مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية
المجلد 3 (4) – 2023: 153-172

Damascus University Journal of Legal Sciences Vol 3 (4)- 2023: 153-172

الآثار الحقوقيّة المترتّبة على التنازل عن عقد الأشغال العامّة بموافقة الإدارة

محمد محفوض [1]، **أ. د. يوسف شباط** [2]

[1] طالب دكتوراه في قسم القانون العام، كليّة الحقوق، جامعة دمشق.

[2] أستاذ دكتور في قسم القانون العام، كليّة الحقوق، جامعة دمشق.

الملخّص:

من المسلَّم به فقهاً وقضاءً وقانوناً أنّ عقد الأشغال العامّة، يسوده مبدأ عام مفاده التزام المقاول المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ التزاماته العقديّة شخصيّاً. فالتزامات المقاول التزامات شخصيّة، يتعيّن عليه أن ينفّذها شخصيّاً وبنفسه، ومن ثمّ لا يجوز له أن يتنازل عن هذه الالتزامات إلى الغير إلاّ بعد الحصول على موافقة الإدارة، فإن حدَثَ وتنازل المقاول عن عقده من دون الحصول على موافقة الأخيرة، عُدّ هذا التنازل باطلاً، ولا يحتّج به في مواجهتها، وشكّل خطأً تعاقدياً جسيماً يسوّغ لجهة الإدارة توقيع أقسى الجزاءات عليه. فالتزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيّاً، هو في الغالب الأعم التزام بتحقيق نتيجة، وليس ببذل عناية.

الكلمات المفتاحيّة: التّنازل عن العقد، عقد الأشغال العامّة، المتعاقد مع الإدارة، التزام شخصيّ.

تاريخ الإيداع: 2021/11/10
تاريخ القبول: 2022/6/1

حقوق النشر: جامعة دمشق – سورية، يحتفظ المؤلفون بحقوق النشر بموجب الترخيص CC BY-NC-SA 04

ISSN: 2789-7621 (online)
https://journal.damascusuniversity.edu.sy/

The legel implications of waiving the public works contract with the approval of the administration

Mohammad Mahfoud[1], Prof. Youssef Shabat [2]

[1] PhD student in the Depart. of Public Law, Faculty of Law, Damas. University.
[2] Prof. in the Depart. of Public Law, Faculty of Law, Damas University.

Abstract:

It is recognized by Jurisprudence, Jurisprudence and law that the public works contract is governed by a general principle that the contractor contracting with the administration is obligated to carry out his contractual obligation personally and by himself, therefore he may not assign these obligations to third parties except after obtaining the approval of the administration, if the contractor waives his contract without obtaining the latter's approval, this waiver shall be considered null and shall not be invoked against it, and constituted a serious contractual error that justifier the administration's imposition of the harshest penlties on him.the obligation of the contractor to the implement the contract personally is, in most cases, an obligation to achieve the a result, and not to taka care.

Received: 2021/11/10
Accepted:2022/6/1

Copyright: Damascus University- Syria, The authors retain the copyright under a CC **BY- NC-SA**

Key Words: Waiver Of Contract, Public Works Contract, Contractor With Management, Personal Commitment.

المقدّمة:

عقد الأشغال العامّة هو عقد المقاولة المعروف في القانون المدنيّ، ولكن عندما يتصل العقد الأوّل بمرفق عام ويتضمّن شروطاً غير مألوفة يُسمّى بذلك، وهذا ما استقرّ عليه الفقه والقضاء[1].

قد يحدث في أثناء تّنفيذ عقد الأشغال العامّة اختلال واضح أو نقص بيّن في الاعتبارات الشخصيّة للمقاول المتعاقد مع الإدارة، كاختلال في كفاءته الفنيّة، أو نقص فاحش في ملاءته الماليّة التي تمّ اختياره على أساسها من قِبل الأخيرة، ما يترتّب عليه عدم تنفيذ العقد على النحو الذي يحقق الغاية المرجوّة منه، ألا وهي تحقيق الصّالح العام.

فيبدي المقاول المتعاقد مع الإدارة رغبته واستعداده للتنازل عن التزاماته وحقوقه كافّة، إلى مقاول جديد يتمتّع بملاءة مالية وكفاءة فنيّة أكثر منه، أو تتوافر فيه– على الأقل– الاعتبارات والصفات المرعيّة في شخص المقاول المتنازِل عند إبرام العقد المتنازَل عنه، مع توافر جميع الضمانات الأُخرى التي تتطلّبها الإدارة المتعاقدة لتنفيذ العقد على نحو أفضل، ما قد ترى الإدارة العامّة معه أنّ المصلحة العامّة تقتضي منها الموافقة على هذا التنازل بدلاً من إنزال الجزاءات بالمقاول الأصلي، فتوافق على التنازل تحت وطأة الصالح العام، وصالح المرفق، الذي هو غايتها، وما الاعتبار الشخصيّ سوى وسيلة لذلك. ولمّا كان تنازل المقاول عن عقده إلى الغير، يعدّ مخالفة جسيمة– وإهداراً– لقاعدة الاعتبار الشخصيّ في إطار تنفيذ عقد الأشغال العامّة، ويقضي على مبدأ الالتزام بالتّنفيذ الشخصيّ للعقد المذكور، فإن هذا التنازل لا يجوز من دون موافقة الجهة الإداريّة المتعاقدة.

أهميّة البحث:

ترجع أهميّة البحث إلى ضرورة التزام المقاول المتعاقد مع جهة الإدارة بالوفاء بالتزاماته التعاقديّة شخصيّاً وبنفسه، فالتنازل عن عقد الأشغال العامّة من دون موافقة الجهة الإداريّة المتعاقدة، من شأنه أن يؤدي إلى حلول مقاول جديد– بشكل كلّيّ– محلّ المقاول الأصلي في التزاماته وحقوقه كافّة، ما يشكّل إهداراً كلّيّاً وواضحاً لفكرة الاعتبار الشخصيّ، التي بُني عليها اختياره من قِبل الإدارة.

مشكلة البحث:

صحيح أنّه لا يجوز للمقاول المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامّة التنازل عن عقده إلى الغير من دون موافقة الجهة الإداريّة المتعاقدة، إلاّ أنّ الأخيرة قد توافق على هذا التنازل تحت وطأة الصالح العام، وحسن سير المرفق العام، ما يدفعنا إلى التساؤل عن الآثار الحقوقيّة المترتّبة على هذا التنازل بموافقتها، وأحكام هذه الموافقة، والأساس القانوني لحظر التنازل عن عقد الأشغال العامّة من دون موافقة الإدارة؟

هدف البحث:

يهدف البحث إلى محاولة الإجابة عن مشكلة البحث المطروحة، وذلك من خلال التعرّف على ماهيّة التنازل عن عقد الأشغال العامّة، والأساس القانونيّ لحظر هذا التنازل من دون موافقة الإدارة، والنتائج القانونيّة المترتّبة على الموافقة على التنازل.

منهج البحث:

تمّت دراسة هذا البحث بالاعتماد على المنهج التحليليّ؛ من خلال تحليل النصوص القانونيّة بالاستناد إلى الأحكام القضائيّة، وآراء الفقهاء التي تناولت هذا الموضوع. كما اعتمدنا المنهج المقارَن، من خلال دراسة التشريع السوريّ مقارنةً بالتشريع المصريّ.

[1]– طلبة وآخرون. (2014/2013). ص369.

خطة البحث:

اتّبعنا في تقسيم هذا البحث النظام اللاتينيّ، حيث قسمناه إلى مقدّمة، ومطلبين، وخاتمة. خصصنا المطلب الأوّل لدراسة التنازل عن عقد الأشغال العامّة وأساسه القانونيّ، أما في المطلب الثّاني درسنا الآثار الحقوقيّة المترتّبة على التنازل بموافقة الإدارة.

المطلب الأوّل: التنازل عن عقد الأشغال العامّة وأساسه القانونيّ

سنحاول في هذا المطلب الحديث عن مفهوم التنازل عن عقد الأشغال العامّة (الفرع الأول)، ثم ننتقل إلى دراسة الأساس القانونيّ لقاعدة عدم جواز التّنازل عن العقد المذكور من دون موافقة الإدارة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم التنازل عن عقد الأشغال العامّة وتمييزه

لبيان مفهوم التنازل بجلاء، لابدّ لنا من إيراد بعض التعريفات التي ساقها الفقه لهذا التنازل (أولاً)، ومن ثمّ نقوم بتمييزه عن التعاقد من الباطن (ثانياً).

أولاً: تعريف التنازل عن عقد الأشغال العامّة:

أورد الفقه الإداريّ تعريفات عديدة للتنازل عن عقد الأشغال العامّة، فقد ذهب بعضهم[2] إلى أنّه: "عمليّة قانونيّة تتم بوساطة المتعاقد الأصلي، مؤداها أن يقوم هذا الأخير بإحلال طرف ثالث محلّه كبديل عنه في تنفيذ العقد، بحيث يصبح الطرف الجديد مديناً مباشراً للإدارة بالالتزامات التي أنشأها العقد الإداري، على أن يستفيد في الوقت نفسه من الحقوق التي رتّبها العقد الإداري لمصلحة المتنازِل". وهناك من عرّف التنازل عن العقد بأنّه: "التصرّف القانونيّ الذي يبرمه المتعاقد مع الغير، ويكون من شأنه إحلال ذلك الغير محلّه في أداء التزاماته، واكتساب حقوقه الناشئة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة"[3].

ويقصد بالتنازل عن العقد: "أن يُحلّ المتعاقد مع الإدارة غيره محلّه في تنفيذ جميع التزاماته العقديّة، أي تنفيذ العقد تنفيذاً كلّياً"[4]. أي استبدال المقاول الأصلي بمتعاقد آخر يصبح مسؤولاً عن تنفيذ العقد، ما يجعلنا أمام متعاقد جديد، وعقد جديد[5]. فالتنازل عن العقد يكون: "عندما يقوم المتعاقد الأصلي بإحلال الغير في تنفيذ جميع التزاماته التعاقدية وبشكل كلّيّ"[6]؛ أيّ "قيام المتعاقد الأصلي بالتنازل عن العقد إلى شخص آخر يطلق عليه المتنازَل إليه، بحيث يحلّ هذا الأخير محلّه في تحمّل التزاماته، والتّمتّع بحقوقه في مواجهة الجهة الإداريّة، وبالتالي تنشأ علاقة عقديّة جديدة ومباشرة–غالباً– بين الإدارة والمتنازَل إليه"[7]. ويعدّ المتنازَل إليه هو المسؤول أمام الإدارة ما لم يُنصّ على خلاف ذلك[8]. فهو يشمل التخلّي عن الحقوق والالتزامات كافّة المتولّدة عن عقد الأشغال من قِبل المقاول الأصليّ، وإحلال الغير في تنفيذ العقد بأكمله. ولا شكّ أنّ هذا التصرّف "يقضي على مبدأ التنفيذ الشخصيّ للعقود الإداريّة، الّذي تهدف الإدارة من ورائه إلى تحقيق المصلحة العامّة"[9].

---

[2] المفرجي، 2014، ص: 73؛ كريل، 2016، ص: 594.

[3] أمين، 1991. ص: 56.

[4] فيّاض، 1975، ص: 126؛ مشرف، 2003، ص: 58–59.

[5] ابن شعبان، 2012/2011. ص: 229.

[6] الحسين وآخرون، 2005، ص: 264؛ أيضاً: الحسن، 1997. ص: 30؛ الخاني. 1985. ص: 300.

[7] مشرف، 2003، ص: 95.

[8] العزاوي، 2016، ص: 114.

[9] نُحيلي وآخرون، 2007– أ، ص: 347.

ومن الملاحظ أنّ التعريفات السابقة الذكر تتّفق على معنىً واحداً، وإن اختلفت صياغتها اللفظيّة. وعليه يمكننا صياغة تعريف جديد للتنازل عن عقد الأشغال العامّة كما يأتي: هو التصرّف القانوني الذي يتم بين المتنازِل والغير (المتنازَل إليه)، ويكون من شأنه نقل جميع حقوق والتزامات المتنازِل التي أفرزها العقد المتنازَل عنه إلى المتنازَل إليه، ما يتمخّض عنه ولادة اتّفاق جديد بينه وبين الإدارة **في حال موافقتها على** هذا التنازل.

وقد ذهبَ جانب من الفقه الإداريّ إلى القول إنَّ التنازل يتّخذ إحدى صورتين:

أ- تنازل المقاول عن الأُجرة:

إنَّ هذه الصورة من صور التنازل شائعة الحدوث في الواقع العملي[10]. وتتحقّق في الحالات التي يتنازَل فيها المقاول الأصليّ عن الأُجرة التي يستحقّها بموجب العقد الأصليّ المُبرم بينه وبين الإدارة لطرف ثالث أجنبيّ عن العقد، وهذا الأخير قد يكون مصرفاً أو مُموّلاً دائناً للمقاول، وقد يكون هذا التنازل على سبيل الرهن للحصول على المال اللازم من أحد البنوك، أو أحد المموّلين[11]. وفي هذه الحالة يكون المُحال له هو الدائن بالأجرة في مكان المقاول الأصليّ، وذلك من خلال ما يسمّى حوالة الحقّ[12]، حيث تكون أحكام الحوالة المذكورة هي القابلة للتطبيق، وتصحّ الحوالة من خلال الاتفاق بين المُحيل والمحال عليه، ويكفي لنفاذها إعلان صاحب العمل بالحوالة[13]. وغالباً ما يلجأ المقاول الأصليّ إلى هذه الصورة من صور التنازل، عندما يكون مُضطراً إلى مَدِّهِ بالأموال اللازمة لإتمام العمل موضوع التعاقد، من إحدى الجهات المموّلة، فيتنازل عن جزء من أَجره إلى هذه الجهة، بهدف الحصول على تلك الأموال[14]. وهنا من حق صاحب العمل (الجهة الإدارية)، التّمسك في مواجهة المتنازَل إليه بجميع الدفوع التي يحق له التمسك بها في مواجهة المقاول الأصليّ (المتنازِل)، وكذلك الدفوع المستمدّة من حوالة الحقّ نفسها[15].

وفي الحقيقة، إنّ هذه الصورة من صور التنازل لا يصدق عليها وصف التنازل عن عقد الأشغال العامّة بالمعنى الدّقيق، فهي تختلف عن التنازل الذي نعنيه في هذا الصدد من حيث النطاق. وبعبارة أُخرى يمكن القول إنّ التنازل عن العقد المذكور يعني حلول مقاول جديد محلّ المقاول الأصليّ، في تحمّل الالتزامات كافّة التي يفرزها العقد، والتّمتّع بالحقوق كافّة المتمخّضة عنه. أما في حوالة الحق، فإنّ الالتزامات تظلّ مُلقاة على كاهل المقاول الأصليّ، ولا يستفيد المقاول الجديد سوى من من الحقوق الماليّة أو جزءً منها، وفقاً لما تمّ الاتفاق عليه بينه وبين المقاول الأصليّ[16].

ب- تنازل المقاول عن العقد بأكمله:

تتحقّق هذه الصورة عندما يتنازل المقاول الأصليّ عن العقد في رمّته، بما يتضمّنه من حقوق وواجبات، إلى طرف ثالث يُسمّى المتنازَل إليه. بحيث يحلّ هذا الأخير محلّ الأوّل في مواجهة الجهة الإداريّة المتعاقدة[17]. بيدَ أنّ الإعلان وحده لا يكفي في هذه

---

[10] السنهوري، 1973، ص: 207.

[11]- طلبة، 2004، ص: 294؛ ونّا، 2019، ص: 19.

[12]- انظر: المادة /350/ من القانون المدني المصري، المطابقة للمادة /349/ من القانون المدني السوري.

[13]- السنهوري، 1973، ص: 206-207.

[14]- حنان، 2016، ص: 54-55؛ البكري، 2018، ص: 250.

[15]- انظر: المادة /312/ من القانون المدني المصري، المطابقة للمادة /311/ من القانون المدني السوري.

[16]- الأحمد، 2001، ص: 48؛ سلطان، 2010، ص: 346؛ المفرجي، 2014، ص:77-78؛ مشرف، 2003، ص: 61-62.

[17] حنان، 2016، ص: 55-56.

الحالة، وإنّما لا بدّ من موافقة ربّ العمل لسريان التنازل في حقّه[18]. وفي هذه الحالة تطبّق قواعد حوالة الحقّ، فيما يتعلّق بنقل حقوق المقاول الأصليّ، وأحكام حوالة الدّين بخصوص نقل التزاماته، فلا بدّ من إقرار الجهة المتعاقدة حتّى يصبح التنازل سارياً في حقّها، وفقاً للقواعد المقرّرة في حوالة الدّين[19]. وإذا تمّ التّنازل عن العقد على النحو المتقدّم، أصبح المتنازَل إليه هو المدين بجميع الالتزامات التعاقديّة قِبلَ الإدارة، وهو الدائن بكافّة الحقوق التي كان يتمتّع بها المقاول الأصليّ[20]. مع العلم أنّه إذا كانت شخصيّة المقاول الأصليّ محلّ اعتبار، فلا يحقّ له أن يُحلّ غيره محلّه في تنفيذ التزاماته التعاقديّة، أو جزء منها إلاّ بموافقة الإدارة[21].

لكن هناك من يرى أنّ عملية التنازل عن عقد الأشغال العامّة ليست مجرّد حوالة حقّ وحوالة دين، وإنما هي أكبر من ذلك؛ لأنّ التنازل يترتّب عليه تنازل عن الصفة التعاقديّة، بحيث يحلّ المتنازَل إليه محلّ المتنازِل، فيما له من حقوق، وما عليه من التزامات، سببها الرابطة العقديّة المذكورة. وما يترتّب على ذلك من آثار ونتائج قانونيّة، ومن هنا تنشأ رابطة مباشرة ومتبادلة بين الإدارة والمقاول الجديد[22].

ثانياً: التنازل عن العقد والتّعاقد من الباطن:

المعيار الأساس للتمييز بين التنازل الكلّيّ عن العقد والمقاولة من الباطن يتمثّل في النظر إلى إرادة الطرف القائم بعمليّة المقاولة من الباطن، أو التنازل عن العقد (أي المقاول الأصليّ)، ففي العملية الأخيرة يخرج المتنازِل من العملية التعاقديّة بأكملها، حيث يعبّر ويعلن عن إرادته في ترك مركز التعاقديّ بما له من حقوق وما عليه من التزامات إلى المتنازَل إليه[23]. بينما نجد أنّ المقاولة من الباطن هدفها الرئيس هو إما تنفيذ العقد الأصليّ، أو الحصول على منفعة من هذه المقاولة[24]. ففي المقاولة من الباطن يقوم المقاول المتعاقد مع الإدارة بالاتفاق مع طرف ثالث في سبيل تنفيذ جزء من محلّ عقد الأشغال العامّة، مع بقاء الرابطة التعاقديّة قائمة بين المقاول الأصليّ والإدارة[25]؛ بمعنى أنّ المقاول الأصليّ في حالة التنازل عن العقد المقترن بموافقة الإدارة، لا يكون مسؤولاً عن تّنفيذ العقد، بخلاف حالة المقاولة من الباطن، حيث يظلّ مسؤولاً عن تنفيذ العقد بأكمله، حتّى عن الجزء المنفّذ بوساطة المقاول من الباطن؛ لأنّه رغم التعاقد من الباطن يبقى المسؤول الوحيد أمام الإدارة، وبالتّالي يمكن لها توقيع الجزاءات عليه بسبب عدم التّنفيذ، أو التّأخير فيه، حتّى لو كان سبب ذلك عائداً إلى المقاول من الباطن، ما يمكن معه القول بانتفاء العلاقة المباشرة بين الإدارة والمقاول من الباطن، إلّا ما يَرِد به نصّ صريح في القوانين واللوائح[26].

---

[18] انظر: المادة /315/ من القانون المدني السوري، والمادة /321/ من القانون نفسه. المطابقة للمادة /316/ من القانون المدني المصري، والمادة /322/ من القانون الأخير.

[19] الدائم، 2003، ص: 297 ومابعدها؛ البكري، 2018، ص: 250.

[20] حامد، 2005، ص: 320-321؛ السنهوري، 1973، ص: 207-208.

[21] حنان، 2016، ص: 56.

[22] سعد، 2004، ص148؛ سلطان، 2010، ص366.

[23]- رحمه، 2018، ص: 51-52؛ جعفر، 2011، ص: 159؛ ونّا، ص: 22-23.

[24]- الجارحي، 1988، ص: 19-20؛ قدور، 2013، ص: 61.

[25]- المفرجي، 2014، ص: 117.

[26]- محمّد، 2016، ص: 233.

يلاحظ ممّا سبق الفارق الكبير بين حالتيّ التنازل عن العقد والمقاولة من الباطن، ففي الحالة الثّانية يبقى المقاول المتعاقد مع الإدارة دائناً أو مديناً للأخيرة، أو للمقاول من الباطن، حيث يحتفظ بحقوقة والتزاماته تجاه كِلا الطرفين، في حين يبقى المقاول من الباطن أجنبيّاً عن الإدارة، فلا يُسأل في مواجهتها، بل الذي يُسأل هو المقاول الأصليّ. أما في الحالة الأولى، تنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل إليه والإدارة بموجب عقد التنازل، وبالمقابل يخرج المقاول المتنازِل من دائرة العقد، ويغدو أجنبيّاً عنه، حيث يصبح المقاول الجديد دائناً أو مديناً للجهة الإداريّة حسب الحال[27].

وتختلف المقاولة من الباطن عن التنازل عن العقد في الطبيعة القانونيّة لكل منهما، فلا ينشأ عن التنازل عقد جديد، فطبيعة العقد قَبل التنازل هي ذاتها بعد التنازل، بينما المقاولة من الباطن تعدّ عقداً جديداً يضاف إلى العقد الأصليّ، وتتميّز بطبيعة خاصّة، فالعلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن لا تنقطع بالمقاولة من الباطن، بل تظلّ قائمة، بخلاف التنازل عن العقد، حيث تنقطع العلاقة بمجرد رضاء المقاول الجديد بالتنازل الّذي يتم بمقتضاه نقل الالتزامات والحقوق من المتنازِل إلى المتنازَل إليه[28].

علاوةً على اختلاف الحقوق والالتزامات في كِلا العمليتين، فالالتزامات والحقوق في المقاولة من الباطن يحدّدها أطراف العقد، شريطة ألاّ تتجاوز حدود العقد الأصليّ، بينما تكون في التنازل عن العقد محدّدة في العقد المتنازَل عنه[29]. والتنازل عن عقد الأشغال العامّة بالمعنى المتقدّم من شأنه أن يؤدي إلى حلول مقاول جديد بشكل كليّ محلّ المقاول الأصليّ في حقوقه والتزاماته كافّة، فهو يشكّل إهداراً كليّاً وواضحاً لفكرة الاعتبار الشخصيّ، ويهدم مبدأ الالتزام بالتّنفيذ الشخصيّ للعقد المذكور[30]، فقد لا تتوافر في المتنازَل إليه الشروط التي تتطلّبها الجهة الإداريّة من حيث الكفاءة الفنيّة والملاءة الماليّة، أو غير ذلك من الشروط المرعيّة في أثناء إبرام العقد[31]. وعليه، تختلف المقاولة من الباطن عن التنازل عن العقد لجهة المساس بفكرة الاعتبار الشخصيّ في تنفيذ عقد الأشغال العامّة، فالمقاولة من الباطن لا تتعارض مع مبدأ التنفيذ الشخصيّ للعقد ولا تهدمه، طالما أن المقاول الأصلي يبقى ضامناً ومسؤولاً بشكل شخصيّ عن تنفيذ العقد في رمّته في مواجهة جهة الإدارة، فالقاعدة بشأنه أنه مُباح ما لم يُنصّ على تحريمه، بخلاف التنازل عن العقد[32].

ثانياً: الأساس القانونيّ لحظر التنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة:

استقرّ الفقه والقضاء الإداريين على حظر وتحريم التنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة، بالرغم من عدم النصّ على ذلك في العقد أو القانون؛ لأن هذا الحظر نتيجة حتميّة ومؤكّدة للاعتبار الشخصيّ في المقاول، والذي ينبثق بدوره من طبيعة عقد الأشغال العامّة، وما يحمله من خصائص ذاتيّة، إضافةً إلى ارتباطه بالمصلحة العامّة[33].

وتطبيقاً لما تقدّم، قضت محكمة القضاء الإداريّ المصريّة في 27 يناير 1957، بأنّ: "العقود الإداريّة تحكمها قواعد عامّة تطبّق عليها جميعها ولو لم ينصّ عليها العقد، ومن هذه القواعد أنّ التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصيّة، أي أنّ المتعاقد يجب

---

[27]– رحمه، ص: 53–54؛ عليا، 2017، ص: 170.

[28]– الأحمد، 2001، ص: 47 ومابعدها؛ حنان، ص: 52–53؛ قدور، ص: 28؛ ونّا، ص: 21–22.

[29]– أبو موسى، 2017، ص67.

[30]– الحسن،1997، ص: 31–43؛ البهجي، 2008– أ، ص: 96؛ سلطان، 2010، ص: 365.

[31]– البهجي، 2008– ب، ص: 159.

[32]– نُحيلي وآخرون،2007– ب، ص: 135.

[33]– مخيبر، 2019، ص: 294 ومابعدها؛ بن شعبان، 2012/2011، ص: 229–230؛ سلطان، 2010، ص: 345؛ المياحي، 2016، ص: 183.

أن ينفّذها شخصيّاً، وبنفسه، فلا يجوز له أن يحلّ غيره فيها... إلا بموافقة الإدارة، فإن حصل التنازل... من دون موافقة الإدارة، فإن التّنازل يعدّ باطلاً بطلاناً يتعلّق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتّب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد، وخصوصاً فسخ العقد، أو إلغاءه، اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم... "[34].

ولم يُسلّم بعض الفقه الإداري[35] بما ذهبت إليه المحكمة المذكورة (وهذا ما نميل إلى تأييده)، فالبطلان في حالة التّنازل عن عقد الأشغال العامّة من دون موافقة الإدارة "ليس من النظام العام، وإنما شرّع لمصلحة الإدارة"؛ بمعنى أنّه يجوز الاتّفاق في العقد (عقد الأشغال العامّة) على جواز التّنازل عنه، فالأدقّ أن يُقال أنّ الحظر يرجع إلى أسباب تتعلّق بالمصلحة العامّة، والإدارة هي التي تقدّر هذه الأسباب. وقد أفتت الجمعيّة العموميّة للفتوى والتشريع في مجلس الدّولة المصريّ، بالقول: إنّ "التّنازل عن العقد من الحالات الموجبة للفسخ الجزائيّ للعقد... وإزاء خلو القانون رقم /89/ لعام 1998 ولائحته التّنفيذيّة من أيّة إشارة إلى إباحة تنازل المتعاقد مع جهة الإدارة عن العقد الإداريّ إلى أحد أشخاص القانون الخاص، فقد وجب النظر إلى هذه الأمر، لا من منظور قانون المناقصات والمزايدات، ولكن من منظور الطبيعة القانونيّة للعقد الإداريّ، وبالتّالي منع هذا التنازل"[36].

أمّا تشريعيّاً، فإن المادة /92/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامّة رقم /182/ لعام 2018، المستبدلة بالقانون رقم /188/ لعام 2020[37]، (المماثلة للمادّة /75/ من قرار وزير الماليّة رقم /157/ لعام 1983، المتعلّق بإصدار اللائحة التنفيذيّة للقانون رقم /9/ لعام 1983 المُلغى) تنصّ على ما يأتي: "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقّة له كلّها أو بعضها، واستثناءً من ذلك، يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، أو الشركات الماليّة غير المصرفية... ويكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسؤوليّة المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يُخلّ قَبول نزوله عن المبالغ المستحقّة له بما يكون للجهة الإداريّة قِبله من حقوق". والمادة /37/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /9/ لعام 1983، تنصّ على أنّه: "لا يجوز للجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر، كما يجوز عند الاقتضاء، لأي من الجهات أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معيّنة، وفقاً للقواعد المعمول بها... . ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتمّ فيما بينها". ويعتقد بعض الفقه[38] أن التنازل عن عقد الأشغال العامّة، محظور ولا يصحّ التّنازل "ولو أبدت الإدارة الموافقة عليه صراحةً أو ضمناً؛ لأن النصّ جاءَ مطلقاً على تحريم التنازل عن العقد، واستثنى من التّحريم فقط المبالغ المستحقّة للمقاول بشرط تصديق البنك المتنازَل إليه... ".

وتجب الإشارة إلى أنّ المادة /83/ من اللائحة التنفيذيّة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /236/ لعام 1954 المُلغاة، كانت تتطلّب موافقة الإدارة الكتابيّة على التنازل عن العقد، كما يجب أن يكون مصدّقاً على التوقيعات الواردة به من مكتب التّوثيق

[34]– مجموعة المبادئ التي قررتها محكمة القضاء الإداري في /15/ عاماً من 1946–1961، ص1918.

[35]– عبد اللطيف، 1990، ص: 147.

[36]– فتوى رقم /258/، جلسة 2003/7/16. أيضاً: فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم /924/، بتاريخ 1996/11/13، جلسة 1996/10/23، مجموعة مبادئ الجمعية في شأن العقود منذ عام 1946 حتّى عام 2005، الجزء الأول، المبدأ /32/ ص: 200.

[37]– المتعلّق بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم /182/ لعام 2018. الجريدة الرسمية، العدد /36/ مكرّر /ب/، 5 سبتمبر عام 2020.

[38] الحسن، 1997، ص: 32–33 وص: 37.

المختصّ. أما المادة /38/ من القانون رقم 1998/89 الملغى، المتعلّق بتنظيم المناقصات، جاءت لتؤكّد الأحكام ذاتها التي نصّت عليها المادة /37/ من القانون /9/ لعام 1983.

وقد ذهب رأي آخر[39] إلى القول: إنّ المشرّع حظر على المقاول التّنازل عن العقد، أو عن المبالغ المستحقّة له لدى الجهة الإداريّة، وأجاز استثناءً التّنازل عن هذه المبالغ إلى أحد المصارف من دون أيّ انتقاص من مسؤوليّة المقاول عن تّنفيذ العقد.

بناءً على النصوص القانونيّة النّافذة في جمهوريّة مصر العربيّة، فإنّ التنازل عن عقد الأشغال العامّة أمر محظور، ما لم يتمّ بين الجهات العامّة فيما بينها، كما أنّ التنازل عن المبالغ المستحقّة للمقاول محظور أيضاً إلاّ إذا تمّ التّنازل إلى أحد البنوك، وبعد أخذ موافقة الإدارة المتعاقدة. وباعتقادنا التّنازل عن العقد في القانون المصريّ محظور طالما أنّه لم يحظَ بموافقة الإدارة؛ بمعنى أنّ التّنازل جائز بموافقة الأخيرة صراحةً، أو ضمناً. وطالما أنّه لا بدّ من موافقة الإدارة على نزول المقاول عن مستحقّاته الماليّة، مع بطلان كل اتّفاق مخالف، فمن باب أولى وجوب الحصول على موافقة الإدارة الخطيّة في حال تنازل المقاول عن حقوقه والتزاماته كافّة إلى الغير.

وفي الجمهوريّة العربيّة السوريّة، أرست المحكمة الإداريّة العليا قاعدة عدم جواز التّنازل عن العقد، حيث قضت أنّ: "التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصيّة؛ أي أنّ المتعاقد يجب أن ينفّذها شخصيّاً وبنفسه، وبذلك يمتنع على المتعاقد مع الإدارة أن يُحلّ غيره محلّه في تّنفيذ جميع التزاماته العقديّة، بغير موافقة الإدارة المسبقة"[40]. وقد نصّت المادّة /28/ من المرسوم رقم /2766/ تاريخ 1969/12/15 المتضمّن دفتر الشروط العامّة للهيئات ذات الطّابع الإداريّ، والتي أعاد المشرّع إنتاجها في اللائحة التنفيذيّة لقانون العقود الموحّد رقم 51 لعام 2004 بموجب المادّة /30/ منها، وتحت عنوان "**التّنازل عن العقد والعقود الثانويّة**"، جاء فيها أنّه: "لا يحقّ للمتعهّد أن يتنازل عن أيّ عمل، أو جزء منه من الأعمال التي أُبرم العقد من أجل تحقيقها، ولا أن يعهد بها أو يُلزمها كلّها أو بعضها إلى أشخاص آخرين كمتعهدّين ثانويين، إلاّ بموافقة خطيّة من الإدارة... ".

المطلب الثاني: أحكام الموافقة على التنازل عن عقد الأشغال العامّة ونتائجها

إذا قدّرت الإدارة أنّ متطلّبات الصالح العام، وصالح المرفق، تقتضي منها الموافقة على هذا التّنازل، فإن ذلك يدعونا إلى التعرّض إلى أحكام هذه الموافقة (الفرع الأول)، ونتائجها (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أحكام الموافقة على التنازل عن عقد الأشغال العامّة

تتعلّق هذه الأحكام بشكل الموافقة، والسلطة المختصّة بإعطائها، ومدى حريّة الإدارة في الموافقة، ثمّ وقتها ومضمونها.

أولاً– شكل الموافقة على التّنازل عن العقد:

لا تخضع الموافقة على التّنازل إلى شكل محدّد، والقاعدة في هذا الشأن هي "تحرّر الإدارة من الشكليّات فيما يتعلّق بالتعبير عن إرادتها، وبالتّالي لها أن توافق على التّنازل في أي شكل تشاء"، ما لم يوجد نصّ يتطلّب الشكل الكتابيّ؛ أي الموافقة الكتابيّة[41]. فالتّعبير عن إرادة الإدارة يمكن أن يكون صريحاً، أو ضمنيّاً يُستشف من خلال تصرّفاتها، كأن تقوم بالاتّفاق مع المقاول الجديد

[39] إسماعيل، 2003، ص: 177.

[40]– حكمها رقم /48/ في القضيّة رقم /72/ لعام 1972. انظر: مجموعة المبادئ القانونيّة لعام 1972، ص: 244.

[41]– أمين، 1991، ص: 61؛ الشهاوي، 2003، ص: 194؛ سلطان، 2010، ص: 349.

على تعديل المقابل الماليّ، أو الوفاء له بمستحقّاته الماليّة...[42]. وتطبيقاً لما سبق، ذهبت المحكمة الإداريّة العليا المصريّة إلى أنّه: إذا نصّ العقد على عدم جواز التّنازل عنه دون قَبول كتابيّ من الإدارة، فإنه لا تأثير لإخطار المقاول للإدارة، بأنه فوّض غيره في تّنفيذ العمليّة... "وإنّما يتعيّن الحصول مقدّماً على موافقة كتابيّة من الهيئة (الإدارة المتعاقدة)..."[43]. لكنّ محكمة القضاء الإداريّ المصريّة اتجهت إلى عكس ذلك، وقضت في حكم لها أنّ الموافقة على التّنازل عن العقد قد تكون صريحة أو ضمنيّة، ولو وجد نصّ يقرر الشّكل الكتابيّ، وذلك بقولها: "التّنازل عن عقد المقاولة تكفي فيه الموافقة الضمنيّة... فشرط الحصول على القَبول الكتابيّ، إنما شُرّع لمصلحة الإدارة المتعاقدة، وليس للمقاول، فإن هي تنازلت عنه فلا جُناح عليها في ذلك"[44].

ويرى بعض الفقه[45] أنّ ما ذهبت إليه المحكمة المذكورة غير سليم من الناحية القانونيّة، "إذ إنّ القواعد التي فرضها القانون تتغيّا الصالح العام... أما في حال عدم وجود نصوص قانونيّة أو عقديّة تتطلّب موافقة الإدارة في شكل معيّن، فإنه يكفي أن تكون هذه الموافقة واضحة بما فيه الكفاية أو صريحة لتجنّب المنازعات الناشئة في هذا الصدد".

وبدورنا نؤيّد ما ذهب إليه الرأي السابق، ونعتقد أن موافقة الإدارة على التنازل عن عقد الأشغال العامّة، لا بدّ أن تكون موافقة كتابيّة وصريحة، في حال وجود نصوص قانونيّة، أو عقديّة تحظر التنازل عن العقد المذكور من دون موافقة الإدارة الخطيّة، فشرط الموافقة الكتابيّة إنما شُرّع لمصلحة الطرفين المتعاقدين، ولمصلحة المرفق العام الذي أُبرم العقد من أجله. أما في حال عدم وجود مثل هذه النصوص، فمن الممكن تصوّر الموافقة الضمنيّة، حيث إنّ شرط الكتابة هنا شرط إثبات، وليس شرط انعقاد (عقد رضائي).

وفي جمهوريّة مصر العربيّة ذهب رأي إلى أنّ اللائحة التنفيذيّة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /9/ لعام 1983 لا تشترط الموافقة الكتابيّة على العقد، وبالتالي فإن "موافقة الإدارة على التّنازل عن العقد، قد تكون صريحة أو ضمنية[46]. بينما ذهب رأي آخر إلى أنّه "لا يجوز للإدارة أن توافق على التّنازل لا كتابةً ولا ضمناً، لأن التّنازل محظور في قانون المناقصات والمزايدات المصريّ الحاليّ"[47].

وبالنسبة إلى الجمهوريّة العربيّة السوريّة، فقد تطلّبت المادة /30/ من دفتر الشروط العامّة رقم /450/ لعام 2004 ضرورة موافقة الإدارة خطيّاً على التنازل عن العقد. وعليه لا يمكن الاحتجاج بالموافقة الضمنيّة، ولا يَنتج عنها أي أثر.

ثانياً: السلطة المختصّة بالموافقة على التنازل:

القاعدة– المسلَّم بها– في هذا الشأن، أن تصدر الموافقة من الجهة العامّة التي تملك إمضاء العقد الأصليّ وإبرامه، ما لم توجد نصوص تشريعيّة أو تنظيميّة أو خاصّة تقرّر خلاف ذلك[48]. فلا يمكن الاحتجاج بالموافقة الصادرة من جهة إداريّة غير مختصّة، ولا ينتج عنها أي أثر. وهذه القاعدة تجد أساسها في قاعدة "**توازي الاختصاص**" التي أنشأها مجلس الدّولة الفرنسيّ، ومفاد هذه

---

[42]– الخاني، 1985، ص: 303.

[43]– حكمها بتاريخ 1985/6/25، س /30/، ص: 1350.

[44]– حكمها بتاريخ /21/ نوفمبر 1965، في القضية رقم /78/ لسنة /13/ قضائية.

[45] الحسن، 1997، ص: 36.

[46]– عبد المهدي، 2004، ص: 123؛ بن شعبان، 2014، ص: 452.

[47]– عبد اللطيف، 1990، ص: 38.

[48]– أمين، 1991، ص: 63؛ سلطان، 2010، ص: 350؛ بن شعبان، 2011–2012، ص: 233.

القاعدة أنّه إذا حدّد المشرّع جهة مختصّة بعمل معيّن، وسكت عن تحديد الجهة المختصّة بتعديله، أو إلغائه، تكون الجهة الإداريّة الأُولى هي المختصّة بذلك[49].

ثالثاً- مدى سلطة الإدارة في الموافقة على التنازل:

تتمتّع الجهة الإداريّة المتعاقدة بسلطة تقديريّة في الموافقة على التّنازل أو رفضه، ما لم يوجد نصّ يحظر التّنازل عن العقد من الأصل[50]. وقد ذهبَ رأي إلى القول إنّ السلطة التقديريّة للإدارة في هذا الشأن "مشروطة بحسن استعمالها، ومقيّدة باستهداف الصّالح العام دائماً"، فإذا تقدّم المقاول إلى الإدارة يطلب الموافقة على التّنازل عن عقده، يجب على الأخيرة أن ترد عليه خلال فترة زمنيّة مناسبة، "ومن ثمّ لا يجديها نفعاً أن تلتزم جانب الصمت وإلّا تعرّضت إلى المسؤوليّة"[51]. وفي حال الرفض يجب أن تستند إلى أسباب معقولة تتصلّ بالصّالح العام، ومثال ذلك: ضعف الكفايّة الفنيّة أو الماليّة للمتنازل إليه[52]، فإذا كانت تلك الأسباب واهية وغير جديّة، فإن المقاول الأصليّ يستطيع أن يحصل من قاضي العقد على حكم بإلغاء القرار الصادر بذلك. كما له أن يطلب فسخ العقد لخطأ الإدارة، أو الحكم له بالتّعويض عن الأضرار التي لحقته من جرّاء هذا الرفض[53]. وذهب رأي آخر إلى أنّه: في عقود الأشغال العامّة "تملك الإدارة في سبيل رفض الموافقة على التّنازل عن العقد سلطة تقديريّة غير محدودة، ولا معقّب عليها ولا حتّى أيّ تبعة"[54]. لكن هناك رأي ثالث يتحفّظ على الرأي السابق؛ "لأن الإدارة يجب أن تستهدف في جميع تصرّفاتها الصّالح العام... ومن ثمّ فإن سلطة الإدارة في رفض الموافقة على التّنازل سلطة تقديريّة يجب أن تكون في إطار الصّالح العام... وهي تخضع إلى رقابة قاضي العقد، لأسباب منبثّة الصّلة بالصّالح العام"[55].

ومن جانبنا نميل إلى تأييد الرأي الراجح في الفقه، والذي يقول بالسلطة التقديريّة للإدارة، المقيّدة باستهداف الصّالح العام، شريطة عدم الانحراف باستعمال هذه السلطة، تحت طائلة إلغاء قرارها من قِبل قاضي العقد، أو فسخ العقد لخطأ الإدارة المتعاقدة، مع التّعويض في الحالتين إن كان له مقتضى.

رابعاً: وقت طلب الموافقة ومضمونها:

يجب أن تُطلب الموافقة على التّنازل عن عقد الأشغال العامّة من قِبل المقاول الأصليّ قَبل تّنفيذ عقد التّنازل، لكنّ هذا لا يعني أن يتزامن طلب الموافقة مع إبرام عقد التّنازل، أو أن يكون سابقاً عليه، بل يجوز أن تكون الموافقة لاحقة عليه، شريطة عدم وضع عقد التنازل موضع التّنفيذ قَبل موافقة الإدارة[56]. فمبدأ الموافقة المسبقة على التنازل عن العقد، كان- ومايزال- مرعيّاً في نطاق تّنفيذ عقد الأشغال العامّة، وهو أمر لا يحتاج إلى النصّ عليه. ومع ذلك حرصت بعض التشريعات على النصّ صراحةً على وجوب الحصول على موافقة خطيّة مسبقة من الإدارة قَبل التّنازل عن العقد[57]. وهذا ما أكّدته المحكمة الإداريّة العليا المصريّة،

---

[49]- المفرجي، 2014، ص: 88.

[50]- الحسين وآخرون، 2010، ص: 308؛ الحسيني، 2009، ص: 425.

[51]- الطماوي، 2005، ص: 425-426؛ قبلان، 2011، ص: 239.

[52]- أمين، 1991، ص: 59.

[53]- ناصيف، 2006، ص: 223-224.

[54]- الخاني، 1985، ص: 304.

[55]- الحسن، 1997، ص: 29.

[56]- الحسن، 1997، ص: 39.

[57]- الخاني، 1985، ص: 300.

حيث قضت أنّه إذا نصّ العقد على عدم جواز التّنازل عنه من دون قَبول كتابيّ من الإدارة، فإنه "يتعيّن الحصول مقدّماً على موافقة كتابيّة من الهيئة... "[58].

أمّا عن مضمون طلب الموافقة على التنازل، فيجب أن يتضمّن اسم المتنازَل إليه، وكفاءته الفنيّة، وملاءته الماليّة، وجميع الشروط والضمانات الأُخرى، على أن تصلّ إلى مستوى الصّفات والقدرات الشخصيّة المطلوبة في المقاول الأصليّ[59].

الفرع الثّاني: نتائج الموافقة على التّنازل عن عقد الأشغال العامّة

يترتّب على موافقة الجهة الإداريّة المتعاقدة على التّنازل عن العقد نتيجة مزدوجة، مفادها نشوء علاقة عقديّة مباشرة بينها وبين المقاول الجديد (أولاً)، وانقضاء العلاقة التعاقديّة بين الإدارة والمقاول الأصليّ (ثانياً).

أوّلاً- قيام علاقة عقديّة مباشرة بين الإدارة والمقاول الجديد:

تُعدّ موافقة الإدارة على التّنازل عن عقد الأشغال العامّة في منزلة إبرام عقد جديد بينها وبين المقاول الجديد، يحلّ محلّ العقد الأصليّ، فتنشأ بذلك علاقة تعاقديّة مباشرة بين الجهة الإداريّة والمتنازَل إليه، حيث يحلّ محلّ المقاول الأصليّ حلولاً كاملاً في كلّ ما يتولّد عن العقد المتنازَل عنه من حقوق والتزامات، بما يضمن انتقال هذه الحقوق وتلك الالتزامات إلى المقاول الجديد، بكل أوصافها، وخصائصها، وضماناتها، ودفوعها، وتوابعها، وآثارها القانونية[60]. كما ينتقل إلى المقاول الجديد التزام صيانة الأشغال جميعها، سواء المنفّذة بوساطة المتنازَل إليه، أو تلك التي نفّذت بمعرفة المتنازِل، مع بقاء كليهما- المقاول الأصليّ والمقاول الجديد- مسؤولاً عن الضمان العشريّ لسلامة الأشغال كلّ في حدود ما نفّذه[61].

ويُعدّ المقاول الجديد وحدهُ مسؤولاً عن تّنفيذ العقد بأكمله تجاه الإدارة المتعاقدة والمنتفعين من المرفق، بحيث يتحرّر المقاول الأصليّ من التزاماته العقديّة كافّة، ما لم ينصّ العقد الجديد على خلاف ذلك[62]. بعد أن يكون المقاول الأصليّ قد أوفى بجميع التزاماته العقديّة إلى غاية تاريخ تقديمه طلب التّنازل عن عقد الأشغال العامّة63.

وانطلاقاً مما تقدّم، يكون للمقاول الجديد وحده تلقّي تعليماته وتوجيهاته من الإدارة، كما يكون له وحده الحقّ في الحصول على المقابل الماليّ المنصوص عليه في العقد، لقاءَ قيامه بتّنفيذ التزاماته العقديّة[64]. وحتّى عندما ينصّ عقد التّنازل على بقاء المتنازِل (المقاول الأصليّ) ضامناً للمتنازَل إليه (المقاول الجديد) في تّنفيذ العقد برمّته، فإنّ هذا الأخير يحلّ محلّ المقاول الأصليّ من دون قيد أو شرط[65]. فمسؤوليّة المقاول الجديد تتضمّن الأعمال العقديّة كافّة من بدايتها إلى نهايتها، وبالتّالي ليس له الحقّ في المطالبة بتجزئة المسؤوليّة الناشئة عن تّنفيذ هذه الأشغال، تبعاً لعائديّة تنفيذها[66].

---

[58]- المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم /1094/، بتاريخ 1985/6/25، السنة /29/ قضائيّة، مجموعة المبادئ القانونية، السنة /30/، مبدأ رقم /198/ ص: 1350.

[59]- البهجي، 2008 ب، ص: 159.

[60]- الحسين وآخرون، 2005، ص: 264؛ العزاوي، 2016، ص: 115؛ المياحي، ص: 187-188.

[61]- الشهاوي، 2003، ص: 183-194؛ ناصيف، 2006، ص: 222.

[62]- الحسيني، 2009، ص: 425-426؛ خلف، 2018، ص: 105-106.

[63]- العزاوي، ص115.

[64]- عبد اللطيف، ص: 245؛ ناصيف، ص: 224-225؛ سعد، ص: 115؛ سلطان، ص: 351.

[65]- فياض، 1975، ص: 130؛ سلطان، 2010، ص: 352.

[66]- حكم المحكمة الإدارية العليا السورية رقم 250/482 لعام 1984، مشار إليه لدى: المهايني، 2005، ص: 198.

ثانياً: انقضاء العلاقة العقديّة بين الإدارة والمقاول الأصليّ:

يترتّب على موافقة الإدارة على التّنازل عن عقد الأشغال العامّة انتهاء العلاقة العقديّة بينها وبين المقاول الأصليّ المُتنازِل، بحيث يتحرّر من التزاماته كافّة المترتّبة على العقد الأصليّ المتنازَل عنه في مواجهة الجهة الإداريّة، ومن ثَّم لا يكون مسؤولاً عن تّنفيذ العقد، ما لم ينصّ عقد التّنازل على خلاف ذلك[67]. وبالتّالي لا يجوز للإدارة أن تمتنع عن ردّ تأمينات المقاول الأصليّ المتنازِل إلاّ في حدود ما بينهما من نزاعات، وفي المقابل لا يحقّ للمتنازِل التّدّخل بأي شكل من الأشكال في تّنفيذ العقد الّذي تنازل عنه[68].

وتطبيقاً لما تقدّم، قضى مجلس الدّولة الفرنسيّ أنّ المقاول الأصليّ لا يملك الحقّ– ولا يكون له أيّ صفة– في مناقشة الإدارة المتعاقدة، فيما يتعلّق بتسويّة ثمن الأشغال التي تمّ تّنفيذها بعد إجراء التّنازل عن العقد، أو في الفترة السابقة على هذا الإجراء[69].

وحرصاً على مبدأ الالتزام بالتّنفيذ الشخصيّ، نجد أنّ بعض التشريعات العربيّة، تقضي باستمرار مسؤوليّة المقاول الأصليّ عن تّنفيذ العقد؛ لأنّه ضامن للمقاول الجديد، طالما أنّ التزام المقاول المتعاقد مع الإدارة بالتّنفيذ الشخصيّ لا يعني في هذا الصددّ التّنفيذ الماديّ للعقد من قِبله، بل االمسؤوليّة الشخصيّة عن ذلك التّنفيذ[70]. حيث نجد أنّ معظم العقود الإداريّة في فرنسا تشترط بقاء المقاول المتنازِل مسؤولاً وضامناً للمقاول الجديد[71].

وقد أكّدت المادّة /75/ من اللائحة التنفيذيّة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصريّ رقم /9/ لعام 1983، على مبدأ استمرار مسؤوليّة المقاول الأصليّ المتنازِل عن تّنفيذ عقد الأشغال العامّة (وهذا ما تضمّنته اللائحة التنفيذيّة لقانون المناقصات والمزايدات رقم /236/ لعام 1954 المُلغاة، في المادة /92/ منها)[72]. ولا يختلف الأمر في ظلّ قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامّة رقم /182/ لعام 2018، حيث إنّ المادّة /92/ (المماثلة للمادّة /76/ من اللائحة التنفيذيّة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998) قد قَصَرَت التّنازل عن المبالغ المستحقّة للمقاول الأصليّ على البنوك فقط، وبشرط تصديق البنك المُتنازَل إليه، من دون الإخلال بما يكون للإدارة قِبلهُ من حقوق.

كذلك نصّت المادّة /30/ من دفتر الشروط العامّة رقم /450/ لعام 2004، لنظام العقود الموحّد في الجمهورية العربيّة السوريّة رقم /51/ لعام 2004، على أنّ موافقة الإدارة على التّنازل عن العقد، "لا تعفي المتعهّد من التزاماته ومسؤولياته الفنيّة والإداريّة والحقوقيّة والجزائيّة المفروضة عليه تجاه الجهة العامّة بموجب أحكام العقد".

---

[67]– يوسف، 2016، ص: 171؛ المياحي، 2016، ص: 188.

[68]– شمس، 2000، ص: 1226–1227؛ سلطان، 2010، ص: 352.

[69]– أمين،1991، ص: 63.

[70]– غازي، 2007، ص: 249.

[71]– مخيبر، 2019، ص: 289–290؛ بن شعبان، 2014، ص: 453.

[72]– حيث تقول: "ويبقى المتعهّد أو المقاول مسئولاً بطريق التضامن مع المتنازل إليه عن تنفيذ العقد".

ويرى جانب من الفقه الإداريّ[73] أنّ مبدأ استمرار مسؤوليّة المقاول الأصليّ في حالة التّنازل عن العقد، هو من الأصول التي تراعيها الإدارة المتعاقدة– دائماً– حرصاً على الالتزام والتقيّد بفكرة الاعتبار الشخصيّ في نطاق تّنفيذ عقد الأشغال العامّة.

وبالنسبة إلى الأشغال المنفّذة من قِبل المقاول الأصليّ قَبل التنازل، يبقى مسؤولاً عنها، إلاّ إذا قَبِل المقاول الجديد المتنازَل إليه أن يتحمّل مسؤوليّة هذه الأشغال التي نفّذها سَلَفه، بعد موافقة الجهة الإداريّة المتعاقدة على ذلك، تطبيقاً لقواعد حوالة الدَّين[74].

الخاتمة:

لمّا كانت خاتمة أي بحث هي عبارة عن النتائج والمقترحات التي توصّلت إليها الدراسة، لذا فإنّنا سنحاول الإشارة إلى أهم النتائج والمقترحات التي توصّلنا إليها، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج:

1– الأساس القانونيّ لحظر التّنازل عن عقد الأشغال العامّة من دون موافقة جهة الإدارة المتعاقدة، هو فكرة الاعتبار الشخصيّ الّتي بُنيَ عليها اختيار المقاول المتعاقد مع الإدارة، والّتي تنبثق من الطبيعة الذاتيّة للعقد المذكور، وما يحمله من خصائص ذاتيّة، ولارتباطه الوثيق بالمصلحة العامّة.

2– يتميّز التّنازل عن عقد الأشغال العامّة والمقاولة من الباطن، في أنّ التنازل من شأنه حلول مقاول جديد محلّ المقاول الأصليّ، وهو بهذا المعنى، يقضي على فكرة الاعتبار الشخصيّ التي يقوم عليها مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصيّ في نطاق العقد المذكور. بخلاف التعاقد من الباطن، الّتي لا تؤدّي إلى إهدار تلك الفكرة، التي تتّسع لتشمل– فيما تشمل– إمكانيّة المقاولة من الباطن، طالما أن المقاول الأصليّ يبقى ضامناً ومسؤولاً بصفة شخصيّة عن تّنفيذ العقد بأكمله، بما في ذلك الجزئيّة المتعاقد بشأنها من الباطن.

3– يترتّب على موافقة الإدارة على التّنازل عن عقد الأشغال العامّة نتيجة مزدوجة، مفادها نشوء علاقة عقديّة مباشرة بينها وبين المتنازل إليه، وانقضاء العلاقة العقديّة بين الإدارة والمقاول الأصليّ، مع استمرار مسؤوليّة المقاول الأصليّ عن تنفيذ العقد بأكمله، ما لم ينصّ عقد التّنازل على خلاف ذلك.

4– التّنازل عن عقد الأشغال العامّة من دون موافقة الجهة الإداريّة المتعاقدة يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً؛ لتعلّقه بالنظام العام، ويُعدّ خطأً تعاقدياً جسيماً من جانب المتعاقد مع الإدارة، يبرّر للأخيرة توقيع الفسخ الجزائيّ للعقد، أو إنهائه بإرادتها المنفردة.

5– إنّ الجهة الإداريّة التي تملك الموافقة على التّنازل عن عقد الأشغال العامّة، هي الجهة المتعاقدة؛ أي الجهة التي أبرمت العقد الأصليّ، ما لم يوجد نصّ يقضي بخلاف ذلك. وهذا الحقّ المُعطى للإدارة مشروط بحُسن استعماله واستهدافه الصّالح العام، وذلك تحت رقابة القضاء.

[73] الحسن، 1997، ص: 41؛ أمين، 1991، ص: 64؛ الشهاوي، 2003، ص: 195؛ سلطان، 2010، ص: 352.

[74]– ناصيف، 2006، ص: 225.

ثانياً: الاقتراحات:

1- تقترح الدراسة وضع نصّ في دفتر الشروط العامّة يُنظّم أحكام الموافقة على التّنازل عن عقد الأشغال العامّة، على أن تكون الموافقة كتابيّة، وتحديد مدّة زمنيّة للإدارة من أجل الردّ على طلب المقاول الأصليّ المتضمّن التّنازل عن عقده إلى الغير، وفي حال التزام الإدارة جانب الصّمت خلال هذه المدّة، يُعدّ سكوتها في منزلة قرار ضمني بالموافقة على التنازل.

2- إنّ المادة /30/ من دفتر الشروط العامّة الصادر بالمرسوم رقم /450/ لعام 2004، قد خلطت بين التنازل عن العقد والمقاولة من الباطن عندما عدّت الغير المتعاقد مع المقاول الأصلي "**متعهّداً ثانويّاً**"، كما أنّها نصّت على أنّ موافقة الإدارة على التّنازل عن العقد، أو التّعاقد بشأنه من الباطن، "لا يعفي المتعهّد من التزاماته ومسؤوليّاته الفنيّة والإداريّة والجزائيّة... ". ولا شكّ أنّ مثل هذه الصياغة توحي أنّ المسؤوليّات الفنيّة والجزائيّة والإداريّة لا تنطوي على جانب حقوقيّ، لذا نقترح إعادة صياغة هذه المادّة على النحو الآتي:

لا يحقّ للمتعهّد أن يتنازل عن الأعمال التي أُبرم العقد من أجل تحقيقها، أو أن يتعاقد مع الغير في سبيل تنفيذ جزء أو أجزاء من محلّ العقد الأصليّ إلا بموافقة خطيّة من الإدارة، وإنّ حصول المتعهّد الأصليّ على هذه الموافقة لا يعني بأيّ حال من الأحوال إلزام الإدارة أن تدخل في أيّ علاقة مع المتعهّدين من الباطن، كما لا يعفي المتعهّد الأصليّ من التزاماته ومسؤوليّاته الفنيّة والحقوقيّة المفروضة عليه بموجب أحكام العقد.

3- نقترح عدم لجوء الإدارة إلى فسخ العقد على حساب المقاول المقصّر ومسؤوليّته، لمجرّد تنازله عن عقده إلى الغير، من دون أخذ إذن الإدارة المسبق، أو موافقتها اللاحقة على هذا التنازل، كونه خطأ عقدي جسيم، طالما أنّ مبدأ استمرار مسؤوليّة المقاول الأصليّ الشخصيّة عن تنفيذ العقد بأكمله، يَحول دونَ إعفاءه من التزاماته العقديّة الناشئة عن العقد المتنازَل عنه، ريثما تتأكّد الإدارة من توافر الاعتبارات الشخصيّة المطلوبة في شخص المتنازَل إليه. ونعتقد أنّ الأخذ بنظريّة الجزاءات الضاغطة مثل: سحب العمل من المقاول، أفضل بكثير من اللجوء إلى ذلك الجزاء شديد الجسامة عظيم النتائج، المتمثّل في الفسخ الجزائيّ، حيث تضمن جهة الإدارة من خلالها مبدأ استمراريّة المرفق العام بانتظام واضطراد، ولطالما أنّ الأخطاء العقديّة المبرّرة لتوقيع كِلا الجزاءين متماثلة في الحالتين.

4- نأمل من الإدارة الموافقة على طلب المقاول في التنازل عن عقده إلى الغير، فقد تطرأ ظروفٌ معيّنة للمقاول يصبح معها من المستحيل عليه الاستمرار في تنفيذ العقد، مع اقتراحه مقاول جديد يتمتّع بكفاءة فنيّة وملاءة ماليّة أكثر منه، وذلك في سبيل المصلحة العامّة، ومصلحة المرفق المتمثّلة في استمرار سيره بانتظام واضطراد، مع استمرار مسؤولية المقاول الأصليّ عن تنفيذ العقد بأكمله؛ كونه ضامن للمتنازَل إليه.

معلومات التمويل: هذا البحث ممول من جامعة دمشق وفق رقم التمويل (501100020595).
Funding information: this research is funded by Damascus university – funder No. (501100020595).

المراجع:

1- أبو عرابي، غازي خالد. (2009). المقاولة من الباطن في ضوء أحكام القضاء والتشريع (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي). ط: 1. عمّان: الأردن. دار وائل للنشر.

2- إسماعيل، محمد عبد المجيد. (2003). عقود الأشغال الدولية والتحكيم فيها. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقيّة.

3- أمين، محمد سعيد حسين. (1991). المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية. من دون مكان نشر. دار الثقافة الجامعية.

4- البكري، محمد عزمي. (2018). موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد. المجلّد الثامن. القاهرة: مصر. دار محمود للنشر والتوزيع.

5- البهجي، عصام أحمد. (2008) أ. عقود الفيديك وأثرها على التزامات المقاول والمهندس ورب العمل. الإسكندرية: مصر. دار الجامعة الجديدة.

6- البهجي، عصام أحمد. (2008) ب. عقود البوت الطريق الحديث لبناء مرافق الدولة الحديثة (دراسة مقارنة). الإسكندرية: مصر. دار الجامعة الجديدة.

7- الجارحي، مصطفى عبد السيّد. (1988). عقد المقاولة من الباطن. ط: 1. القاهرة: مصر. دار النهضة العربيّة.

8- جعفر، محمّد حنون. (2011). مسؤوليّة المقاول عن فعل الغير- دراسة مقارنة. طرابلس: لبنان. المؤسسة الحديثة للكتاب.

9- حامد، ماهر محمّد. (2005). النظام القانوني لعقود الإنشاء والتشغيل وإعادة المشروع. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.

10- الحسين، محمّد يوسف، ونُوح، مهنّد. (2005). العقود الإدارية. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق.

11- الحسين، محمّد يوسف، ونُوح، مهنّد. (2010). القانون الإداري- عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق.

12- الخاني، عبد الإله. (1985). القانون الإداري علماً وعملاً ومقارناً، العقود الإدارية، المجلد /4/، دمشق: سورية. من دون دار نشر.

13- رحمه، محمود علي. (2018). مدى المسئولية المترتبة على المقاول من الباطن (دراسة مقارنة). من دون مكان نشر. مركز الدراسات العربية.

14- سعد، نبيل إبراهيم. (2004). التنازل عن العقد. الإسكندرية: مصر. دار الجامعة.

15- سلطان، طارق محمد عبد الرحمن. (2010). سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.

16- السنهوري، عبد الرزاق أحمد. (1973). الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة. ج: /7/. دار إحياء التراث العربي.

17- شمس، محمود زكي. (2000). الأسس العامة للعقود الإداريّة في سوريّة- لبنان- مصر. ط: /1/. ج: /2/. دمشق: سوريّة. مطبعة الداودي.

18- الشهاوي، ابراهيم. (2003). عقد امتياز المرفق العام B. O. T. ط: /1/، القاهرة: مصر، من دون دار نشر.

19- طلبة، أنور. (2004). العقود الصغيرة الشركة والمقاولة والتزام المرافق العامة. من دون مكان نشر. المكتب الجامعي الحديث.

20- طلبة، عبد الله، والأحمد، نجم حمد. (2013- 2014). القانون الإداري. دمشق: سوريّة، منشورات جامعة دمشق.

21- الطّماوي، سليمان محمّد. (2005). الأسس العامة للعقود الإدارية- دراسة مقارنة. القاهرة: مصر، دار الفكر العربي.

22- عبد اللطيف، محمّد. (1990). نظرية التنازل في القانون الإداري. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.

23- العزّاوي، شامل هادي نجم. (2016). التزامات المتعاقد في عقود التشييد والتشغيل ونقل الملكية. القاهرة: مصر، المركز القومي للإصدارات القانونيّة.

24- فيّاض، عبد المجيد. (1975). نظرية الجزاءات في العقد الإداري- دراسة مقارنة، ط: /1/. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي.

25- قبلان، علي عبد الأمير. (2011). أثر القانون الخاص على العقد الإداري. ج: /2/. ط: /1/. بيروت: لبنان، مكتبة زين الحقوقيّة والأدبيّة.

26- محمّد، سامح عبد الله عبد الرحمن. سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة (دراسة مقارنة). ط: /1/، بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقيّة.

27- مشرف، عبد العليم عبد المجيد. (2003). فكرة الاعتبار الشخصي في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة). القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.

28- المفرجي، كنعان محمد محمود. (2014). الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة). ط: 1. الإسكندرية: مصر. دار الفكر الجامعي.

29- المهايني، مصباح نوري. (2005). مبادئ القضاء الإداري، اجتهادات المحكمة الإداريّة العليا في أربعين عاماً 1959- 2000. ط: 1. ج: 3. دمشق: سوريّة. مؤسسة النوري.

30- ناصيف، الياس. (2006). سلسلة أبحاث قانونيّة مقارنة (6) عقد ال B. O. T. بيروت: لبنان. من دون دار نشر.

31- نُحيلي، سعيد، والحسن، عبسي. (2007) أ. القانون الإداري (النشاط الإداري). حلب: سورية. منشورات جامعة حلب.

32- نُحيلي، سعيد، والحسن، عبسي. (2007) ب. العقود الإدارية. حلب: سورية. منشورات جامعة حلب.

33- الهندي، إبراهيم، الحسن، عبسي، ونُحيلي، سعيد. (2004). المرافق العامة. حلب: سورية. منشورات جامعة حلب.

34- يوسف، أمير فرج. (2016). الموسوعة الشاملة في العقود الإدارية. ج: /2/. القاهرة: مصر. دار العدالة للنشر والتوزيع.

35- بن شعبان، علي. (2014). عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن. مجلة العلوم الإنسانية. مج: /ب/. عدد /41/. الجزائر: الجزائر. جامعة الجزائر.

36- عليا، إيهاب سامر. (2017). التنازل عن العقد الإداري. مجلة جامعة البعث. مج: 39. عدد /10/. حمص: سورية. جامعة البعث.

37- كربل، رفاه كريم رزوقي. (2016). الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة). مجلة المحقق الحلي. مج: 8. عدد 3. السنة الثامنة. العراق. جامعة بابل.

38- الأحمد، نجم حمد. (2001). التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة). القانون العام. كلية الحقوق. جامعة عين شمس. مصر.

39- بن شعبان، علي. (2011/ 2012). آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري. القانون العام. كلية الحقوق. جامعة منتوري. قسنطينة. الجزائر.

40- البيطار، سوسن. (2010). آثار العقد الإداري بالنسبة إلى الغير. القانون العام. كلية الحقوق. جامعة دمشق. دمشق. سورية.

41- الحسن، عبسي عبد القادر. (1997). التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة. القانون العام. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. مصر.

42- الحسيني، محمد أديب. (2009). الإدارة التعاقدة للمرفق العام وفق نظام B. O. T. القانون العام. كلية الحقوق. جامعة دمشق. دمشق. سورية.

43- حنان، مازة. (2016). التعاقد من الباطن في عقد مقاولة البناء. القانون العام. كلية الحقوق والعلوم السياسة، جامعة وهران /2/. الجزائر.

44- خلف، نجم عليوي. (2018). السلطة الجزائية للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري. القانون العام. كلية الحقوق. جامعة الإسكندرية. مصر.

45- عوض، منيرة محمد جميل. (2012). التشاركية بين القطاع العام والخاص في إدارة المرافق العامة. القانون العام. كلية الحقوق. جامعة حلب. حلب. سورية.

46- غازي، نجاتي عبد الغني إبراهيم ناجي. (2007). التنظيم القانوني لعقد التزام المرافق العامة في ظل قوانين الخصخصة المعروف بنظام ال B. O. T. القانون الخاص. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. مصر.

47- مخيبر، أوس جمال. (2019). عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذية (دراسة مقارنة). قسم القانون العام. كلية الحقوق. جامعة دمشق. دمشق. سورية.

48- أبو موسى، أحمد محمود أحمد. (2017). التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة. قانون عام. كلية الشريعة والقانون. الجامعة الإسلامية. غزة. فلسطين.

49- عبد المهدي، محمد فكري عطا الله. (2004). التزامات شركة المشروع في عقود ال B. O. T. القانون العام. كلية الحقوق. جامعة القاهرة. مصر.

50- قدور، نور. (2013). المقاولة من الباطن. القانون الخاص. كلية الحقوق. جامعة دمشق. دمشق. سورية.

51- المياحي، علي غازي فيصل مهدي. (2016). دور الاعتبار الشخصيّ في عقد الأشغال العامّة (دراسة مقارنة). قسم القانون العام. كليّة القانون. جامعة كربلاء. العراق.

52- ونّا، لارا مارون. (2019). المقاولة من الباطن. القانون الخاص. كلية الحقوق والعلوم السياسية. الجامعة اللبنانية. لبنان.