدارة عادة عند قيامها بإعمال معينة كالإشغال العامة مثلا. بينما المزايدة ترمي إلى التعاقد مع الشخص الذي يقدم اعلى سعر وتلجأ إليها الإدارة اذا أرادت إن تبيع أو تؤجر أملاكها.[٣]

إما طريقة الممارسة تتمثل بالاتفاق المباشر السريع الذي تتطلبه طبيعة العمل المراد تنفيذه تجنب الإجراءات المعقدة التي كثيرا ما ترافق أسلوب المناقصات والمزايدات العامة فقد نجد الإدارة نفسها ملزمة للتعاقد مع صاحب احتكار معين للحصول على حاجتها من الخدمات والمواد اللازمة لها.

١- د-سمير إسماعيل- المصدر السابق -ص ٤٠

٢- د-محمد فؤاد عبد الباسط- العقد الإداري (المقومات-الإجراءات- الآثار) دار الجامعة الجديدة للنشر- سنة ٢٠٠٦-ص ٣٨٥

٣- د-محمد يعقوب السعيدي- مبادئ القانون الاداري- العقد الاداري-ص ٢٥٦

ومن العقود التي تتم بالممارسة هي عقود المعاونة أو المساهمة في مشروع عام وقد تتفق الإدارة مع شخص يتقدم بعرض مساهمة عينية أو مالية في مشروع عام كإنشاء مدرسة أو مستشفى وكذلك نجد للإدارة الحرية في اختيار المتعاقد معها في عقد التزام المرافق العامة[١]

نستنتج عن ذلك إن العقد المدني لا يميز بين الطرفين المتعاقدين على خلاف العقد الاداري الذي يتطلب توفر الشروط وصفات معينة في الشخص المعنوي ويجب إن يكون هذا الشخص محلا للاعتبار ويقوم بتنفيذ هذه الالتزامات بنفسه ولا يتعهد بها إلى شخص أخر ويتضح مما تقدم إن سائر العقود الإدارية تعد شخصية المتعاقد أو صفاته محلا للاعتبار في مجال إبرام وتنفيذ العقد الاداري ففي عقد الإشغال العامة تكون شخصية المتعاقد(المقاول) أو صفة من صفاته عنصرا مهما وأساسي في هذا العقد وكذلك الحال في عقد الامتياز وعقد التوريد.

المطلب الثاني : شروط الاعتبار

تتعدد الشروط التي يجب توافرها في الاعتبار وسنوجزها بالنقاط التالية:-

أولا:- الكفاءة المالية

وتعني درجة يسار وملائمة من الناحية المالية، وهذه الصفة تمثل ضمانة هامة لتنفيذ العقد الاداري وتحقيق النفع العام خاصة في عقود الإشغال العامة التي يتطلب تنفيذها وإمكانيات مالية ضخمة مثل تنفيذ الإنفاق والجسور والأبنية ومشاريع الطرق وغيرها[٢] لقد جاء في المادة خامسا / ثانيا /ح درجة وصنف المقاول المطلوبة للعراقيين بالنسبة لمشاريع مقاولات الإشغال العامة المراد تنفيذها وشهادة التأسيس وإجازة ممارسة المهنة بالنسبة للشركات والمكاتب المجازة رسميا[٣] ويتضح مما تقدم إن من الشروط الأساسية في المقاولات هي الكفاءة المالية فالكثير من المشروعات تتطلب إلى كفاءة المتعاقد المالية وقد تبين من المادة الخامسة/ ثانيا /ح التي وردت بها هذه الصفة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق

١- د-علي محمد بدير- د-مهدي ياسين السلامي –د-عصام عبد الوهاب البرزنجي مبادئ وإحكام القانون الاداري- ٢٠١١ص ٤٩٦

٢- د-شاكر اكباشي- فكرة الاعتبار الشخصي- مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية- جامعة الكوفة- السنة الخامسة ٢٠١٢ العدد الرابع عشر- ص ٢٨٨

٣- ينظر نص المادة الخامسة/ ثانيا / ح من قانون تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨

رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ اتضحت فيها درجة وصنف المقاول المطلوبة بالنسبة لمشاريع ومقاولات الإشغال العامة المراد تنفيذها وفقا لتعليمات تسجيل وتصنيف المقاولين النافذة رقم (١)لسنة ٢٠٠٥ والصادرة من وزارة التخطيط والتعاون الإنمائي .

ثانيا: الجنسية

ويقصد بالجنسية رابطة قانونية سياسية تربط الشخص بدولته وقد تكون هذه الجنسية للمتعاقد مع الادارة صفة جوهرية للمتعاقد معها في بعض انواع العقود الادارية ولا سيما عقود ذات الطابع السري ومن القواعد الاساسية التي يجب ان تستند اليها الانظمة الخاصة بعطاءات الحكومة ولوازمها ان يراعى مبدأ اختيار المتعاقد او المورد المناسب وهذا تقتضي اعطاء أفضلية للمواطنين عندما تتساوى العروض وربما تتفاوت في الجودة والسعر وذلك ان قصر بعض انواع المعاملات على مواطني الدولة او اعطائهم اولوية في التعامل انما يحقق اهدافا متعددة لاعتبارات تتعلق بطبيعة العقد ومدى ما يخوله للمتعاقدين من سلطات وخاصة بالنسبة للعقود ذات الطابع السياسي وكما يهدف من ناحية اخرى الى حماية مصالح المواطنين بايجاد فرص عمل لهم[١]

وفي بعض الاحيان تكون للشخص الواحد اي (المتعاقد) اكثر من جنسية اي ازدواج الجنسية فيحق له في هذه الحالة ممارسة عمله وذلك ان ازدواج الجنسية لا يمنع المقاول من ان يقوم بتنفيذ المشروع داخل العراق وهذا واضح من نص المادة (١٨) من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥ حيث سمح بتعدد الجنسية، على اساس ان الجنسية العراقية حق لكل مواطن عراقي[٢]

ثالثا: السن

ان بلوغ سن الاهلية تعتبر شرطا عاما في مختلف العقود الادارية والقاعدة بالنسبة للمتعاقد انه يلزم ان يكون بالغا سن الرشد (اي تمام الثامنة عشر) وذلك ان عمل المقاول اما ان يقتصر على تقديم عمله فقط او على المادة والعمل ولذلك فانه يلزم من باب اولى ان يكون بالغا سن الرشد حيث يشترط فيه في هذه

١ـ د-نواف كنعان- القانون الاداري (الوضيفة العامة- القرارات الادارية- العقود الادارية- الاموال العامة) دار الثقافة- ٢٠١٠-ص ٣٣٨

٢ـ دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ المادة (١٨)

الاحوال ان تتوفر فيه الاهلية الكاملة وعليه ان عمل المتعاقد له اهمية حيث يجب ان يكون قادرا على انجاز عمله[١] وفي تقديرنا ان البلوغ من الرشد غير كافي للتعاقد معه وذلك لان ادراكه لمخاطر العقد والاثار المترتبة عليه لا تتلائم مع هذا السن – سن (١٨) سنة ومثال ذلك اذا ارادت الادارة ان تتعاقد مع شخص لبناء على نهر دجلة او لبناء مطار او انشاء بناية لاتخاذها مقرا لوزارة فتحتاج الى شخص ذي خبرة ومقدرة وكفاءة فلا يعقل ان يتقدم شخص اتم الثامنة عشر ويتعاقد مع الادارة .

رابعا: حسن السمعة

يجب على المتعاقد ان يكون على درجة كبيرة من حسن الاخلاق والسمعة فعليه ان يلتزم بالامانة والاخلاص حيث يعد ذلك امرا هاما وفعالا في تنفيذ العقد ويبدو مسألة حتمية عند انشاء العقد حيث يكون له اهمية لمصلحة المشروع وبما ان عقد العمل يقوم على اعتبار شخصي فان ذلك يستلزم من اطراف العقد التحلي بصفة خاصة بالامانة والاخلاص حيث ان من اهم صفات التعاقد في العقود ذات الطابع الشخصي ان تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار[٢]

وقد اجاز القضاء الاداري المقارن للادارة ان تقرر حرمان احد الاشخاص من التعامل معهم اذا قدرت انه غير جدير بالثقة وذلك تطبيقا لمبدا يقتضي باشتراط حسن السمعة فيمن يتقدم للتعاقد مع الادارة [٣]

وكذلك هناك شروط معتبرة في ابرام عقد الشركة ومن اهمها هي شرط السمعة حيث تعد من الصفات الشخصية التي قد يعبأ به الشريك في ابرام عقد الشركة ، فالسمعة التجارية هي ما يتمتع به الشخص من ثقة في الوسط التجاري تحدد مدى ائتمانه عند التعامل بالوسط التجاري ومن ثم فانه يجوز تقديمها حصة في رأسمالية الشركة ولا يوجد نص في قانون الشركات العراقي النافذ وما سبقه من قوانين يجيز تقديم السمعة التجارية حصة في الشركة خشية التداخل مع ما يتمتع به الشخص من نفوذ اجتماعي او سياسي[٤] وكذلك من شروط الاعتبار المهنة فقد تعد المهنة من الصفات الشخصية المعتبرة في التعاقد كما هو الحال في الشركة البسيطة التي تتكون من عدد من الشركاء لا يقل عن اثنين ولا يزيد على خمسة يقدمون

١- د-عدنان ابراهيم السرحان – العقود المسماة (المقاولة - الوكالة – الكفالة) دار الثقافة – ٢٠٠٩-ص ٣٢
٢- د-صلاح محمد احمد دياب- التزام العامل بالامانة والاخلاص في علاقات العمل الفردية – دار النهضة العربية بالقاهرة- سنة ٢٠٠٧- ص ٨٧
٣- د- نواف كنعان- المصدر السابق -ص ٣٣٨
٤- د-لطيف جبركوماني- الشركات التجارية- دراسة قانونية مقارنة- بغداد- سنة ٢٠٠٦- ص ٤٤

حصصا في راس مال او يقدم واحد منهم او اكثر عملا والاخرون مالا[١] وكذلك بالنسبة للكفاءة او الشهادة العلمية قد تكون من الصفات الجوهرية في ابرام عقد الشركة كما هو الحال في المستشفيات الاهلية المؤسسة بقانون تأسيس المستشفيات الاهلية العراقي رقم ٢٥ لسنة ١٩٨٤الذي اجازة في المادة الثانية منه تأسيس شركة محدودة لانشاء مستشفى اهلي لا يقل عدد الشركاء فيه عن اربعة من الاطباء الاختصاصين[٢] ومن هذا يتضح ان الشركاء لهم صفة جوهرية هي حصولهم على اختصاص وشهادة علمية في مجال مهنة الطب .

الديانة الاصل ان حرية الاديان والمعتقدات وممارسة الشعائر مكفولة قانونا [٣] فلا يصح ان يكون للدين اثر على العلاقات المالية للاشخاص ومع ذلك فقد يكون ذلك نشاطا يهدف الى تأسيس شركات تتمتع بهذه الصفة الجوهرية اي ان الديانة في تقديرنا يجب ان لا تؤثر على العقد.

الاخلاق:-

فهو يعتبر من الشروط الجوهرية ومثال ذلك عقد الاعتماد للسحب على المكشوف وهو عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد مبلغا من النقود لمدة معينة او غير معينة [٤] والواقع ان الصفات المعتبرة في شخص المتعاقد هي التى تدفع المصرف الى التعاقد معه واعطائه الاعتماد و كذلك عليه يجب ان يمتاز بامانته وحسن تصرفه فهذه الصفات تجعل العميل جديرا في حصوله على الائتمان كل هذه الصفات تؤشر على العقد فلا بد من توافرها في الشخص المتعاقد للتاكد من قدرته على انجاز هذا العقد من اجل ان يقوم بتنفيذه على افضل وجه في الوقت المحدد وضمن الشروط المنصوص عليها.

١- المادة ١٨١/ من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل

٢- جاء في نص المادة الثانية ما يأتي

(يجوز لاربعة من الاطباء العراقين في الاقل ممن مارسوا مهنة الطب في المستشفيات الصحية التابعة للدولة، مدة لا تقل عن خمسة عشر سنة، تقديم طلب لوزارة الصحة الموافقة على تأسيس شركة محدودة لانشاء مستشفى)

٣- المادة ٤٣ من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥

٤- المادة ٢٦٩ من قانون التجارة العراقي النافذ رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤

المبحث الثاني

الأساس القانوني لفكرة الاعتبار

المطلب الاول: فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الادارية

ان فكرة الاعتبار الشخصي هي من الافكار التي ابتدعها مجلس الدولة الفرنسي اذ انه قرر في احكامه ان الادارة لا تلتزم بالخضوع الى اجراءات الابرام التي نص عليها القانون بالنسبة لعقود الشراء العام نظرا لضرورة الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد من ناحية ولعدم وجود اي نص قانوني او لائحي يجبر الادارة على اتباع اجراء معين عند ابرامها لهذا النوع من العقود من ناحية اخرى[١] ومن هذا يتضح ان فكرة الاعتبار الشخصي تستند في اساسها الى امرين الاول هو الجوانب الشخصية في العقد المبرم والثاني يستند الى سلطة الادارة في تنظيم المرفق العام محل العقد اذ يتوجب على المتعاقد ان ينفذ التزاماته شخصيا لتسير المرفق العام والمتعاقد لا يستطيع ان يتوقف عن هذا التنفيذ حتى في حالة حصول خلاف بينه وبين الادارة فحصول مثل هذه الخلافات وامتناع الادارة لا يعفي المتعاقد من السير بتنفيذ التزاماته لتعلق ذلك بالمرفق العام وهذا هو الذي يبرر السلطة تقديرية للادارة في اختيار افضل الاشخاص للتعاقد مع المرفق العام دون التقيد باجراءات معينة تلتزم بها في العقود الاخرى لذلك فان فكرة الاعتبار الشخصي من حيث الاساس القانوني تستند الى الاساس التعاقدي ومدى اتصال العقد الاداري مع المرفق العام وعند ذلك تلعب هذه الفكرة دورا اساسيا في جميع العقود الادارية وان الاساس القانوني القائم على صلة العقد بالمرفق العام يرجع الى ان تكون الادارة ملتزمة بمراعاة صفات معينة يجب ان تتوافر في المتعاقد وتكون محلا للاعتبار بحيث يتعين الالتزام الشديد بتطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام.

ونتيجة للتطور الحاصل في العالم في علوم التكنلوجيا والقيام بانشاء مشاريع عملاقة تحتاج الى امكانية علمية ومالية كبيرة وخبرة عالية تلجا الادارة الى الاخذ بفكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ عقودها الادارية بعد حصول الموافقات القانونية التي يسمح لها باختيار المتعاقد معها لتنفيذ المشاريع او تطوير المشاريع التي تقدم الخدمات وتلبي حاجات الافراد وضمان استمرار المرفق العام بتقديم الخدمات .

١- د-شاكر اكباشي - المصدر السابق- ص٢٨٥ .

تختار الادارة المتعاقد على ضوء فكرة الاعتبار الشخصي والتي يتجلى بوجود عدد من الصفات الجوهرية للتعاقد ومنها شخصية المتعاقد- كفاءته المادية الخبرة ومدى التزامه بتنفيذ العقد وفق شروط العقد مع الادارة وان يكون التنفيذ من قبله شخصيا، وبناء على ما تقدم يتضح ان العقود الادارية تخضع الى قاعدة رئيسية ومهمة وجوهرية مفادها ان المتعاقد مع الادارة يلتزم بتنفيذ التزاماته العقدية يضمن عدم تعرض السير المستمر المنظم للمرفق العام للخطر[١] وفي تقديرنا ان التواجد الشخصي للمتعاقد مع الادارة ضروري فلا يجوز له التنازل عن العقد او التعاقد من الباطن بل عليه التنفيذ من قبله وان يتم ذلك خلال المدة المحددة قانونا وضمن الشروط المنصوص عليها فلا يجوز للمتعاقد ان يخل بالتزاماته وان يكون هذا الوفاء بالتزاماته خلال المدة المحددة لها ذلك لان شخصية المتعاقد تكون محلا للاعتبار في العقد الاداري.

وان الأساس القانوني لفكرة الاعتبار الشخصي يكمن في واحد من اساسين هما

١- الاساس العقدي
٢- مبدأ انتظام سير المرفق العام

وكلا الاساسين له وجود في العقد الاداري القائم على فكرة الاعتبار الشخصي فبالنسبة للاساس العقدي لفكرة الاعتبار الشخصي يكون العقد بشكل عام والعقد الاداري قد يبرم بناء على صفات جوهرية تكون محلا للاعتبار في التعاقد والواقع ان فكرة الاعتبار الشخصي تتسع لكافة الصفات المتعلقة بما يشتمل عليه العقد ويتطلبه مبدأ حسن النية في التنفيذ[٢] اما بالنسبة لمبدأ انتظام سير المرافق العام فان فكرة المرفق العام احتلت حيزا واسعا واهتماما كبيرا من الفقه والقضاء الاداري لكون هذا المرفق او الفكرة تمثل الاساس الذي قامت عليه مبادئ ونظريات القانون الاداري وبحكم عدها اساسا للقانون الاداري ومعيارا لأختصاص القضاء الاداري[٣]

١- د-احمد عثمان عياد- مظاهر السلطة في العقود الادارية- دار النهضة العربية ، القاهرة ،١٩٧٣ ، ص ١١ .
٢- اشارة المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي الى هذا المبدأ في الفقرة الاولى (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية)
٣- د-نواف كنعان- القانون الاداري/ الكتاب الاول. دار النهضة للنشر والتوزيع الدار العالمية والدولية- عمان- سنة ٢٠٠٢ ص ٣١٦

ومن الواجب على المتعاقد مع الادارة بالوفاء بالتزاماته التعاقدية بنفسه فلا يسوغ للمتعاقد مع الادارة التحلل من الوفاء بالتزاماته التعاقدية بحجة ان ثمة اجراءات حالت دون ذلك بل يتعين عليه في هذه الحالة الاستمرار في التنفيذ ثم يطالب الادارة بالتعويض عن اخلالها بالتزاماتها التعاقدية ومن ثم تأخير الادارة في صرف قيمة مستخلصات المقاول ليس مبررا لامتناعه عن تنفيذ التزاماته بأتمام العمل او التأخير وعليه لا يجوز للمتعاقد مع الادارة ان يتقاعس او يتراخى في تنفيذ التزاماته اذا تأخرت الادارة في تنفيذ التزاماتها المقابلة وقد قضى في هذا الشأن بأن عقد المقاولة من العقود الادارية والعقود الادارية تتميز عن العقود المدنية بطابع خاص مناطه احتياجات المرفق الذي يستهدف العقد الاداري تسييره او سد حاجته وتغليب المصلحة العامة على المصلحة الفردية الخاصة بينما تكون مصالح الطرفين في العقود المدنية متوازنة ومتساوية في حين انها في العقود الادارية غير متكافئة اذ يجب ان يعلو الصالح العام على المصالح الفردية[١] ولا يجوز للمتعاقد ان يحل غيره في محله الا بموافقة الادارة فاذا حصل التنازل عن العقد الاداري دون موافقة الادارة على ذلك فان التنازل يعتبر باطلا بطلانا يتعلق بالنظام العام ويكون خطا من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد وفي هذه الحالة يبقى المتعاقد الاصلي هو المسؤول في مواجهة الادارة[٢]

١- د-عبد العزيز المنعم خليفة- الاسس العامة للعقود الادارية منشأة ٠المعارف- سنة ٢٠٠٤ ص ١٧٢-١٧٣

٢- د-عبد الحميد الشواربي- العقود الادارية- منشأة المعارف سنة ٢٠٠٣ ص ٧٨

المطلب الثاني:- آثار فكرة الاعتبار الشخصي

يترتب على فكرة الاعتبار الشخصي آثار في نطاق الالتزامات فهي اي الالتزامات 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 الى الخلف العام فيكون موت هذا المتعاقد او فقده لاهليته سببا في انتهاء العقد كما ان طبيعة العقود ذات الاعتبار الشخصي تستوجب قيام المدين بتنفيذ التزاماته بنفسه فلا يجوز ان يوكل احدا يقوم في انجاز هذا الالتزام كما لا يجوز نقل الحقوق والالتزامات الى الغير.[١] وهناك اثار متعلقة بالانعقاد واثار متعلقة بالتنفيذ وهذه الاثار تتطلب بيان فكرة الاعتبار الشخصي في انعقاد العقد حيث يكون على المتعاقد بوجه عام ان يلتزم بتنفيذ التزاماته الشخصية بنفسه فلا يجوز التنازل عنها او تنفيذها بواسطة الغير وعليه يتطلب معرفة كل من الاثار المتعلقة بالانعقاد واثار المتعلقة بالتنفيذ اي عليه التنفيذ بنفسه في اي ظروف تطرأ على المتعاقد اثناء تنفيذ العقد الاداري ذلك لان هناك رابطة عقدية بين المتعقدين وبين الادارة ومن هذه الظروف وفاة المتعاقد او اعلان افلاسه واعساره.

الفرع الاول:- الآثار المتعلقة بالانعقاد

ان الاعتبار الشخصي يرتبط بالباعث الدافع الى التعاقد او بصفة من صفاته الجوهرية ومن هذا نفهم ان الادارة هي التي تتجه الى الشخص محل الاعتبار في التعاقد او بصفة من صفاته وان ذات المتعاقد او اي صفة من صفاته هي التي تكون سببا في رضاء المتعاقد الاخر وهي تكون شروط معتبرة في العقد وهذا يصح في قسم من الطرق. التي تستعمل في ابرام العقود الادارية وبالاخص طريقة الدعوة المباشرة وطريقة العطاء الواحد اذ ان الادارة فيها وهي الطرف الاول في التعاقد تتعاقد مع من تتوفر فيه صفات خاصة لا تتوفر في غيره ولذلك سنبحث هاتين الطريقتين

١- د-محمد سعيد امين- المصدر السابق- ص ٩٤

اولا:- طريقة الدعوة المباشرة

هناك مبادئ عديدة تحكم المناقصات[١] وهي

١- الاعلان عن المناقصة
٢- حرية المنافسة
٣- المساواة بين المتنافسين

وهذا هو الاصل ان الادارة حرة في التعاقد مع الجهات بصورة مباشرة دون اتباع اجراءات خاصة ويفترض هذا الاسلوب توجيه دعوة مباشرة الى عدد من المقاولين ذوي خبرة وقدرة مالية وان الاعلان عن المناقصة شرط ضروري لضمان فرص متساوية للراغبين بالتعاقد حيث تتيح لهم تقدير كلفة المشروع موضوع العقد حيث يجب على الادارة ان تضع مواصفات تفصيلية كاملة التي تبين للافراد البنود والاجراءات الواجب اتباعها والجزاءات التي يمكن توقيعها على المتعاقد في حالة اخلال او التاخر في التنفيذ ·

اما فيما يتعلق بالحرية في المنافسة من مقتضيات هذا المبدا اعطاء الحق لكل المقاولين او الموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي تريد الادارة التعاقد عليه ان يتقدموا بعطاءاتهم بقصد التعاقد مع احدهم وفق الشروط ولا يجوز للادارة ان تبعد ايا من الراغبين في التعاقد والمنتمين الى هذه المهنة في الاشتراك في هذه المناقصة[٢] اما المساوة بين المتنافسين والمقصود بهذا المبدا ايجاد نفس الفرصة لكل من يتقدم الى المناقصة او المزايدة دون تمييز بين واحد واخر وذلك بان لا يتم اعفاء بعض المتنافسين من شروط معينة دون البعض الاخر او اضافة شروط او حذفها او تعديلها بالنسبة للبعض الاخر ولما كانت العقود الادارية ترتبط بالمصلحة العامة فمن حق الادارة ان تتاكد من توافر بعض الصفات المالية والفنية لدى من سوف تتعاقد معهم فتشترط بعض الشروط التي تستبعد بواسطتها بعضا من المتقدمين وهذا استثناء من مبدا المساواة بين المتنافسين وتكون سلطة الادارة سلطة تقديرية وهي سلطة مشروعة طالما لا يترتب عليها استبعاد طوائف كبيرة من المتقدمين وانما اخضاعهم لبعض الواجبات[٣] ويحصل اللجوء الى اسلوب الدعوة المباشرة في الحالات التي اشير اليها في البند (رابعا) من المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨

١- د-شاكر اكباشي - المصدر السابق- ص٣٠١
٢- د-مازن ليلوراضي- القانون الاداري- مؤسسة O-P-L-C للطباعة والنشر- سنة ٢٠٠٩- ص ٣٢٦-٣٢٧
٣- د-محمود خلف الجبوري- العقود الادارية- جامعة بغداد بيت الحكمة سنة ١٩٨٩ ص ٥٢

وهذه الحالات هي

١- اذا كان العقد ذو طابع شخصي او يتطلب السرية في كل من اجراءات التعاقد والتنفيذ ا وان تكون هناك اسباب امنية تستدعي ذلك
٢- اذا 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 وان تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١)لسنة ٢٠٠٨ قد اقرت ضرورة تزويد المقاولين بالوثائق والمستندات مجانا. كما يعطى مقدموا العطاءات الموجهة لهم الدعوة المباشرة من تقديم التأمينات الاولية.

ثانيا:- اسلوب العطاء الواحد

تتمثل اسلوب العطاء الواحد بتوجيه دعوى الى شركة او مكتب تجاري واحد فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية ذلك على سبيل الحصر لتجهيز او تنفيذ الاعمال او الصيانة ذات الطبيعة التخصصية للاعمال المتعاقد عليها وبعد استحصال الموافقات الاصولية واتباع الاجراءات حسب التعديل الاول رقم (١) لسنة ٢٠١٠ على نص الفقرة (خامسا) من المادة (٤) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ والنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤١٥٩ في ١٩/٧/٢٠١٠ والذي ينص على ان اسلوب العطاء الواحد يتم بموجبه توجيه الدعوة مجانا بموافقة رئيس جهة التعاقد المناقص واحد اذا كان من العقود ذات الطبيعة الاحتكارية او (التخصصية او الاستيرادية او الصيانة للتجهيز او التنفيذ الاعمال او الخدمات الاستشارية) للعقود المتعاقد عليها سابقا ويحضى من توجيه له الدعوة بهذا الاسلوب من تقديم التأمينات الاولية(١).

واذا تم تقديم العطاء فيجب توفير مجموعة من المعلومات والمواصفات التي يتعلق بعضها بالراغب بالتعاقد بينما يتعلق القسم الاخر بالمشروع موضوع المناقصة وهذه المعلومات ينبغي ان تكون واضحة ودقيقة بشكل لا يسمح بوجود لبس او تفسير خاطئ وقد استقر التعامل على وجوب احتواء العطاء على ما ياتي

١- د-شاكر اكباشي- المصدر السابق- ص٣٠٣ ص ٣٠٥

اولا:-اسم ولقب وعنوان الراغب بالتعاقد وتوقيعه شخصيا على العطاء واذا كان مقدم العطاء شركة فيجب تقديم عقد تاسيس هذه الشركة ونوعها ومقدار راس مالها.

ثانيا:- بيان طريقة واسلوب انجاز المشروع ونوع المكائن والالات التي يعتزم الراغب بالتعاقد استعمالها في التنفيذ

ثالثا:- قائمة تتضمن الاعمال المماثلة التي قام بها مقدم العطاء

رابعا:- الوثائق التي تؤيد ان مقدم العطاء غير محروم من التعامل مع الجهات الادارية او مستبعد من التقدم للتعامل معها

خامسا:- قائمة بالاسعار التي يرغب الراغب التعاقد بها

سادسا:- ان يرفق مع العطاء التأمين الابتدائي او المؤقت ولا يلتفت الى العطاءات غير مصحوبة بهذا التأمين في التشريعات وبعضها يستعيظ عنه بخطاب ضمان وهذا الشرط يضمن جدية التقدم للمناقصة.[١]

الفرع الثاني:-الآثار المتعلقة بالتنفيذ

ان فكرة الاعتبار الشخصي ذات اهمية كبيرة سواء ذلك في مرحلة ابرام العقد او في مرحلة تنفيذ العقد ولكن قد تطرا على المتعاقد مع الادارة بعض الظروف او المتغيرات خلال فترة تنفيذ العقد بتنفيذ العقد قد تكون ذات تاثير على قدرة المتعاقد على التنفيذ الشخصي او الالتزام الشخصي التي هي كانت محلا للاعتبار من جانب الادارة عند قيامها بابرام العقد مع المتعاقد معها ففي حالة وفاة المتعاقد له اثار في تنفيذ العقد مثلا في عقد التوريد فأن المادة ٦٢ من دفتر الشروط العامة الفرنسية فأن الورثة يستمرون في تنفيذ العقد ولكن يجوز للوزير المختص ان يصدر قرارا بفسخ العهد بناء على طلب من الورثة اما اثر افلاس المتعاقد او اعساره فان قانون التجارة الصرافي رقم(٣٠) لسنة ١٩٨٣ في المادة (٧) منه والتي تنص على انه يعد تاجرا كل شخص طبيعي ومعنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملا تجاريا وبما ان اعمال المقاولة من الاعمال التجارية بموجب المادة(٥) من قانون التجارة فانه سيخضع ويطبق عليه نظام الافلاس وعليه اذا افلس المتعاقد مع الادارة فانه يحق لها سحب العمل منه والتنفيذ على حسابه لان افلاسه يكون عاجزا عن تنفيذ التزاماته التعاقدية بحيث لا يستطيع ان يقوم بتنفيذ العمل [١]

١- مازن ليلو راضي- المصدر السابق ٢٠٠٩- ص٣٣٣

٢- د- شاكر اكباشي – المصدر السابق- ص٣٠٦ .

المبحث الثالث

النتائج المترتبة على تخلف الاعتبار

هناك عدة نتائج تترتب على المتعاقد في حالة التنفيذ المعيب وفي حالة تخلف الاعتبار وانعدامه وكذلك في حالة الاعتبار غير المشروع ونبحثها في المطالب التالية :-

المطلب الأول : النتائج المترتبة على انعدام الاعتبار

تملك الإدارة باعتبارها سلطة عامة توقيع جزاءات إدارية على المتعاقد معها، الممتنع عن تنفيذ التزاماته وخاصة الشخصية أو المتأخر في أدائها أو الذي نفذ التزاماته ولكن بصورة لا تتفق وشروط العقد وتهدف تلك الجزاءات إلى تسيير المرفق العام وإجبار المتعاقد على الوفاء بالتزاماته التعاقدية على الوجه الأمثل خصوصاً إذا كان شخصية المتعاقد محلاً للاعتبار وتملك الإدارة سلطة تقديرية لغرض الجزاء على المتعاقد المخالف لشروط العقد ومن هذه الجزاءات فسخ العقد وذلك في حالة إذا تنازل المتعاقد عن عقده للغير بدون ترخيص مسبق مع الإدارة حيث يعتبر هذا التصرف من المتعاقد خطأ جسيماً وكذلك في حالة عدم قدرة المتعاقد على مواجهة التزاماته ومنها التنفيذ الشخصي[١].

وتعتبر سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها، في حالة إخلاله بشروط العقد حيث إن العقد الإداري يفرض على المتعاقد مع الإدارة الالتزام بالتنفيذ الشخصي للعقد الإداري دونما خلل وتتعدد أوجه الإخلال بالتنفيذ هي حالة الامتناع عن تنفيذ العقد وكذلك التنفيذ بشكل مغاير للشروط والمواصفات المتفق عليها في العقد وكذلك استعمال الغش في تنفيذ العقد[٢] .

يميز بعض أحكام المحاكم وبعض الفقهاء بين تخلف الاعتبار وانعدامه ويذهب إلى تخلف الاعتبار يعني إن الاعتبار قد وجد ثم انعدم، في حين إن انعدام الاعتبار لم يوجد أبداً وبعبارة أخرى في حالة تخلف الاعتبار ينشأ الالتزام الذي هو الاعتبار الذي يقوم عليه التعاقد ولكنه لا ينفذ فيتخلف بذلك الاعتبار الذي قام عليه التعاقد.

---

(١)د.مفتاح خليفة عبد الحميد- د.حمد محمد الشلماني- انقضاء العقود الإدارية- دار المطبوعات الجامعية- سنة ٢٠١٣- ص١٥٥ وص١٧٢ .

(٢) د. فارس علي جانكير- سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقود الإداري- منشورات الحلبي الحقوقية- سنة -ص١١.

أما في حالة انعدام الاعتبار فلا ينشأ الالتزام الذي هو الاعتبار الذي يقوم عليه المتعاقد الآخر ومثال على انعدام الاعتبار فيما إذا تعاقد شخص مع آخر على القيام بعمل مقابل مبلغ معين فإذا لم يدفع له هذا المبلغ فالتعاقد لا يكون لازماً لانعدام الاعتبار، أما في حالة تخلف الاعتبار مثال قيام شخص بالتعاقد مع آخر بالقيام بعمل مقابل مبلغ فان التزام يكون ملزم للمتعاقدين فإذا لم يقيم المتعاقد العمل المتفق عليه فلا يلزم المتعاقد الآخر بدفع المبلغ وذلك لتخلف الاعتبار وهناك تخلف جزئي للاعتبار وتخلف جزء من الاعتبار غير قابل للانقسام يؤدي الى تخلف الاعتبار كله إلا إذا قبل المتعاقد الآخر التنفيذ الجزئي، ففي هذه الحالة يكون هناك تخلف جزئي للاعتبار هذا من جهة ومن جهة أخرى إذا كان الاعتبار غير قابل للانقسام فان تخلف جزء منه يؤدي إلى تخلف كليً لهذا الجزء فقط فبإمكان المتعاقد الآخر أن يفسخ العقد(١)

حيث من أهم واجبات المتعاقد هي الالتزام بإنجاز العمل المتفق عليه وفق شروطه المتفق عليها سواء كان يتعلق بانجاز العمل أو بالطريقة المتفق عليها في التنفيذ أو متعلقة بشخصية المقاول نفسه فإذا خالف المتعاقد الشروط و المواصفات المتفق عليها أو الشروط الواجب مراعاتها دون حاجة إلى ذكرها ولا يستطيع المتعاقد أن يتخلص من التزاماته إلا في حالة أن يثبت كانت المخالفة ترجع إلى قوة قاهرة أو إلى خطأ المتعاقد (الإدارة) وليس السبب من المتعاقد نفسه، والإدارة تطلب في حالة الإخلال بالتنفيذ العيني في حالة على المتعاقد المخالف أو فسخ العقد إذا امتنع عن تنفيذ العقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد حيث يرتب جزاء عليه نتيجة الإخلال بالتزاماته وكذلك يجب على المتعاقد بتسليم العمل المطلوب(٢).

إذا كانت الأصل أن تخلف الاعتبار يؤدي إلى زوال العقد وإمكان الجزاء إلا إن هناك استثناءات التي ترد على هذا الأصل، من ذلك إن الاعتبار إذا كان هو الباعث على التعاقد قد تم ثم تبين عدم صحة هذا الباعث فلا يكون هناك تخلف في الاعتبار أو إذا حصل نتيجة لخطأ المتعاقد نفسه فلا يعتبر هناك تخلف للاعتبار(٣).

---

(١)د. عبد المجيد الحكيم- الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلو أمريكي- سنة ١٩٩١- ص٣٤٥ وص٣٥١.

(٢) د.سعيد مبارك- د. طه الملا حويش- د. صاحب عبيد الفتلاوي- الموجز في العقود المسماة- سنة١٩٩٣- ص٤١٩وص٤٢٧.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم- المصدر السابق- ص٣٥٠.

ويترتب على المتعاقد الذي لم ينفذ شروط العقد كما في حالة التنفيذ المعيب أو المخالف للمواصفات أو في حالة الامتناع عن تنفيذ العقد فللإدارة إجباره على التنفيذ العيني عن طريق القضاء إن كان هذا التنفيذ ممكناً ، وقد يخطأ المتعاقد في تنفيذ العقد حيث هذا الخطأ قد يقع من المتعاقد شخصياً ،أو قد يقع من الغير الذي يستعين به في تنفيذ التزاماته في حالة التنفيذ من الباطن دون موافقة الإدارة(١) .

وفي تقديرنا إن هذه الحالة هناك تخلف في الاعتبار أي إن المتعاقد اخل بالتزاماته وأهمها التنفيذ الشخصي حيث إن المتعاقد الآخر قد ابرم العقد على اعتبار شخصية المتعاقد الظاهر أمامه لذلك إذا قام المتعاقد بالتنفيذ عن طريق شخص آخر من الباطن دون علم الإدارة ففي ذلك تخلف لأحد شروط العقد وهو شخصية المتعاقد وعلى أساس ذلك إن من حق الإدارة فسخ العقد وترتيب جزاء على المتعاقد المخالف لهذه الشروط وللإدارة إنهاء العقد بإرادتها المنفردة دون اللجوء إلى القضاء وكذلك يحق إنهاء العقد في حالة اعسار المتعاقد أو إفلاسه حيث لا يستطيع تنفيذ العقد بالشكل الملائم لما اتفقوا عليه في العقد.

ان الجزاء الذي يمكن للادارة توقيعه على المتعاقد معها في حالة الاخلال بالالتزامات بحيث لا يستطيع الاستمرار بتنفيذ العقد تنفيذا سليما وهذا الجزاء الذي تفرضه الارادة على المتعاقد المخل بالتزاماته يختلف عن الجزاء التي تفرضه الادارة لدواعي المصلحة العامة عند عدم صدور خطأ من المتعاقد مع الادارة وذلك لان الادارة لا تقرر هذا الجزاء الا اذا ثبت لها ان المتعاقد اصبح في حالة لا يستطيع معها الوفاء بالتزاماته وفاء كامل ، او كان اخلاله بالتزاماته اخلالا خطيرا بحيث لا يكون امام الادارة سبل اخرى سوى فسخ العقد .

فمثلا في عقود الاشغال العامة يعتبر من الخطأ الجسيم ترك الاشغال واهمال المواعيد والعيب الجسيم في التنفيذ وكذلك التنازل عن العقد دون موافقة الادارة فاذا ثبت استعمال الغش او التلاعب في معاملته مع الجهة الادارية او اذا ثبت ان المتعاقد قد شرع بنفسه او بواسطة غيره بطريق مباشر او غير مباشر في رشوة احد موظفي الجهات الادارية اجاز القانون للادارة فسخ العقد وكذلك في حالة افلاس المتعاقد او اعساره .(٢)

---

(١)د. مصطفى عبد الجواد- (مصادر الالتزام)- دار الكتب القانونية- سنة ٢٠٠٥- ص٤٨٠.

(٢)محمد عبد الله محمود الدليمي ، رسالة ماجستير ، سلطة الادارة في انهاء عقودها الادارية ،١٩٨٣ ،ص٤٠و١٦٤

وان من حق الادارة فسخ العقد اذا تبين بصفة ثابتة ان المتعاقد لم يعد بأمكانه تقديم مشاركته في تنفيذ التزامه بطريقة مرضية ويتميز فسخ العقد بأنه يضع نهاية حاسمة للعقد حيث يعتبر من اسباب انقضائه ومبرراته وهو وجوب ان يعطي الادارة حق العدول عن مشاركة متعاقد لم يعد قادرا على الوفاء بالتزاماته على وجه مرض .

ويشترط عند فسخ العقد ان يكون قد ارتكب المتعاقد خطأ جسيم في تنفيذ التزاماته التعاقدية كأن يرفض متعاقد بتنفيذ الاوامر المصلحية او بوقف التسليم او يهمل ملاحظة المواعيد المقررة لأنهاء العقد (١)

وقد تخضع العقود بصورة عامة لأصل عام من اصول القانون يقضي بأن يكون تنفيذها تتفق مع ما يوجبه حسن النية ذلك لان العقد الاداري الذي تبرمه الادارة بوصفها سلطة عامة وباتباعها وسائل القانون العام يستهدف مصلحة عامة لاتصاله بنشاط مرفق عام بقصد تسييره لذا فأن اي اخلال من جانب المتعاقد مع الادارة يؤدي الى المساس بالمرفق العام وعليه فأن من حق الادارة اذا اخل في تنفيذ التزامه ان توقع عليه الجزاءات التي تكفل تنفيذ العقد بما يتماشى مع حسن سير المرفق العام وان سلطة الادارة في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها ولا يشترط لوجودها ان ينص عليها في العقد بل هي موجودة وان لم ينص عليها (٢).

المطلب الثاني : النتائج المترتبة على الاعتبار الغير مشروع

ويقصد بالاعتبار الغير مشروع هو الاعتبار المخالف للنظام العام وهناك نتائج مترتبه على الاعتبار الغير مشروع التي يرتبها القضاء ويتبعه الفقه في ذلك وهي بطلان هذه العقود حيث يعتبر العقد باطلا اذا ابرم الاعتبار غير مشروع فاذا كان اي جزء من الاعتبار غير مشروع فلا يمكن الاجبار على تنفيذه وذلك لان الاعتبار كله يسقط ولان القانون لا يميز بين ما هو معيب وغير معيب (٣).

١- د. محمد عبد العال السناري ، طرق واساليب التعاقد الاداري وحقوق والتزامات المتعاقدين ، دار النهضة العربية ،ص٢٧٨

٢- أ. بلاوي ياسين بلاوي ، الجزاءات الضاغطة في العقد الاداري ، دار الكتب القانونية ،٢٠٠١ ،ص١٣

٣- د. عبد المجيد الحكيم ، المصدر نفسه ،ص٣٣٧

وفي حالة اخلال المتعاقد بالتزاماته في نطاق العقود الادارية يترتب على المتعاقد المخل بدفع التعويض مقابل الضرر الذي يصيب المتعاقد الاخر نتيجة لاعتبار الغير مشروع وان التعويض مرتبط ارتباطا وثيقا بنظرية المسؤولية التعاقدية حيث ان الادارة تستطيع فرضها على المتعاقد معها عندما يتسبب بالحاق ضرر بالادارة اثناء تنفيذه للعقد الاداري نتيجة خطأ المتعاقد ويسمى بالخطأ العقدي اي اخلال احد المتعاقدين بالتزامه الناشئ عن العقد حيث يعني انحراف ايجابي او سلبي في سلوك المتعاقد يؤدي الى مؤاخذته (١).

وانه من المستقر فقها وقضاء ان كل اخلال بالتزام عقدي ويسبب ضررا يلزم من ارتكبه بالتعويض والمحكمة الادارية العليا تسمح للادارة بحق تحصيل التعويض بشرط ان ينص في العقد والتعويض هو نوع من الجزاءات المالية الذي تفرضه الادارة على المتعاقد الذي نفذ عقد في غير محله دون موافقة الادارة على ذلك (٢)

ويحق للادارة في حالة اخلال المتعاقد اخلال جسيما بتنفيذ التزامته بحث يكون من المتعذر الاطمئنان اليه في استمرار ادارته للمرفق وتسيره على نحو سليم وتلجأ اليه في حالة لافائدة من تقويم المتعاقد ويترتب عليه انهاء العقد وايقاف مع الادارة من تنفيذ الاعمال محل العقد (٣)

والعقد الذي يقوم على عدد من الاعتبارات احدها غير مشروع فالعقد كله يكون باطل ويكون العقد غير مشروع اذا كان الغرض المباشر منه ارتكاب عمل غير مشروع او كان يقصد به غير مشروع وقد يكون العقد في ذاته مشروعا تماما ولكن احد اطرافه او كلاهما يقصد من ورائه الوصول الى غرض غير مشروع فالمتعاقد الذي كان على علم بذلك لا يمكنه ان يطلب الاجبار على تنفيذه والاعتبار الذي يقوم عليه كل عقد صحيح يجب ان يكون مشروعا (٤) .

وفي تقديرنا في حالت الاعتبار الغير مشروع فان العقد يكون باطلا وذلك لتخلف شرط مهم من شروط ابرام العقد فالعقد الصحيح يجب ان يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام وعليه اذا كان الاعتبار كله غير قابل للانفصال عنه فيكون هنا العقد باطلا ويحق للمتعاقد الاخر ان ينهي العقد بحيث لا يمكن الاجبار على تنفيذه طالما كان الاعتبار غير مشروع .

١- د. فارس علي جانكيز ، المصدر السابق ، ص ١٥٥ – ١٥٦ .
٢- د. مازن ليلو ، المصدر السابق ، ص ٣٤٢ – ٣٤٣ .
٣- مفتاح خليفة عبد المجيد ،حمد محمد السلماني ،المصدر السابق، ص١٥٦ –ص٢٠٣
٤- عبد المجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٣٣٦-٣٣٧

الخاتمة :

اتضح لنا من خلال الدراسة **النتائج التالية** :-

١- ان موضوع دراسة فكرة الاعتبار في العقود الادارية ذات اهمية كبيرة وذلك لصلة العقد الاداري بالمرفق العام فان اختيار الادارة للمتعاقد قد يتم ضمن اعتبارات خاصة ومنها الكفاءة المالية وحسن السمعة والجنسية وغيرها و الاساس في ذلك ان شخصية المتعاقد تكون محل اعتبار من جانب الادارة .

٢- وضح البحث التزامات المتعاقد مع الادارة وخاصة التزامه بالوفاء بشروط العقد واحترام المدة المحدودة للتنفيذ واهم من ذلك هو ضمان سير المرفق العام بانتظام اضافة الى الالتزام الشخصي لتنفيذ العقد الاداري .

٣- وتبين لنا كذلك من خلال البحث التنازل عن العقد بدون موافقة الادارة غير جائزة وان المتعاقد لا يحق له التنازل عن العقد الا بموافقة الادارة وفي حالة عدم موافقة الادارة فأن التنازل باطلا لانه يتعلق بالنظام العام وكذلك لانه يعد مخالفة كبيرة لمبدأ الالتزام الشخصي للعقد الاداري مع الادارة .

٤- ومن خلال البحث اتضح لنا ان فكرة الاعتبار الشخصي لها اهمية في مرحلة تنفيذ العقد الاداري لان شخصية المتعاقد مع الادارة تكون محل اعتبار في اي ظروف تطرأ على المتعاقد اثناء تنفيذ العقد الاداري لها آثارها في الرابطة العقدية بين المتعاقد والادارة ومن هذه الظروف وفاة المتعاقد او افلاسه او اعساره .

التوصيات:

١- ضرورة ايجاد نوع من الرقابة على عمل الادارة في كيفية اختيارها للمتعاقد معها وتتجنب بذلك حالات التعاقد الغير مشروعة والتي تتم على اساس شخصي .

٢- ضرورة وضع بعض الحالات وعلى سبيل الحصر يمكن من خلالها التنازل عن العقد بدون موافقة الادارة بالرجوع الى حالات الرئفة بالمتعاقد كحالة افلاس او ما شابه ذلك .

٣- ضرورة الاهتمام بفكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد كون الاعتبار هو الواقع الذي يدفع الادارة من البداية الى التعاقد معها وبالتالي ضرورة الاخذ بنظر الاعتبار ذلك كي لا يجد الى ابرام عقود مع اشخاص غير كفوئين .