ISSN: 2075-7220 : الرقم الدولي

ISSN: 2313-0377 : الرقم الدولي العالمي

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثالث 2024 السنة السادسة عشر

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220

Online ISSN : 2313-0377

Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Third issue 2024 Sixteenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	ــــــــــ
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	ــــــــــ
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	ــــــــــ
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	ــــــــــ
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	ــــــــــ

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
1	دور ارادة المدين في اختيار التامين العيني الاتفاقي	أ.د.منصور حاتم محسن انفال ثائر عمران	36 - 1
2	صور واساس التنازل عن العقد الاداري (دراسة مقارنة)	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان علي عايد عباس	71 - 37
3	الاثار الموضوعية لجريمة تجاوز الاوزان للمواد المخدرة او المؤثرات العقلية (دراسة مقارنة)	أ.د.حسون عبيد هجيج ناهض هاشم رشيد	105 - 72
4	جريمة تزوير عملة ورقية متداولة قانونا او عرفا في العراق (دراسة مقارنة)	أ.د.حسون عبيد هجيج صلاح هادي مغير	127 - 106
5	مفهوم الخبرة في القضاء الاداري	أ.د.صادق محمد علي نوران محمد باقر	155 - 128
6	الاحكام الموضوعية لجريمة الامتناع عن تحرير عقد الايجار	أ.د.محمد اسماعيل ابراهيم حسن كريم مجبل	172 - 156
7	الاحكام الموضوعية لجريمة الاتفاق على اجرة عقار تزيد على الحد الاعلى المقرر قانونا	أ.د.محمد اسماعيل ابراهيم حسن كريم مجبل	193 - 173
8	الركن الخاص في جريمة المتاجرة بالمواد الاثرية (دراسة مقارنة)	أ.د.محمد اسماعيل ابراهيم محمد كاظم خليل	215 – 194
9	فعالية مجلس الامن في مواجهة استخدام الاسلحة الكيميائية	أ.د.سرمد عامر عباس براء جبر مكلد	236 - 216
10	جريمة عدم قبول عملة وطنية صحيحة (دراسة مقارنة)	أ.د.منى عبد العالي موسى علاء محمد كاظم	258 - 237
11	جريمة الاستخفاف بالقران الكريم (دراسة مقارنة)	أ.د.نافع تكليف مجيد سلام عامر دحام	287 - 259
12	جريمة تفتيت وبيع الاراضي الزراعية (دراسة مقارنة)	أ.د.نافع تكليف مجيد عارف سالم ربيط	309 - 288
13	الضمانات الممنوحة للمكتتب في عقد القرض العام ضد عدم التسديد	أ.د.سعد خضير عباس أ.د.رفاه كريم كربل م.كاظم خضير محمد	334 - 310
14	الضمانات الممنوحة للمكتتب في عقد القرض العام ضد انخفاض قيمة العملة	أ.د.سعد خضير عباس أ.د.رفاه كريم كربل م.كاظم خضير محمد	360 - 335
15	المسؤولية المدنية المترتبة على اخلاء المدني بإفشاء الاسرار المهنية(دراسة مقارنة)	أ.م.د حبيب عبيد مرزة زينب سليم عداي	380 - 361
16	خصوصية المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الحوادث المدرسية (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د ايناس مكي عبد نصار	414 - 381
17	الاساس القانوني لقوات الامم المتحدة لحفظ السلام	أ.م.د.قحطان عدنان عزيز علا كريم خضير	434 - 415
18	احالة الدعوى الادارية لعدم الاختصاص	م.د.اثير ناظم حسين	464 - 435

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثالث

السنة السادسة عشر

2024

البريد الالكتروني **https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues**

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

صور وأساس التنازل عن العقد الإداري (دراسة مقارنة)

أ.د.اسماعيل صعصاع غيدان البديري(1)
جامعة بابل/ كلية القانون

علي عايد عباس الزهيري(2)
جامعة بابل/ كلية القانون
alialzuheri34@gmail.com

تاريخ استلام البحث: 2024/5/22 تاريخ قبول النشر: 2024/6/5 تاريخ النشر:2024/9/19

الملخص

يتمثل التنازل عن العقد الإداري بقيام المتعاقد مع الإدارة وبموافقتها بإحلال غيره محله لأداء الالتزامات واكتساب الحقوق الَّتي يرتبها العقد الإداري، وبذلك يصبح المتنازَل له هو المتعاقد المباشر مع الإدارة، فيما يخرج المتنازِل من الرابطة العقدية القائمة. والتنازل عن العقد الإداري لا يكون على صورة واحدة، إذ إنَّه قد يكون تنازلاً كلياً، وذلك عندما يتنازَل المتعاقد عن مركزه القانوني كطرف في العقد، وبما يتضمنه هذا المركز من التزامات وحقوق، أو إنَّه قد يكون تنازلاً جزئياً عن العقد، وذلك عندما يقوم المتعاقد بالتنازل عن جزء من العقد كالتنازل عن بعض الالتزامات، أو التنازل عن المبالغ الَّتي يرتبها العقد. ويستند هذا التنازل لأسس فلسفية ومنطقية تبرر تصوره ووجوده، فضلاً عن بعض النصوص القانونية الَّتي أجازته وفقاً لشروط معينة.

الكلمات المفتاحية: التنازل، اداري، صور، أساس.

Cases and basis for Assignment of the administrative contract (a comparative study)

Prof. Dr. Ismail Sasa'a Ghaidan Al-Badiri
University of Babylon/ College of Law

Ali Ayed Abbas Al-Zuhairi
University of Babylon/ College of Law

Abstract

Assignment of the administrative contract is represented by the party contracting with the administration, with its approval, replacing him with someone else to perform the obligations and acquire the rights stipulated by the administrative contract. Thus, the assignee becomes the direct contractor with the administration, while the assignor is removed from the existing contractual bond. Waiver of an administrative contract does not occur in one form, as it may be a complete waiver, when the contractor waives his legal position as a party to the contract, and the obligations and rights included in this position, or this waiver may be a partial waiver of the contract, when the contractor By waiving part of the contract, such as waiving some obligations, or waiving the amounts stipulated in the contract. This waiver is based on philosophical foundations that justify its conception and existence, as well as some legal texts that permit it according to certain conditions.

Keywords: waiver, administrative, Cases, basis.

المقدمة:

تتمثل الأعمال القانونية للإدارة بالقرار الإداري، الَّذي تصدره الإدارة بإرادتها المنفردة، لتحقيق المصلحة العامة وضمان سير المرفق العام بانتظام واضطراد، إلا إنَّ القرار الإداري لا يُمَكِّن الإدارة من أداء جميع الأنشطة الَّتي تتطلبها المصلحة العامة، فتلجأ لاختيار الأكفأ من الأفراد أو الشركات لإنجاز المشروعات ومعاونتها في إدارة المرافق العامة وتقديم الخدمات للجمهور، ويتم ذلك بواسطة العقد الإداري الَّذي تضمن فيه هيمنتها على من تتعاقد معه.

وإنَّ المتعاقد مع الإدارة قد يفقد كفاءته المالية أو الفنية لأي سبب كان، فيلجأ لطلب التنازل عن العقد لمتعاقد له اعتبار شخصي يُمَكِّنَه من تنفيذ العقد على أكمل وجه، ليتجنب بذلك تعرضه للجزاءات الَّتي تفرضها الإدارة بموجب العقد الإداري.

أولا- التعريف بالموضوع:

إنَّ الإدارة تبرم عقودها الإدارية وفقاً لمجموعة من الإجراءات الَّتي حددتها القوانين والتعليمات ؛ لكي تتمكن الإدارة من اختيار الأكفأ والأجدر بتنفيذ العقد الإداري.

لذلك من المُسَلَّم به في نطاق العقود الإدارية إنَّ تنفيذ المتعاقد للعقد يجب أن يكون تنفيذاً شخصياً، فلا يجوز له أن يتنازل عن العقد أو التعاقد من الباطن إلا بموافقة الإدارة.

ففي حال تعرض المتعاقد لظروف تعيق قدرته على تنفيذ العقد، وأراد أن يتنازل لغيره عن العقد، وجب عليه استحصال موافقة الإدارة، وإلا عُدَّ هذا التنازل باطلاً بطلاناً مطلقاً يتعلق بالنظام العام.

ثانيا- أهمية الموضوع:

تتمثل أهمية موضوع التنازل عن العقد الإداري في إنَّ هذا التنازل وفي كثير من الأحيان يحقق المصلحة العامة الَّتي تهدف الإدارة إلى تحقيقها من العقد الإداري، فقد تحدث للمتعاقد مع الإدارة ظروف غير متوقعة تفقده اعتباره الشخصي الَّذي تم على أساسه التعاقد معه، فيصبح غير قادر على تنفيذ العقد، أو إنَّ تنفيذه يكون خلافاً لما ترتجيه الإدارة، فيقوم بطلب التنازل إلى شركة أو شخص يتمتع باعتبار شخصي يمكنه من تنفيذ العقد على أكمل وجه، وبما يحقق المصلحة العامة الَّتي تسعى الإدارة إلى تحقيقها من العقد، فحين إذ تضطر الإدارة للموافقة على هذا التنازل، تجنباً لإهدار الوقت الَّذي تتطلبه إجراءات فسخ العقد وإعادة طرح المشروع للتعاقد مرة أخرى، وذلك ما لم يوجد نص في القوانين أو التعليمات أو في العقد يقضي بخلاف ذلك.

ثالثا- إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في القصور التشريعي في معالجة أحكام التنازل عن العقد الإداري، فعلى الرغم من أهمية التنازل عن العقد الإداري المتمثلة بتحقيقه للمصلحة العامة في الكثير من الأحيان، إلا إنَّه يعد محظوراً كأصل عام في العراق، وذلك بموجب الضوابط رقم (4) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود

الحكومية رقم (2) لسنة 2014 (المعدلة)، وإنَّ جوازه هو الاستثناء، وفقاً لبعض نصوص القوانين والتعليمات الأخرى، خلافاً للمشرع الفرنسي الَّذي أجاز التنازل عن العقد الإداري وفقاً لشروط معينة يضمن من خلالها تحقيق التنازل للمصلحة العامة وابتعاده عن الفساد الإداري.

رابعا- منهجية البحث:

سنعتمد في بحث صور وأساس التنازل عن العقد الإداري على المنهج التحليلي من خلال استعراض نصوص التشريعات والآراء القضائية والفقهية المتعلقة بهذا الموضوع وتحليلها وفق الأسس المنطقية ، وكذلك سنعتمد على المنهج المقارن لمقارنة أحكام التنازل عن العقد الإداري في العراق مع تشريعات الدول محل الدراسة وهي كل من فرنسا ومصر؛ لما لهاتين الدولتين من أهمية في القانون الإداري بشكل عام، وموضوع البحث بشكل خاص.

خامسا- هيكلية البحث:

لغرض الإحاطة بموضوع البحث فإنَّه سيتم تقسيمه على مطلبين، نخصص المطلب الأول منه لبيان صور التنازل عن العقد الإداري، والَّذي ينقسم على فرعين، نخصص الفرع الأول لبحث التنازل الكلي عن العقد الإداري، فيما سنخصص الفرع الثاني للتعرف على التنازل الجزئي عن العقد الإداري، أما المطلب الثاني فسنفرده لبيان أساس التنازل عن العقد الإداري، والَّذي سيتم تقسيمه على فرعين نخصص الفرع الأول لبحث الأساس الفلسفي للتنازل عن العقد الإداري، فيما سيخصص الفرع الثاني لبحث الأساس القانوني للتنازل عن العقد الإداري، ثم سيتم ختم هذا البحث بأهم الاستنتاجات والمقترحات.

المطلب الأول
صور التنازل عن العقد الإداري

إنَّ التنازل عن العقد عندما ظهر في القانون المدني لم يكن على صورة واحدة، إذ ظهر التنازل الكلي، والتنازل الجزئي من قبل المتعاقد، فضلا عن تنازل الطرف الأول عن العقد.

وعلى أساس ذلك سنبحث صور التنازل عن العقد، ومعرفة ما يمكن تحققه منها في نطاق العقود الإدارية، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، نبيّن في الفرع الأول منه التنازل الكلي عن العقد الإداري، ونترك الفرع الثاني لبيان التنازل الجزئي عن العقد الإداري، وكما يأتي:

الفرع الأول
التنازل الكلي عن العقد الإداري

عند البحث في صور التنازل عن العقد لم يجد الباحث تعريفاً محدداً في التشريعات المدنية والإدارية للتنازل الكلي عن العقد، وإنما إكتفت تلك التشريعات بالإشارة إليه، ففي فرنسا نصت المادة (41) من دفتر الشروط الخاص بعقد الامتياز بين الدولة وشركة (ALIAE)، لبناء وصيانة وتشغيل الطريق السريع (A79، على إنَّه:

"يجب أن تخضع أي إحالة جزئية أو كلية لعقد الامتياز لإذن كتابي مسبق من المُرخِّص"[1]. ويقصد بالمُرّخِص (الإدارة صاحبة الامتياز).

وأما في مصر والعراق: فلقد نص المشرع المصري على إنَّه: "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها..."(2)، فيما نصت الضوابط الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية في العراق على بيان حكم التنازل الكلي والجزئي عن العقد الإداري، ولكنَّها لم تذكر تعريف محدد لأيٍ منهما، فنصت على: "لا يجوز التنازل عن العقد كلاً أو جزءاً إلى متعاقد آخر"[3].

وأما القضاء: فقد عرَّفت محكمة النقض المصرية مفهوم هذا التنازل عند نظرها لدعوى تنازل عن عقد الإيجار، فقضت: "التنازل عن عقد الإيجار هو عقد يحيل المستأجر بموجبه حقوقه والتزاماته المتعلِّقة بالعين المستمدة من عقد الإيجار إلى الَّذي يحل محله فيها..."[4].

فيما أورد الفقه بعض التعريفات للتنازل الكلي عن العقد، فعُرّفَ بأنَّه: "هو إتفاق بين أحد أطراف العقد المتنازَل عنه يسمى المتنازِل، وشخص أجنبي عن العقد يسمى المتنازَل له بمقتضى هذا الإتفاق ينقل المتنازِل مركزه التعاقدي بكل مشتملاته من حقوق والتزامات إلى المتنازَل له، بحيث تصبح العلاقة مباشرة بين المتنازَل له والطرف الآخر في العقد المتنازَل عنه ويسمى المتنازَل لديه"[5].

أو هو: "ذلك الاتفاق الَّذي يتخلّى بموجبه أحد أطراف العقد ويسمّى (المُتنازِل) عن مركزهِ العقدي في العلاقة العقدية القائمة بينه وبين الطرف الآخر إلى شخص أجنبي عن العقد يسمّى (المُتَنازَل له) وبما يتضمن انتقال حقوق والتزامات العقد إليه، وسواء كان هذا النزول بمقابل أم بدون مقابل، حيث تستمر العلاقة العقدية نفسها بين المُتَنازَل له والطرف الآخر في العقد الَّذي يسمّى (المُتَنازَل لديه)، في حين يخرج المُتَنازِل من هذه العلاقة ويصبح بالتالي أجنبيا عنها"[6].

وعُرف بأنَّه: "التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير والذي يكون من شأنه إحلال ذلك الغير محله في أداء التزاماته واكتساب حقوقه المتولدة عن العقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة"[7].

وأما في العقود الإدارية فيقصد بهذه الصورة من التنازل: "أن يتنازَل المتعاقد للغير عن جميع العقد بما يشتمل عليه من حقوق والتزامات، فيحل المتعاقد المُتَنازَل له محل المتعاقد المُتَنازِل في العقد، ويصبح هو المتعاقد تجاه الإدارة"[8].

فيتضح مما تقدم إنَّ التنازل في هذه الصورة يقع على كامل العقد وليس على جزء منه، أي إنَّ المُتَنازِل يتنازل عن جميع الالتزامات والحقوق الناشئة عن العقد الإداري إلى ذلك الشخص الأجنبي عن العقد، ليحل محله في تحمل هذه الالتزامات واكتساب الحقوق الَّتي يرتبها العقد الإداري.

وينقسم التنازل الكلي عن العقد الإداري إلى (تنازل تام، وتنازل ناقص) نظرا لإختلاف أحكام التنازل عن العقد في التشريعات العادية أو الفرعية في نطاق العقود الإدارية، وسنبيّن تفاصيل كل منهما في الفصل الثاني عند بحث أحكام التنازل عن العقد الإداري، ونكتفي هنا ببيان مفهوم كل منهما، وعلى النحو الآتي:

أولا- التنازل التام عن العقد الإداري:

إنَّ التنازل التام عن العقد يعتبر الحالة الاعتيادية للتنازل عن العقد، إذ يقوم المُتَنازِل بالتنازل عن العقد لشخص آخر يحل محله في العلاقة العقدية مع المُتَنازَل لديه، وبهذا التنازل تَبرَأ ذمة المُتنازِل من جميع الالتزامات التي كانت مترتّبة عليه بموجب العقد الأصلي الَّذي تنازلَ عنه إلى المُتَنازِل له، ليصبح بذلك أجنبياً عن الرابطة العقدية[9].

ولم تنص التشريعات في كل من فرنسا ومصر على هذا التنازل، في حين بيَّنت أحكامه تعليمات تنفيذ قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي، إذ نصت على: "لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المأجور إلى غيره، إلا بعد الموافقة التحريرية من الجهة المالكة، وبعقد جديد يبرم مع المستأجر الثاني، على أن يتحمل جميع الالتزامات الَّتي كانت مترتبة على المستأجر الأول، بموجب عقد الإيجار ومدته"[10].

ولم يجد الباحث حكماً قضائيا في فرنسا ومصر يبيّن طبيعة هذا التنازل، إلا إنَّ محكمة التمييز العراقية قد قضت ب: ""لدى التدقيق والمداولة وجد إنَّ المميّز كان قد تنازَل عن الحقوق كافَّة الَّتي له بهذا التعهد، ونتيجة لذلك باشرَ المتنازَل إليه بإكمال العمل وأكمله وقد أجرت عمليات محاسبة الدائرة المختصة مع المتنازَل له وهو إقرار للتنازل الواقع بين المقاول الأصلي ووكيله وموافقته من قبل الدائرة المختصة عليه"[11].

على فيتحقق التنازل التام عن العقد عندما يتفق المتعاقد مع الإدارة مع المُتَنازَل له على التنازل عن مركزه العقدي في العقد الإداري إلى المُتَنازَل له وبكل ما يحتويه هذا العقد من حقوق والتزامات، ليصبح المُتنازِل أجنبيا عن العقد الإداري، ويحل محله المتنازَل له في هذا العقد، بشرط عدم كون التنازل عن العقد الإداري محظوراً في القوانين أو التعليمات والأنظمة، وإذا لم يكون محظوراً في شروط العقد.

فمثال تحقق هذا التنازل في عقد التوريد، وذلك عندما يقوم مجهز السلع بالتنازل لمجهز آخر عن عقده مع الإدارة، وذلك بعد موافقتها على هذا التنازل وإبراء ذمة المتعاقد وإخراجه من الرابطة العقدية، إذ يتحمل المجهز الجديد كافة الالتزامات التعاقدية، وكما يتمتع بجميع الحقوق والامتيازات الَّتي يرتبها العقد.

ثانيا- التنازل الناقص عن العقد الإداري:

إنَّ هذا التنازل لا يقصد به التنازل الجزئي عن العقد الإداري، إذ سيتم بحث هذه الصورة من التنازل في الفرع القادم من هذه الرسالة.

ولكن يراد بالتنازل الناقص عن العقد الإداري: "هو التنازل الَّذي لا يرتب من حيث الأثر براءة ذمة المتنازل من الالتزامات المترتبة عليه بموجب العقد المُتَنازَل عنه"[12].

وبعبارة أخرى يقصد بالتنازل الكلي الناقص عن العقد الإداري هو: (قيام المتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن العقد الإداري كلياً لطرف ثالث يسمى المتنازَل إليه، مع بقاء مسؤولية المتنازِل عن تنفيذ العقد الإداري).

وإنَّ بقاء مسؤولية المتنازل في ظل التنازل الكلي عن تنفيذ العقد الإداري يمكن أن تتحقق وفقاً لحالتين مختلفتين: 1-عندما يتم التنازل بدون موافقة المتنازَل لديه (الإدارة)، ففي هذه الحالة يبقى المتنازل مسؤولاً أمام الإدارة عن تنفيذ العقد، طالما إنَّ الإدارة لم توافق على هذا التنازل، فإنَّه لا يعد نافذاً تجاهها، ولا فرق في ذلك بين عدم موافقة الإدارة على التنازل نتيجة لعدم توفر القناعة الكافية لديها بتحقيق المصلحة العامة من هذا التنازل، وبين عدم موافقتها بسبب الحظر المطلق للتنازل من قبل التشريعات، وقد أشارت لذلك التشريعات الَّتي نظمت أحكام التنازل في مجال العقود الإدارية، فضلاً عن دفاتر الشروط، ففي فرنسا أشار دفتر الشروط الخاص بعقد الامتياز بين الدولة وشركة (ALIAE)، لبناء وصيانة وتشغيل الطريق السريع (A79إلى إنَّ الإحالة الكلية أو الجزئية لعقد الامتياز يجب أن تكون خاضعة لموافقة تحريرية من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة، وبالتالي فإنَّ أي تنازل يقع بدون موافقة الإدارة لا يعفي المتعاقد الأصلي من أي التزام أمام الإدارة.

فيما أشار المشرع المصري إلى ذلك في قانونه الخاص بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، إذ نص على إنَّه : "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها..."(13)، وكذلك الحال في العراق، وذلك من خلال نص الضوابط الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية، والَّتي نصت على إنَّه : "لا يجوز التنازل عن العقد كلاً أو جزءاً إلى متعاقد آخر"[14].

ووفقاً لذلك لا توافق الإدارة على أي تنازل عن العقد، ومما لا شك فيه إنَّ عدم موافقة الإدارة على التنازل عن العقد الإداري يعد من النظام العام، الَّذي لا يجوز الاتفاق على خلافه، وذلك في ظل التشريعات الَّتي تحظر هذا التنازل، ويتضح من ذلك إنَّ الحظر المطلق للتنازل عن العقد إذا لم يكن مسموحاً به فإنَّ المتعاقد الأصلي يتحمل مسؤولية تنفيذ العقد، وفي حال حصل التنازل خلافاً لما تقدم، فإنَّه قد يدفع الإدارة لإنذاره بإنهاء هذا التنازل، خلال مدة معينة، وقد يخضع المتعاقد لجزاءات أشد قسوة، إذ إنَّ تنازل المتعاقد عن العقد بدون موافقة مسبقة من جانب الإدارة، يبرر توقيع أقسى الجزاءات عليه، كالفسخ والتنفيذ على حسابه[15].

2- عندما يتم التنازل وتوافق عليه الإدارة، إلا إنَّها تشترط ذلك ضمن أحكام التنازل عن العقد الإداري، وفقاً لما تراه في حماية المصلحة العامة، أو تطبيقاً للقوانين والتعليمات الخاصة بالعقد الإداري.

ولقد عُرِفَت هذه الحالة من التنازل في نطاق العقود الإدارية؛ وذلك من خلال النص عليها بشكل صريح في بعض التشريعات الَّتي أجازت التنازل عن العقد الإداري[16].

وقد تشترط الإدارة بقاء مسؤولية المتنازل حتى وإن لم توجب التشريعات ذلك؛ نظراً لما تراه من أهمية العقد الإداري.

ثالثاً: ـ تنازل الإدارة عن العقد

إنَّ هذه الصورة من التنازل تختلف عن التنازل المتقدم؛ إذ يتم بموجبها قيام الإدارة بالتنازل عن مركزها التعاقدي إلى جهة إدارية أخرى تحل محلها في العقد الإداري.

وقد أشارت الوثائق القياسية الخاصة بعقود تجهيز الأسلحة والمعدات العسكرية في العراق إلى هذه الصورة، إذ نصت على: "لا يحق للمشتري أو المجهز التنازل عن التزاماتهما المبرمة في هذا العقد كلياً أو جزئياً إلا بموافقة خطية مسبقة من الطرف الآخر"[17]. ويؤخذ على هذا النص مساواته بين أطراف العقد عند اشتراط الموافقة على التنازل، وإنَّ ذلك يخالف الطبيعة الخاصة بالعقود الإدارية، إذ إنَّ الأطراف لا يتساوون في العقد الإداري، ذلك إنَّ المتعاقد يسعى لتحقيق مصلحته، في حين إنَّ الإدارة تتعاقد لأجل المصلحة العامة، وتحقيق النفع العام[18]، فلا يمكن اشتراط موافقة المتعاقد على تنازل الإدارة عن العقد لمؤسسة حكومية أخرى، إذ لا يتأثر المتعاقد بهذا التنازل، طالما كانت المؤسسة الجديدة مستمرة بالعقد الإداري، فضلاً عن ذلك فإنَّ المتعاقد في العقد الإداري يتعاقد مع السلطة العامة للدولة، وفقاً لقوانين وتعليمات محددة، وما المؤسسة المتعاقدة معه إلا أداة لتلك السلطة، ولا يعنيه إحلال مؤسسة أخرى محل المؤسسة المتعاقدة، ويكفي في هذا التنازل إعلام المتعاقد، إذ إنَّ المتعاقد في هذه الصورة يظل مستمراً في تنفيذ العقد الإداري، طالما أعلنت المؤسسة أو الوزارة المُتَنازَل لها عن الاستمرار في العقد، فلا يتغير على المتعاقد شيء يوجب موافقته؛ ذلك لأنَّ العقد يستمر بالشروط نفسها، دون أن يتأثر بهذا التنازل، فضلاً عن إنَّ التنازل تم بين جهتين إداريتين تسعى كل منهما لذات الهدف الَّذي يتمثل بالسعي لتحقيق المصلحة العامة؛ فالإدارة لا تتعاقد لأجل مصالحها الخاصة كما هو الحال في عقود القانون الخاص، إنما تهدف في عقودها الإدارية إلى تحقيق مصلحة المرفق العامة.

وإنَّ هذه الصورة قليلة الوجود في الواقع العملي، إلا إنَّها قابلة للتصور، لاسيما في عقد تجهيز الأسلحة، إذ قد يحدث التنازل عن عقد تجهيز الأسلحة، وذلك بين مؤسستين أو وزارتين أمنيَّتين، أو في عقود مقاولات الأشغال العامة، عندما تتنازل الإدارة عن أرض المشروع إلى جهة إدارية أخرى، دون أن تقوم بإنهاء العقد الإداري[19].

وتجد هذه الصورة أساسها في العقود المدنية، كما هو الحال في عقد المقاولة، وذلك عند قيام رب العمل ببيع الأرض الَّتي تعاقد مع أحد المقاولين على بنائها. ويتم ذلك نتيجة للظروف الَّتي يمر بها رب العمل، فيلجأ لبيع الأرض طالما لا يوجد شرط في العقد يحظر التنازل من جانب رب العمل.

وإنَّ المقاول في هذه الحالة لا يتغير عليه شيء؛ طالما كان رب العمل الجديد (المتنازَل له) مستمراً بالعقد ودفع ما يستحقه المقاول من مستحقات وفقاً لجدول تقدم العمل [20].

الفرع الثاني

التنازل الجزئي عن العقد الإداري

إنَّ التنازل عن العقد قد يكون تنازلاً كلياً أو جزئياً؛ إذا ما كان محل العقد يقبل التجزئة [21]. ولَمّا كان العقد الإداري يُنشِئ مجموعة من الالتزامات والحقوق، وبعد بيان التنازل عن كل هذا العقد بما يشتمل عليه من التزامات وحقوق، تقتضي الدراسة بيان حالة التنازل عن جزء من هذا العقد.

إنَّ التنازل الجزئي عن العقد الإداري ليس على صورة واحدة؛ إذ قد يكون هذا التنازل عن جزء من التزام المتعاقد في تنفيذ العقد الإداري، أو قد يكون تنازل المتعاقد عن الحقوق فقط دون الإخلال بالتزامه في تنفيذ العقد، وسنعرض لبيان ذلك كما يأتي:

أولاً ـ التنازل الجزئي عن تنفيذ العقد الإداري:

إنَّ هذه الصورة من التنازل تتحقق عندما يتنازل المتعاقد مع الإدارة لشخص آخر عن جزء من الالتزامات والحقوق الَّتي يرتبها العقد الإداري.

ولم تذكر التشريعات العادية والفرعية للدول محل الدراسة تعريفا محددا لهذا التنازل، وإنَّما اكتفت بالإشارة إليه في نصوصها جنباً إلى جنب مع التنازل الكلي، وكما تقدم.

وكذلك الحال فيما يتعلق بالأحكام القضائية، إذ هي الأخرى لم تحدد تعريف خاص بهذا التنازل، وإنما إقتصرت على بيان أحكامه، وكما سيتضح في قادم البحث.

وأما الفقه فعَرَّفه بأنَّه: " حلول المتنازَل إليه حلولاً تاماً محل المتعاقد الأصلي في الجزئية المتنازَل عنها، بحيث يصبح مسؤولاً عنها مباشرةً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة"[22].

ويطلق البعض اصطلاح التعاقد من الباطن على التنازل الجزئي عن العقد [23]، إلا إنَّ التنازل عن العقد سواء كان كليًا أم جزئيا يختلف في طبيعته وفلسفته عن التعاقد من الباطن، وكما تبيَّن مسبقاً عند تمييز التنازل عن العقد عن التعاقد من الباطن في نطاق العقد الإداري.

وإنَّ التنازل الجزئي عن العقد الإداري له تصوّره ووجوده في حال توفر مبرراته واستيفاء شروطه [24]، إذ قد يلجأ المتعاقد مع الإدارة إلى التنازل الجزئي عن العقد، وذلك في عقود المقاولات في المشاريع الكبيرة، والَّتي يتطلب إنجازها لمجموعة من الخبرات في تخصصات مختلفة، فتشترط الإدارة على الشركة أو المقاول المتعاقد معها إحالة تنفيذ أجزاء معيَّنة من تنفيذ المشروع إلى بعض المقاولين الثانويين عن طريق التعاقد من الباطن، إلا إنَّ المتعاقد لا يرغب بتحمل مسؤولية المقاولين الثانويين الَّذين لا يعرف عن خبراتهم شيء؛ فيلجأ عند ذلك إلى تقديم طلب إلى الإدارة يتضمن رغبته في التنازل عن أجزاء معيَّنة من تنفيذ المشروع إلى المتنازَل إليه (الطرف الثالث) الَّذي ارتضته الإدارة مسبقاً للتعاقد من الباطن؛ نظراً لأنَّ التعاقد من الباطن يكون فيه المقاول (المتعاقد

الأصلي) مسؤولا تجاه الإدارة عن جميع أعمال المقاولين الثانويين في التعاقد من الباطن أمام الإدارة، كما نصت على ذلك لتشريعات الدول محل الدراسة [25].

أو قد يلجأ المتعاقد الأصلي لهذه الصورة من التنازل أثناء تنفيذ العقد الإداري، وذلك عندما يحصل على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن، إلا إنَّه يرى بأنَّ المتعاقد من الباطن لا يلتزم بالتوجيهات الَّتي يصدرها إليه، فيلجأ للتنازل الجزئي عن العقد؛ لِيجعل الإدارة هي من تقوم بإصدار التوجيهات للمقاول الثانوي ومن ثم تتولى الرقابة على الجزء الَّذي يقوم بتنفيذه ضماناً للمصلحة العامة؛ نظراً لعدم وجود علاقة مباشرة بين المتعاقد من الباطن والإدارة إلا ما يرد فيه نص صريح [26].

ثانياً- تنازل المتعاقد عن حقوقه في العقد الإداري:

إنَّ العقد الإداري يُنشِئ مجموعة من الالتزامات والحقوق، إذ إنَّ التزامات المتعاقد تقابلها حقوق له، تلتزم الإدارة بالوفاء بها إليه، وتنقسم هذه الحقوق إلى حقوق مالية، وحقوق غير مالية، وإنَّ تنازل المتعاقد عن الحقوق غير المالية أمر غير متصور في العقود الإدارية، فبذلك ينصب تنازل المتعاقد عن الحقوق المالية، إلا إنَّ هذا التنازل قد يكون لمصلحة المصارف أو الشركات المالية الممولة للمتعاقد، أو قد يكون لمصلحة الإدارة، وعلى أساس ذلك سنبيّن التنازل عن هذه الحقوق، وعلى النحو الآتي:

1- تنازل المتعاقد عن حقوقه المالية لمصلحة المصارف أو الشركات المالية

المالية

إنَّ هذه الصورة من التنازل تتحقق عندما يقوم المتعاقد مع الإدارة بالتنازل عن الحقوق المالية الَّتي يرتبها العقد الإداري إلى طرف ثالث كأن يكون بنك أو مصرف أو ممول؛ ذلك لكي يمده بالأموال اللازمة لتنفيذ العقد الإداري، إذ قد يحتاج المتعاقد لمن يمده بالأموال؛ فيلجأ لطلب التمويل من المصارف، أو البنوك، أو الشركات المالية؛ لتموّله بما يحتاجه من الأموال مقابل التنازل عن نسبة معينة من حقوقه المالية المستحقة بموجب العقد الإداري إلى الجهة المموّلة له [27].

ويرى جانب من الفقه إنَّ التنازل عن الأجرة يخضع لأحكام حوالة الحق، حتى وإن كان هذا التنازل في نطاق العقود الإدارية [28]؛ذلك لأنَّه ينظر للتنازل عن العقد أو عن المبالغ المستحقة على إنَّه مجرد حوالة دَين وحوالة حق، وعلى أساس ذلك يكفي للتنازل عن الحقوق الناشئة عن العقد الإداري قيام المتنازَل له بإعلان الحوالة إلى الإدارة، دون أن يحتاج موافقتها للحصول على الأموال المستحقة بموجب العقد الإداري؛ لأنَّ حوالة الحق لا يُشترط فيها موافقة صاحب العمل، إذ يكفي إعلانها له[29].

والحق إنَّ الحال مختلف في العقود الإدارية، فعلى الرغم من أخذ المشرع المصري بهذا التوجه في قانون تنظيم التعاقدات الَّتي تبرمها الجهات العامة، إذ أجاز للمتعاقد التنازل عن حقوقه العقدية إلى أحد البنوك أو الشركات المالية غير المصرفية المرخصة، واكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك أو الشركة دون اشتراط موافقة

الإدارة[30]، إلا إنَّه اشترط موافقة الإدارة في العقد حتى وإن كان التنازل عن الحقوق فقط، وذلك في قانونه الخاص بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البُنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة على إنَّه: "...ولا يجوز لشركة المشروع التنازل عن عقد المشاركة أو أي من الحقوق الَّتي يرتبها أو الالتزامات الواردة فيه إلا لغرض التمويل وبعد موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة، ويقع باطلاً كل اتفاق يتم على خلاف ذلك"[31].

وكذلك الحال في العراق، إذ اشترطت الوثائق القياسية موافقة الإدارة على التنازل عن الحقوق، كنص الوثيقة الخاصة بعقد تجهيز المطبوعات، الَّتي نصت على إنَّه: "لا يحق للمجهز أن يتنازل لأي طرف ثالث عن العقد أو أي جزء منه وكذلك عن أي حق أو فائدة أو واجب أو مصلحة في العقد، إلا إنَّه يجوز للمجهز التنازل إما بشكلٍ مطلق أو عبر التفويض بتحويل أية مبالغ استحقت له وللدفع أو ستستحق له وللدفع بموجب العقد؛ وذلك فقط بعد الحصول على موافقة المشتري المسبقة والتحريرية على ذلك ..." [32]. ويراد بالمشتري الإدارة طالبة التجهيز. ويتفق الباحث مع هذا التوجه؛ ذلك لأنَّ الرأي المتقدم والخاص بعدم الحاجة لموافقة الإدارة على التنازل عن الحقوق بالإمكان تطبيقه على العقود المدنية[33]، ولكن لا يمكن إعمامه على العقود الإدارية؛ لما لهذه العقود من طبيعة خاصة تظهر فيها هيمنة الإدارة بوصفها أحد أطراف العقد الإداري، فقد يشترط المشرع موافقة الإدارة حتى في حالة التنازل عن الحقوق المترتبة على العقد الإداري؛ ذلك لكي تحقق الإدارة الإشراف على المتعاقد ومتابعة مدى كفايته المالية أثناء تنفيذه للعقد، إذ قد تتجنب الإدارة التعاقد معه في قادم تعاقداتها، إذا ما كان هذا المتعاقد كثير الاقتراض، فضلاً عن ذلك يعد هذا الإجراء ضماناً لعدم تعامل المتعاقد مع المصارف المحظورة.

وبناء على ما تقدم كان توجه الباحث عند بيان طبيعة التنازل عن العقد الإداري بأنَّ هذا التنازل هو نظام مستقل، ولا يمكن أن يكون بأي حال من الأحوال عبارة عن اجتماع لحوالتين الدَين والحق في آن واحد.

2- تنازل المتعاقد عن حقوقه المالية لمصلحة الإدارة

إنَّ تنازل المتعاقد عن حقوقه المالية الَّتي يرتبها العقد الإداري يتمثل غالباً بتنازله عن حقه في التعويض، وذلك في حالات انعقاد مسؤولية الإدارة، ويتم هذا التنازل بعد حدوث الخطأ الَّذي يقع من جانب الإدارة، والَّذي يحرك مسؤوليتها تجاه المتعاقد، وإنَّ هذا الخطأ يتحقق في الحالتين الآتيتَين:

عند حالة خطأ الإدارة بوصفها جهة متعاقدة، كتأخرها في تنفيذ العقد كالتأخر في تسليم أرض المشروع في عقد الأشغال العامة، فيتنازل المتعاقد عن حقه في التعويض عن مدة بقاءه بلا عمل، أو قد يرد تنازل المتعاقد عن التعويض في حالة تعسف الإدارة في استخدام امتيازاتها المستمدة من طبيعة العقود الإدارية، كاستعمالها لسلطة التعديل لدرجة تصل إلى الإخلال بالتوازن المالي للعقد الإداري، الَّذي يبرر حق المتعاقد في التعويض، إلا إنَّ المتعاقد ولأي سبب كان قد يتنازل عن حقه في ذلك التعويض[34]، كما هو الحال في حال وعد الإدارة له في التعاقد

معه بأسلوب التعاقد المباشر في مشروع آخر، أو عند وفاة المتعاقد وتنازل الخلف الخاص عن التعويض، أو ترك المتعاقد البلاد بشكل نهائي.

ثالثاً- التنازل الجزئي من قبل الإدارة:

إذا كان التنازل الجزئي عن العقد الإداري من جانب المتعاقد حقيقة متصورة، فهل يمكن أن يُتصوَّر التنازل الجزئي من قبل الإدارة في العقد الإداري؟

هذا ما سيحاول الباحث بيانه وكما يأتي:

إنَّ الإدارة بوصفها طرفاً في العقد الإداري تمتلك سلطات إستثنائية في مواجهة المتعاقد معها؛ لكي تضمن تنفيذ العقد الإداري على النحو الَّذي يحقق المصلحة العامة الَّتي تهدف لتحقيقها من خلال إبرام العقد الإداري، فيحق لها ودون الحاجة إلى الرجوع إلى القضاء أن تفرض مجموعة من الجزاءات على المتعاقد معها.

وتنقسم الجزاءات الَّتي تفرضها الإدارة في نطاق العقود الإدارية إلى: **1- جزاءات مالية:** وهي المبالغ المالية الَّتي يدفعها المتعاقد إلى الإدارة عند الإخلال بالتزاماته.

2- جزاءات غير مالية: وتتمثل هذه الجزاءات ب (جزاءات ضاغطة، وجزاءات فاسخة، والجزاءات الجنائية) [35].

وتفرض الإدارة هذه الجزاءات عند إخلال المتعاقد بتنفيذ العقد، وذلك وفقاً للشروط الَّتي ينص عليها العقد في دفاتر الشروط، أو وفقاً للقوانين والتعليمات العامة.

وإنَّ فرض هذه الجزاءات يخضع للسلطة التقديرية للإدارة، فقد تعفي المتعاقد من هذه الجزاءات ، لاسيما إذا كان هذا الإخلال لا يرجع سببه إلى إرادة المتعاقد، كالتأخير في مدة تنفيذ العقد بسببها؛ لتأخرها في تسليم أرض المشروع في عقد الأشغال العامة، أو قيامها بتعديل العقد وذلك بتنازلها عن إنجاز بعض أعمال المشروع، فهنا تقرر بإرادتها المنفردة، أو بموجب قرار قضائي يعفي المتعاقد من تلك الجزاءات [36].

ولكن مما تجدر الإشارة إليه إنَّ تنازل الإدارة عن الحقوق في العقد الإداري هو أمر قليل الوقوع؛ نظراً لأنَّ القاضي يقرر بحذر شديد تنازل الإدارة عن حقوقها؛ ذلك لأنَّ هذه الحالة من التنازل كثيراً ما تثار بشأن الحقوق المالية للإدارة، والَّذي قد يرتبط بالتنازل عن الأموال العامة، وهو أمر غير جائز [37].

ويرى الباحث من خلال ما تقدم: إنَّ قيام الإدارة بالتنازل عن حقها في فرض أي من الجزاءات على المتعاقد معها، وإن كان يطلق عليه اصطلاح التنازل، إلا إنَّه لا يعني بهذا المفهوم التنازل عن العقد الإداري؛ لأنَّ التنازل عن العقد الإداري يراد به وكما تقدم: (التنازل عن الالتزامات والحقوق، أو التنازل عن الحقوق فقط إلى طرف ثالث خارج الرابطة العقدية)، ولا يراد به: (تنازل أحد الأطراف عن حقه للطرف الثاني في الرابطة العقدية)، وإنَّ عنوان البحث هو التنازل عن العقد الإداري، وليس التنازل في العقد الإداري.

المطلب الثاني

أساس التنازل عن العقد الإداري

إنَّ قيام المتعاقد مع الإدارة وبعد استحصال موافقتها بالتنازل عن العقد الإداري لشخص آخر يستند لمجموعة من الأسس الفلسفية والقانونية، وعلى أساس ذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين نخصص الفرع الأول لبيان الأساس الفلسفي للتنازل عن العقد الإداري، ونترك الفرع الثاني لبيان الأساس القانوني لهذا التنازل.

الفرع الأول

الأساس الفلسفي للتنازل عن العقد الإداري

إنَّ عدم جواز التنازل عن العقد الإداري إلا بموافقة الإدارة يعد من أبرز الآثار المترتبة على الاعتبار الشخصي الَّذي تقوم عليه العقود الإدارية، ونتيجة لتطور فكرة انتقال الالتزام، فضلاً عن حقيقة الغاية من وجود الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، لم يجد الباحث في موقف الفقه من التنازل عن العقد الإداري أي توجه فقهي لحظر هذا التنازل بشكل مطلق، وعلى أساس ذلك سنبيّن الأساس الفلسفي للتنازل عن العقد الإداري من خلال بيان أصل فكرة انتقال الالتزام بين الأحياء وما مرت به من تطور،،ثم نعرض لبيان المصلحة العامة الَّتي يحققها هذا التنازل، وذلك في بعض الظروف، وكما يأتي:

أولاً- تطور فكرة انتقال الالتزام بالتنازل:

إنَّ حرية الفكر تقوم أساسا على وجود قواعد قانونية ثابتة يوحي بها العقل القويم والفطرة السليمة، وتكون هذه القواعد أسمى وأسبق من قواعد القانون الوضعي، لذلك تكون صالحة في تطبيقها بكل زمان ومكان، واستُخدِمت هذه الفكرة لتأكيد حقوق الإنسان وحرياته ومقاومة الظلم والاستبداد [38].

وعلى أساس ذلك إعتقد الفلاسفة بأنَّ هنالك قوة عليا قد وضعت قانوناً عاماً ونظاماً ثابتاً، إنَّه القانون الطبيعي الَّذي يُدرِكُه العقل، والَّذي يكون مستقراً في وجدان الإنسان، ويمثل القواعد الَّتي يُوحي بها العقل القويم والَّتي بمقتضاها يمكن الحكم على أي عمل بأنَّه ظالماً أو عادلاً، نظراً لكونه مخالفاً لمنطق العقل، أو موافقاً له، وإنَّ هذا القانون لا يميّز بين الحُر والعبد [39].

ويمنح هذا القانون الحرية في التعبير بالاحتجاج على القوانين الوضعية الَّتي تُخالِف الفطرة الطبيعية، ليتضح بذلك إنَّ ما وراء التشريعات البشرية المكتوبة قوانين ثابتة لا تتغير أو تتبدل، إنَّها قوانين العدل والضمير الَّتي تنبثق عن النفس الإنسانية [40].

والحق إنَّ فكرة انتقال الالتزام تعد من أبرز ما أقرته قوانين العقل؛ نظراً لأنَّ الالتزام كان في القانون الروماني حق شخصي للدائن على المدين، وإنَّ هذا الالتزام قد يصل في شدته لأن يكون التزام حياة أو موت.

ثم وفي عصر لاحق أقرت الدساتير الرومانية إمكانية انتقال الحقوق من دائن إلى آخر، إذ أصبح من المسلَّم به في القانون الروماني جواز انتقال الحق[41].

ثم تطورت القوانين لتشمل انتقال الالتزام بين الأحياء، وذلك من خلال العديد من الأنظمة القانونية المختلفة، ومن أبرزها التنازل عن العقد، فقد أجاز القانون المدني الفرنسي التنازل عن العقد المقاولة بشرط موافقة رب العمل[42]، ثم بعد ذلك ظهر التنازل عن العقد في معظم الدول ومنها مصر والعراق[43].

وعلى الرغم من اتضاح تطور فكرة الطابع المالي للالتزام، وتراجع النظرة الشخصية في ذلك، إلا إنَّه هنالك طائفة من العقود لازالت التزاماتها شخصية، وتعرف هذه العقود بعقود الاعتبار الشخصي.

ويعرف العقد القائم على الاعتبار الشخصي بأنَّه: "العقد الذي كانت شخصية احد المتعاقدين أو صفة خاصة فيه قد روعيت عند إبرام العقد كعقد العمل مع فنان أو مقاول أو مع جراح" [44].

وعندما تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار، فإنَّ العقد حين إذ يكون كأصل عام غير قابل للتنازل[45]،إلا بعد موافقة الطرف الأول في العقد[46].

وعلى أساس ذلك فإنَّ التنازل عن العقد الإداري، مرتبط ارتباطا وثيقاً بفكرة الاعتبار الشخصي الَّتي تقوم عليها تلك العقود.

ولا يختلف كثيراً الاعتبار الشخصي في العقد الإداري عنه في العقد المدني، إذ يعد الاعتبار الشخصي في العقد الإداري فكرة مرنة ترتبط بإرادة الإدارة عند التعاقد، فقد تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته هي الدافع وراء اختيار الإدارة للمتعاقد عند إبرام العقد وتنفيذه[47]، فتحرص الإدارة على أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد تنفيذاً شخصياً، وقد عد ذلك القضاء الإداري في مصر في العديد من أحكامه، إذ قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها الشهير الَّذي جاء فيه: "إنَّ العقد المبرم بين المدعي والحكومة هو من العقود الإدارية الَّتي تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها العقد، ومن هذه القواعد إنَّ التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية يجب أن ينفذها بنفسه..."[48].

وكذلك حكم المحكمة الإدارية العليا الَّذي قضت فيه: "...عدم جواز التنازل للغير أو التعاقد من الباطن في هذا الشأن، إلا بموافقة الإدارة، ومخالفة ذلك تؤدي إلى اعتبار التنازل باطلا، فلا يحتج به في مواجهتها، بل يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولا شخصياً عن تنفيذ العقد أمامها؛ وأساس ذلك هو إنَّ التزامات المتعاقد مع الإدارة شخصية"[49].

ونظراً لأثر الاعتبار الشخصي على انتقال الالتزام؛ فإنَّه يثار التساؤل بهذا الصدد عن مدى الالتزام بفكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية؟ أو بعبارة أخرى: هل إنَّ الالتزام بفكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية يكون على درجة واحدة أم إنَّه متفاوت من عقد لآخر تبعا لدرجة اتصال العقد بالمرفق العام؟

لقد اتجه الفقه في فرنسا إلى اتجاهين للإجابة عن هذا التساؤل، فيرى جانب من الفقه وعلى رأسهم الفقيه (جيز) إلى القول بإنَّ إعمال قاعدة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية لا يكون على درجة واحدة، وإنما هو متفاوت تبعا للتفاوت في صلة العقد بالمرفق العام، فيتعيَّن الالتزام بقوة في الاعتبار الشخصي كلَّما اشتدت صلة المتعاقد بالمرفق العام، ووفقاً لأصحاب هذا الرأي فإنَّ الالتزام بالاعتبار الشخصي يكون في غاية الصرامة في عقود امتياز المرافق

العامة؛ نظراً لأنَّ دوام سير المرفق العام يعتمد بشكل أساسي على الصفات الشخصية للمتعاقد، ككفاءته، وسلوكه، ودرجة يساره؛ لذلك فإنَّ هذه العقود تبرم بأسلوب الممارسة عوضاً عن المناقصات والمزايدات، وبذلك تكون الحرية للإدارة في اختيار المتعاقد الَّذي ترتضيه لعقد الامتياز[50].

وعلى أساس ذلك لا مبرر لحظر التنازل بشكل مطلق، إذ يحق للمتعاقد بعد موافقة الإدارة أن يحل غيره في تنفيذ التزاماته من خلال التنازل عن العقد، وذلك عندما ترى الإدارة قدرة المتنازَل إليه على تنفيذ العقد، فضلاً عن وجود المصلحة بهذا التنازل[51].

فيما يرى الفقيه (دي لوبادير) إنَّ إعمال الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري يُطَبَّق على جميع العقود الإدارية، فلا فرق في درجة تطبيقه بين عقد الامتياز وغيره[52].

ويرى جانب من الفقه المصري إنَّ رأي الفقيه (جيز) هو الأوفق في الإتِّباع؛ وذلك لأنَّ شدة تطبيق قعدة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية يكون متفاوتة من عقد لآخر؛ نظراً لمدى اتصال العقد بالمرفق العام[53].

فإنَّ المتعاقد في عقد الامتياز يكون في تعامل مباشر مع الجمهور، وذلك من خلال إدارته للمرفق العام، إذ يقوم بتقديم الخدمة العامة للأفراد، وبالتالي فإنَّ شخصية المتعاقد تكون محلاً للاعتبار من قبل الإدارة، فإذا ما تعاقدت الإدارة مع شخص لا يجيد إدارة المرفق والتعامل مع الأفراد، فإنَّ ذلك ينعكس أثره السلبي على المصلحة العامة الَّتي تهدف الإدارة لتحقيقها[54].

فضلاً عن ذلك فإنَّ الاعتبار الشخصي ليس هدفاً بذاته، إنَّما هو وسيلة تُمَكِّن الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على أكمل وجه؛ وذلك لأجل تحقيق النفع العام[55].

وعلى أساس ذلك يرى الفقه في مصر إمكانية انتقال الالتزام في تنفيذ العقد الإداري بواسطة التنازل، على أن يكون ذلك بموافقة الإدارة[56].

ويشير الباحث إلى إنَّه في مصر لازال هنالك من يتمسك بالرأي الَّذي يقضي بإمكانية التنازل عن جميع العقود بموافقة الإدارة[57]، وذلك على الرغم من حظر المشرع المصري التنازل بشكل مطلق عن العقود التي تخضع لقانونه الخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، وكما سيأتي في بحث الأساس القانوني للتنازل.

وفي العراق فذهب جانب من الفقه إلى القول بالرأي الَّذي قدمه الفقيه الفرنسي (جيز)، وذلك في إنَّ الاعتبار الشخصي ليس على درجة واحدة في جميع العقود الإدارية، فهو يشتد كلَّما اشتد اتصال العقد بالمرفق العام[58].

ويتفق الباحث مع هذا التوجه، إذ ليس من المنطقي أن يكون الاعتداد بقاعدة الاعتبار الشخصي على درجة واحدة في جميع العقود الإدارية؛ نظراً لكون العقود الإدارية غير متساوية في شدة اتصالها بالمرفق العام كما تقدم، وإنَّ الاعتبار الشخصي يطبق بصورة أشد كلَّما ازدادت شدة اتصال العقد بالمرفق العام.

ويجد الباحث ذلك عند استقراء أحكام التنازل عن العقد الإداري في مصر، إذ تسمح التشريعات بالتنازل عن العقد بموافقة الإدارة، وذلك في بعض العقود، في حين تحظره بشكل مطلق في عقود أخرى، وكما سيتضح في الفرع القادم من البحث.

ويرى الباحث من خلال ما تقدم إنَّ طلب المتعاقد للموافقة على التنازل عن العقد الإداري لشخص آخر له ذات المواصفات الفنية والشخصية الَّتي تتطلبها الإدارة لتنفيذ العقد أصبح فكرة متصورة في ذهن المتعاقد يلجأ لها إذا ما أصابته بعض الظروف الَّتي تحول دون قدرته على المضي في تنفيذ العقد، فيراها خيار مناسب عوضاً عن لجوء الإدارة إلى الفسخ والتنفيذ على حسابه، وإنَّ الاعتبار الشخصي ومهما اختلفت درجة شدته لا يقف حائلاً دون موافقة الإدارة، في حال تأكدت من إنَّ المُتنازَل إليه يمتلك اعتبار شخصي يضمن تنفيذ العقد وفقاً لما تقتضيه مصلحة المرفق؛ ذلك لأنَّ الاعتبار الشخصي ليس إلا وسيلة تضمن للإدارة حسن تنفيذ العقد من قبل المتعاقد، ويتأكد هذا القول من خلال إجازة التنازل عن العقد بموافقة الإدارة في فرنسا، وكما سيتضح.

ثانياً: ـ المصلحة التي يحققها التنازل

إنَّ الأساس الفلسفي للتنازل عن العقد الإداري لا يقتصر على التصوّر المستقر لفكرة إمكانية التنازل في أذهان المتعاقدين، وإنَّما يستند في وجوده على أساس آخر يتمثل بالمصلحة الَّتي يحققها في بعض الظروف.

إنَّ لجوء الإدارة لإبرام العقد الإداري وفقاً لأسلوب القانون العام يتم لغرض تحقيق المصلحة العامة، وتسعى الإدارة في تحقيق تلك المصلحة من خلال تمتعها بامتيازات القانون العام من خلال تثبيت ذلك ببنود واضحة أثناء إبرام العقد وبعد إبرامه، بما يضمن لها الهيمنة على العقد الإداري، إذ لا تتمكن من تحقيق ذلك في عقود القانون الخاص الَّذي تتساوى فيه الأطراف[59].

وإنَّ الإدارة تحرص على أن يكون تنفيذ هذا العقد من قبل المتعاقد تنفيذاً شخصياً ، إذ يعد الاعتبار الشخصي عنصراً جوهرياً تضعه الإدارة في اعتبارها عند اختيارها للمتعاقد معها، ولذلك فإنه ـ وكقاعدة عامة ـ لا يجوز للمتعاقد أن يتنازل عن العقد للغير ، إلا إنَّه قد تحدث ظروف تُفقِد المتعاقد مع الإدارة اعتباره الشخصي الذي تم على أساسه التعاقد معه ، وبالتالي يتعذر عليه تنفيذ العقد ، فيضطر للتنازل عن العقد الإداري بشكل كلي أو جزئي إلى شخص أو جهة تتمتع باعتبار شخصي يؤهلها لأن تحل محله في العقد الإداري، فتقر الإدارة بهذا التنازل وتوافق عليه طالما لا يوجد مانع قانوني يمنعها من الموافقة[60] .

وإنَّ موافقة الإدارة على التنازل لا تكون إلا ابتغاءً لتحقيق المصلحة العامة الَّتي تعطي للتنازل أهميته، إذ يحقق التنازل مجموعة من المصالح، والَّتي يمكن إيجازها بما يأتي: ـ

1- **المصلحة بالنسبة للعنصر الزمني:** ـ إذا كانت الحرية للأفراد في اختيار مَن يرغبون في التعاقد معهم باختلاف أشكال عقودهم بشرط عدم مخالفة القانون والنظام العام والآداب , فإنَّ الإدارة ملزمة بإتباع الطريق الَّذي رسمه المشرع لاختيار المتعاقد معها وشكل عقودها.

وغاية المشرع من تنظيم كل ذلك تتمثل بتحقيق ثلاثة أهداف، الأول يتمثل بتحقيق أكبر عائد مالي للخزينة العامة بإلزام الإدارة من خلال اختيار صاحب العطاء الأعلى من حيث الشروط المالية بالإضافة الى حماية اموال الخزينة عند اختيارها أقل العطاءات عند إبرام العقد بأسلوب مناسب، والثاني يتجلى بمراعاة مصلحة الإدارة وذلك بتمكينها من أن تختار أكفأ المتقدمين للتعاقد حتى وإن لم تكن شروطهم المالية هي الأفضل، أما الهدف الأخير فهو حماية الموظف المسؤول عن اختيار المتعاقد[61].

والطرائق التي يقيد بها المشرع سلطة الإدارة في اختيار المتعاقد معها تتعدد وفقاً لموضوع العقد وظروف عملية التعاقد، فإذا كان منصباً على بيع أو تأجير مال أو على التزام مرفق عام يكون باتباع أسلوب المزايدة ، وإن كان منصباً على مقاولة بناء او ترميم، أو توريد أو نقل عام يكون باتباع أسلوب المناقصة ، إلا إنَّ طبيعة بعض العقود لا تحتاج لأن تراعي الإدارة فيها اتباع أسلوبي المناقصة أو المزايدة؛ لما تتطلبه من إجراءات، أو لكون التخصص المطلوب حكراً بشخص أو شركة معيَّنة، لذلك تلجأ الإدارة إلى إتباع أسلوب الممارسة أو أسلوب الاتفاق المباشر لاختيار المتعاقد معها[62] .

ومن البديهي إنَّ أساليب التعاقد المذكورة تتطلب إجراءاتها مدة لا يستهان بها، فتفضل الإدارة عند اختلال الاعتبار الشخصي للمتعاقد قبول التنازل عن العقد لشخص يتمتع باعتبار شخصي يضمن تحقيق المصلحة العامة، وذلك إذا لم يكن نصاً في القوانين أو التعليمات أو العقد يحظر هذا التنازل، فيكون عند ذلك قبول التنازل أقرب لتحقيق المصلحة العامة، توفيرا للوقت الَّذي يعد عنصراً مهماً في بعض العقود الإدارية.

2- **المصلحة الاقتصادية في التنازل عن العقد الإداري:** - إنَّ إبرام العقد الإداري بطريقة المناقصة أو المزايدة يخضع لإجراءات قانونية خاصة لا يمكن تجاوزها، ولا يخفى على أحد ما تتطلبه تلك الإجراءات المتعلقة بالمناقصة أو المزايدة من تخصيصات مالية للإعلانات، فضلا عما تحتاجه من لجان مشكلة من موظفين مختصين، لذلك قد توافق الإدارة على التنازل عن العقد إذا كان مسموحاً به ومستوفياً لشروطه.

3- **مصلحة المرفق العام الَّتي قد يحققها التنازل:-** على الرغم من كَون التنازل عن العقد يشكل إهداراً لمبدأ الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري ، إلّا أنَّ الإدارة قد تكون مدفوعة للموافقة على إجراء التنازل من جانب المتعاقد الأصلي بعوامل شتى يربط بينها وحدة الهدف الذي تسعى الإدارة لتحقيقه من تنفيذ العقد ، فضلا عن اتفاقها مع حكمة الاعتداد بفكرة الاعتبار الشخصي ، فالاعتداد بشخصية المتعاقد أو بإحدى صفاته وكما تقدم لا يشكل هدفا بحد ذاته بقدر ما يكون وسيلة لضمان تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد الإداري والتي تحقق لها النفع العام على أكمل وجه ، فإذا اتضح للإدارة أثناء تنفيذ العقد اختلال في الكفاية الفنية أو المالية للمتعاقد معها ، مع استعداده أو رغبته لإجراء تنازل عن التزاماته وحقوقه العقدية لشخص آخر يتمتع بكفاية أكثر في النواحي الفنية أو المالية مع توافر الصفات الأخرى التي تتطلبها الإدارة فإنَّه لا يوجد ما يمنع جهة الإدارة من الموافقة على هذا التنازل، تحقيقا لمصلحة المرفق العام[63].

ويرى الباحث إنَّ التنازل عن العقد الإداري إذا تم تنظيمه من قبل المشرع بما يضمن الشفافية والابتعاد عن الفساد الإداري كاشتراط موافقة الإدارة وفي ظل رقابتها مع اشتراط رقابة الجهات الرقابية كهيئة النزاهة، فإنَّه حين إذ يحقق مصلحة عامة، إذ إنَّ المتعاقد قد يتعرض لبعض الظروف الَّتي تفقده اعتباره الشخصي، وإنَّ سحب العمل والتنفيذ على حسابه يشكل ضياع للوقت مما يؤدي إلى تأخير إنجاز المشروع في عقود الأشغال، أو توقف المرفق العام في عقود الامتياز، وهذا ما سيضر بالمصلحة العامة دون أدنى شك.

الفرع الثاني

الأساس القانوني للتنازل عن العقد الإداري

لم تظهر فكرة التنازل عن العقد لأول مرة في العراق والدول المقارنة، وكما تقدم، فعلى الرغم من استمرار فكرة انتقال الالتزام بالتطور في القوانين الرومانية، إلا إنَّ فكرة انتقال الالتزام بالتنازل لم تظهر إلا في القرن العشرين، وذلك بعد إن تبلورت بشكل كبير، وذلك بعد تأثرها بالقانون الألماني [64].

وبذلك ظهر نظام التنازل عن العقد في العديد من تشريعات الدول، لاسيما في الدول محل الدراسة، ففي فرنسا أشار إلى هذا التنازل قانون المشتريات العامة، والَّذي جاء لِيُنَظِم في نصوصه أحكام العقود الإدارية المختلفة كعقود الأشغال العامة وعقود التوريد وعقود الشراكة ؛ وذلك لكي تكون في تشريع واحد، بعدما كانت في مراسيم متفرقة، فأشار للتنازل عن العقد الإداري في مواضع متعددة منه، إذ نص في الأحكام العامة الَّتي تنطبق على جميع العقود الَّتي وردت في القانون على إنَّه: يجوز تعديل العقد دون إجراء مناقصة تنافسية جديدة وفقا للشروط التي تحددها اللوائح ، وذلك عندما:"... 4- يحل متعاقد جديد محل المتعاقد الأصلي في العقد ..."[65].

ثم أكد على ذلك في عقود محددة كعقد الشراكة، فقرر بأنَّ تعديل عقد الشراكة يتم وفقا للنص العام المتقدم[66]. وكذلك أكد هذه الإشارة عند بيان الأحكام الخاصة بعقد الامتياز، إذ نص على إنَّه: "يجوز تعديل عقد الامتياز عندما يحل صاحب امتياز جديد محل صاحب الامتياز الذي منحته سلطة الامتياز عقد الامتياز ... وفي حالة نقل عقد الامتياز إلى متعاقد جديد، يجب على صاحب الامتياز الجديد أن يثبت أن لديه القدرة الاقتصادية والمالية والتقنية والمهنية على النحو الذي تحدده السلطة المانحة في البداية، ولا يجوز إجراء هذا النقل بهدف إعفاء عقد الامتياز من التزامات الإعلان والمناقصة التنافسية"[67].

أما المشرع المصري، فعلى الرغم من إنَّ المشرع المصري قد حظر التنازل عن العقد الإداري بموجب قانون تنظيم التعاقدات الَّتي تبرمها الجهات العامة[68]، إلا إنَّ أحكام هذا القانون لا تطبق على جميع العقود الإدارية، إذ قضى بأنَّه: "لا تخل أحكام القانون المرافق بقانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2010، وغيره من قوانين التزامات المرافق العامة القطاعية.

ولا تخل أحكامه بالقانون رقم 5 لسنة 2015 في شأن تفضيل المنتجات المصرية في العقود الحكومية، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص. كما لا تخل أحكامه بقانون الاستثمار الصادر بالقانون رقم 72 لسنة 2017"[69]،.

وأجاز المشرع المصري التنازل عن بعض العقود، وذلك بشروط خاصة، إذ أجاز التنازل عن عقود التزام المرافق العامة، لإنشاء واستغلال المطارات وأراضي النزول، وذلك بشرط موافقة مجلس الوزراء، فنص على إنَّه: "...ولا يجوز للملتزم أن ينزل عن الالتزام لغيره دون إذن من مجلس الوزراء"[70].

فيما نص قانون عقود مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البُنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة على إنَّه: "...ولا يجوز لشركة المشروع التنازل عن عقد المشاركة أو أي من الحقوق الَّتي يرتبها أو الالتزامات الواردة فيه إلا لغرض التمويل وبعد موافقة كتابية مسبقة من السلطة المختصة بالجهة الإدارية المتعاقدة ويقع باطلا كل اتفاق يتم على خلاف ذلك"[71]. ووفقاً لهذا النص إنَّ التنازل في هذه العقود لا يكون إلا لغرض التمويل، وبعد الحصول على موافقة الإدارة، وقد يكون هذا التنازل بمقابل عن جزء من المشروع، أو قد يتم التنازل لأحد الشركات المالية، أو قد يكون تنازلاً كلياً بمقابل، ويكون هذا التنازل فترة مؤقتة.

وكذلك أجاز التنازل عن العقود الإدارية الَّتي تخضع لقانون الاستثمار، وذلك بشرط موافقة مجلس إدارة الاستثمار في منطقة الاستثمار الحر، إذ نص على: "...ولا يجوز النزول عن الترخيص كليا أو جزئيا، إلا بموافقة مجلس إدارة المنطقة..."[72].

وكذلك الحال في العراق، فعلى الرغم من إنَّ الضوابط الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 قد حظرت التنازل عن العقد بشكل مطلق، إلا إنَّ هنالك طائفة من النصوص الأخرى الَّتي أجازت التنازل بموافقة الإدارة عن العقود الَّتي لا تخضع لتلك التعليمات والضوابط الملحقة بها، فنص المشرع العراقي في قانون الاستثمار على : " للمستثمر ان ينقل ملكية المشروع الاستثماري كلا او جزءا خلال مدة الاجازة الى أي مستثمر اخر بعد استحصال موافقة الهيئة مانحة الاجازة بشرط انجازه بنسبة 40% من المشروع و يحل المستثمر الجديد محل المستثمر السابق في الحقوق و الالتزامات المترتبة عليه وفق القانون و الاتفاق المبرم معه"[73].

وكذلك يجوز التنازل عن عقود استثمار الغابات، التي تبرمها وزارة الزراعة، وذلك بشرط موافقة الإدارة وبعد إنجاز (60%) من المشروع، إذ نص المشرع على: "عدم التنازل عن المشروع الاستثماري كلا أو جزءاً إلى الغير، إلا بعد إكمال (60%) من المشروع، وبعد إستحصال موافقة دائرة الغابات والتصحر"[74].

كما نصت تعليمات تنفيذ قانون بيع وإيجار أموال الدولة (النافذ) على: "لا يجوز للمستأجر أن يؤجر المأجور إلى غيره، إلا بعد الموافقة التحريرية من الجهة المالكة، وبعقد جديد يبرم مع المستأجر الثاني، على أن يتحمل جميع الإلتزامات الَّتي كانت مترتبة على المستأجر الأول، بموجب عقد الإيجار ومدته"[75].

ولقد أجازت طائفة من الوثائق القياسية التنازل عن العقد، فنصت الوثائق القياسية الخاصة بعقود الأشغال العامة على : "لا يحق لأي طرف أن يتنازل عن العقد أو أي جزء منه أو عن أية فائدة أو مصلحة في العقد أو بموجبه، إلا إنَّه يجوز لأي طرف : أ-أن يتنازل عن العقد أو أي جزء منه بموافقة الطرف الآخر المسبقة، وللطرف الأخير وحده حرية التقدير في هذا الشأن..."[76].

وكذلك نصت الوثائق الخاصة بعقود تجهيز الأسلحة والمعدات العسكرية، وعقود تجهيز السلع على إنَّه: "لا يحق للمشتري أو المجهز التنازل عن التزاماتهما المبرمة في هذا العقد كلياً أو جزئياً إلا بموافقة خطية مسبقة من الطرف الآخر"[77].

ويؤخذ على هذا النص مساواته بين أطراف العقد بشأن شرط الموافقة على التنازل، وهذا لا يكون في العقود الإدارية، وكما تقدم في بحث صور التنازل، فضلا عن إنَّ الخطورة في التنازل عن العقد متعلقة بتنازل المتعاقد وليس في تنازل الإدارة، وبالإضافة إلى ذلك لا ينبغي ترك الحرية المطلقة للإدارة في قبول أو رفض التنازل، فإنَّ سلطة الإدارة في هذا الشأن ينبغي أن تُمارس وفق المصلحة العامة.

ونصت الوثيقة القياسية الخاصة بعقد تصميم وتجهيز وتركيب الأعمال الكهروميكانيكية على إنَّه: " لا يحق للمقاول أن يتنازل عن العقد، إلا إذا نصت الشروط الخاصة للعقد على خلاف ذلك. في حال كان التنازل مسموحاً، لا يجوز للمقاول التنازل لطرف ثالث عن أي جزء من العقد أو التنازل سواء بشكل مطلق أو عبر تحويل ما استحق له أو سيستحق له من مبالغ بموجب العقد، إلا بعد نيل الموافقة المسبقة والتحريرية وبشكل صريح من صاحب العمل، والتي لا يجوز لصاحب العمل حجبها إلا لأسباب منطقية"[78].

ويتفق الباحث مع هذا النص كونه الأقرب لتحقيق المصلحة العامة في جميع الظروف. وأما وثائق المناقصة الخاصة بعقود الخدمات غير الاستشارية، والوثائق القياسية الخاصة بعقود خدمة المخلفات الصلبة الَّتي تشمل واحدة أو أكثر من الخدمات المتمثلة بالجمع والرفع والنقل والتنظيف، فإنَّها لم تتضمن نص خاص بالتنازل عن العقد كما هو الحال في الوثائق السابقة، إلا إنَّها قضت بأنَّ التنازل بدون موافقة الإدارة يعد ضمن أسباب سحب العمل[79].

ولكن مما تجدر الإشارة إليه: إنَّه وعلى الرغم من تعدد النصوص الَّتي أجازت التنازل عن العقد في هذه الوثائق، إلا إنَّ جميعها معطلة بسبب تعارضها مع الضوابط الملحقة بتعليمات تنفيذ الحكومية التي حظرت التنازل بشكل مطلق، وكما تقدم، وذلك استنادا لاعمام وزارة التخطيط الخاص بتطبيق الوثائق القياسية في العقود الحكومية، إذ قضى بأنَّه: "فيما يخص موضوع التعارض مع التعليمات النافذة فلا يخفى عليكم بأنَّ الوثائق القياسية صادرة عن وزارة التخطيط، وتمثل الأساليب المتبعة في العديد من دول العالم المتقدمة، وقد دأبت وزارتنا من خلال دائرة العقود الحكومية العامة على أن يراعى انسجام الوثائق القياسية مع القوانين العراقية النافذة، إلا أنَّ هناك فقرات تتضمنها الشروط العامة للعقد يجب تعطيلها أو تقييدها في الشروط الخاصة للعقد، بما ينسجم مع التشريعات العراقية النافذة"[80].

ويثير هذا الاعمام مشكلة أخرى تتعلق بسلامة موقف الموظف المتعاقد، إذ إنَّ الموظف يعلم بإلزامية التعاقد وفق الوثائق القياسية، فيرجع إليها في التعاقد، إلا إنَّه لا يحتاج لأن يرجع للاعمام الَّذي يقضي بوجوب اعتمادها في التعاقد، وكثيراً ما يحصل ذلك مع الموظف الَّذي يباشر عمله في وحدة العقود بعد تأريخ صدور الاعمام، فيجد أمامه الوثائق القياسية، دون أن يعني له الاعمام شيء، فيطبق الوثائق حتى وإن كانت تخالف التعليمات؛ كونها لاحقة حسب ظنه، وهذا ما وجده الباحث عند زيارته لمجموعة من الدوائر، أثناء بحثه عن الأحكام والقرارات المتعلقة بالبحث.

ويرى الباحث ضرورة تعديل أحكام التنازل عن العقد في الضوابط الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية، وتفعيل أحكام الوثائق القياسية، الَّتي تعد أسلوباً دولياً في التعاقد، فضلاً عن ذلك فإنَّه لا مبرر لهذا التشدد في حظر التنازل، فكما اتضح مسبقاً من إنَّ الاعتبار الشخصي ما هو إلا وسيلة لضمان تنفيذ العقد، وقد يتعرض المتعاقد لما يفقده اعتباره الشخصي، فحين إذ يحقق التنازل عن العقد يحقق مصلحة عامة إذا ما تحققت شروطه.

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنَّه: " تنازل الملتزم عن العقد للغير او تعاقده بشأنه من الباطن، بدون تصريح مسبق من السلطة مانحة الالتزام يعد من الأخطاء الجسيمة التي تبرر جزاء الإسقاط"[81].

ويتضح من الحكم المتقدم إنَّ التنازل بدون موافقة من الجهة الإدارية يعد أمراً محظوراً ويؤدي إلى فرض أقسى الجزاءات على المتعاقد، ولكن يستنتج منه أيضاً بأنَّ صحة التنازل عن العقد الإداري تتحقق متى ما كان التنازل مقترن بموافقة الإدارة.

أما محكمة القضاء الإداري المصرية فقضت بأنَّه: "التنازل عن عقد المقاولة تكفي فيه الموافقة الضمنية ، وإنَّ جريان المكاتبات بين الإدارة والمتنازَل إليه يعد قبولاً ضمنياً للتنازل، فشروط الحصول على القبول الكتابي إنَّما شُرّعَ لمصلحة الإدارة المتعاقدة وليس للمقاول ، فإنّ هي تنازَلت فلا جناح عليها في ذلك"[82].

فيما قضت محكمة التمييز العراقية في أحد أحكامها بأنَّه: "لدى التدقيق والمداولة وجد إنَّ المميّز كان قد تنازَل عن الحقوق كافَّة الَّتي له بهذا التعهد، ونتيجة لذلك باشرَ المتنازَل إليه بإكمال العمل وأكمله وقد أجرت عمليات محاسبة الدائرة المختصة مع المتنازَل له وهو إقرار للتنازل الواقع بين المقاول الأصلي ووكيله وموافقته من قبل الدائرة المختصة عليه"[83].

ويؤخذ على موقف القضاء المتقدم في مصر والعراق بأنَّه وعلى الرغم من إشارته لدور موافقة الإدارة على التنازل عن العقد الإداري إلا إنَّه قد جعل إمكانية أن تكون هذه الموافقة ضمنية، وهذا لا يتفق مع النصوص الَّتي تشترط الموافقة التحريرية على التنازل، فلا اجتهاد في مورد النص، لذا قضت محكمة تمييز العراق في حكم آخر لها بأنَّ عدم استيفاء العقد للشكلية التي نص عليها القانون يصف العقد بالبطلان، فجاء في حكمها: "أن الإيجار من الباطن (وان لم ينص على حظره في عقد الإيجار) يجب اقترانه بموافقة المؤجر التحريرية في عقود الايجار التي تبرمها الجهات الحكومية وبالتالي فأن هذا السبب لوحده كاف لإصدار الحكم بفسخ العقد"[84].

الخاتمة

بعد الانتهاء من بحث صور وأساس التنازل عن العقد الإداري، توصل الباحث إلى مجموعة من الاستنتاجات والمقترحات، والتي سيتم بيانها على النحو الآتي:

أولا – الاستنتاجات :

1- تبين لنا إنَّ الأصل جواز التنازل عن العقد الإداري في فرنسا، في حين يعد الحظر المطلق للتنازل عن العقد الإداري هو الأصل في كل من مصر والعراق، ويعد الجواز استثناء وفقاً لما تشترطه القوانين الخاصة ببعض العقود، كقوانين الاستثمار والقوانين الخاصة ببيع وإيجار أموال الدولة.

2- اتضح لنا وجود تعارض بين بنصوص الوثائق القياسية الَّتي أجازت التنازل عن العقد الإداري، والضوابط رقم (4) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014 الَّتي حظرت التنازل عن العقد الإداري بشكل مطلق.

3- تبين لنا إنَّ الاعتبار الشخصي الَّذي تتمسك به الإدارة في العقود الإدارية لا يعد غاية بحد ذاته، إنَّما وسيلة تضمن من خلاله تنفيذ العقد على النحو المرجو، وعند تراجع الاعتبار الشخصي للمتنازِل، فيعد حين إذ التنازل عن العقد بموافقة الإدارة وسيلة فعالة لتحقيق المصلحة العامة.

ثانيا- المقترحات:

1-يقترح الباحث على المشرع العراقي توحيد أحكام العقود الإدارية وإقرارها بقانون ينظم أحكام جميع العقود الإدارية، بدلاً من تعدد التعليمات والتعاميم الَّتي يصعب على الموظف والمتعاقد الإلمام بها والالتزام بتطبيقها.

3- يقترح الباحث تعديل البند (سادسا) من الضوابط رقم (4) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2) لسنة 2014، (المعدلة)، ويكون على النحو الآتي: (أ-لا يجوز للمتعاقد التنازل عن العقد كلاً أو جزءاً إلى متعاقد آخر، إلا بعد موافقة الإدارة تحريرياً.

ب- يجب أن يتضمن طلب التنازل الأسباب الَّتي أدت لتقديم هذا الطلب، وعلى أن يرفق معه ما يؤيد كفاءة المتنازَل له، مع نسخة من العقد الأصلي.

ج- يجب على الإدارة أن ترد على طلب المتنازل في مدة أقصاها (60) يوم من تأريخ استلام الطلب، وفي حالة رفض الطلب، ينبغي أن يكون هذا الرفض مستنداً إلى مبررات منطقية.

الهوامش

(1) المادة (41) من دفتر الشروط الخاص بعقد امتياز مع شركة (ALIAE) لبناء وصيانة الطريق السريع (A79)، والصادر بالمرسوم رقم (2020-252)، المؤرخ في 14/ 2020/4، منشور في الجريدة الرسمية (JORF 0064)،في 2020/03/15.

(2) المادة (92) من قانون تنظيم التعاقدات الَّتي تبرمها الجهات العامة رقم (182) لسنة 2018 (المعدل)، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد 39 مكرر (د)، في 2018/10/3.

(3) البند (سادسا) من الضوابط رقم (4) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2)، لسنة 2014 (المعدلة)، والصادرة عن وزارة التخطيط، دائرة العقود الحكومية العامة، بموجب اعمامها ذي العدد (15792/7/4)، في 2014/7/20، متاحة على الموقع الرسمي لوزارة التخطيط، عبر الرابط: https://mop.gov.iq تأريخ الزيارة 2023/7/2.

(4) حكم محكمة النقض المصرية بالطعن المرقم (5752)، بتأريخ 2006/6/21، متاح على الموقع الرسمي للبوابة القانونية للتشريعات المصرية، والتابع لمجلس الوزراء، عبر الرابط الآتي: https://elpai.idsc.gov.eg/ تأريخ الزيارة 2023/7/2.

(5) د. حسن حسين البراوي: التعاقد من الباطن , ط1 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2002، ص39.

(6) عماد محمد ثابت الملا حويش: النزول عن العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة بغداد، 1992، ص22.

(7) فيصل خالد المكراد: التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013، ص47.

(8) كنعان محمد محمود المفرجي: الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة تكريت، 2009، ص42.

(9) عماد محمد ثابت الملا حويش: مصدر سابق، ص217.

(10) البند (أولاً) من المادة (21) من التعليمات رقم (4) لتسهيل تنفيذ قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (21) لسنة 2013، (المعدل)، منشورة في الوقائع العراقية العدد (4445)، بتأريخ 2017/5/2.

(11) قرار محكمة التمييز رقم 856-962 بتأريخ 4/18/ 1962، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد 3، السنة الأولى، 1962، ص201.

(12) عماد ثابت الملّا حويش: مصدر سابق، ص223.

(13) المادة (92) من قانون تنظيم التعاقدات الَّتي تبرمها الجهات العامة رقم (182) لسنة 2018 (المعدل).

(14) البند (سادسا) من الضوابط رقم (4) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2)، لسنة 2014 (المعدلة).

(15) د. نصري منصور نابلسي: العقود الإدارية دراسة مقارنة، ط1 ، منشورات زين الحقوقية، لبنان،2010 ، ص74.

(16) على سبيل المثال لقد نص المشرع القطري على ذلك في المادة (20) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 24 لسنة 2015 (المعدل)، بقوله: "...وفي حالة التنازل عن العقد، يبقى المتعاقد مسؤولاً بطريق التضامن مع المتنازَل إليه عن تنفيذ العقد...".

(17) الفقرة (1/36) من الجزء الثالث من الوثيقة القياسية لتجهيز الأسلحة والمعدات والمواد العسكرية، لسنة 2020، والصادرة باعمام وزارة التخطيط ذي العدد (13646/7/4)، في 2020/10/13، متاح على الموقع الرسمي لوزارة التخطيط، عبر الرابط الآتي: https://mop.gov.iq/ تأريخ الزيارة 2023/7/15.

(18) د. محمد رفعت عبد الوهاب: القانون الإداري، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1995، ص262.

(19) أنعام عبد ثجيل: تنفيذ العقد الإداري من غير المتعاقد مع الإدارة (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير، كلية القانون , الجامعة المستنصرية ، بغداد ، 2017 ، ص138.

(20) عماد ثابت الملا حويش: مصدر سابق، ص265.

(21) د. مصطفى عبد السيد الجارحي: عقد المقاولة من الباطن (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي)، ط1، دار النهضة العربية، 1988، ص28.

(22) علي غازي فيصل: دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2016، ص161.

(23) ينظر في هذا المضمون: د. محمد بكر حسين: الوجيز في القانون الإداري، طبعة مزيدة ومنقحة، مكتبة الأندلس، طنطا، مصر، 2005، ص622-626.

وعلاء إبراهيم محمود الحسيني: الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2008، ص54-55.

و علي بن شعبان: عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، المجلد41، العدد 41، 2014، ص449.

(24) أشرف عبد الحليم عبد الفتاح: الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية (دراسة تحليلية)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 52، كلية الحقوق، جامعة منوفية، 2022، ص388.

(25) المادة (1) من القانون الفرنسي رقم (1334)، لسنة 1975 (المعدل) متاح على الموقع الرسميللحكومة الفرنسية عبر الرابط:)، المؤرخ في 1975/12/31، والمتاح على الموقع الالكتروني:
https://www.legifrance.gouv.frتأريخ الزيارة 2024/4/27.

وكذلك المادة (25) من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري، رقم (182)، لسنة 2018، (المعدل).

والبند (خامسا) من الضوابط رقم (4) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (2)، لسنة 2014 (المعدلة).

(26) د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص359-360.

(27) نجم حمد الأحمد: التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، ص49.

(28) نجم حمد الأحمد، المصدر نفسه، ص49. وكنعان محمد محمود المفرجي: مصدر سابق، ص43.

(29) المادة (303) من القانون المدني المصري رقم (131)، لسنة 1948 (المعدل)، المنشور في جريدة الوقائع المصرية بالعدد (108) مكرر أ بتاريخ 1948/7/16. وتقابلها المادة (362) من القانون المدني العراقي رقم (40)، لسنة 1951 (المعدل) والمنشور بالوقائع العراقية بالعدد (3015) بتأريخ 1951/8/9.

(30) المادة (92) من قانون تنظيم التعاقدات الَّتي تبرمها الجهات العامة، رقم (182)، لسنة 2018 (المعدل).

(31) المادة (37) من قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البُنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، رقم (67)، لسنة 2010، (المعدل) والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 19 مكرر (أ)، في 18/ايار/2010.

(32) الفقرة (1.35) من الشروط العامة لعقد تجهيز المطبوعات، وفقاً لوثيقة مناقصة نموذجية لتجهيز الكتب والمطبوعات لقطاع التربية، والصادرة باعمام وزارة التخطيط ذي العدد (4/7/9128)، في 2017/4/30، متاح على الموقع الرسمي لوزارة التخطيط، عبر الرابط الآتي: https://mop.gov.iq/ تأريخ الزيارة 2023/7/15.

(33) المادة (303) من القانون المدني المصري رقم (131)، لسنة 1948 (المعدل)، وتقابلها المادة (362) من القانون المدني العراقي رقم (40)، لسنة 1951 (المعدل).

(34) د. محمد عبد اللطيف: نظرية التنازل في القانون الإداري، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1989، ص154.

(35) د. محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الالكتروني، ط1، دار الكتب والدراسات العربية، 2018، ص83-87.

(36) د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة ، ط5 ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة، 1991، ص508.

(37) د. محمد عبد اللطيف: مصدر سابق، ص157.

(38) د. منذر الشاوي: مذاهب القانون، دار الحكمة، بغداد، 1991، ص38- 45.

(39) د. نظام عساف: مدخل إلى حقوق الإنسان في الوثائق الدولية والإقليمية والأردنية، ط1، عمان، 1999، ص64.
د. إبراهيم أبو النجا: محاضرات في فلسفة القانون، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992، ص63-64.

(40) د. نورس أحمد كاظم الموسوي: السياسة الجنائية في حماية الأمن الفكري (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، المركز الديمقراطي العربي، برلين، المانيا، 2022، ص89.

(41)Chestin (J.) - la transmission des obligations en droit positif franais , la transmission de obligations , Travaux des Ixes Journalier détudes jurdiques jean Dabin Organisées par ce Ie Centre des Droit des obligation , L.G.D.J. 1980 P.7

(42) المادة (1216) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 (المعدل)، المنشور على الموقع الالكتروني لقاعدة التشريعات الفرنسية: https://www.legifrance.gouv.fr/ تأريخ الزيارة 2024/4/29.

(43) تنظر على سبيل المثال المادة(625) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 (المعدل)، و المادة (810) من القانون المدني العراقي رقم (40)، لسنة 1951، (المعدل).

(44) د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الاول – مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، 1976، ص251.

(45)د. نبيل إبراهيم سعد: التنازل عن العقد ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004، ص113.

(46) د. سعيد مبارك وآخرون: الموجز في العقود المسماة، ط1 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2018 ، ص489.

(47) د. محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها (دراسة مقارنة)، دار الثقافة الجامعية، 2002، ص57.

(48) قرار محكمة القضاء الإداري بتأريخ 27/كانون الثاني /1957، مجموعة المكتب الفني، السنة الحادية عشر، ص174.

[49]قرار المحكمة الإدارية العليا المصرية بالطعن المرقم (1109)، في 1963، متاح في موقع البوابة القانونية للتشريعات المصرية، التابع لمجلس الوزراء، وعلى الرابط الآتي:https://elpai.idsc.gov.eg/Judgements/ تأريخ الزيارة: 2023/8/15.

[50] G. Jeze " Les Contrats Administratifs de l'Etat , des départements , des communes et des établissements publics " édition M Giard , Paris , 1927 1934 , P. 213 .

[51] El Attar (fouad) : Le marche du travaux publics, paris ,1953,p.135.

[52] A. Laubadere , et Delvolve , Traité des contrats administratifs . Tome.2 , Paris . 1984 , p . 10

[53] سمير إسماعيل: الاعتبار الشخصي في التعاقد، أطروحة دكتورا، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1975، ص40.

[54] مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001، ص607.

[55] د. محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، مصدر سابق، ص104.

[56] د. سليمان الطماوي: مصدر سابق، ص445.

[57] د. فوزية سكران: التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2021، ص82.

[58] كنعان محمد محمود المفرجي: مصدر سابق، ص30-31. وكذلك أستاذتنا د. رفاه كريم كربل: الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، كلية القانون، جامعة بابل، العدد الثالث، السنة الثامنة 2016، ص590.

(59) Michel Degoffe : Droit administratif , Éditeur , Ellipses , Année : 2020, p383.

[60] أنعام عبد ثجيل : مصدر سابق، ص123 .

[61] د. ماهر صالح علاوي: الوسيط في القانون الإداري، ط1 , دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل , 2009 , ص427.

[62] عبد اللطيف نايف عبد اللطيف: التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006 ، ص21.

[63] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف: فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص68.

[64] د. محمد عبد اللطيف: مصدر سابق، ص7.

[65] المادة (L2194-1)، والمادة (R2194-1)من قانون المشتريات العامة لسنة 2019، (المعدل).

[66] المادة (R2394-1)من قانون المشتريات العامة لسنة 2019، (المعدل).

[67] المادة (R3135-6)من قانون المشتريات العامة لسنة 2019، (المعدل).

68 لقد نصت المادة (92) من قانون تنظيم التعاقدات الَّتي تبرمها الجهات العامة (المعدل) على: "لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، واستثناء من ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك أو الشركات المالية غير المصرفية المرخص لها بمزاولة النشاط في جمهورية مصر العربية ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك أو الشركة دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يخل قبول نزوله عن المبالغ المستحقة له بما يكون للجهة الإدارية قبله من حقوق".

(69) المادة (2) من قانون تنظيم التعاقدات الَّتي تبرمها الجهات العامة رقم (182) لسنة 2018.
(70) المادة (5) من القانون رقم (3) لسنة 1997، والخاص بشأن منح امتياز التزام المرافق العامة، لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات، وأراضي النزول، (المعدل)، منشور في الجريدة الرسمية، العدد (6)، بتأريخ 8/شباط مكرر/1997.
(71) المادة (37) من القانون رقم (67) بشأن تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البُنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة، لسنة 2010، (المعدل)، والمنشور في الجريدة الرسمية، العدد 19، في 18-ايار -2010.
(72) المادة (36) من قانون الاستثمار رقم (72) لسنة 2017 (المعدل)، والمنشور في الجريدة الرسمية العدد (21) مكرر (ج) بتأريخ 2017/5/31.
(73) الفقرة (ج) من البند (ثالثا) من المادة (10) من قانون الاستثمار رقم (13) لسنة 2006 (المعدل)، والمنشور في جريدة الوقائع العراقية بالعدد (4031) بتأريخ 2007/1/17 .
(74) الفقرة (خامسا) من المادة (3) من تعليمات تنظيم الاستثمار في الغابات والمشاجر، رقم (1) لسنة 2023، منشورة في الوقائع العراقية العدد (4747) بتأريخ 2023/11/13.
(75) البند (أولاً) من المادة (21) من التعليمات رقم (4) لسنة 2017 لتسهيل تنفيذ قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (21) لسنة 2013، (المعدل)، منشورة في الوقائع العراقية العدد (4445) بتأريخ 2017/05/02.
(76) الفقرة (1-6) من المادة الأولى من القسم السابع من وثائق المناقصات القياسية لتنفيذ عقود الأشغال الصغيرة، لسنة 2017. والفقرة (1-7) من المادة الأولى من الجزء الثالث من وثائق العطاء النموذجية للمناقصات المحدودة لعقود تصميم وتنفيذ الأشغال العامة، لسنة 2017. والفقرة (1-7) من المادة الأولى من الجزء الثالث من وثائق العطاء القياسية للمناقصات المحدودة لعقود تنفيذ الأشغال العامة المرحلة الثانية، لسنة 2017. والفقرة (1-7) من المادة الأولى من الجزء الثالث من وثائق العطاء النموذجية للمناقصات التنافسية العامة لعقود تسليم المفتاح لتنفيذ الأشغال العامة، لسنة 2017. والفقرة (1-7) من المادة الأولى من الجزء الثالث من وثائق العطاء النموذجية للمناقصات التنافسية العامة لعقود تصميم وتنفيذ الأشغال العامة، لسنة 2017. وكذلك الفقرة (1/ 6) من المادة الأولى من الجزء السادس من وثائق المناقصات القياسية لتنفيذ عقود الأشغال العامة المتوسطة، لسنة 2017، إنَّ هذه الوثائق صادرة بموجب إعمام وزارة التخطيط ذي العدد (9128/7/4) بتأريخ 2017/4/30، والمتاحة على الموقع الرسمي لوزارة التخطيط عبر الرابط: https://mop.gov.iq/ تأريخ الزيارة 2024/4/27.
(77) الفقرة (1/36) من القسم السابع من الجزء الثالث من الوثيقة القياسية لتجهيز الأسلحة والمعدات والمواد العسكرية، (المحدثة) لسنة 2020. والفقرة (1/36) من القسم السابع من الجزء الثالث من وثائق العطاء القياسية لتجهيز السلع، لسنة 2017 الصادرة بموجب إعمام وزارة التخطيط ذي العدد (9128/7/4) بتأريخ 2017/4/30، متاحة على الموقع الرسمي لوزارة التخطيط عبر الرابط: https://mop.gov.iq/ تأريخ الزيارة 2024/04/29 .
(78) الفقرة (1.43) من القسم السابع من الجزء الثالث من وثائق مناقصة نموذجية لقطاعات تخصصية لتصميم وتجهيز وتركيب الأعمال الكهروميكانيكية، (المحدثة)، لسنة 2020 الصادرة بموجب إعمام وزارة التخطيط ذي العدد (13646/7/4) بتأريخ 2020/10/13، متاحة على الموقع الرسمي لوزارة التخطيط عبر الرابط: https://mop.gov.iq تأريخ الزيارة 2024/04/29.

(79) الفقرة (2-6-2/ج) من القسم السادس من الجزء الثالث من وثائق المناقصة لعقود الخدمات غير الاستشارية الخاصة، لسنة 2017 الصادرة بموجب إعمام وزارة التخطيط ذي العدد (9128/7/4) بتأريخ 2017/4/30، متاحة على الموقع الرسمي لوزارة التخطيط عبر الرابط: https://mop.gov.iq/ تأريخ الزيارة 2024/04/29.

والفقرة (2-6-2/ج) من القسم السادس من الجزء الثالث من الوثيقة القياسية الخاصة بعقود خدمة المخلفات الصلبة، لسنة 2020 الصادرة بموجب إعمام وزارة التخطيط ذي العدد (13646/7/4) بتأريخ 2020/10/13، متاحة على الموقع الرسمي لوزارة التخطيط عبر الرابط: https://mop.gov.iq تأريخ الزيارة 2024/04/29.

(80) إعمام وزارة التخطيط ذي العدد (4185/7/4)، بتأريخ 2016/2/24، والخاص باعتماد الوثائق القياسية، متاح على الموقع الرسمي لوزارة التخطيط عبر الرابط: https://mop.gov.iq تأريخ الزيارة 2024/04/29.

(81) قرار مجلس الدولة الفرنسي في 20 /حزيران /1905، وحكمه الصادر في 23/آذار /1984، أشار لها د. نصري منصور نابلسي: مصدر سابق، ص95.

(82) قرار محكمة القضاء الإداري المصرية في 1965/11/21، أشار له د. سليمان الطماوي ، مصدر سابق ، ص444 .

(83) قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم (856-962) بتأريخ 4/18 /1962، منشور في مجلة ديوان التدوين القانوني، العدد 3، السنة الأولى، 1962، ص201.

84 قرار محكمة التمييز رقم (60/فسخ عقد) بتأريخ 2009/6/9 متاح على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى، عبر الرابط: https://www.sjc.iq/indexqanoun-ar.phpتأريخ الزيارة 2024/5/15.

قائمة المصادر

اولا – الكتب القانونية

1. د . إبراهيم أبو النجا: محاضرات في فلسفة القانون، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1992.
2. د. إبراهيم محمد علي: آثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
3. د. حسن حسين البراوي: د. حسن حسين البراوي : التعاقد من الباطن , ط1 , دار النهضة العربية , القاهرة , 2002.
4. د. سعيد مبارك وآخرون: الموجز في العقود المسماة، ط1 ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2018.
5. د. سليمان الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية دراسة مقارنة ، ط5 ، مطبعة جامعة عين شمس ، القاهرة، 1991.
6. د. عبد العليم عبد المجيد مشرف: فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإداري، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003 .
7. د. فوزية سكران: التزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة في مرحلة تنفيذ العقد الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، دار الوفاء للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، 2021.
8. د. ماهر صالح علاوي: الوسيط في القانون الإداري، ط1 , دار ابن الاثير للطباعة والنشر، الموصل , 2009.
9. د. محمد أمين يوسف: العقد الإداري والعقد الإداري الالكتروني، ط1، دار الكتب والدراسات العربية، 2018.

10.د. محمد بكر حسين: الوجيز في القانون الإداري، طبعة مزيدة ومنقحة، مكتبة الأندلس، طنطا، مصر، 2005.
11.د. محمد رفعت عبد الوهاب: القانون الإداري، دار الهدى للمطبوعات، الإسكندرية، 1995.
12.د. محمد سعيد أمين: المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها (دراسة مقارنة)، دار الثقافة الجامعية، 2002.
13.د. محمد عبد اللطيف: نظرية التنازل في القانون الإداري، دون ط، دار النهضة العربية، مصر، 1989.
14.د. محمود جمال الدين زكي: الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الاول – مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، مطبعة جامعة القاهرة، 1976.
15.د. مصطفى عبد السيد الجارحي: عقد المقاولة من الباطن (دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي)، ط1، دار النهضة العربية، 1988.
16.د. منذر الشاوي: مذاهب القانون، دار الحكمة، بغداد، 1991.
17.د. نبيل إبراهيم سعد: التنازل عن العقد ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004.
18.د. نظام عساف: مدخل إلى حقوق الإنسان في الوثائق الدولية والإقليمية والأردنية، ط1، عمان، 1999.
19.نصري منصور نابلسي : العقود الإدارية- دراسة مقارنة ، ط1 , منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2010 .
20.د. نورس أحمد كاظم الموسوي: السياسة الجنائية في حماية الأمن الفكري (دراسة تحليلية مقارنة)، ط1، المركز الديمقراطي العربي، برلين، المانيا، 2022.
21.

ثانياً – الرسائل والأطاريح الجامعية

1. أنعام عبد ثجيل: تنفيذ العقد الإداري من غير المتعاقد مع الإدارة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، الجامعة المستنصرية ، بغداد ، 2017 .
2. علاء إبراهيم محمود الحسيني: الالتزامات والحقوق الناشئة عن عقد البناء والتشغيل ونقل الملكية (B.O.T) (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2008.
3. علي غازي فيصل: دور الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2016.
4. كنعان محمد محمود المفرجي: الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة تكريت، 2009.
5. سمير إسماعيل: الاعتبار الشخصي في التعاقد، أطروحة دكتورا، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1975.
6. عبد اللطيف نايف عبد اللطيف الجبوري: التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006 .
7. عماد محمد ثابت الملا حويش: النزول عن العقد (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة بغداد، 1992.

8. فيصل خالد المكراد: التعاقد من الباطن في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2013.
9. مختار نوح: الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001.
10. نجم حمد الأحمد: التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2001.

ثالثاً – البحوث

1. أشرف عبد الحليم عبد الفتاح: الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقود الإدارية (دراسة تحليلية)، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 52، كلية الحقوق، جامعة منوفية، 2022.
2. د. رفاه كريم كربل: الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، جامعة بابل، كلية القانون، العدد الثالث، السنة الثامنة، 2016.
3. علي بن شعبان: عقد الأشغال العامة بين الالتزام بالتنفيذ الشخصي والتعاقد من الباطن، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة، المجلد41، العدد 41، 2014.

رابعاً – الاحكام والقرارات القضائية

1. قرار مجلس الدولة الفرنسي في 20 /يونيو /1905.
2. قرار محكمة القضاء الإداري بتأريخ 27/يناير/1957.
3. قرار محكمة التمييز العراقية رقم 856-962 بتأريخ 4/18/ 1962.
4. حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن المرقم (1109)، في 1963.
5. حكم محكمة القضاء الإداري المصرية ، في 1965/11/21 .
6. قرار مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 4/23 /1984.
7. حكم محكمة النقض المصرية بالطعن المرقم (5752)، بتأريخ 2006/6/21.
8. قرار محكمة التمييز العراقية رقم (60/فسخ عقد) بتأريخ 2009/6/9.

خامساً – القوانين والتعليمات والقرارات الإدارية

أ – القوانين

1. القانون المدني الفرنسي لسنة (1804) وتعديلاته.
2. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 (المعدل).
3. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 (المعدل).
4. قانون التعاقد من الباطن الفرنسي رقم (1334)، لسنة 1975 (المعدل).
5. قانون منح امتياز التزام المرافق العامة، لإنشاء وإدارة واستغلال المطارات، وأراضي النزول المصري، رقم (3) لسنة 1997 (المعدل).
6. قانون الاستثمار العراقي رقم (13) لسنة 2006 (المعدل).
7. قانون تنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البُنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري ، رقم (67)، لسنة 2010، (المعدل).

8. قانون تنظيم المناقصات والمزايدات القطري رقم 24 لسنة 2015 (المعدل).
9. قانون الاستثمار المصري رقم (72) لسنة 2017 (المعدل).
10. قانون تنظيم التعاقدات الَّتي تبرمها الجهات العامة المصري رقم (182) لسنة 2018 (المعدل).
11. قانون المشتريات العامة الفرنسي لسنة 2019 (المعدل).
12. المرسوم رقم (2020-252) الخاص بمنح عقد امتياز الطريق السريع لشركة (ALIAE) (، المؤرخ في 14/ 4/2020.

ب – التعليمات

1. التعليمات رقم (4) لتسهيل تنفيذ قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقية رقم (21) لسنة 2013، (المعدل).
2. الضوابط رقم (4) الملحقة بتعليمات تنفيذ العقود الحكومية العراقية رقم (2)، لسنة 2014 (المعدلة).
3. وثائق المناقصات القياسية لتنفيذ عقود الأشغال الصغيرة، لسنة (2017).
4. وثائق العطاء النموذجية للمناقصات المحدودة لعقود تصميم وتنفيذ الأشغال العامة، لسنة 2017.
5. وثائق العطاء القياسية للمناقصات المحدودة لعقود تنفيذ الأشغال العامة المرحلة الثانية، لسنة 2017.
6. وثائق العطاء النموذجية للمناقصات التنافسية العامة لعقود تسليم المفتاح لتنفيذ الأشغال العامة، لسنة 2017.
7. وثائق العطاء النموذجية للمناقصات التنافسية العامة لعقود تصميم وتنفيذ الأشغال العامة، لسنة 2017.
8. وثائق المناقصات القياسية لتنفيذ عقود الأشغال العامة المتوسطة، لسنة 2017.
9. الوثيقة القياسية لتجهيز الأسلحة والمعدات والمواد العسكرية، (المحدثة) لسنة 2020.
10. وثائق العطاء القياسية لتجهيز السلع، لسنة 2017.
11. وثائق مناقصة نموذجية لقطاعات تخصصية لتصميم وتجهيز وتركيب الأعمال الكهروميكانيكية، (المحدثة)، لسنة 2020.
12. وثائق المناقصة لعقود الخدمات غير الاستشارية الخاصة، لسنة 2017.
13. الوثيقة القياسية الخاصة بعقود خدمة المخلفات الصلبة، (المحدثة)، لسنة 2020.
14. تعليمات تنظيم الاستثمار في الغابات والمشاجر العراقية، رقم (1) لسنة 2023.

ث – القرارات الإدارية

1. إعمام وزارة التخطيط ذي العدد (4185/7/4)، بتأريخ 2016/2/24، والخاص باعتماد الوثائق القياسية.
2. اعمام وزارة التخطيط ذي العدد (4/7/9128) بتأريخ 2017/04/30 الخاص بإصدار الوثائق القياسية.
3. إعمام وزارة التخطيط ذي العدد (13646/7/4)، في 2020/10/13، بإصدار الوثائق القياسية المحدثة.

سادساً ـ المصادر الأجنبية

1. Michel Dégolfe : Droit administratif, Éditeur, Ellipses, Année : 2020, p383.
2. Chestin (J.) - la transmission des obligations en droit positif franais , la transmission de obligations , Travaux des Ixes Journalier détudes jurdiques jean Dabin Organisées par ce Ie Centre des Droit des obligation , L.G.D.J. 1980 .
3. G. Jeze " Les Contrats Administratifs de l'Etat , des départements , des communes et des établissements publics " édition M Giard , Paris , 1927 1934 .

4. El Attar (fouad) : Le marche du travaux publics, paris ,1953,p.135.
A. Laubadere , et Delvolve , Traité des contrats administratifs . Tome.2 , Paris . 1984 .

سابعاً – المواقع الالكترونية

1. الموقع الرسمي للحكومة الفرنسية
https://www.legifrance.gouv.fr/

2. الموقع الرسمي للبوابة القانونية للتشريعات المصرية، التابع لمجلس الوزراء:
https://elpai.idsc.gov.eg/ .

3. الموقع الرسمي لمجلس القضاء الأعلى العراقي:
https://www.sjc.iq/indexqanoun-ar.php.

4. الموقع الرسمي لوزارة التخطيط العراقية:
https://mop.gov.iq.