مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية
المجلد 4 (1) – 2024: 1-17

Damascus University Journal of Legal Sciences
Vol 4 (1) -2024: 1-17

الاعتبار الشخصيّ وأثره في حالة تغيّر الظروف في أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامّة

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

[1] طالب دكتوراه في قسم القانون العام، كليّة الحقوق، جامعة دمشق.
mohammad. mahfoud@ damascusuniversity.edu.sy
[2] الأستاذ الدكتور في قسم القانون العام، كليّة الحقوق، جامعة دمشق.

الملخّص:

تُراعي الجهة الإداريّة المتعاقدة عند إبرام عقد الأشغال العامّة مجموعة من الصفات والسِمات الجوهريّة في شخص المقاول المتعاقد معها، وذلك لضمان حسن سير المرفق العام محلّ العقد بصورة مستمرّة ودائمة، ومن أهم الصّفات التي تتطلّبها الإدارة المتعاقدة الملاءة الماليّة، وحسن السمعة. لكن قد يحدث في أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة أن يزول الاعتبار الشخصيّ للمقاول، وذلك بزوال الشخصيّة الحقوقيّة له كما في حالة وفاته، أو بزوال الاعتبار الماليّ كما في حالة إفلاسه أو إعساره، أو بافتقاره إلى شرط حسن السمعة من خلال استعماله الغشّ أو التّلاعب أو محاولة الرّشوة، ما يؤدّي إلى زوال الرابطة العقديّة وانتهائها بقوة القانون، أو بقرار من الجهة الإداريّة المتعاقدة حسب الحال.

الكلمات المفتاحيّة: الاعتبار الشخصيّ، وفاة المقاول، إفلاس وإعسار، الغشّ والرشوة.

تاريخ الإيداع: 2021/12/12
تاريخ القبول: 2022/2/16

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

Personal consideration and its impact in the event of a change of circumstances during the implementation of the public works contract

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

[1] PhD student in the Depart. of Public Law, Faculty of Law, Damascus University. mohammad. mahfoud@ damascusuniversity.edu.sy.

2 Department of Public Law, Faculty of Law, Damas. University.

Abstract:

When concluding the public works contract, the contracting administrative authority shall take into account aset of essential qualities and characteristics in the person of the contracting with it, this is to ensure the smooth running of the public utility subject of the contract on an ongoing and permanent basis, one of the most important qualities required by the contracting administration is financial solvency, and good reputation. However, it may happen during the execution of the public works contract that the contractor's personal consideration will cease to exist, by the demise of his legal personality, as in the case of his death. Or the disappearance of the financial consideration as in the event of his bankruptcy or insolvency, or by lacking acondition of good standing by using fraud, manipulation, or attempted bribery, which leads to the demise of the contractual bond and its termination by force of law, or by adecision of the contracting administrative authority, as the case may be.

Received: 12/12/2021
Accepted:16/2/2022

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

Key Words: Personal Consideration, Contractor Death, Bankruptcy, Cheating And Bribery.

المقدمة:

يُعدّ عقد الأشغال العامّة من أهم العقود الإداريّة وأقدمها، إذ إنّه ظهر منذ القرن السادس عشر. فالنظرية العامّة للعقود الإداريّة إنّما كانت من أجل تحقيقه[1].

تسعى الجهة الإداريّة من وراء إبرام عقد الأشغال العامّة وتنفيذه، إلى تحقيق المصلحة العامّة، ومن أجل ذلك وضعت الإدارة العامّة دفاتر الشروط العامّة الّتي تتطلّب توافر صفات جوهرية معيّنة في شخص المقاول المتعاقد معها؛ لضمان حسن تنفيذ ذلك العقد على النحو الّذي يحقق المصلحة العامّة، وصالح المرفق. حيث إنّ الجهة الإداريّة المتعاقدة عند إقدامها على انتقاء المقاول، تُراعي اعتبارات عِدّة، وصفات شخصيّة في هذا المقاول (سواء أكان شخصاً طبيعيّاً أم اعتباريّاً)، تتعلّق هذه الاعتبارات بخبرته، وكفاءته الفنيّة، وملاءته الماليّة، بالإضافة إلى جنسيّته وحسن سمعته... إلخ. وتتصدّر الاعتبارات السابقة قائمة العوامل التي تُراعيها جهة الإدارة المتعاقدة عند اختيار المقاول المتعاقد معها، وتُلقي بظلالها أيضاً على تنفيذ عقد الأشغال العامّة. فالاعتبار الشخصيّ يوضع في المقام الأوّل عن إبرام العقد المذكور، وتنفيذه على السواء.

وانطلاقاً ممّا تقدّم، يُلزَم المتعاقد في عقد الأشغال العامّة بتنفيذ التزاماته العقدية شخصيّاً، وبنفسه، بيد أنّه قد تطرأ في خلال مدّة تنفيذ العقد المذكور تغيّرات، أو ظروف طبيعيّة وقانونيّة تمسّ بالمركز القانونيّ للمقاول، يكون من شأنها إثارة الشكوك حول مقدرته على الاستمرار شخصيّاً في تنفيذ العقد، وتؤثّر بالتّالي على تنفيذه، بل قد تؤدّي إلى إنهائه. ومن أمثلة ذلك: وفاة المقاول، أو إفلاسه، أو إعساره، وكذلك استعماله الغشّ، أو التّلاعب، أو الشروع في الرّشوة.

أهميّة البحث:

تنبثق أهميّة البحث من الدّور الرّئيس الّذي يلعبه الاعتبار الشخصيّ للمقاول المتعاقد مع الإدارة في أثناء تّنفيذ عقد الأشغال العامّة، وما يترتّب على زوال هذا الاعتبار من آثار حقوقيّة.

مشكلة البحث:

عند زوال الاعتبار الشخصيّ للمقاول نتيجةً لوفاته، أو إفلاسه، أو إعساره، أو تلاعبه مع الإدارة، أو الشروع في الرشوة، هل تستطيع جهة الإدارة الاستمرار في الرابطة العقدية مع المقاول رغم ذلك؟ وما أثر تلك الظروف على الرابطة المذكورة؟

هدف البحث:

يهدف البحث إلى محاولة الإجابة عن مشكلة البحث المطروحة، وذلك من خلال دراسة الظروف والحالات التي من الممكن حدوثها في خلال مدّة تّنفيذ عقد الأشغال العامّة، وبيان مصير الرابطة العقديّة في حال ذلك.

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 التّشريع السوريّ مقارنةً بالتشريع الفرنسيّ والتشريع المصريّ.

[1]– طلبة وآخرون، 2014/2013، ص: 369؛ فهمي، 1959، ص: 90.

خطة البحث:

قمنا بتقسيم البحث إلى ثلاثة مطالب، تحدّثنا في الأوّل عن أثر وفاة المقاول على العلاقة العقديّة، وفي الثاني عن أثر إفلاس المقاول، أو إعساره على الرابطة العقديّة، وفي الثالث عن أثر الغشّ أو الشروع في الرّشوة على الرابطة المذكورة.

المطلب الأول: أثر وفاة المقاول على العلاقة العقدية:

الوفاة واقعة طبيعيّة ينتج عنها زوال الشخصيّة القانونيّة للمتوفّى[2]، ونظراً إلى أهميّة الاعتبار الشخصيّ للمقاول المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامّة، فإنّ وفاته في أثناء تنفيذ العقد تطرح مشكلة الاستمرار في تنفيذه من عدمه[3]، حيث جرى العمل **في فرنسا** بأن يعتمد مجلس الدّولة في هذه الحالة على شروط العقد أو دفاتر الشروط، الّتي تعالج الحالة الجديدة، إما الاستمرار في التنفيذ، أو انقضاء الرابطة التعاقدية، فهي تحرص عادةً على بيان الأحكام الواجب اتّباعها في هذه الحالة[4].

ففي عقود الأشغال العامّة، نصّت المادة /37/ من دفتر الشروط العامّة القابل للتطبيق على هذه العقود الصادر عام 1972، على أنّه: "في حال وفاة المقاول، فإنّ العقد يُعدّ مفسوخاً حكماً ومن دون تعويض، إلاّ إذا قبلت الجهة الإداريّة المتعاقدة العرَض المقدّم من ورثة المقاول بالاستمرار في تنفيذ الأشغال العامّة"[5].

حيث إنّه في نطاق عقد الأشغال العامّة تكون شخصيّة المقاول، وكفاءته الفنيّة والمهنيّة، وملاءته الماليّة محلّاً للاهتمام والاعتداد بدرجة كبيرة، تسوّغ الحلّ المنصوص عليه في دفتر الشروط، حيث إنّ هذا الدفتر – **كما هو ملاحظ**– يقرّر انفساخ العقد تلقائيّاً في حال وفاة المقاول ومن دون تعويض، إلاّ إذا رأت الإدارة قَبول العرض المقدّم من قِبل ورثة المقاول من أجل الاستمرار في تنفيذ الأشغال، وكان في ذلك مصلحة محقّقة للمرفق العام[6]. أما في حال سكوت مواد العقد، أو دفاتر الشروط الملحقة به عن بيان الحلّ الواجب الاتّباع، تُمنح الجهة الإداريّة حق الخَيَار بين إنهاء العقد والسماح للورثة في الاستمرار في التنفيذ؛ كونه نتيجة منطقيّة للاعتبار الشخصيّ في عقد الأشغال العامّة، الّذي ينبع من متطلّبات الصّالح العام[7].

ولم يحتوِ دفتر الشروط العامّة (C. C. A. G) على الحكم الواجب التّطبيق في حالة وفاة مقاول أو أكثر عندما يكون العقد مبرماً مع العديد من المقاولين، لكنّ مجلس الدّولة الفرنسيّ يقضي أنّ وفاة أحد المقاولين لا يترتّب عليه إنهاء العقد. وهناك حالة مماثلة من حيث النتيجة لحالة وفاة المقاول، ألا وهي حالة انعدام الأهليّة المدنيّة (العته أو الجنون الطارئ)، حيث إنّه طبقاً لمواد دفتر الشروط العامّة للإدارة السلطة التقديريّة في إنهاء العقد، أو متابعة التّنفيذ من قِبل الوصيّ، أو القيّم[8].

أمّا في **جمهوريّة مصر العربيّة**، فيمكن القول: إنّ المشرّع قد حسَمَ هذا الموضوع عن طريق تحديده الإجراء الواجب التطبيق عند وفاة المقاول المتعاقد مع الإدارة، وذلك في المادّة /52/ من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامّة رقم /182/ لعام 2018 (المماثلة للمادة /77/ من اللائحة التنفيذيّة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم /89/ لعام 1998 المُلغاة، وللمادّة

[2] محفوظ، 2019/2018، ص: 161.

[3] كربل، 2016، ص: 607؛ المياحي، 2016، ص: 193؛ سعيد وآخرون، 2020، ص: 69.

[4] الطماوي، 2005، ص: 427؛ مخيبر، 2019، ص: 301؛ البيطار، 2010، ص: 26.

[5] أبو موسى، 2017، ص: 82–83؛ سلطان، 2010، ص: 380؛ سعيد وآخرون، 2020، ص70.

[6] عبد المهدي، 2004، ص: 135–136؛ الأحمد، 2001، ص: 269.

[7] نهاوندي، 2015، ص: 143؛ بن شعبان، 2012/2011. ص: 335–336؛ أمين، 1991، ص: 98 وما بعدها.

[8] الحسن، 1997، ص: 334–335.

/76/ من اللائحة التنفيذيّة للقانون رقم 9/ 1983 المُلغى)[9]، الّتي نصّت على ما يأتي: "في حالة وفاة المتعاقد أثناء التنفيذ، يحقّ للجهة الإداريّة **إنهاء العقد** وردّ التأمين للورثة ما لم تكن لها مطالبات قِبل المتعاقد، أو **السماح** لهم بالاستمرار في تنفيذ العقد، وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد، وتوفي أحدهم، جاز للجهة الإدارية إنهاء العقد، مع ردّ التأمين النهائي، ما لم يكن لها مطالبات، أو السماح لباقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه"[10]. وتنصّ المادّة /55/ من اللائحة التنفيذيّة للقانون المذكور الصادرة بموجب قرار وزير الماليّة رقم /692/ لعام 2019، على أنّه: "في حالة وفاة مقدّم العطاء إذا كان شخصاً طبيعياً، أو مالك شركة الشخص الواحد، أو الشريك مع الغير بِحصّة حاكمة تسمح له بالتّأثير في اتخاذ قرار ذي صلة بالعطاء قبل البتّ، جاز للجهة الإداريّة استبعاد العطاء المقدّم منه، وردّ التأمين المؤقّت، أو **السماح** للورثة بالاستمرار في الإجراءات، بشرط أن يعيّنوا عنهم وكيلاً بتوكيل مصدّقاً على التوقيعات فيه، وتوافق عليه السلطة المختصّة، ويظلّ هو دون غيرة مسؤولاً أمام الجهات العامّة عن تنفيذ الإجراءات".

نلاحظ من نصّ هاتين المادتين أنّ المشرّع قد منحَ الإدارة المتعاقدة رخصة إنهاء العقد- سلطة تقديريّة- بسبب وفاة المقاول أو مقدّم العطاء، أو السماح للورَثَة بالاستمرار في تنفيذ العقد أو إجراءات الإرساء حسب الحال، وكذلك الحكم في حالة وفاة أحد المتعاقدين، شريطة عدم الانحراف في استعمال هذه السلطة، حيث يحقّ لورثة المتوفّى الطعن بالإلغاء في القرار الصّادر بإنهاء العقد، والّذي يراقب نواحي المشروعيّة والملاءَمة.

وقد ذهب رأي إلى القول[11]: إنّ الحكم الّذي نصّت عليه المادة /52/ من قانون تنظيم التعاقدات الّتي تبرمها الجهات العامّة رقم /182/ لعام 2018، "محلّ نظر ومن الصعب قَبوله"، إلاّ إذا كان المقاول المتوفّى ذي أهلية فنيّة وماليّة على قدر كبير من الأهميّة لا تتوافر في باقي المقاولين الأحياء، وفي النهاية الأمر متروك إلى تقدير الجهة الإداريّة المتعاقدة، ويتمّ إنهاء عقد الأشغال العامّة بقرار صادر من الأخيرة بعد تبليغة إلى الورَثَة، طبقاً للقواعد العامّة في القانون الإداريّ.

ويلاحظ أنّ اللائحة التنفيذيّة لم تتضمّن نصّاً يحكم حالة انعدام الأهليّة المدنيّة، أو نقصانها، ما يمكن معه تطبيق الحكم نفسه في حالة وفاة المقاول، أو صاحب العطاء، حيث يكون للجهة الإداريّة الخَيَار بين إنهاء العقد والاستمرار في تنفيذه مع القيّم أو الوصيّ.

وفي **الجمهوريّة العربيّة السوريّة**، نَصّ المشرّع في قانون العقود الموحّد رقم /51/ لعام 2004، وذلك في المادّة /59/ منه، على أنّه: "يعتبر التعهّد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية: أ- وفاة المتعهّد إذا كانت مؤهّلاته الشخصية محلّ اعتبار في التعاقد، وإذا لم تكن محلّ اعتبار فلا يفسخ التعهّد لهذا السبب إلاّ إذا رأت الجهة العامّة أنّ ورثة المتعهّد لا تتوفّر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، ولا يترتّب على الفسخ في هذه الحالة تعويض لأيّ من المتعاقدين، وتُعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم يكن قد تحقّقت على المتعهّد التزامات أُخرى"[12]. وقد جاءت في التعليمات التنفيذيّة لنظام العقود الموحّد 2004/51، حالات فسخ التعهّد بشكل حكمي، ألا وهي: "وفاة المتعهّد، وإفلاسه، والتصفية القضائيّة، وثبوت مخالفته لأحكام مقاطعة إسرائيل، وفيما يتعلّق بوفاة المتعهّد

[9] يُلاحظ أنّ المادة /52/ المذكورة في المتن تضمّنت عبارة "**إنهاء العقد**"، وخيراً فعل المشرّع؛ كون الفسخ هنا **ليس بجزاء**.

[10] هذه المادّة مطابقة لحكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم /6692/، لسنة /38/، جلسة 1986/4/13.

[11] الحسن، 1997، ص: 334 وص: 336.

[12] انظر أيضاً: حكم **المحكمة الإدارية العليا السورية** رقم /187/، أساس /385/، لعام 1997. وحكمها رقم /300/، في القضية رقم /371/، تاريخ 1989/6/22. وحكمها رقم /205/، في الطعن رقم /112/، لعام 1979.

بأنّه في حال لم تكن مؤهّلاته الشخصيّة محلّ اعتبار فلا يفسخ التعهّد إلاّ في حال عدم تمكّن الورثة، أو عدم رغبتهم في الاستمرار في تنفيذ التعهّد الّذي أبرمه المتعهّد المتوفّى".

يتضّح من هذه المادّة وتعليماتها التنفيذيّة أنّه إذا كانت المؤهّلات الشخصيّة للمقاول المتعاقد مع الإدارة موضع اعتبار، فإنّ العقد ينفسخ بقوة القانون، أمّا إذا لم تكن مؤهّلاته كذلك، فلا ينفسخ العقد حكماً، وإنّما يُعطى الخيَار إلى الإدارة المتعاقدة بين إنهاء العقد أو السماح للورثة بمواصلة تنفيذ عقد مورّثهم. ولم تتضمّن هذه المادّة إلزام الورثة باختيار أحدهم كمفوّض بالتوقيع في حالة وفاة العارض إذا كان شخصاً طبيعياً، كما فعل المشرّع المصري، وهذا نقص مهم حبّذا لو يتمّ تلافيه. وباعتقادنا إنّه لا داعي إلى التفرقة بين العقود الإداريّة، وتقسيمها إلى عقود قائمة على الاعتبار الشخصيّ وعقود ليست كذلك، فجميع العقود الإداريّة تتّسم بالطابع الشخصيّ، فأين هو ذلك العقد الإداريّ غير القائم على الاعتبارات الشخصيّة للمتعاقد مع الإدارة!

حيث يترتّب على وفاة المقاول– عندما تكون شخصيّته محل اعتبار، أو في حال عدم توافر الضمانات الكافية في الورثة– إنهاء العقد قَبل أوانه، من دون أيّ تعويض للمتعاقدين، وتُعاد التأمينات إلى الوَرَثَة، ويجب على الإدارة أن تدفع إلى التركة قيمة ما تمّ من أعمال، وما تمّ إنفاقه لتنفيذ ما لم يتمّ، وذلك بقَدر النفع العائد عليها جرّاء هذه الأعمال والنفقات. كما يجوز للإدارة أن تطالب بتسليم المواد الّتي يتمّ إعدادها على أن تدفع عنها تعويضاً عادلاً. وتسري هذه الأحكام– أيضاً– إذا بدأ المقاول تنفيذ الأشغال، ثمّ أصبح عاجزاً عن إتمامها لسبب لا يدّ له فيه[13].

وممّا يتصلّ بحالة الوفاة، حالة انحلال الشركة المتعاقدة، وذلك عندما يكون المقاول المتعاقد مع الإدارة شخصاً معنوياً[14]، فغالباً ما تبرم الإدارة عقودها مع شركات القطّاع الخاصّ لِما تتوافر في هذه الشركات من إمكانيّات ماليّة وتقنيّة تتناسب وحاجات تنفيذ المرفق العام[15]. وقد عالَجَ **مجلس الدّولة الفرنسيّ** هذه الحالة، حيث قضى في هذا الخصوص بإنهاء العقد؛ كون الشركة شخص اعتباري مجازي، لا وارث له. ولكنّه– أي المجلس المذكور– أكّد على استمراريّة العلاقة العقديّة في أثناء فترة التصفية؛ كون الشركة المنحلّة تحتفظ بشخصيّتها القانونيّة خلال هذه الفترة، فلا ينتهي العقد إلاّ بعد إتمام إجراءات التصفيّة (الحَلّ) نهائيّاً، وبالتّالي يترتّب على الشركة– وَلَهَا– خلال هذه الفترة الالتزام بالاستمرار في تنفيذ العقد، بل وليس للإدارة المتعاقدة الاستناد على مجرّد التصفية لإنهاء عقد الأشغال العامّة، كلّ ذلك ما لم يُنصّ في العقد على خِلافه[16].

ممّا سبق، يتبيّن لنا تمتّع الإدارة بسلطة تقديريّة واسعة في إنهاء العقد لوفاة المقاول، أو متابعة تنفيذه من قِبل الورَثَة بناءً على طلبهم. **لكن هل يحق للجهة العامة المتعاقدة أن تقرّر مواصلة تنفيذ العقد مع الورَثَة من دون طلب منهم؟**

إزاء هذا التساؤل انقسم الفقه إلى مذهبين: حيث ذهب الفريق الأوّل إلى إلزام الورثة بالاستمرار في تنفيذ عقد سلَفهم، فلا يمكن الاعتراض أو الاحتجاج على قرار الإدارة الصادر بذلك، ومع ذلك ليس من مصلحة الأخيرة فَرض مواصلة التنفيذ على الورثة، فقد يكونون غير مؤهّلين لذلك. أما الفريق الثاني من الفقه، يرى أنّه من حق الطرفين– الإدارة والوَرَثَة– المطالبة بإنهاء العقد[17].

---

[13] المادّة /633/ من القانون **المدني السوري**، والمادّة /667/ من القانون **المدني المصري**.

[14] الحسين وآخرون، 2005، ص: 266.

[15] عليا، 2017، ص: 34–40.

[16] الحسين، 2010، ص: 368؛ الطماوي، 2005، ص: 429؛ حامد، 2005، ص: 435 ومابعدها؛ أمين، 1991، ص: 100–101. وانظر أيضاً: حكم **المحكمة الإداريّة العليا السوريّة** في الطعن رقم /39/، أساس /36/، لعام 1970. لدى: سلّوم، 2005، ص: 384.

[17] الحسن، 1997، ص: 335–336.

بدورنا نعتقد أنّ الرأي الثاني هو الأرجح؛ كونه **يتّفق وإرادة المشرّع** المستقاة **من مضمون النصوص** القانونيّة السابقة، **لأنّه استخدم لفظ "السماح"**، والّذي يستفاد منه **طلب الورثة**، أو استعدادهم– في الأقلّ– لاستكمال عقد مورّثهم[18]. لكن ما هو أثر وفاة المقاول الأصلي، أو المقاول من الباطن على اتفاق التعاقد من الباطن؟

يمكن القول: إنّ دفاتر الشروط العامّة **في فرنسا**، وقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامّة **في مصر** رقم /28/ لعام 2018 ولائحته التنفيذيّة، وكذلك نظام العقود الموحّد **في سوريّة**، لم يتعرّضوا إلى هذا التساؤل، لكنّ جانب **من الفقه الإداريّ** يذهب إلى القول: إنّ وفاة المقاول الأصليّ لا يترتّب عليها انتهاء المقاولة من الباطن، طالما أنّها نالت قَبول الإدارة... أمّا في حالة التعاقد من الباطن الخَفيّ (المُستتر)، يكون للإدارة الخيَار بين فسخ العقد– إذا قدّرت أنّ الصّالح العام يوجب ذلك– وبين السماح للمقاول من الباطن بمتابعة التّنفيذ[19]. وبالنسبة إلى وفاة المقاول من الباطن، يمكن القول قياساً على المواد المتقدّمة، واستناداً إلى القواعد العامة، أنّ التعاقد من الباطن ينقضي بوفاة المقاول من الباطن، إذا كانت مؤهّلاته الشخصيّة محلّ اعتبار، أمّا إذا لم تكن كذلك، فلا ينقضي العقد من الباطن من تلقاء ذاته، ولا يحقّ للمقاول الأصليّ فسخه لهذا السبب، إلاّ إذا لم تتوافر في ورثة المقاول من الباطن الضمانات الكافية لحسن سير العمل[20].

وتجدر الإشارة إلى أنّه في حال تعدّد المقاولين من الباطن، ووفاة أحدهم، وكان المقاول الأصليّ قد عَهَدَ إليهم بالعمل متضامنين، ومن دون تقسيم العمل فيما بينهم، فلا ينقضي العقد من الباطن، ويستمر بالنسبة إلى المقاولين الأحياء، وذلك بخلاف اشتراط المقاول الأصليّ تنفيذ العمل من قِبلهم مجتميعين، حيث ينتهي التعاقد من الباطن بوفاة أحدهم[21].

المطلب الثاني– أثر إفلاس المقاول أو إعساره على الرابطة العقديّة

الإفلاس هو طريق للتّنفيذ الجماعيّ على أموال المدين التّاجر الّذي يتوقّف عن سداد ديونه التجاريّة، بغاية تصفيّة أمواله وبيعها؛ وتوزيع ثمنها على الدائنين[22]. أما الإعسار فهو حالة قانونيّة تنشأ عن زيادة ديون المدين مستحقّة الأداء على حقوقه، ولا بدّ من شهر حالة الإعسار بموجب حكم قضائيّ[23]. وعليه، يختلف الإفلاس عن الإعسار؛ كون الأوّل يقتصر تطبيقه على من يمتهن التّجارة، ومن ثمّ تطبّق عليه قواعد القانون التجاريّ، أما الإعسار فمناطَه خَلل طارئ على ذمة المدين الماليّة، حيث تزيد خصومها على أصولها، وتطبّق عليه قواعد القانون المدنيّ[24].

وفي الواقع إنّ حالة الإعسار، أو الإفلاس تطرح مشكلة استمرار تنفيذ عقد الأشغال العامّة من عدمه؛ كون الملاءة الماليّة من الصفات الجوهريّة التي تأخذها الجهة المتعاقدة في عين الاعتبار عند اختيار المقاول وإبرام العقد معه، فإفلاسه، أو إعساره، يُعدّ من الطوارئ الّتي تجعل من استمرار تنفيذ العقد مرهقاً، إن لم نقل مستحيلاً[25]. حيث يطرح إعلان إفلاس المقاول، أو إعساره، مصير تنفيذ العقد في ظلّ غلّ يدّ المتعاقد عن إدارة أمواله إبّانَ صدور حكم الإفلاس أو الإعسار، علاوةً على أنّ المشرّع لا يقرّ

[18] هذا ما أكّدته المادّة /103/ من اللائحة التنفيذيّة لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة 182/ 2018.

[19] الأحمد، 2001، ص: 270؛ مشرف، 2003، ص: 164– 165.

[20] الأحمد، 2001، ص: 270– 271 ومابعدها؛ مشرف، 2003، ص: 166 ومابعدها.

[21] المفرجي، 2014، ص: 152–153.

[22] البارودي وآخرون، 2004، ص: 166. للمزيد من التفصيل، انظر: محفوظ، 2019/2018، ص: 165–167.

[23] السنهوري، (د. ت)، ص: 1130.

[24] المفرجي، 2014، ص: 156؛ المياحي، 2016، ص: 196–197.

[25] سكران، 2017، ص: 204؛ سلطان، 2010، ص: 385. للمزيد من التفاصيل، انظر: سالمين، 2021، ص110 وما بعدها.

جميع التصرفات التي قام بها المقاول في الفترة الفاصلة ما بين توقّفه عن الدفع وصدور الحكم القاضي بالإعسار، أو الإفلاس (فترة الرّيبة)[26].

وفي هذه الحالة يرجع **مجلس الدّولة الفرنسيّ**– أيضاً– إلى دفاتر الشروط العامّة في سبيل معرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار عقد الأشغال العامّة من عدمه[27]. حيث كانت دفاتر الشروط العامّة– في حال خلوّ نصوص العقد من الحكم الواجب التّطبيق– قَبل عام 1967، تنصّ غالباً على انفساخ العقد تلقائياً في حال إفلاس المقاول، أو التصفية القضائية[28]. ولكنّ بعض تلك الدفاتر أعطت الإدارة السلطة التقديريّة في قَبول العروض المقدّمة من دائني المقاول المفلس، أو من المحكمة؛ للاستمرار في تنفيذ العقد. بمعنى أنّه عندما تنصّ مواد العقد على حلّ معيّن كان القضاء الإداريّ الفرنسيّ يطبّق ما نصَّ عليه العقد حرفياً، سواء جاءَ بالفسخ الحُكمي، أو أعطى الإدارة حق الخيَار بإنهاء العقد من عدمه[29]. وفي حالة خلوّ مواد العقد، أو دفاتر الشروط، من الحكم الواجب الاتّباع في حالتي الإفلاس والتصفية القضائية، كان مجلس الدّولة الفرنسيّ يطبّق القاعدة الّتي مقتضاها أنّ الإفلاس أو الإعسار لا يؤدّي بذاته إلى إنهاء العقد، بل يكون للجهة الإداريّة أن تفسخ العقد إذا قدّرت أنّ المصلحة العامة توجب ذلك[30]. إلاّ أنّه في حال إيقاف تنفيذ الأشغال محلّ العقد بشكل مستمرّ ودائم، بسبب عجز المقاول ماليّاً، يجوز للإدارة فسخ العقد بعد إعذار الأخير[31].

وبعبارة أخرى، يمكن القول: إنّ **معظم الفقه والقضاء الإداريّ الفرنسيّ** عَدّ حالة الإعسار أو الإفلاس لا تؤدي بحدّ ذاتها إلى انفساخ العقد بقوة القانون (حُكماً)، وإنّما تُمنح الإدارة الحقّ في إنهاء العقد، أو متابعة تنفيذه وفقاً لسلطتها التقديريّة في هذا الصدد، حيث ترى أنّ الصّالح العام يوجب ذلك؛ كونها القوّامة والأمينة على المصلحة العامّة. ويلاحظ أنّ هذا الحلّ المتّبع يؤكّد أنّ قاعدة الاعتبار الشخصيّ لا تعدو أن تكون مجرّد وسيلة في يدّ الإدارة لضمان تنفيذ عقد الأشغال العامّة على وجه يحقق الصّالح العام وصالح الجمهور[32].

ويرى جانب **من الفقه الإداري السوري**[33]، أنّ هذا الحلّ المطبّق من قِبل مجلس الدّولة الفرنسيّ قَبل عام 1967، إنّما هو ناجم عن كون الإفلاس أو الإعسار لا يشكّل خطأً عقديّاً جسيماً في حدّ ذاته، وبالتّالي لا تستطيع الإدارة فسخ العقد كجزاء على المقاول المتعاقد معها، ما حدا بالقضاء الإداريّ الفرنسيّ إلى استبعاد إمكانيّة انفساخ العقد (بقوة القانون) عند سكوت العقد.

واستمرّ هذا الوضع حتّى صدور قانون 13 يوليه 1967 بخصوص التصفية القضائيّة والإفلاس والإعسار في نطاق العقود الإداريّة، حيث استبعد القانون المذكور في المادّة /38/ منه بفَقَرَتها الثانية، الانفساخ التلقائيّ لعقد الأشغال العامّة إذا أعلن المصفّي عن رغبته في تأمين الاستمرار في تنفيذ العقود التي التزم بها المقاول المُفلس لصالح الإدارة، والانفساخ لا يقع إلاّ في حال تنازل المصفّي بشكل صريح عن الاستمرار في تنفيذ العقد[34].

---

[26] النابلسي، 2012، ص: 106.

[27] العرسان، 2016، ص: 373؛ كربل، 2016، ص: 610؛ سعيد وآخرون، 2020، ص: 71.

[28] عليا، 2017، ص: 241.

[29] نهاوندي، 2015، ص: 146. وانظر: قرار مجلس الدّولة الفرنسي بتاريخ 1951/3/9.

[30] الطماوي، 2005، ص: 429–430؛ أمين، 1991، ص: 105.

[31] الحسن، 1997، ص: 337.

[32] مخيبر، 2019، ص: 303–304؛ سلطان، 2010، ص: 386.

[33] الحسين وآخرون، 2005، ص: 267.

[34] المرجع نفسه، ص: 267–286؛ للمزيد من التفاصيل، انظر: الحسن، 1997، ص: 337 ومابعدها.

واحتراماً لنصوص هذا القانون، اعتمدت كراسة الشروط العامّة حكماً جديداً واجب النفاذ في حالة الإفلاس، أو التصفية القضائيّة، حيث نصّت المادّة /47-3/ على أنّ العقد: "يكون مفسوخاً، إلاّ إذا قرّر وكيل التفليسة متابعة التّنفيذ خلال الشهر الّذي يلي حكم القضاء المتضمّن إعلان إفلاس المقاول، أو التصفية القضائيّة"[35]. وقد تعرّضت هذه المادّة إلى النقد، ما تمخّض عنه صدور قانون 25 يناير 1985، وقرّر أنّ: "وكيل التفليسة يتمتّع بمدة شهر ابتداءً من تاريخ إعذاره... لكي يمارس حقّه بالاستمرار في تنفيذ العقد".

فإذا لم يحدّد وكيل التفليسة موقفه- خلال مدّة الشهر- عُدّ ذلك بمثابة تخلّي عن متابعة تنفيذ العقد. ثمّ صدرَ مرسوم 14 مايو 1991 مقرّراً تعديل نصّ المادّة /47-3/ من كرّاسة الشروط العامّة كالآتي: "في حالة الإفلاس، أو التصفية القضائية، يُفسخ العقد في الشروط المنصوص عليها في قانون 25 يناير 1985". وتُلزم الإدارة بفسخ العقد (سلطة مقيّدة) وفقاً لنصّ المادّة /47-3/ المُعدّل إذا قرّر وكيل التفليسة عدم متابعة تنفيذ العقد[36].

وقد وَرَدَ في المادّة /37/ من دفتر الشروط العامّة الخاص بعقود أشغال الطرق والمباني أنّ العقد يُعدّ مفسوخاً بقوة القانون إذا أفلس المقاول، ما لم تجد جهة الإدارة، في هذه الحالة، إمكانية قَبول العَرض المقدّم من دائني المقاول المفلس للاستمرار في تنفيذ عقد مدينهم[37]، كما تشير المادّة المذكورة أعلاه إلى أنّ التصفية القضائيّة ترتّب بذاتها إنهاء الرابطة العقديّة، طالما أن المحكمة لم تأذن للمقاول بالاستمرار في مزاولة نشاطه[38].

أمّا بالنسبة إلى الوضع **في جمهوريّة مصر العربيّة**، فإنّ المشرّع في قانون تنظيم التعاقدات الّتي تبرمها الجهات العامّة الجديد رقم /182/ لعام 2018، لم يُعطِ االإدارة أيّ سلطة تقديريّة[39] في حالة إفلاس المتعاقد معها، أو إعساره، حيث نصّت المادّة /50/ منه (المطابقة للمادّة /24/ من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المُلغى رقم /89/ لعام 1998، وكذلك للمادة /85/ من القانون 1983/9) على انفساخ العقد تلقائيّاً في الحالتين المذكورتين. وما يؤكّد حرص المشرّع المصريّ على ضرورة فسخ عقد الأشغال العامّة في الحالتين المذكورتين، أنّ المادّة /58/ من اللائحة التنفيذيّة لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم/89/ لعام 1998، قد نصّت على أن: "يفسخ العقد ويُصادر التأمين النهائي بعد أخذ رأي مجلس الدّولة دون الإخلال بحق الإدارة في طلب التعويض، إذا أفلس المقاول أو أعسر".

وفي الجمهوريّة العربيّة السوريّة، نصّت المادّة /59/ من قانون العقود الموحّد رقم /51/ لعام 2004 على اعتبار التعهّد مفسوخاً حكماً في الحالات الآتية:

"ب- إفلاس المتعهّد. ج- التصفية القضائيّة، إلاّ إنّه يحق للجهة العامّة الموافقة على استمرار المتعهّد بتنفيذ التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك"[40].

---

[35] نابلسي، 2012، ص: 107. حيث تبنّى **المشرّع الفرنسيّ** هذا الحلّ في دفتر الشروط الإداريّة العامّة الصادر عام 1976، والمطبّق على **عقود الأشغال العامّة**، في المادّة /47-4/ منه.

[36] الحسن، 1997، ص: 339-340.

[37] المياحي، 2016، ص: 179؛ أمين، 1991، ص: 103. يلاحظ من هذه المادّة أنّ المشرّع الفرنسيّ قد وضع الدائن في موضع الخلف العام. انظر: البيطار، 2010، ص: 39.

[38] كربل، 2016، ص: 610؛ أبو موسى، 2017، ص: 84.

[39] هذا ما أكدّته **المحكمة الإدارية العليا المصرية** في الطعن رقم /3597/، تاريخ 1997/11/25، س /36/ ق.ع.

[40] غالباً ما يكون الفسخ في هاتين الحالتين **مجرّداً وبسيطاً**. انظر: فيصل، 2010/2009، ص: 126 وص: 130.

وبذلك يكون المشرّع السوريّ والمصريّ قد قيّد سلطة الجهة الإداريّة وألزمها بفسخ العقد حُكماً في حالة إفلاس المقاول، أو إعساره، إلاّ أنّنا نعتقد أنّ موقف المشرّع الفرنسيّ كان أقرب إلى الصواب؛ لأنّ استمرار الدّائن– المؤهّل لذلك– في تنفيذ عقد مدينه يتفق والمصلحة العامّة، المتمثّلة في ضمان استمرار سير المرافق العامّة بانتظام واضطراد، وعدم تعرّض هذا السير إلى التوقّف. ومن الملاحظ على الفقرة /ب/ من المادّة المذكورة، أنّها نصّت على حالة إفلاس المقاول المتعاقد مع الإدارة فقط، من دون ذِكر حالة الإعسار، وهذا نقص مهم حبّذا لو يتمّ استدراكه– أسوةً بنظيره المصريّ– كون المقاول قد يكون تاجراً، أو غير تاجر.

وبذلك يكون المشرّع قد تبنّى النتيجة المنطقيّة– ألا وهي انتهاء العلاقة العقديّة بقوة القانون– لفقدان وزوال الاعتبار الشخصيّ للمقاول، الّذي يعدّ من الأمور الجوهريّة التي عوّلت عليها الإدارة عند اختياره كمتعاقد معها[41]. حيث إنّ مدعاة الفسخ التلقائي في حال إفلاس المقاول، أو إعساره، هي أنّه أصبح غير قادر على الاضطلاع بأعباء العقد الماليّة؛ كونه فقَدَ مصدر التمويل اللازم للتّنفيذ، الأمر الّذي يجعل من استمرار التعاقد معه غيرَ مُجدٍ في تحقيق الفائدة المرجوّة من التعاقد[42].

والسؤال الّذي يطرح نفسه في هذا المقام هو، ما أثر إفلاس المقاول من الباطن على اتفاق التعاقد من الباطن؟

يمكن القول: إنّ إفلاس المقاول من الباطن لا يترتّب عليه انفساخ عقد الأشغال العامّة بقوة القانون (تلقائياً)، في ظلّ إمكانيّة الاستمرار في تنفيذه من قِبل وكيل تفليسة المقاول من الباطن. أمّا إذا رفض الأخير (السنديك) متابعة التّنفيذ، يُمكن للمقاول الأصليّ أن يطلب فسخ العقد من الباطن، علاوةً على التّعويض[43].

المطلب الثالث: أثر الغشّ أو الشروع في الرشوة على العلاقة العقديّة

لا شكّ أن المقاول المتعاقد مع الجهة الإداريّة إذا استعمل الغشّ[44]، أو التلاعب[45] في علاقته مع الأخيرة، أو إذا حاوَلَ بنفسه أو بوساطة غيره– بشكل مباشر أو غير مباشر– رشوة أحد موظّفي الجهات العامة الخاضعة إلى أحكام قوانين العقود الإداريّة، فإنّه بذلك يكون قد ارتكبَ أفعالاً تتعارض وقاعدة الاعتبار الشخصيّ في نطاق تنفيذ عقد الأشغال العامّة[46]. حيث إنّه بسلوكه هذا يكون قد فقَدَ ثقة الجهة الإداريّة المُفترض توافرها فيه، ما يولّد الشكّ في قدرة المقاول على تنفيذ عقد الأشغال العامّة بما يحقق الصّالح العامّ، وصالح المرفق الّذي من أجله أُبرم العقد، فعند تعارض مصلحته الشخصيّة مع المصلحة العامةّ، لا ريبَ أنّه سيضحّي بالمصلحة الأخيرة؛ كونه منذ البداية قد سعى إلى ذلك بغشّه وتلاعبه[47].

فقاعدة الاعتبار الشخصيّ تلعب دوراً جوهرياً في أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامّة؛ كون شخصيّة المقاول تكون محلّاً للاعتبار ليس فقط عند إبرام العقد، بل في أثناء تنفيذه أيضاً. وعندما يسلك المقاول هذا المسلك المُشين، باستعماله الغشّ، أو التّلاعب، أو محاولة الرّشوة،

---

[41] العرسان، 2016، ص: 273.

[42] خليفة، 2005، ص: 294.

[43] الأحمد، 2001، ص: 274؛ المفرجي، ص: 159؛ مشرف، 2003، ص: 174؛ سلطان، 2010، ص: 386.

[44] الغشّ جريمة عمديّة يشترط لقيامها توافر القصد الجزائيّ(علم وإرادة). للمزيد، انظر: أحمد، 2005، ص: 33.

[45] التّلاعب: هو إتيان المقاول أعمالاً تنطوي على عدم التزامه في تنفيذ عقد الأشغال العامّة، ومحاولته إيجاد الثغرات للتملّص من التزاماته المفروضة عليه بموجب أحكام العقد المذكور، وذلك في سبيل الحصول على منفعة غير مشروعة على حساب المصلحة العامّة التي يستهدفها إبرام عقد الأشغال العامّة وتنفيذه. انظر: بطيخ وآخرون، 2012، ص: 546.

[46] سلطان، 2010، ص: 387؛ سكران، 2017، ص: 206؛ مشرف، 2003، ص: 173.

[47] خليفة، 2010، ص: 106.

فإنّه يكون بذلك قد قَضَى على مبدأ الاعتبار الشخصيّ في أثناء تّنفيذ العقد المذكور، وأجهز عليه[48]. فقد يحدث في خلال تنفيذ العقد أن يرتكب المتعاقد أفعالاً تنمّ عن عدم جديّته في تنفيذ العقد، أو محاولته إيجاد الثغرات؛ من أجل تحقيق منفعة غير مشروعة على حساب الصالح العام، وصالح المرفق، ما يتنافى مع مبدأ حسن النيّة الواجب توافره في تنفيذ العقد المذكور[49].

والسؤال الّذي يطرح نفسه في هذا المقام، هو ما أثر قيام المقاول بارتكاب الغشّ، أو التّلاعب، أو الشروع في الرّشوة على العلاقة العقديّة؟

يُلاحظ أنّ **المشرّع الفرنسيّ في القانون الجديد** الصادر في 2019/4/1، **المُعدِّل** لقانون المشتريات العامة لعام 2006، لم يضمّن هذه الحالات في متنه، إلاّ أنّ **قانون العقوبات** بموجب المواد من /430/ حتّى /433/، قد حدّد نطاق تجريم بعض مخالفات الطرق التي يرتكبها ملتزم المرفق العام، وكذلك خطأ مورّدي القوات المسلّحة البريّة والبحريّة... وذلك في حالة تقصير هؤلاء المورّدين بتنفيذ عقودهم في أداء الخدمة، أو التأخير في تسليم التوريدات، أو تنفيذ الأعمال التي عهد إليهم بها، بسبب الإهمال والغشّ في طبيعة وجودة وكميّة الأشياء المورّدة[50].

وفي **جمهوريّة مصر العربية**، يمكن القول: إنّ المشرّع قد حسَم الجدَل حول هذه المشكلة، وذلك في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المُلغى رقم /9/ لعام 1983، حيث قرّر وجوب فسخ العقد، ومصادرة التأمين النهائي في مثل هذه الحالات، ومَنَحَ الجهة الإداريـة المتعاقدة الحقّ في الحصول على التعويض العادل. وذلك مستوحى من نصّ المادّة /27/ من القانون المذكور، والّتي تنصّ على أنّه:

"**يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائي في الحالات الآتية:**

1)- إذا استعمل المتعاقد الغشّ، أو التّلاعب في معاملته مع الجهة المتعاقدة.

2)- إذا ثبت أنّ المتعاقد قد شرَعَ بنفسه، أو بواسطة غيره بطريق مباشر أو غير مباشر في رشوة أحد موظّفي الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون... "[51].

وقد أخذ **المشرّع المصريّ** بالأحكام ذاتها تقريباً في قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المُلغى رقم 1998/89، وذلك في المادّة /24/ منه، والتي تنصّ على أنّه: "يُفسخ العقد تلقائيّاً في الحالتين الآتيتين: إذا ثبت أنّ المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغشّ أو التلاعب في تعامله... أو في حصوله على العقد.

ويشطب اسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها في البند (أ)... "[52].

---

[48] خليفة، 2005، ص: 292-294.

[49] المياحي، 2016، ص: 200. هذا ما أكدّه حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم /18249/، تاريخ 2010/3/16، س/54/ق. والطعن رقم/18020/، تاريخ 2014/3/25، س/56/ق. انظر: خلف، 2018، ص: 259.

[50] فيّاض، 1975، ص: 304 ومابعدها؛ مرعي، 2018، ص: 92 وص: 115-116. المشرّع الجزائيّ الفرنسيّ لم يتضمّن جميع المخالفات الجسيمة التي يرتكبها المتعاقد في أثناء تنفيذ العقود الإداريّة، حيث اقتصر على بعض أنواع عقود التوريد، وبعض أنواع عقود الالتزام. انظر: سلطان، 2010، ص: 282-283؛ فياض، 1975، ص: 310-311.

[51] هذا ما قضى به حكم **المحكمة الإدارية العليا المصرية** في الطعن رقم /1071/، لسنة /9/ ق، تاريخ 1966/1/29.

[52] هذا ما قضت به **محكمة القضاء الإداري المصرية** في الطعنين رقمي /623/ و/3852/، لسنة /52/ ق، جلسة 2008/3/16. انظر: خلف، (2018)، ص: 255 وص: 257.

ومن الملاحظ أنّ **المشرّع المصريّ** في القانون الأخير **قد أسقط حالة** تقديم المقاول، أو أحد تابعيه **رشوة** إلى موظفي الجهات التّابعة إلى أحكام هذا القانون، لكنّ جانباً من الفقه[53]– **والّذي نميل إلى تأييده**– يرى أنّه **يمكن إدراج هذه الحالة ضمن حالة** استعمال المقاول بنفسه أو بوساطة غيره **الغشّ**، أو **التلاعب** مع جهة الإدارة، حيث إنّ– **باعتقادنا**– ورود هذه الحالات قد جاء **على سبيل المثال لا الحصر**؛ كون قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامّة الحالي 2018/182، **قد أضاف في المادّة /50/ منه، على الحالة السابقة** التي نصّ عليها القانون 1998/89 المُلغى، **حالة ثبوت وجود تواطؤ**، أو **ممارسات احتيال**، أو **فساد**، أو **احتكار**.

كذلك المشرّع الجزائيّ في قانون العقوبات– **المصريّ**– قد جرّم قيام المقاول باستعمال الغشّ، أو التّلاعب في أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامّة، حيث نصّت المادة /116/ مكرّراً /ج/ على أنّه[54]: "كلّ من أخلّ عمداً بتنفيذ كلّ أو بعض الالتزامات التي يفرضها عليه عقد مقاولة... أو أشغال عامّة... أو ارتكب أي غشّ في تنفيذ هذا العقد، يعاقب بالسجن، وتكون العقوبة الأشغال الشاقّة المؤبّدة أو المؤقتة إذا..."[55].

وفي **الجمهوريّة العربيّة** السوريّة، بالرجوع إلى قانون **العقوبات** الصّادر بالمرسوم التشريعيّ رقم /148/ تاريخ 1949/6/22، وقانون **العقود الموحّد** رقم /51/ لعام 2004 ولائحته التنفيذيّة الصادرة بالمرسوم رقم /450/ للعام نفسه، وكذلك المرسوم التشريعيّ رقم /228/ تاريخ 1969/9/23 المتضمّن **نظام عقود هيئات القطّاع الإداريّ**[56]، نجد أنّهم لم يتضمّنوا حالة ارتكاب المتعاقد مع الإدارة الغشّ، أو التّلاعب، أو عرض الرّشوة[57]، كحالة من حالات الفسخ التلقائي لعقد الأشغال العامّة، **بل كحالة من** حالات **سحب تنفيذ العمل من المقاول** والتنفيذ على حسابه**!**[58]

لكن هل مفهوم الغش في نطاق عقد الأشغال العامّة هو نفسه في إطار القانون الجزائي، أم أنّ له معنىً مختلف؟

يمكن القول: إنّ مفهوم الغشّ في إطار **القانون الجزائيّ** مختلف عن مفهومه في **مجال عقد الأشغال العامّة**؛ كون الغشّ في نطاق التعاقد **الإداريّ** له معنىً أوسع وأشمل من معناه في المجال **الجزائيّ**، وسبب ذلك هو **اختلاف الغاية المتوخّاة** من الجزاء على اقتراف الغشّ في كلّ منهما، ففي عقد الأشغال العامّة الهدف من فسخ العقد وشطب اسم المقاول من سجلّ المقاولين، هو ضمان تنفيذ العقد تنفيذاً سليماً، وحرمان المقاول من التعامل مع الجهة الإداريّة المتعاقدة، بينما يرمي المشرّع في الغشّ الجزائيّ إلى ردع ظاهرة اجتماعيّة؛ لمناهضتها المجتمع، وعليه يمكن عدّ المقاول مقترفاً للغشّ، حتّى من دون صدور حكم جزائيّ باتّ يثبت إدانته، أو مع صدور حكم ببراءته[59]. وهذا ما أكدّته محكمة القضاء الإداريّ المصريّة[60].

---

[53] نصّار، (د. ت)، ص: 21.

[54]– سلطان، 2010، ص: 281؛ فياض، 1975، ص: 310–311؛ الشهاوي، 2003، ص: 276–277.

[55]– مرعي، 2018، ص: 91–92؛ أحمد، 2005، ص9. وانظر: المادة /374/ مكرر من القانون المذكور في المتن.

[56]– المادّة /31/ من قانون عقود ومبايعات ومبيعات وزارة الدفاع رقم /8/ تاريخ 2005/4/10، عاقبت المتعاقد بالعقوبات المنصوص عنها في قانون العقوبات العسكري، في حالة إفشائه الأسرار الّتي اطّلع عليها؛ وذلك لمساسها بأمن الدّولة.

[57]– يُلاحظ أنّ المادّة /58/ من قانون العقود 2004/51، نصّت على **الحرمان من التعاقد** مع الإدارة، لكلّ **من تثبت سوء نيّته** في أثناء تنفيذ عقود الأخيرة. ويرى جانب من الفقه– مؤيّداً المحكمة الإدارية العليا السوريّة في ذلك (حكمها في الطعن رقم /397/ لعام 1976)– أنّ **مصطلح سوء النيّة**، مصطلح **فضفاض**، يشمل– فيما يشمل– الغشّ والتّلاعب والرّشوة. انظر: الحسين وآخرون، 2005، ص: 171.

[58]– انظر: البند /3/ من الفقرة /أ/، من المادة /54/ من القانون رقم /51/ لعام 2004.

[59]– مشرف، 2003، ص: 180– 181؛ سلطان، 2010، ص: 389– 390.

[60]– حكمها الصادر في /14/ أبريل عام 1971، س /25/ ق.ع. مشار إليه لدى: سكران، 2017، ص: 208.

ومن الجدير بالذكر، أنّه في جميع الحالات التي يتعرّض فيها المقاول إلى العقوبات الجزائيّة[61]، لا تستطيع الجهة الإداريّة المتعاقدة أن توقعها بنفسها، بل يجب عليها أن تلجأ إلى الأسلوب المقرّر لذلك، من خلال التماس تحريك الدعوى العامّة ضدّ المقاول، ليتولّى القضاء المختصّ محاكمته وإنزال الجزاء الوِفَاق؛ كون العقوبة الجزائيّة مستقلّة عن سلطة الجهة الإداريّة المستمدّة من عقد الأشغال العامّة[62].

حيث إنّ الأصل العام هو خضوع عقد الأشغال العامّة إلى القواعد العامّة التي تحكم العلاقات العقديّة، فلا يمكن للإدارة المتعاقدة سنّ عقوبات جزائيّة على المتعاقدين معها؛ لضمان تنفيذ عقودها، وذلك تطبيقاً لمبدأ شرعيّة العقوبات والجرائم (لا جريمة ولا عقوبة إلاّ بنصّ)[63]. فعلى الرغم من احتواء عقد الأشغال العامّة على شروط استثنائيّة غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، بيد أنّ هذه الشروط لا يمكن أن تصل إلى درجة تفويض جهة الإدارة صلاحيّة إيقاع العقوبات الجزائيّة على المتعاقد، حتّى وإن قَبلها الأخير؛ كونها مخالفة للنظام العام[64]. فالعقوبة الجزائيّة الّتي ستوقع على المقاول المُخلّ بالتزاماته العقدية، لا تجد مصدرها في العقد، بل من سلطة الإدارة في حفظ النظام العام، وتأمين سير المرافق العامّة بانتظام واضطراد[65].

فالمقاول المتعاقد مع الإدارة في أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامّة يتعرّض إلى العقوبة الجزائيّة في حالتين، إمّا أن يَنصّ القانون على اعتبار خطأً معيّناً جريمة جزائيّة، أو في حالة مخالفة الالتزامات المفروضة عليه بموجب لوائح الضبط الإداري العام أو الخاص، والمطبّقة عليه شأن أيّ مواطن آخر، وليس بصفته متعاقداً[66].

الخاتمة:

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

أولاً: النتائج:

1- تتفاوت الحلول القانونيّة المتّبعة في الدول محلّ المقارنة في حالة وفاة المقاول المتعاقد مع الإدارة، وذلك نتيجة منطقيّة للاعتبار الشخصيّ في أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامّة. ففي فرنسا، يُعدّ العقد المذكور مفسوخاً بقوة القانون، ما لم تَقبَل الإدارة العرض المُقدّم من ورثة المقاول. وفي مصر، منحَ المشرّع الإدارة سلطة تقديريّة في إنهاء العقد من عدمه؛ بسبب وفاة المقاول، أو مقدّم العطاء، أو المقاول من الباطن في حالة التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الجهة الإداريّة. أما في سوريّة، يُفسخ العقد حكماً إذا كانت مؤهّلات المقاول- وكذلك المقاول من الباطن- محلّ اعتبار، وإذا لم تكن كذلك، فلا يفسخ العقد إلاّ إذا رأت الإدارة أنّ الورثة لا تتوفّر فيهم الضمانات الكافية.

---

[61]- للمزيد من التفاصيل حول **الجزاءات الجنائية في العقود الإداريّة**، انظر: مرعي، 2018، ص78 وما بعدها.

[62]- الطماوي، 1991، ص: 563؛ مرعي، 2018، ص: 96 وص: 118. أيضاً: البيطار، 2010، ص: 155.

[63]- للمزيد من التفاصيل حول مبدأ شرعيّة الجرائم والعقوبات الإداريّة، انظر: مرعي، 2018، ص: 108 ومايليها.

[64]- يونس، 2021، ص: 21-22؛ الطماوي، 1991، ص: 559؛ الشهاوي، 2003، ص: 275؛ مرعي، 2018، ص: 127-128؛ البيطار، 2019، ص: 152.

[65]- جانكير، 2014، ص: 56. للمزيد من التفاصيل، انظر: فياض، 1975، ص: 312 ومابعدها.

[66]- سلطان، 2010، ص: 280-281؛ فياض، 1975، ص: 303. للمزيد من التفاصيل، انظر: المرجع الأخير، ص: 324 ومابعدها. أيضاً: مرعي، 2018، ص: 119 وما بعدها.

2- في فرنسا، في حالة إفلاس المقاول يُفسخ العقد حكماً، ما لم تقبَل الإدارة العرض المقدّم من دائني المقاول المفلس، وفي حالة التصفيّة القضائيّة يُنهى العقد، ما لم تأذن المحكمة للمقاول بالاستمرار في مزاولة نشاطه. أما في مصر، يُفسخ العقد تلقائيّاً في حالتي إفلاس المقاول أو إعساره. وفي سوريّة يُفسخ العقد حُكماً في حالة إفلاس المقاول، إلاّ أنّه في حالة التصفية القضائيّة يجوز للإدارة الموافقة على استمرار المتعاقد بتنفيذ التزاماته إذا أجازت المحكمة ذلك. وإنّ هذا الحلّ المتّبع يؤكّد أنّ قاعدة الاعتبار الشخصيّ لا تعدو أن تكون مجرّد وسيلة في يدّ الإدارة لضمان تنفيذ عقد الأشغال العامّة على وجه يحقق الصّالح العام، وصالح المرفق.

3- يُعدّ ارتكاب المتعاقد الغشّ أو التّلاعب أو محاولة الرّشوة، من الأسباب المؤدّية إلى الفسخ الجزائيّ لعقد الأشغال العامّة؛ نظراً لزوال الاعتبار الشخصيّ للمقاول، حيث يُفسخ العقد المذكور إداريّاً وبقوة القانون، كما يُعاقب المتعاقد جزائيّاً.

ثانياً: الاقتراحات:

1- توصي الدراسة المشرّع السوريّ بتعديل نصّ المادّة /59/ من قانون العقود الموحّد رقم /51/ لعام 2004؛ كون جميع العقود الإداريّة قائمة على الاعتبار الشخصيّ للمتعاقد مع الإدارة. والنصّ على إعطاء الخَيَار للأخيرة- في حالة وفاة المقاول، أو مقدّم العطاء- بين إنهاء العقد، أو السماح للورثة بمواصلة تنفيذ عقد مورّثهم، أو الاستمرار في إجراءات الإرساء حسب الحال. مع النصّ على إلزام الورثة باختيار أحدهم مفوّضاً بالتوقيع في حالة وفاة العارض إذا كان شخصاً طبيعيّاً.

2- توصي الدراسة المشرّع السوريّ بعدم فسخ عقد الأشغال العامّة تلقائيّاً في حال إفلاس المقاول، بل إعطاء الخَيَار إلى الإدارة المتعاقدة في قَبول العروض المُقدّمة من دائني المقاول المفلس من عدمها؛ لأنّ استمرار الدائن- المؤهّل لذلك- في تنفيذ عقد مدينه يتفق والمصلحة العامّة، المتمثّلة في ضمان استمرار سير المرافق العامّة بانتظام واضطراد، وعدم تعرّض هذا السير إلى التوقّف. كما أن المشرّع نصّ على حالة إفلاس المتعاقد فقط، من دون ذِكر حالة الإعسار، وهذا نقص مهمّ حبّذا لو يتمّ استدراكه- أسوةً بنظيره المصريّ- كون المقاول قد يكون تاجراً، أو غير تاجر.

3- نقترح على المشرّع السوريّ حذف حالة ثبوت ارتكاب المقاول المتعاقد مع الإدارة أعمال الغشّ، أو التلاعب في معاملته مع الأخيرة، أو الرشوة... من حالات سحب تنفيذ العمل منه والتّنفيذ على حسابه ومسؤوليّته، وإدراج هذه الحالة ضمن بنود المادّة /59/ من نظام العقود الموحّد رقم /51/ لعام 2004، وفسخ العقد تلقائيّاً في إحدى الحالات المذكورة. إضافةً إلى حرمانه من التعاقد؛ كونه بذلك قد ارتكب أفعالاً تتنافى والاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ عقد الأشغال العامّة.

4- نُهيب بالمشرّع الجزائيّ السوريّ إسباغ حمايته الجزائيّة على العقود الإداريّة بشكل عام، وعقد الأشغال العامّة بشكل خاصّ، وذلك من خلال النصّ على عقوبات جزائيّة تُفرض على المتعاقد مع الإدارة المقصّر والمُخلّ بتنفيذ التزاماته العقديّة، وكذلك عند ارتكابه الغشّ، أو التّلاعب، أو محاولة الرّشوة؛ نظراً إلى أهميّة العقد الإداريّ، وضرورة تنفيذه بحسن نيّة، على النحو الّذي يؤمّن مبدأ دوام سير المرافق العامّة بانتظام واضطراد. مع النصّ على اعتبار صفة المتعاقد مع الإدارة ظرفاً قانونيّاً مشدّداً للعقوبة الجزائيّة. وكذلك النصّ على تجريم الموظّف العام في حال إخلاله بحريّة عقود المناقصات أو المزايدات وشفافيّتها، بوساطة الغشّ، أو التّلاعب، أو التواطؤ، أو بأي وسيلة أُخرى غير مشروعة.

التمويل:

هذا البحث ممول من جامعة دمشق وفق رقم التمويل (501100020595).

Funding:

this research is funded by Damascus university – funder No. (501100020595).

المراجع:

1. أحمد، إبراهيم سيّد. (2005). الحماية الجنائيّة للعقود المدنيّة والإداريّة طبقاً لأحكام الفقه والقضاء. دار الكتب القانونية. المحلّة الكبرى: مصر.
2. أمين، محمّد سعيد حسين. (1991). المبادئ العامّة في تنفيذ العقود الإداريّة. من دون مكان نشر. دار الثقافة الجامعيّة.
3. البارودي، علي، والعريني، محمّد فريد. (2004). الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً للقانون التجاري الجديد. دار الجامعة الجديدة. الإسكندرية: مصر.
4. بطيخ، رمضان محمّد. العجارمة، نوفان منصور. (2012). مبادئ القانون الإداري في المملكة الأردنية الهاشمية. ك: /2/. ط: /1/. دار إثراء للنشر والتوزيع. عمّان: الأردن.
5. جانكير، فارس علي. (2014). سلطة الإدارة المتعاقدة في حالة التنفيذ المعيب للعقد الإداري. ط /1/. بيروت: لبنان. منشورات الحلبي الحقوقيّة.
6. حامد، ماهر محمّد. (2005). النظام القانونيّ لعقود الإنشاء والتّشغيل وإعادة المشروع. القاهرة: مصر. دار النهضة العربيّة.
7. الحسين، محمّد يوسف، ونوح، مهنّد. (2005). العقود الإدارية. دمشق: سورية. منشورات جامعة دمشق.
8. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. (2005). الأسس العامة للعقود الإدارية. المحلّة الكبرى: مصر. دار الكتب القانونية.
9. خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. (2010). تنفيذ العقد الإداريّ وتسوية منازعاته قضاءً وتحكيماً. الإسكندرية: مصر. دار الفكر الجامعي.
10. سكران، فوزية. (2017). سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات الإدارية على المتعاقدين معها في العقود الإدارية. الإسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة.
11. سلطان، طارق. (2010). سلطة الإدارة في توقيع الجزاءات على المتعاقدين معها في العقود الإدارية وضوابطها. القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.
12. سلّوم، صبحي. (2005). موسوعة العقود. ج: /1/. ط: /1/. د. ن. دمشق: سورية.
13. السنهوري، عبد الرزاق أحمد. (د. ت). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات– آثار الالتزام. دار إحياء التراث العربي. بيروت: لبنان.
14. الشهاوي، ابراهيم الدسوقي عبد اللطيف. (2003). عقد امتياز المرفق العام B. O. T. ط: /1/، القاهرة: مصر، مؤسسة الطوبجي.
15. طلبة، عبد الله، والأحمد، نجم حمد. (2013– 2014). القانون الإداري. دمشق: سوريّة، منشورات جامعة دمشق.
16. الطماوي، سليمان محمّد. (1991). الأسس العامة للعقود الإدارية– دراسة مقارنة. ط: /5/. القاهرة: مصر، مطبعة جامعة عين شمس.
17. الطماوي، سليمان محمّد. (2005). الأسس العامة للعقود الإدارية– دراسة مقارنة. القاهرة: مصر، دار الفكر العربي.
18. فهمي، مصطفى أبو زيد. (1959). القضاء الإداري ومجلس الدّولة. ط:/1/. دار المعارف بمصر.

19. فيّاض، عبد المجيد. (1975). نظرية الجزاءات في العقد الإداري– دراسة مقارنة. ط: /1/. القاهرة: مصر. دار الفكر العربي.
20. مرعي، محمّد حسن. (2018). الجزاءات الجنائيّة والماليّة في العقود الإداريّة (دراسة مقارنة). ط: /1/. القاهرة: مصر. المركز العربي للنشر والتوزيع.
21. مشرف، عبد العليم عبد المجيد. (2003). فكرة الاعتبار الشخصي في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة). القاهرة: مصر. دار النهضة العربية.
22. المفرجي، كنعان محمد محمود. (2014). الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة). ط: /1/. الإسكندرية: مصر. دار الفكر الجامعي.
23. النابلسي، نصري منصور. (2012). العقود الإداريّة (دراسة مقارنة). ط: /2/. بيروت: لبنان. منشورات زين الحقوقية.
24. نصار، جابر جاد (د. ت). المناقصات العامة "دراسة مقارنة" في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة "اليونسترال". ط: /2/. دار النهضة العربية. القاهرة: مصر.
25. الحسين، محمّد يوسف. (2010). تنفيذ العقود الإداريّة. مج: /5/. ط: /1/. الموسوعة القانونيّة المتخصّصة. هيئة الموسوعة العربيّة. دمشق: سوريّة.
26. سعيد، زانا جلال، وفارس، روقيه عثمان. (2020). مسؤولية الإدارة الناشئة عن فسخ العقد الإداري (دراسة تحليلية مقارنة). المجلة العلمية لجامعة جيهان– السليمانية. مج: /4/. العدد /1/. السليمانية: العراق.
27. كربل، رفاه رزوقي. (2016). الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري. مجلة المحقق الحلّي. مج: /8/. عدد /3/. السنة الثامنة. العراق. جامعة بابل.
28. يونس، ذنون سليمان. (2021). الجزاءات في العقود الإدارية. مجلّة الشرق الأوسط للدراسات القانونية والفقهيّة. مج: /1/. العدد: /2/.
29. الأحمد، نجم حمد. (2001). التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإداريّة (دراسة مقارنة). القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة عين شمس. مصر.
30. بن شعبان، علي. (2011/ 2012). آثار عقد الأشغال العامّة على طرفيه في التشريع الجزائريّ. القانون العام. كلية الحقوق. جامعة منتوري. قسنطينة. الجزائر.
31. البيطار، سوسن. (2010). آثار العقد الإداريّ بالنسبة إلى الغير. القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة دمشق. دمشق. سوريّة.
32. الحسن، عبسي عبد القادر. (1997). التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامّة. القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة القاهرة. مصر.
33. خلف، نجم عليوي. (2018). السلطة الجزائيّة للإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداريّ. القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة الإسكندريّة. مصر.
34. محفوظ، عبد القادر. (2018–2019). أثر تغيّر الظروف على تنفيذ العقد الإداريّ. القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة أبي بكر بلقايد. تلمسان. الجزائر.

35. مخيبر، أوس. (2019). عقود تفويض المرفق العام وإشكالاتها التنفيذيّة (دراسة مقارنة). القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة دمشق. دمشق. سورية.
36. نهاوندي، نائلة نذير. (2015). آثار العقود الإداريّة في سوريا (دراسة مقارنة). القانون العام. كلية الحقوق والعلوم السياسية. جامعة بيروت العربيّة. لبنان.
37. أبو موسى، أحمد محمود أحمد. (2017). التّعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامّة (دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلاميّة). قانون عام. كليّة الشريعة والقانون. الجامعة الإسلاميّة. غزة. فلسطين.
38. سالمين، نورة عيسى. (2021). الاعتبار الشخصي في العقود المدنية والتجارية. القانون الخاص. كلية القانون. جامعة قطر.
39. عبد المهدي، محمد فكري عطا الله. (2004). التزامات شركة المشروع في عقود ال B. O. T. القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة القاهرة. مصر.
40. العرسان، زياد أحمد. (2016). عقد التّوريد ودوره في تسيير المرافق العامّة (دراسة مقارنة). القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة دمشق. سوريّة.
41. عليا، إيهاب سامر. (2017). الانتهاء المبتسر للعقد الإداري. القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة دمشق. سوريّة.
42. فيصل، حسام سليمان. (2010/2009). سلطة الإدارة في إنهاء العقد الإداريّ بالإرادة المنفردة (دراسة مقارنة). القانون العام. كليّة الحقوق. جامعة دمشق. سوريّة.
43. المياحي، علي غازي فيصل مهدي. (2016). دور الاعتبار الشخصيّ في عقد الأشغال العامّة (دراسة مقارنة). القانون العام. كليّة القانون. جامعة كربلاء. العراق.