

أثر وفاة المتعاقد وإفلاسه على تنفيذ العقد الإداري -دراسة مقارنة-

The effect of the contractor's death and bankruptcy on the administrative contract's execution -a comparative study-

محفوظ عبد القادر *

جامعة وهران 2 - الجزائر

mahfoud.abdelkader@univ-oran2.dz

تاريخ النشر: 2023/06/10

تاريخ القبول: 01/ 01/ 2023

تاريخ الإرسال: 03/ 11/ 2022

ملخص:

يمكن أن تطرأ بعض الظروف أثناء تنفيذ العقد الإداري، بحيث تتغير الوضعية القانونية للمتعاقد بتعرضه لوقائع طبيعية (الوفاة) أو أحكام قانونية (الإفلاس) من شأنها التأثير على مركزه القانوني، ومن ثمة التأثير على تنفيذ العقد الإداري ككل؛ لهذا تهدف هذه الدراسة إلى البحث عن المعالجة القانونية لهذه الحالة ضمن المرسوم التنفيذي 21-219 باعتباره أحدث نص قانوني في هذا الإطار. وقد خرجت الدراسة بمجموعة ملاحظات تأخذ على هذا المرسوم بعد مقارنته بباقي الحلول القانونية المقارنة.

كلمات مفتاحية: العقد الإداري. الصفقة العمومية. وفاة المتعاقد. إفلاس المتعاقد.

Abstract: In the course of the execution of the public contract, this last one may be subject to certain circumstances when the legal status of the contractor may change because of its exposure to natural events (the death) and legal rules (bankruptcy) and thereby affect the execution of the public contract in its entirety. Therefore, this study aims to search the legal treatment of this case within the 21-219 executive decree, as it is the latest legal text in this context.

In addition, the study came out with some observations against this decree after comparing it with the other comparative legal solutions

Keywords: Government contract, public contract, the contractor's death; the contractor's bankruptcy.

مُقَدِّمَة

يعتبر العقد الإداري إحدى أهم التصرفات القانونية التي تجربها الإدارة العامة، كونه الأداة الأكثر فعالية للتعامل الاقتصادي، والتنظيم الاجتماعي، ومن أكثر المعاملات المتداولة دوريا في الإدارات العمومية، ولعل هذه الأهمية القصوى للعقد تنبثق من كونه الوسيلة المثلى والمتقبّلة لإخضاع حرية الافراد وتقييدها بالتزامات مختلفة، كون هذه القيود لم تنشأ إلا من اتفاق الارادات.

وإذا كان العقد الإداري يتميز بخضوعه لنظام قانوني غير مألوف في القانون الخاص، فإن ذلك مرده إلى علاقة العقد الإداري بالمرفق العام، وفي التأثير البالغ الذي يضيفه هذا الأخير على كل القواعد النازمة للعقد الإداري؛ ولعل أبرز أثر لفكرة المرفق العام على قواعد تنظيم العقد الإداري، هو التكييف القانوني والفقهى للعلاقة التعاقدية الإدارية بأنها علاقة تعاون ومساهمة في تسيير مرفق عام، مما يجعل المتعاقد معاونا للإدارة في هذه المهمة وليس مجرد متعاقد عادي. وهو ما ينعكس كذلك على مرحلة تنفيذ العقد الإداري بحيث أن أي تغيير على الوضعية القانونية للمتعاقد مع الإدارة يترتب أثرا مباشرا على تنفيذ العقد الإداري ككل.

بحيث أن الإدارة تراعي مجموعة من الاعتبارات في اختيار المتعاقد معها، وهي ليست حرة في التعاقد مع من تشاء بل إن القانون يفرض عليها شروطا ومعايير صارمة لانتقاء المتعاقد، سواء من حيث الكفاية المالية أو القدرات الفنية والعلمية أو حسن السمعة أو الجنسية ... الخ، ومن ثمة تظهر فكرة الاعتبار الشخصي *l'intuitu personae* في العقود الإدارية، والتي تلعب دورا مهما في اختيار المتعاقد مع الإدارة وفي تنفيذه لالتزاماته التعاقدية تجاهها.

ولعل أبرز تأثير لفكرة الاعتبار الشخصي على تنفيذ العقد الإداري، هو التزام المتعاقد مع الإدارة بتنفيذ العقد الإداري شخصيا بوسائله وتحت مسؤوليته المباشرة والكاملة، ومرد ذلك لكون الإدارة لم تتعاقد معه إلا لاعتبارات رأت أنها الأصلح لتنفيذ عقدها؛ ونظرا للمكانة البالغة التي يكتسبها الاعتبار الشخصي للمتعاقد في العقد الإداري، فلا بد من إبراز الحالات القانونية (الإفلاس) والطبيعية (الوفاة) التي تحل بالمتعاقد وتؤثر على تنفيذ العقد الإداري.

تظهر أهمية الموضوع بالنظر لحدائته نسبيا لا سيما على ضوء أحدث النصوص النازمة للعقود الإدارية، ولقلة الكتابات التي عالجت في إطار التشريع الجزائري.

نظرا لتباين المعالجة القانونية لأثر الوفاة والإفلاس على تنفيذ العقد الإداري في النصوص القانونية ذات الصلة في الجزائر، لا سيما بين المرسوم الرئاسي 15-247 والمرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال¹، فوجب طرح الإشكالية التالية: ما هو الاعتبار الذي توليه الإدارة للمتعاقد معها وما مدى تأثير وفاة هذا الأخير أو إفلاسه على تنفيذ العقد الإداري؟

وهي إشكالية رئيسية للبحث تنضوي تحتها العديد من التساؤلات الفرعية، على غرار: كيف اهتم التشريع الجزائري والتشريعات المقارنة محل الدراسة با[اعتبار الشخصي للمتعاقدين مع الإدارة؟ وهل يحظى [اعتبار الشخصي بنفس القيمة في مختلف العقود الإدارية؟ وكيف عالج المرسوم التنفيذي رقم 21-219 هذه الحالت؟

للإجابة على هذه التساؤلات، نتبع المنهجين التحليلي والمقارن، اعتماداً على تحليل أحكام المرسوم التنفيذي 21-219، مع وضع مقارنة مع باقي النصوص القانونية سواء الوطنية أو الأجنبية، وذلك وفق تقسيم ثنائي فيما يلي عرضه:

- أهمية [اعتبار الشخصي في العقد الإداري، وتبيان كيفية اعتناء التشريعات بهذه المسألة وأثرها على انتقاء المتعاقد مع الإدارة.

- أثر زوال [اعتبار الشخصي على تنفيذ العقد الإداري، سواء من خلال وفاته أو شهر إفلاسه، أو حتى حالات أخرى تأثر على المركز القانوني للمتعاقدين تناولتها الدراسة في طياتها بالقدر اللازم.

أولاً: أهمية [اعتبار الشخصي في العقود الإدارية

لفكرة الاعتبار الشخصي أثرها الملموس في إطار نظرية العقد، سواء العقد المدني أم الإداري²، بحيث نجد أن شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما تمثل عنصراً جوهرياً في التعاقد، أي أنها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر عند إبرام العقد³.

ويقصد بالاعتبار الشخصي "كل الصفات الشخصية للمتعاقدين التي تؤدي إلى حسن تنفيذ العمل المتعاقد عليه"⁴، أو "أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصراً جوهرياً في التعاقد"⁵.

وفيما يتعلق بأهمية الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الإدارية، فإن القضاء يجري على أنه من المبادئ الأساسية أن يقوم المتعاقد بالتنفيذ بنفسه، فعلى سبيل المثال في عقد التزام المرفق العام تقع جملة التزامات على عاتق الملتزم، فهو ملزم بالسهر شخصياً على التنفيذ الجيد للمرفق محل الالتزام، بل هو لا يستطيع أن يتوقف عن تنفيذ المرفق الذي التزم به، حتى حين تنشأ بينه وبين الإدارة خلافات من أي نوع، إذ قرر مجلس الدولة الفرنسي، بشكل واضح أن عدم وفاء الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها لا يعفي الملتزم من احترام التزاماته⁶، كذلك فإن إلزام المتعاقد بتنفيذ التزاماته بنفسه له ما يبرره حيث إن تنفيذ العقود الإدارية يعتمد أحياناً على الأساليب الفنية المتطورة ويتطلب تقديراً دقيقاً لمستلزمات العقد كافة بما في ذلك الموارد والمعدات والطاقة البشرية المستخدمة، فهذه الأمور لا يمكن لأي متعاقد أن يقوم بها وإنما تتطلب متاعداً له مؤهلات خاصة يستطيع الإحاطة بكل أعمال العقود المتشعبة والمعقدة، لكي يتحقق التنفيذ المستوعب للأساليب العلمية والتكنولوجية المتطورة لتحقيق المصلحة العامة⁷.

إذاً فإن من يريد التعاقد مع الإدارة عليه القيام بتنفيذ العقد شخصياً وأن يتحمل المسؤولية التي تنجم من إجراء العقد المذكور وأن يحسب احتمالات عديدة غير الربح والخسارة، منها على سبيل المثال أنه مهما قام به

من أعمال قد لا يحقق الغرض الذي عقد من أجله العقد، فهنا تنشأ مسؤوليته عن استجابة العقد لمتطلبات المرفق، وقد يتحقق ذلك الغرض أو قسم منه ولكن دون المستوى المطلوب، وهنا عليه أن يتحمل المسؤولية الناجمة عن ذلك ولا يعفي المتعاقد من تلك المسؤولية قيامه بإحالة قسم من الأعمال إلى متعاقد من الباطن فالمتعاقدين الأول يبقى مسؤولاً عما ارتبط به من أعمال عقدية مع الإدارة سواء من أعماله الشخصية أو من أعمال المتعاقد الآخر على أساس تحمل التبعية⁸.

وإن درجة أهمية الاعتبار الشخصي تختلف من عقد إداري لآخر، وذلك بتفاوت درجات ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام، فكلما كان العقد الإداري مرتبطاً بشكل وطيد بالمرفق العام، كلما زادت أهمية الاعتبار الشخصي للمتعاقدين فيه، مثلاً هو الحال في عقد امتياز المرفق العام⁹، وعقد الأشغال العامة¹⁰. وفي هذا الصدد يرى أحد الكتاب أن "شخصية الملتزم أو صفاته تشكل عنصراً جوهرياً في نطاق عقود الامتياز، وكذلك الأمر في نطاق عقود الأشغال العامة والتوريد، (...). وإن كان الاهتمام بالاعتبار الشخصي يمكن أن يتفاوت في أنواع العقود الإدارية المختلفة ليتوقف ذلك على مدى اتصال العقد الإداري بالمرفق العام¹¹".

على العموم، يظهر بجلاء الاعتبار الشخصي للمتعاقدين مع الإدارة وكيفية اختياره بعناية من طرف المشرع "في العقد الإداري من التمهيدي الأولي لإبرامه، ثم في التفاوض وفي وضع مبلغ معين من المال يسلم بداية للدخول في المزايدة أو المناقصة كتأمينات أولية ومن إلزام صاحب العطاء بالبقاء على عطائه (إيجابه) من كون الإدارة غير ملزمة بقبول أو رفض العطاءات في المناقصات، وقد تولي الإدارة المؤهلات الشخصية للمتعاقدين اهتمامها الأول وتبرم العقد على هذا الأساس مع شخص تختاره بالذات، بمحض إرادتها لأنه الأصلح للتعاقد، فتضع في إعتبارها مثلاً قيمة المقابل، تكاليف الاستعمال، القيمة الفنية، الضمانات المهنية، مدة التنفيذ.... إلخ¹²".

وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الجزائري، نجد أنه أولى اهتماماً بالغاً لفكرة الاعتبار الشخصي في اختيار المتعامل المتعاقد، بحيث اشترط فيه مجموعة خصائص وصفات دقيقة حتى يقبل عطائه، بحيث اعتمد في م 2/21 من المرسوم الرئاسي 15-247 معيار مادياً، حينما اشترط اختيار المتعامل المتعاقد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية. كما نص في م 53 على ما يلي: "لا يمكن أن تخصص المصلحة المتعاقدة الصفقة إلا لمؤسسة يعتقد أنها قادرة على تنفيذها كيفما كانت كيفية الإبرام المقررة"، وفي هذا معيار واسع استعمله المشرع الفرعي تحت مسمى "حسن التنفيذ"، بحيث أن الاعتبار في التعاقد يجب أن ينصب على هدف أسمى هو السير الحسن للمرفق العام من خلال أحسن تنفيذ للصفقة العمومية.

كما أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أكد على مجموعة من الاعتبارات يجب توافرها في المتعاقد، كالقدرات التقنية والمهنية والمالية¹³. ورغم اشتراطه لهذه المعايير في المرسوم الرئاسي الملغى (رقم

10-236) إلا أننا نلاحظ أن المرسوم الحالي أضاف فقرة مستحدثة، مفادها ألا يتم وضع المعايير على أساس تمييزي؛ وفي ذلك تكريس منه لمبادئ ابرام الصفقات العمومية وعلى رأسها مبدأ المساواة في تقديم العروض. كما عدّد قائمة لحالات تمنع التعاقد مع أحد الأشخاص الذين تتوافر فيهم أسباب الإقصاء من المشاركة في الصفقات العمومية¹⁴، في م75، ومن ذلك مثلاً:

-الأشخاص الذين هم في حالة إفلاس أو تصفية أو توقف عن النشاط أو تسوية قضائية أو صلح.

-الأشخاص الذين حكم عليهم نهائياً بجرائم تمس نزاهتهم المهنية.

-الأشخاص الذين لا يستوفون الالتزامات الضريبية.

-الأشخاص الذين قاموا بتصريح كاذب.

بالرجوع إلى المرسوم التنفيذي 21-219 فتنص م24 على شروط خاصة في التعاقد مع الإدارة، فاشتترطت أن يكون مؤهلاً من حيث القدرات و/أو التقنيات، واعتبرته المسؤول الوحيد إزاء المصلحة المتعاقدة عن الأشغال المنجزة. كما استلزمت م24 من ذات المرسوم على المقاول أن يختار محل إقامة بالقرب من الورشة أين يتم إنجاز الأشغال وأن يعلم المصلحة المتعاقدة بمكان هذه الإقامة.

لكن يلاحظ أن دفتر الشروط الإدارية العامة الملغى بموجب المرسوم التنفيذي 21-219 كان قد اعتنى بشكل أدق بمعايير التعامل المتعاقد، بحيث كانت تنص م1/3 على ما يلي: "لا يعهد لتنفيذ الصفقة إلا للمقولة ذات إهلية قضائية والتقنية والمالية اللازمة، وتتولى الإدارة تقديرها لهذه الاهليات بصفة قطعية"، فالزم الإدارة بنص قانوني أمر لا مجال معه لاستعمال السلطة التقديرية في اختيار المتعاقد معها.

يتضح بجلاء أن المشرع حالياً اكتفى بالقدرات الفنية فقط، في حين كان سابقاً يشترط كذلك التأهيل المالي والقضائي، أي عدم الخضوع لقيود قانونية أو قضائية أو أحكام من شأنها التقليل من قدرات المتعاقد أو نزاهته. ونشير هنا حالة غش المتعاقد بشكل يخلق اعتقاداً لدى الإدارة بتوافر الاعتبار الشخصي محل التعاقد فيه، فقد عالجها قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري، في م24، والتي تنص على ما يلي: "يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين:

أ/ إذا ثبت أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة المتعاقدة أو في حصوله على العقد.

ب/ إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

ويشطب اسم المتعاقد في الحالة المنصوص عليها في البند (أ)، من سجل الموردين والمقاولين، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية. (...)"، وبالرجوع إلى تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام بالجزائر نجد أنه قرر في م3/69 ما يلي: "إذا اكتشف المصلحة المتعاقدة بعد إمضاء الصفقة أن المعلومات التي قدمها صاحب الصفقة العمومية زائفة فإنها تأمر بفسخ الصفقة

تحت مسؤولية المتعامل المتعاقد دون سواه"، ويرجع ذلك لاهتمامه البالغ بتحديد الشروط الفنية والمالية والشخصية التي تكون محل اعتبار أثناء التعاقد¹⁵.

أما في التشريع الفرنسي، فقد تشدد المشرع في اختياره للمتعاقد مع الإدارة لا سيما فيما يتعلق بحالات اقضاء المترشح للتعاقد.

على العموم، نلمس الاهتمام البالغ للنصوص القانونية بالجزائر وفرنسا ومصر بالاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة، سعيا منها لاختيار أحسن شخص يمكن الوثوق به لتلبية حاجيات المصلحة العامة ومتطلبات المرفق العام.

ثانيا: أثر زوال الاعتبار الشخصي على تنفيذ العقد الإداري

إن مفهوم وأهمية الاعتبار الشخصي -كما سبق بيانه- وارتباطه بالهدف الأسمى للعقد الإداري، والمتمثل في تحقيق المصلحة العامة له بالغ الأثر على تنفيذ العقد الإداري من طرف المتعاقد، لا سيما واجبه في التنفيذ الشخصي للعقد الإداري بوسائله وتحت مسؤوليته.

والمتعاقد مع الإدارة هو كل شخص طبيعي أو معنوي تتفق إرادته مع إرادة الشخص الخاضع للقانون العام لإحداث أثر قانوني معين، ويجدر التمييز بخصوص المتعاقد مع الإدارة في كل من العقد الإداري والصفقة العمومية، على النحو الآتي:

- ففي العقد الإداري يستوي أن يكون المتعاقد مع الإدارة شخصا من أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام، فلا غرابة في وجود عقد إداري بين إدارة وإدارة أخرى؛ على عكس الصفقة العمومية التي لا تتم إلا مع شخص خاضع للقانون الخاص سواء كان طبيعيا أم معنويا (م37 من تنظيم الصفقات العمومية)، وسواء كان وطنيا أم أجنبيا (م38 من تنظيم الصفقات العمومية)، بحيث يمنع إبرام صفقة عمومية بين إدارتين عموميتين (م1/7 من تنظيم الصفقات).

- كذلك تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية في مجال اختيار المتعاقد معها في إطار العقد الإداري، في حين تكون سلطتها مقيدة في إطار الصفقة العمومية أين تتبع مجموعة إجراءات محددة وصارمة لاختيار المتعامل المتعاقد. وبما أن الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة هو مسألة نسبية وذاتية، غالبا ما تتعلق بشخص المتعاقد، فنجد أن هناك بعض الظروف الطبيعية والقانونية قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد الإداري وتمس بالمركز القانوني للمتعاقد مع الإدارة، وتؤثر بالتالي مباشرة على تنفيذ العقد الإداري، بل قد تؤدي إلى إنهائه تماما.

ولعل من أبرز الظروف¹⁶ التي تزيل تماما الاعتبار الذي تم التعاقد على أساسه، حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة (1) أو إعلان إفلاسه (2).

1. حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة

الوفاة واقعة طبيعية يترتب عليها زوال الشخصية القانونية للمتوفي¹⁷، ومن الطبيعي ان لوفاة المتعاقد مع الإدارة أثرًا مباشرًا على اعتباره الشخصي الذي كان دافعًا للتعاقد، فيثور التساؤل عن أثر وفاة المتعاقد على تنفيذ العقد الإداري؟

بما أن وفاة المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد هي أمر وارد ومتوقع، فغالبًا ما يؤخذ بتنظيم آثارها بعين الاعتبار أثناء وضع الشروط التعاقدية وفي دفاتر الشروط.

فإذا وُجد نص في العقد أو الشروط العامة يحدد الآثار التي تتولد في مثل هذا الحالة فينبغي الرجوع إليه، فمجلس الدولة الفرنسي عادة ما يرجع إلى شروط العقد، وإلى دفاتر الشروط العامة لترتيب الآثار التي تتولد عن الوفاة، فإذا لم يرد فيها شيء بهذا الخصوص، فإن بعض الفقه يرجح حق الإدارة في فسخ العقد، أو التزام الورثة بالاستمرار في تنفيذ التزامات المتعاقد المتوفي إذا قررت الإدارة ذلك¹⁸. في حين يذهب البعض الآخر إلى أن موت الملتزم في عقود امتياز المرافق العامة يؤدي إلى فسخ العقد بقوة القانون وذلك للعلاقة الوثيقة التي تربط بين الملتزم في عقود الإلتزام وبين إدارة المرفق العام¹⁹.

"غير أن بعض الفقه يرى عكس ذلك حيث استنتج من أحكام مجلس الدولة الفرنسي، أن وفاة الملتزم في عقد الامتياز تترتب عليه النتائج الآتية:

1. إن العقد لا يفسخ بقوة القانون لمجرد موت الملتزم.

2. يؤول الالتزام إلى الورثة دون حاجة لموافقة الإدارة إلا إذا نص العقد على خلاف ذلك.

3. في حالة تضمين عقد الامتياز شرطًا يقضي بضرورة موافقة الإدارة على حلول الورثة محل مورثهم في تنفيذ العقد فإن سلطة الإدارة في هذه الحالة تغدو من قبيل سلطاتها التقديرية في حالة الموافقة على التنازل عن العقد أو التعاقد بخصوصه من الباطن²⁰.

وفي التشريع الفرنسي، نجد نص م 1/46 من دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر عام 2009 والمطبق على عقود الأشغال العامة، التي تقضي بأن العقد يفسخ بوفاة المتعاقد، وسمحت للإدارة بأن توافق على استمرار تنفيذ العقد مع ورثة المتعاقد المتوفي.

ويعتبر هذا الحكم متفقًا مع الصواب، كونه من جهة قرّر فسخ العقد تلقائيًا بمجرد وفاة المتعاقد دون حاجة للجوء إلى القضاء، بما أن هناك طارئًا حال بينه وبين تنفيذ العقد، ومن جهة أخرى لم يجعل ذلك أمرًا لازماً للإدارة، بل ترك لها السلطة التقديرية في اختيار الحل الأمثل لتحقيق المصلحة العامة المبتغاة من وراء العقد الإداري، فقد يقدم ورثة المتعاقد عرضًا يلائم هذه المصلحة العامة فلا ضير في قبول عرضهم في هذه الحالة.

وفي هذا الصدد يرى أحد الفقهاء أن ترك الفسخ للسلطة التقديرية للإدارة على هذا النحو، مرده لكون فكرة الاعتبار الشخصي مجرد وسيلة وليست غاية-تمكن الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري بما يحقق المصلحة العامة واشباع حاجات المنتفعين بخدمات المرفق العام²¹.

وما يحسب لصالح هذا النص القانوني بفرنسا، على عكس بعض النصوص القانونية المقارنة التي سنراها، أنه أقرن حالة وفاة المتعاقد بحالة فقدانه للأهلية كإصابته بالجنون مثلا، ومنحهما نفس الحل القانوني نظرا لا تحادها في النتيجة، وهذا حل لا نجده في بعض النصوص التي اكتفت بحالة الوفاة فقط.

ويختلف موقف المشرع الفرنسي نوعا ما مع موقف المشرع الجزائري، فرغم خلو تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق من تنظيم لحالة وفاة المتعاقد، إلا أن المرسوم التنفيذي 21-219 قد عالج هذه الفرضية وفق حلين على التوالي ضمن المادة 123:

- مواصلة تنفيذ العقد عندما يضمن الورثة متابعة الخدمات، موضوع الصفقة العمومية للأشغال التي كان يحوزها.

- الفسخ التعاقدى للعقد في حالة عدم رغبة الورثة في إتمام الصفقة.

يمكن تقديم الملاحظات الآتية على هذا الحل:

1- تبنى المشرع آلية الفسخ التعاقدى ولم يقرر فسخ العقد بقوة القانون في حالة وفاة المتعاقد، وهو حل غير مبرر كونه لا يتماشى مع السلطة التقديرية للإدارة التي يجب أن تتمتع بها في تسيير العقود، ولأنه يستدعي المزيد من الوقت للبحث عن ورثة المتعاقد المتوفي، ويضع الإدارة المتعاقدة في نفس المقام مع المتعاقد، في حين أنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة.

2- لم يمنح المشرع أية سلطة تقديرية للإدارة في تقييم العرض المقدم من طرف الورثة، وهو ما لا يتماشى مع مبدأ السير الحسن للمرفق العام ومبدأ اختيار أحسن عرض للتعاقد.

3- جعل المشرع الفسخ في حالة وفاة المتعاقد بدون تعويض، أي أنه فسخ مبرر، ولا يمكن اشتراط أي تعويض عنه، أي أن أي بند في العقد يخالف هذه المادة يعتبر لاغيا.

4- عالج المرسوم التنفيذي 21-219 فرضية أخرى غير حالة الوفاة، ويتعلق الأمر بحالة العجز الجسدي للمقاول الظاهر والدائم، والذي يعيق حسن تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال. وفي هذه الحالة، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بفسخها، أي أنه منحها السلطة التقديرية الكافية لاختيار ما تراه مناسبا؛ إلا أنه لم يعالج فرضية جنون المتعاقد أو الحكم عليه بالحجر قضائيا وهو فراغ لا بد من تداركه.

5- بالمقارنة مع دفتر الشروط الإدارية العامة الملغى، نجد أن المشرع ضمن م37 من د ش إ ع المطبقة على صفقات الأشغال الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال العمومية والنقل، نظم نتائج هذه الحالة بشكل يتوافق مع ما ذهب إليه المشرع الفرنسي، وهو أمر مستحسن عكس ما تم تقريره حاليا، كما أن المشرع كان قد عالج فرضية أخرى، وهي حالة وفاة ممثل الشركة المتعاقدة مع الإدارة، وقد عالجها بحكم مغاير نوعا ما لحالة وفاة المتعاقد (الشخص الطبيعي)، بحيث أن الشركة المتعاقدة ملزمة هنا على تعيين من يحل محله في مهلة 15 يوما، وإلا قامت الإدارة بفسخ العقد، كما يحق لهذه الأخيرة كذلك الفسخ إذا ما لم تقبل بالخلف المقترح (م9).

وهي الحالة التي لم يعالجها المرسوم التنفيذي 21-219، وقد نرجع ذلك إلى أن العبرة في هذه الحالة بالشخص المعنوي ككل ولا يؤثر ممثله القانوني في كفاءته وقدرته على مواصلة تنفيذ العقد.

6- أغفل المشرع الجزائري التطرق إلى حالة انحلال الشركة المتعاقدة، وفي هذا الصدد يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن انحلال الشركة المتعاقدة يؤدي إلى إنهاء العقد لأن الشركة وهي شخص معنوي مجازي لا ورثة لها، بيد أن العقد لا ينتهي إلا بعد إتمام إجراءات الحل نهائيا، أما في فترة التصفية فإن الشركة تبقى قائمة قانونا، وبالتالي يتم الاستمرار في تنفيذ العقد بل وليس للإدارة أن تستند إلى مجرد التصفية لإنهاء العقد، ويختلف الأمر إذا نص في العقد على خلاف ذلك.²²

7- أما عن حالة فقد المتعاقد للشخصية القانونية نظرا للجنون الذي يحل به، فأمام سكوت تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام الجزائري عن معالجة هذه الحالة، فنرى القياس على أحكام وفاة المتعاقد نظرا لاتفاقهما في النتيجة وهي زوال كلي ونهائي للشخصية القانونية للمتعاقد، وهو الحل الذي انتهجه المشرع الفرنسي في دفتر الشروط الإدارية العامة الصادر عام 2009 والمطبق على عقود الأشغال العامة، حيث نص بالمادة 1.1.46 على أن وفاة المتعاقد أو فقدانه للأهلية المدنية يسمحان كلاهما للإدارة بفسخ العقد أو الاستمرار في تنفيذه مع الورثة أو الدائنين، إذ جاء في نص المادة ما يلي:

«En cas de décès ou d'incapacité civile du titulaire, le représentant du pouvoir adjudicateur peut résilier le marché ou accepter sa continuation par les ayants droit ou le curateur. Un avenant de transfert est établi à cette fin. », Voir : (Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux. JORF n°0227 du 1 octobre 2009).

وبالرجوع إلى تشريعات مقارنة أخرى²³، نجد أن المشرع السوري أقرّ حلا أكثر وضوحا في هذا الصدد، بحيث ميز بين حالتين:

- 1* إذا كانت صفات المتعاقد المتوفى محل اعتبار شخصي من طرف الإدارة، فيتم فسخ العقد بقوة القانون.
- 2* أما إذا لم تكن كذلك، فلا يفسخ العقد إلا إذا رأت الإدارة العامة أن ورثة المتعهد لا تتوافر فيهم الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل، ولا يترتب على الفسخ في هذه الحالة تعويض لأي من المتعاقدين، وتعاد التأمينات إلى الورثة إذا لم تكن قد تحققت على المتعهد التزامات أخرى²⁴.

2. حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة

لم يضع المشرع الجزائري تعريفا للإفلاس، وهو النهج الذي غالبا ما يتخذه بخصوص المصطلحات، بحيث ينأى بنفسه عن مخاطرة تحديد المفاهيم، تاركا ذلك لاجتهاد الفقه، وإن كان قد نص على شروط إشهار الإفلاس، حيث نص على أنه "يتعين على كل تاجر أو شخص معنوي خاضع للقانون الخاص ولو لم يكن تاجرا، أن يدلي بإقرار خلال خمسة عشر يوما قصد افتتاح إجراءات التسوية القضائية أو الإفلاس"²⁵، فيتضح من هذا النص القانوني أن الإفلاس نظام يطبق على التاجر الذي يتوقف عن تسديد ديونه لمدة محددة قانونا²⁶.

ويرى أحد الفقهاء بشأن الإفلاس²⁷ أنه "طريق للتنفيذ الجماعي على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية، بغية تصفية أمواله وبيعها، وتوزيع ثمنها على الدائنين وتعتبر أحكام الإفلاس من النظام العام، لأن القانون التجاري قد قررها بنصوص أمرة، والأصل أن الإفلاس لا بد له من دعوى، ترفع لدى المحكمة الابتدائية المختصة، وفق القواعد المقررة بالقانون التجاري وقانون المرافعات المدنية والتجارية، لأن الإفلاس حالة قانونية، نظم القانون لها طريقة قضائية خاصة إذ لا بد لشهره من حكم قضائي صادر من محكمة مختصة، أما الإعسار فهو نظام خاص بالمدينين غير التجار، ويفترض الإعسار عدم كفاية أموال المدين للوفاء بديونه"²⁸.

ويثور في العقود الإدارية التساؤل حول أثر إعلان إفلاس المتعاقد على تنفيذ العقد الإداري، وهي مسألة يختلف حلها من نظام قانوني لآخر، وفيما يلي عرض لأهم الحلول القانونية المقارنة في هذا المجال.

1.2. في فرنسا:

يرجع مجلس الدولة الفرنسي في حالة إفلاس المتعاقد مع الإدارة، إلى شروط العقد لمعرفة أثر هذه الحالة الجديدة في استمرار العقد، ويعمل تلك الشروط، أما إذا لم يجد فيها حلا فقد ورد حكم في المادة 37 من دفتر الشروط الخاص بعقود الأشغال العامة في فرنسا مفاده فسخ العقد بقوة القانون في حالة إفلاس المقاول إلا إذا رأت الإدارة قبول العرض المقدم من دائني المتقاعد المفلس بالاستمرار في التنفيذ، أما المادة 66 من دفتر الشروط العامة الخاص بعقود التوريد الحربية في فرنسا فقد قررت أن العقد لا يفسخ بقوة القانون في حالة الإفلاس، إلا أن الإدارة تتمتع بسلطة فسخ العقد طالما أن ذلك يحقق الصالح العام، أما في حالة التصفية القضائية، فإن الإدارة تصدر قرارا بالفسخ مادامت المحكمة لم تسمح للمتعاقد بممارسة نشاطه²⁹. يطبق هذا الحكم إذا كان العقد ينفذ من قبل متعاقد واحد، أما إذا كان تنفيذ العقد يؤمن من قبل عدة مساهمين فإن إفلاس أحدهم لا يؤدي إلى فسخ العقد، ذلك أن إفلاس أحد المساهمين لا يؤدي بالضرورة إلى توقف البقية عن تنفيذ العقد³⁰.

أما بخصوص إفلاس المتعاقد في عقد الامتياز، فيرى بعض الفقهاء أن يترتب الفسخ بقوة القانون، مستدلا على ذلك بما تقرره دفا تر شروط عقود الامتياز من الفسخ التلقائي في حالة إفلاس المتعاقد³¹. وبالرجوع إلى دفتر الشروط والالتزامات الفرنسي المتعلق بالطرق والجسور، نجد أنه ينص على حالة إعلان إفلاس المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد، فإن العقد يفسخ بقوة القانون، ما لم تمنح المحكمة لمن أعلن إفلاسه الأذن لمتابعة تنفيذ العقد³².

وقرر مجلس الدولة الفرنسي أن إفلاس الملتزم لا يعد في حد ذاته خطأ عقديا من جانبه يوجب جزاء الإسقاط، إلا إذا ورد نص صريح في العقد يقضي بإسقاط الالتزام بقوة القانون³³.

2.2. في الولايات المتحدة الأمريكية:

نطرح من خلال هذه الدراسة حكما قانونيا اتخذ حلا مخالفا تماما لما ذكر أعلاه، بحيث أنه تقرر وفق م4/13 من الشروط العامة لعقد الأشغال بولاية دورهام، (general conditions of the contract for construction, USA, 2021)، أن إفلاس المتعاقد لا ينهي العقد مباشرة مادام أن المصفي أو المقاول المفلس لم يرفض مواصلة التنفيذ، وألزمت المتعاقد المقلس بمواصلة التنفيذ طيلة مدة الانتخاب لتحديد مآل العقد، وفي حالة قبوله مواصلة التنفيذ فإن المتعاقد ملزم بالتسديد التدريجي لكل الالتزامات المالية التي تقع عليه، إذ جاء النص في هذه المادة على مايلي:

The bankruptcy of the Contractor shall not terminate this Contract until such time that the Trustee or Contractor specifically rejects it in bankruptcy. during the election period the Contractor has to assume or reject this Contract, the Contractor shall continue to perform its Work under the Contract.

13.4.2 In the event the Contractor in Bankruptcy assumes the Contract, the Contractor shall apply progress payments to all of its unpaid obligations on this project before using any of these monies for administrative expenses either of the bankruptcy or as general assets of the estate.

هذا الحكم القانوني يظهر تشدد المشرع في أمريكا مع المتعاقد ورغبته الملحة في مواصلة السير الحسن للعقد تحت كل الظروف، وفعلا تعتبر هذه تجربة فريدة من نوعها قد تعمم في إطار المحاكاة بين الأنظمة القانونية مستقبلا.

3.2. في الجزائر:

الملاحظ أن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام أغفل تنظيم مسألة إفلاس المتعاقد وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، رغم أنه اعتبر الحكم بالإفلاس من بين شروط استبعاد العارض من المناقصة، وبالتالي فإن هذا سهو لا بد من تداركه.

وأمام هذا السكوت لا بد من الرجوع إلى دفاتر الشروط الإدارية والبنود التعاقدية الخاصة بكل عقد لمعرفة الحكم الذي تقرر بشأن هذه الحالة.

في هذا الصدد تبني المشرع ضمن المرسوم التنفيذي 21-219 نفس الحل المقرر لحالة الوفاة، بحيث أن م123 تبرر الفسخ التعاقدي بظروف خارجة عن إرادة المقاول وهذا في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية، إلا إذا وافقت المصلحة المتعاقدة على عرض الوصي المكلف من المصفي بأمر من المحكمة بمتابعة استغلال المؤسسة، في هذه الحالة يجب أن يتم التكفل بهذه الوضعية في ملحق يتضمن تحويل التسيير.

ويتم اتخاذ تدابير تحفظية أو أمنية تظهر ضرورتها المستعجلة، في انتظار القرار النهائي للمحكمة، من طرف المصلحة المتعاقدة، وتوضع على عاتق المقاول.

ما يلاحظ على هذا الحل -وعلى عكس حالة الوفاة- أن المشرع منح للإدارة المتعاقدة السلطة التقديرية لقبول عرض الدائن من عدمه، وهو أمر مبرر وإيجابي، كان ينبغي تبنيه في حالة الوفاة كما شرحنا أعلاه.

إلا أن الملاحظ أن المشرع تبني تقنية الفسخ التعاقدي في حالة الإفلاس أيضا، في حين أن الفسخ التلقائي هو الأحسن، وقد كان المشرع ضمن د ش إ ع المطبقة على الصفقات الخاصة بوزارة تجديد البناء والأشغال

العمومية والنقل الملغى، قرّر أن يفسخ العقد بقوة القانون وبدون تعويض في حالة إفلاس المتعاقد، إلا إذا قبلت الإدارة العروض التي يتقدم بها وكيل دائني التفليسة لمتابعة تنفيذ العقد، إذا ما سمحت له المحكمة بذلك (م37)، وهذا ما ينبغي اتباعه حاليا.

خاتمة

يعتبر صدور المرسوم التنفيذي رقم 21-219 المتضمن دفتر البنود الإدارية العامة لصفقات الأشغال بمثابة حدث قانوني مرتقب منذ فترة طويلة، خاصة وأن إلغاء دفتر الشروط الإدارية لصفقات الأشغال الذي ظل ساريا منذ سنة 1964 كان ضرورة حتمية على اعتبار أنه نص قانوني قديم، وليس مواكبا للتحويلات الاقتصادية والمالية والتشريعية التي تعرفها ساحة العقود الإدارية بالجزائر اليوم؛ إضافة إلى أنه يستند في إصداره على قوانين فرنسية محضنة (في التأشيرات الخاصة به)، وبالتالي ليس له اليوم أساس قانوني يسري في ظله.

عالج المرسوم التنفيذي 21-219 فرضية أخرى غير حالة الوفاة، ويتعلق الأمر بحالة العجز الجسدي للمقاول الظاهر والدائم، والذي يعيق حسن تنفيذ الصفقة العمومية للأشغال. وفي هذه الحالة، يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بفسخها، أي أنه منحها السلطة التقديرية الكافية لاختيار ما تراه مناسبا؛ إلا أنه لم يعالج فرضية جنون المتعاقد أو الحكم عليه بالحجر قضائيا وهو فراغ لا بد من تداركه.

لكن رغم أهمية الخطوة القانونية الإيجابية التي قام بها المشرع مؤخرا، وبعدما حاولنا دراسة حالة وفاة المتعاقد أو إفلاسه على ضوء هذا المرسوم، فإننا استنتجنا بعد التحليل والمقارنة بعض المآخذ التي نوجزها عبر الملاحظات التالية:

- 1- قلّص المشرع حاليا من حدة الاعتناء بالاعتبارات الشخصية للمتعاقد، فيتضح بجلاء أن المشرع حاليا اكتفى بالقدرات الفنية فقط، في حين كان سابقا يشترط كذلك التأهيل المالي والقضائي، أي عدم الخضوع لقيود قانونية أو قضائية أو أحكام من شأنها التقليل من قدرات المتعاقد.
- 2- لم يُقرن المرسوم التنفيذي 21-219 حالة وفاة المتعاقد بحالة فقدانه للأهلية كإصابته بالجنون مثلا، رغم اتحادهما في النتيجة.

3- تبنى المشرع آلية الفسخ التعاقدي ولم يقرر فسخ العقد بقوة القانون في حالة وفاة المتعاقد وحتى إفلاسه، وهو حل غير مبرر كونه لا يتماشى مع السلطة التقديرية للإدارة التي يجب أن تتمتع بها في تسيير العقود، ولأنه يستدعي المزيد من الوقت للبحث عن ورثة المتعاقد المتوفي، ويضع الإدارة المتعاقدة في نفس المقام مع المتعاقد، في حين أنها تتمتع بامتيازات السلطة العامة، خاصة وأن القرار الملغى كان يتبنى هذا الحل المقترح من طرفنا، ولا نرى مبررا لهذا العدول.

- 4- لم يمنح المشرع في المرسوم التنفيذي 21-219 أية سلطة تقديرية للإدارة في تقييم العرض المقدم من طرف الورثة، وهو ما لا يتماشى مع مبدأ السير الحسن للمرفق العام ومبدأ اختيار أحسن عرض للتعاقد.

5- يعاب على تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام أنه أغفل تنظيم مسألة إفلاس المتعاقد وأثرها على تنفيذ العقد الإداري، رغم أنه اعتبر الحكم بالإفلاس من بين شروط استبعاد العارض من المناقصة، وبالتالي فإن هذا سهو لا بد كمن تداركه.

6- أغفل المشرع تنظيم حالات أخرى قد تطرأ على وضعية المتعاقد فتزِيل عنه الاعتبارات التي تم اختياره على أساسها، أو تجعله غير قادر على التنفيذ، كالجنون، أو حل الشركة التجارية المتعاقدة، أو دخول السجن.

7- نقترح بخصوص حالة فقد المتعاقد للشخصية القانونية نظرا للجنون الذي يحل به، وأمام سكوت التشريع الجزائي عن معالجة هذه الحالة، فنرى القياس على أحكام وفاة المتعاقد نظرا لاتفاقهما في النتيجة وهي زوال كلي ونهائي للشخصية القانونية للمتعاقد.

الهوامش:

¹ المرسوم التنفيذي 21-219، المؤرخ في 20/05/2021، المتضمن الموافقة على دفتر البنود الإدارية العامة المطبقة على الصفقات العمومية للأشغال، ح.ر عدد 50 لسنة 2021.

² محمد سعيد حسين أمين، الأسس العامة التي تحكم التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد الإداري-دراسة مقارنة-رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 1984، ص.147.

وفي ذات السياق يرى أحد الكتاب ما يلي: "تعتبر فكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال العقود بصفة عامة، سواء في نطاق العقود المدنية أو في نطاق العقود الإدارية.

ففي مجال العقود المدنية تظهر فكرة الاعتبار الشخصي في سائر العقود، حيث يتم التركيز في أغلب الأحيان، على شخصية أحد المتعاقدين أو صفة جوهرية من صفاته، دون إعطاء أهمية مماثلة لشخص المتعاقد الآخر أو صفاته وعلى سبيل المثال في عقد المقاول نجد أن صاحب العمل يركز كثيرا على شخصية المقاول أو صفة من صفاته، في حين لا نجد مثل هذا التركيز من جانب المقاول، أي أنه في هذا العقد ينظر صاحب العمل إلى جملة من الصفات التي يجب توافرها في المقاول، تختلف من حال إلى آخر، وأهم هذا الصفات، الكفاية المالية، المقدرة الفنية، الكفاءة العلمية، الأمانة، وفي عقد الوديعة يهتم المودع عادة بشخص المودع لديه أو صفة من صفاته، وذلك كأن يعلم بأنه رجل أمين ويحمل قيمة معينة، تجعله مطمئنا أنه سيصون الوديعة ويحفظها. غير أن هناك طائفة أخرى من العقود المدنية يكون فيها الإعتبار الشخصي محل اهتمام كبير من جانب طرفي العلاقة العقدية، أي أن شخصية المتعاقد أو أحد صفاته تكون محلا للإهتمام من جانب كل طرف في الرابطة العقدية، كما هو الحال في عقود الوكالة، حيث تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل إهتمام من جانب الطرفين المتعاقدين، حيث يتم التركيز على شخص كل من الموكل والوكيل أو على صفة من صفاتهما، ويمتد هذا الإهتمام أو التركيز طول مدة العقد"، أنظر: كنعان محمد محمود المفرجي، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2014، ص.47، 48.

³ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.149، 150، بتصرف.

⁴ كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص.157.

⁵ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.100.

⁶ مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص.812.

⁷ كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص.50.

⁸ أنظر: محمود خلف الجبوري، النظام القانوني للمناقصات العامة "دراسة مقارنة"، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1987، ص.163.

⁹ عقد امتياز المرفق العام هو عقد إداري بمقتضاه يتولى الملتزم-فردا كان أو شركة-على مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله، مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية الضابطة لسير المرافق العامة، فضلا عن الشروط التي تُصنّفها الإدارة عقد الإمتياز"، سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، مصر، 2008، ص.108.

وقد عرف المشرع الجزائري عقد الامتياز في بعض النصوص القانونية، حيث أن م76 من الأمر 05-12 المتضمن قانون المياه، عرفت عقد الإمتياز باعتباره عقدا من عقود القانون العام، تكلف الإدارة بموجبه شخص اعتباري أو طبيعي، عام أو خاص، قصد ضمان خدمة ذات منفعة عمومية؛ أنظر الأمر رقم 05-12، المؤرخ في 24/07/2005، ج.ر 60 صادرة بتاريخ 04/09/2005، ص.3.

كما عرف المشرع الفرعي الجزائري عقد الامتياز بأنه الشكل الذي تعهد من خلاله السلطات المفوضة للمفوض له إما إنجاز منشآت أو اقتناء ممتلكات ضرورية لإقامة المرفق العام واستغلاله، وإما تعهد له فقط استغلال المرفق العام. على ألا تتجاوز مدته 30 سنة؛ أنظر م53 من المرسوم التنفيذي 18-199، المؤرخ في 02/08/2018 يتعلق بتقويض المرفق العام، ج.ر عدد 48. كما عرف القضاء الإداري الجزائري عقد الامتياز التابع لأحكام الدولة بكونه "عقدا إداريا تمنح بموجبه السلطة الامتياز للمستغل، بالاستغلال المؤقت لعقار تابع للأحكام الوطنية بشكل استثنائي ويهدف محدد ومتواصل، مقابل دفع إتاوة، لكنه مؤقت وقابل للرجوع فيه..."، أنظر: قرار مجلس الدولة الجزائري، صادر في 09/03/2004، قضية رقم 1195؛ أشار إليه: عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، الطبعة الثانية، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2011، ص.98.

¹⁰ يجد عقد الأشغال العمومية في التشريع الجزائري، أساسه القانوني في المادتين 2 و29 من تنظيم الصفقات العمومية؛ وقد عرفه المشرع بأنه عقد يهدف إلى إنجاز منشأة أو أشغال بناء أو هندسة مدنية من طرف مقاول، في حين عرفه المشرع الفرنسي م2 من قانون الصفقات العمومية الفرنسي، إذ جاء بها ما يلي:

« Les marchés publics de travaux sont les marchés conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage ».

¹¹ أنظر: أحمد محمد هزاع الشمري، القوة الملزمة للعقد الإداري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2010، ص.62.

¹² كنعان محمد محمود المبرجي، المرجع السابق، ص.35.

¹³ أنظر: م54 من المرسوم الرئاسي 15-247، المؤرخ في 16/09/2015، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، الجريدة الرسمية عدد 50 لسنة 2015، مؤرخة بتاريخ 20/09/2015.

تقابلها م36 من تنظيم الصفقات العمومية السابق، ونلاحظ أن المرسوم الحالي أضاف فقرة مستحدثة، مفادها ألا يتم وضع المعايير على أساس تمييزي؛ وفي ذلك تكريس منه لمبادئ إبرام الصفقات العمومية وعلى رأسها مبدأ المساواة في تقديم العروض.

¹⁴ لمزيد من التفاصيل، أنظر: خروشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، القبة، الجزائر، 2011، ص.240.

¹⁵ أحمد محمد هزاع الشمري، المرجع السابق، ص.69 وما يليها.

¹⁶ لا تقتصر هذه الظروف على الوفاة والإفلاس فقط، بل هناك حالات أخرى قد تطرأ على وضعية المتعاقد فتزِيل عنه الاعتبار التي تم اختياره على أساسها، أو تجعله غير قادر على التنفيذ، كالجنون، أو حل الشركة التجارية المتعاقدة، أو دخول السجن. ولكن ركزنا على تلك الحالات كمثل للدراسة. ونشير هنا باختصار إلى الحلول القانونية المتبعة في تلك الحالات:

فبخصوص حالة انحلال الشركة المتعاقدة، يذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن انحلال الشركة المتعاقدة يؤدي إلى إنهاء العقد لأن الشركة وهي شخص معنوي مجازي لا ورثة لها، بيد أن العقد لا ينتهي إلا بعد إتمام إجراءات الحل نهائيا، أما في فترة التصفية

فإن الشركة تبقى قائمة قانوناً، وبالتالي يتم الاستمرار في تنفيذ العقد بل وليس للإدارة أن تستند إلى مجرد التصفية لإنهاء العقد، ويختلف الأمر إذا نص في العقد على خلاف ذلك. كنعان محمد محمود المبرجي، المرجع السابق، ص. 149، 150.

كما أننا نشير هنا إلى حكم صادر عن المحكمة الإدارية بالرباط (المملكة المغربية) رأيت فيه أن "الموظف الفاقد للإدراك والتميز يعتبر في حالة قوة قاهرة، لا يمكن خلالها مواجهته بعدم استجابته للإنذار الموجه إليه"، حكم بتاريخ 2006/02/28، غير منشور.

ونحن نرى اختلافاً كبيراً بين القوة القاهرة كسبب لاستحالة التنفيذ، وبين الجنون كسبب لانتهاء الشخصية القانونية.

كما نشير هنا إلى أن هناك حالات أخرى لا ينفذ فيها المتعاقد التزاماته شخصياً، وتعد استثناءً عن مطلب الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، وهي حالتا التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، إلا أنها تخرج عن نطاق دراستنا هذه لكونها مجرد اتفاق إرادي يلجأ إليه المتعاقد بمحض إرادته، وليست من قبيل تغيير المركز القانوني للمتعاقد كونها متوقعة ومعلومة منذ إبرام العقد، وكونها مجرد استمرار لتنفيذ العقد تحت مسؤولية المتعاقد الأصلي.

وللاستفادة حول موضوع التنازل عن العقد الإداري والتعاقد من الباطن في العقود الإدارية، أنظر:

* أحمد محمد هزاع الشمري، المرجع السابق، ص. 69 وما يليها.

* فيصل خالد المكراد، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية (دراسة تطبيقية مقارنة)، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013.

* عزايي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري وانعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية ومقوماتها (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، العدد 01، مارس 2012، ص. 403 وما يليها، حينما يتحدث عن التعاقد من الباطن.

* المواد 140 إلى 144 من المرسوم الرئاسي 15-247، تتعلق بالتعاقد من الباطن، والتي حلت محل المواد 107 وما يليها من المرسوم الرئاسي 10-236، مع الإشارة إلى أن هذا الأخير كان يسمى التعاقد من الباطن بمصطلح "التعامل الثانوي"، أما حالياً فالمرسوم الرئاسي 15-247 يسميه بمصطلح "المناوله".

¹⁷ أنظر: السيد عيد نايل، مدى تأثير الالتزامات العقدية بوفاء المتعاقد "دراسة مقارنة"، مركز البحوث، كلية العلوم الإدارية، جامعة الملك سعود، د.س.ن، ص. 69، بتصرف.

¹⁸ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 442.

¹⁹ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 214.

²⁰ رأي الفقيه الفرنسي A. De LAUBADERE، أشار إليه: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 442، أحمد أحمد هزاع الشمري، المرجع السابق، ص. 82، محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 214، 215.

²¹ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص. 222.

²² نفس المرجع، ص. 216.

²³ إذا كنا في المتن قد اشرنا لموقف المشرعين الفرنسي والجزائري، فعلى سبيل المقارنة نشير الى الوضع في العراق، بحيث أن دفاتر الشروط العامة جاءت خالية من النص على حالة وفاة المتعاقد، لذا في مثل هذه الحالة يصار إلى تطبيق القواعد العامة إذ تشير المادة (77) من القانون المدني العراقي، إلى أن وفاة المفاوض تؤدي إلى انتهاء عقد المقاولة، إذاً في حالة وفاة المتعاقد مع الإدارة وكانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد، فإن هذا العقد ينتهي من تلقاء نفسه بحكم القانون بمجرد موته دون حاجة لفسخه لا من قبل الإدارة ولا من قبل ورثة المتعاقد، أما إذا لم تكن كذلك فلا ينتهي العقد من تلقاء نفسه.

كما ينتهي عقد المقاولة باستحالة تنفيذ العمل المعقود عليه، كأن يصبح المقاول عاجزا عن إتمام العمل بسبب لا يد له فيه كأن يصاب بمرض مما يجعل تنفيذ العمل مستحيلا عليه، فإذا كان رساما وقطعت يده وأصيب الجراح بمرض مفاجئ أقعده عن إجراء العملية". كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص.150.

²⁴ أنظر: م59 من القانون رقم 15 لعام 2004/11/24، المتضمن نظام العقود، بسوريا، منشور عبر موقع: www.google.com.

²⁵ أنظر: م215، من الأمر 59-75، المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن القانون التجاري، ج.ر عدد 101، مؤرخة في 1975/12/19، المعدل والمتمم.

²⁶ الإفلاس في اللغة هو الانتقال من حالة اليسر إلى حالة العسر، وهو مصدر أفلس مشتق من فلس، يقال: أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس بعد أن كان ذا دراهم، أو صار إلى حال ليس له فيها فلوس، وفلسه القاضي تقليسا أي حكم بإفلاسه.

أما الإفلاس في الشريعة الإسلامية فله معنيان، أحدهما أن يستغرق الدين مال المدين فلا يكون في ماله وفاء بديونه، أما في الثاني فلا يكون له مال معلوم أصلا، وقد اختلف الفقهاء في تحديد أحكام كلا المعنيين فأما الحالة الأولى، فقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان للقاضي أن يحجز عليه التصرف في ماله حتى يبيعه عليه ويقسمه على الغرماء على نسبة ديونهم أم ليس له ذلك، بل يحبسه حتى يدفع إليهم جميع ماله على أي نسبة اتفقت أو لمن اتفق منهم. وهذا الخلاف بعينه يشمل أيضا من كان له مال يفي بدينه فأبى أن ينصف غرماءه، هل يبيع عنه القاضي فيقسمه عليهم، أم يحبسه حتى يعطيهم بيده ما عليه، فالجمهور يرون أن يبيع القاضي ماله عنه فينصف منه غرماءه، أو غريمه إن كان مليئا، أو يحكم عليه بالإفلاس إن لم يفي ماله بديونه، ويحجز عليه التصرف فيه، وحبستهم في ذلك أن رجلا أصيب على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في ثمر ابتاعها، فكثر دينه، فقال الرسول صلى الله عليه وسلم: "خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك"، أنظر: يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص.173.

²⁷ للمزيد من التفاصيل حول الإفلاس في القانون التجاري:

نادية فضيل، الإفلاس والتسوية القضائية في القانون الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط2، 2007؛ إبراهيم بوخضرة، آثار الإفلاس "دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون التجاري الجزائري"، مذكرة ماجستير، تخصص شريعة وقانون، كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، 2006؛ معاشي سميرة، آثار حكم شهر الإفلاس بالنسبة لجماعة الدائنين، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2005/2004.

²⁸ ويختلف الإفلاس عن الاعسار في النقاط الآتية:

1- في حالة الإفلاس تسري القواعد القانونية الخاصة في القانون التجاري، في حين تسري القواعد الواردة في القانون المدني على حالة الإعسار.

2- مناطق الإفلاس هو توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية سواء كانت حقوقه تزيد أو تقل عن مجموع ديونه المستحقة أما الإعسار فهو خلل يطرأ على ذمة المدين فيزيد خصومها على أصولها. كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص.155، 156.

²⁹ نصري منصور نابلسي، العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص.106، 107.

³⁰ كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص.157.

³¹ محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص.220، 221، يونس إسماعيل حسن، المرجع السابق، ص.107.

³² كنعان محمد محمود المفرجي، المرجع السابق، ص.157.

³³ نصري منصور نابلسي، المرجع السابق، ص.107.