جامـــــعة الزقازيــق

كلـــــيةالحقـــــوق

المركز القانوني للمتعاقد من الباطن الخفي

في

العقود الإدارية

"دراسة مقارنة"

الدكتور/ مدحت أحمد محمد يوسف غنايم

أستاذ مساعد

قسم القانون العام

٢٠٢٠

مقدمة

يبقي تعاقد جهة الادارة مع متعاقدين جدد لتنفيذ محل العقد المبرم بينها وبين المتعاقد الاصلي أمراً في غاية التعقيد، خصوصاً إذا ما كان من الصعب على المتعاقد معها تنفيذ جزء من العقد؛ لذا يلجأ المتعاقد الاصلي الي إبرام عقود من الباطن مع متعاقدين جدد لتنفيذ كل أو جزء من العقد الاصلي.

ولما كان الهدف من ابرام العقود الادارية هو تسيير المرافق العامة حتي تؤدي الدور المنوط بها، إلا أن المتعاقد مع جهة الادارة قد تقابلة معوقات وصعوبات أثناء تنفيذ العقد، مما قد يدفعه الي اللجوء الي متعاقد آخر من اصحاب الخبرة يعهد اليه بتنفيذ ما استحال عليه تنفيذه، تحقيقاً للمبدأ سالف الذكر، ولعل ذلك ما دفع المشرع الفرنسي الي اعتماد قانون يبيح للمتعاقد مع جهة الادارة أن يتعاقد مع شخص اخر علي تنفيذ جزء من العقد الأصلي وسمي هذا القانون بقانون التعاقد من الباطن رقم ٧٥-١٣٣٤ الصادر في ٣١ ديسمبر عام ١٩٧٥ .

وبموجب القانون المشار اليه فرض المشرع سياج من الحماية للمتعاقد من الباطن ونظم أحكامه، والآثار المترتبة عليه، علي عكس المشرع المصري الذي لم يضع قانوناً خاصاً ينظم التعاقد من الباطن بشأن تنفيذ العقود الادارية، بل إنه لدى صدور قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية حظر التنازل للغير عن العقد، فكانت جهة الادارة تبيح اللجوء الي التعاقد من الباطن في مجال العقود الادارية بشرط الحصول على موافقتها المسبقة مستندة في ذلك الي القواعد العامة، وهو ما أيده مجلس الدولة المصري.

ونتيجة لتوسع وتطور مفهوم الدولة وإزدياد اللجوء الي إبرام التعاد من الباطن فقد تدخل المشرع المصري بالغاء قانون المناقصات والمزايدات وإصدار قانون ينظم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، بموجب القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨[١] ولأول مرة ينص صراحة

---

[١] المنشور بالجريدة الرسمية – العدد رقم ٣٩ مكرر (د) في ٣ أكتوبر ٢٠١٨، الذي حل محل قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الملغي.

وبقانون خاص علي جواز التعاقد من الباطن شريطة موافقة وقبول الجهة الادارية للمتعاقد من الباطن بعد تقديم اوراق اعتمادة من قبل المتعاقد الأصلي.

هكذا اصبح لدينا قانوناً ينظم التعاقد الذي يبرم بين المتعاقد الاصلي وبين جهة الادارة من ناحية، وبين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن من أخرى علي غرار المشرع الفرنسي، وبإمعان النظر علي ارض الواقع نجد أن المتعاقد الاصلي يلجأ الي فكرة التعاقد من الباطن لتنفيذ التزاماته التعاقدية بالشروط المتفق عليها خلال الميعاد المحدد لذلك، ولا يثير الأمر أية مشكلة اذا ما قبلته جهة الادارة ووافقت علي شروط الدفع الخاصة به والمتمثلة في السداد المباشر للمتعاقد من الباطن.

إلا أن المشكلة تصبح أكثر تعقيداً عندما لا يخطر المتعاقد الاصلي جهة الادارة بمن يتعاقد معهم، أو أن يتعاقد المتعاقدون من الباطن المعتمدين من جهة الادارة مع متعاقدين آخرين من الباطن لتنفيذ محل العقد الاصلي، وفي كلتا الحالين فإن المتعاقد معه من الباطن يعد خفياً مستتراً محجوباً عن الجهة الادارية، ومن الملاحظ أن هذه الاشكالية قد فرضت نفسها في الوقت الحالي، مما دفعنا الي طرح التساؤل التالي: هل يمكن أن يتمتع مثل هذا المتعاقد من الباطن الخفي (المستتر – أو غير المعلوم – أو غير النظامي) بنوع من الحماية القانونية مستمدة من القانون رقم ١٨٢/ ٢٠١٨، أم أنه يمكن أن يتمتع بهذه الحماية الي القواعد العامة لبسط نوع من الحماية لهذا المتعاقد، أسوة بما كان معمول به قبل صدور القانون المشار اليه بالنسبة للمتعاقد من الباطن بصفة عامة، من حيث تنظيم المركز القانوني له، أم أنه لا يتمتع بأي نوع من أنواع الحماية القانونية، هذا ما سوف نحاول أن نجيب عليه من خلال الدراسة.

وعلي الرغم من اهمية التعاقد من الباطن بصفة عامة سواء أكان مقبولاً أو غير مقبول في تنفيذ العقود الادارية وتسييرها إلا أنه كثيراً ما يتم النظر اليه علي انه يعد إخلالاً بقاعدة الاعتبار الشخصي التي تستند إليها الادارة في اختيار المتعاقد معها في تنفيذ العقود الادارية.

ولما كان مبدأ التنفيذ الشخصي للعقد لا يعني في مفهوم المشرع المصري التنفيذ المادي من جانب المتعاقد بقدر ما يعني مسؤوليته الشخصية عن تنفيذ الإلتزامات المتولدة عنه، فقد أجاز إستثناء التنازل أو التعاقد من الباطن بشرط الموافقة الصريحة المسبقة للإدارة،

وحتى في هذه الحال، بقي المشرع المصري وفياً لمبدأ الإعتبار الشخصي؛ فأبقي على مسؤولية المتعاقد الأصلي عن التنفيذ تطبيقاً لوحدة الضمان.

ومع تنظيم المشرع المصري المركز القانوني للمتعاقد من الباطن في تنفيذ العقود الادارية، والسماح للمتعاقد الاصلي بالتعاقد مع متعاقدين من الباطن علي تنفيذ جزء من العقد الاصلي شريطة تقديم اوراق اعتماد المتعاقدين، وتحديد طريقة قبول اعتمادهم سواء كانت مع تقديم اوراق المتعاقد الاصلي والذي يقدم بيان بمن سيتعاقد معهم من الباطن أو بعد اعتماد المتعاقد الاصلي إذا دعت الحاجة الي ذلك، ويقع علي عاتقه تقديم اوراق اعتمادة، الا ان المشرع المصري لم ينظم احكام المتعاقدين من الباطن الذي يغفل المتعاقد الاصلي عن تقديم اوراق اعتمادهم لجهة الادارة.

ولما كانت فكرة التعاقد من الباطن في النصف الأول من القرن العشرين ظاهرة مهجورة وبعيدة عن الفكر الإداري باعتبارها أمرا شاذاً أو غير مألوف في العقد الإداري وتغور علي مبدأ التنفيذ الشخصي للعقود الادارية، إلا أنها اصبحت الآن واقع ملموس ولا غني عنه، فقد نظمه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم ١٣٣٤-٧٥ والصادر في ١٢/٣١/ ١٩٧٥ والمسمي بقانون التعاقد من الباطن، في حين وضع المشرع المصري احكام التعاقد من الباطن حديثا بموجب قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، الا انه اغفل تنظيم وضع المتعاقد من الباطن غير المعترف به أو الخفي علي الرغم من انتشاره ولجوء المتعاقدين الاصليين اليه لتنفيذ ما يصعب عليهم تنفيذه، مما دفعنا الي دراسة المركز القانوني للمتعاقد من الباطن الخفي في نطاق العقود الادارية من خلال هذه الدراسة محاولين وضع نظرية عامة تنظم طبيعة هذا التعاقد وبيان المركز القانوني له.

وبالتالي فإن التعاقد من الباطن الخفي يمثل ثورة على مبدأ أساسي من مبادئ العقود الإدارية وهو مبدأ الالتزام بالتنفيذ الشخصي المستقر عليه في الفكر القانوني الفرنسي والمصري.

اهمية الدراسة:

تبدو اهمية الدراسة في بيان المركز القانوني للمتعاقد من الباطن الخفي من حيث: تحديد الضمانات القانونية التي يمكن توفيرها له، وكذلك مدى الحماية القانونية التي عسى أن يتمتع بها في مواجهة الجهة الادارية، وأخيراً الآثار القانونية المترتبة علي هذا التعاقد من الباطن.

صعوبات الدراسة:

تتمثل صعوبات هذا الموضوع، في ندرة وجود المصادر والكتب القانونية والفقهية وقله الأحكام الصادرة عن محاكم القضاء الإداري التي تناولت هذا الموضوع في مصر، وعدم وجود تشريع قانوني مصري ينظم احكام التعاقد من الباطن الخفي علي غرار المشرع الفرنسي.

تساؤلات الدراسة:

تثير الدراسة عدة تساؤلات رئيسة وأخرى مرتبطة بها، سنحاول أن نجيب عنها من خلال ثنايا الدراسة منها:

١- ماهية التعاقد من الباطن بصفة عامة والتعاقد من الباطن الخفي بصفة خاصة؟
٢- مدي مشروعية التعاقد من الباطن؟
٣- مدي استفادة المتعاقد من الباطن الخفي من السداد المباشر؟
٤- هل يحق للمتعاقد من الباطن الخفي الرجوع علي جهة الادارة بالدعوي المباشرة؟
٥- وما هي الضمانات الاضافية التي يجوز للمتعاقد من الباطن اللجوء اليها مطالباً بقيمة ما أداه من أعمال؟
٦- مدى وطبيعة مسئولية المتعاقد من الباطن الخفي في مواجهة الادارة والغير؟
٧- وما هي الاثار المترتبة علي التعاقد من الباطن الخفي؟

منهج الدارسة:

لاستظهار المركز القانوني للمتاعقد من الباطن الخفي في مجال العقود الإدارية وللوصول والسعي إلى الحلول المناسبة للإشكالات وإلى تحقيق الأهداف المبتغاة من هذه الدراسة فقد اتبعت في هذه الدراسة اكثر المناهج ملاءمة لموضوع هذه الدراسة ذلك لتوضيح الأفكار التي يدور البحث حولها حتى يصل للقارئ بشكل ميسر وهما المنهج المقارن حيث تم الاستعانة به لعرض آراء الفقه في فرنسا ومصر، وعرض أحكام مجلس الدولة الفرنسي والمصري للوقوف على تعرض القاضي الإداري لبيان المركز القانوني للمتاعقد من الباطن الخفي في مجال العقود الإدارية، وتم الاستعانة بالمنهج التحليلي وذلك لبيان طبيعة الموضوع بما يناسبها من أحكام القضائية لبيان مدى دور ورقابة القاضي الإداري عليها.

خطة الدراسة:

ارتأينا أن تشتمل الدراسة علي مبحث تمهيدي وثلاثة مباحث رئيسة علي النحو التالي :

مبحث تمهيدي: ماهية التعاقد من الباطن ومدي مشروعيته في العقود الإدارية.

المطلب الاول: مفهوم التعاقد من الباطن وخصائصه.

المطلب الثاني: مدي مشروعية التعاقد من الباطن في العقود الادارية.

المبحث الأول: الحماية القانونية للمتعاقد من الباطن الخفي في العقود الادارية:

المطلب الاول: مدي مسئولية جهة الادارة في مواجهة المتعاقد من الباطن الخفي .

المطلب الثاني: اساس مسئولية جهة الادارية .

المطلب الثالث: وسائل الحماية القانونية للمتعاقد من الباطن الخفي

المبحث الثاني:الضمانات الاضافية للمتعاقد من الباطن الخفي.

المطلب الاول: لجوء المتعاقد من الباطن الخفي الي دعوي الاثراء بلا سبب.

المطلب الثاني: لجوء المتعاقد من الباطن الخفي الي دعوي التعويض وفقاً لامتياز بلوفيز.

المبحث الثالث:الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن الخفي:

المطلب الاول :علاقة جهة الادارة بالمتعاقد الاصلي.

المطلب الثاني :علاقة جهة الادارة بالمتعاقد من الباطن الخفي .

المطلب الثالث :علاقة المتعاقد الاصلي بالمتعاقد من الباطن الخفي.

وأخيراً انتهت الدراسة بخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات التي تم التوصل إليها:

مبحث تمهيدي

ماهية التعاقد من الباطن ومدي مشروعيته

في مجال العقود الإدارية

إذا كان التعاقد من الباطن في مجال القانون الخاص جائزاً أو مشروعاً، فإن الأمر يختلف بالنسبة للعقود الإدارية في مجال القانون العام شريطة موافقة الجهة الادارية للمتعاقد من الباطن؛ ذلك أن إبرام العقود الادارية وتنفيذها يحكمها مبدأ الاعتبار الشخصي في تنفيذ الالتزامات التي تقع علي عاتق المتعاقد مع الادارة، وهو ما يستوجب التنفيذ الشخصي بتلك الالتزامات، ولعل هذا ما يميز العقود الادارية في هذا الشأن عن عقود القانون الخاص[١].

ويستند الطابع الشخصي في تنفيذ العقود الادارية الي الواقع، حيث يجب علي المتعاقد مع الادارة ان يتعاقد معها علي إنشاء وإدارة المرافق العامة وإدارة الخدمات العامة، وهذا التعاون لا يقوم به شخص آخر غير المتعاقد الاصلي مع الادارة.

ومن ثم فإنه لبيان ماهية التعاقد من الباطن، ينبغي التعرض الي بيان مفهوم التعاقد من الباطن، وخصائصه التي تميزه عن غيره من المفاهيم الاخري، ثم معرفة مدي مشروعية التعاقد من الباطن في العقود الادارية، وتفصيل ذلك من خلال المطلبين الآتيين:

المطلب الاول: التعريف بالتعاقد من الباطن وخصائصه.

المطلب الثاني: مدي مشروعية التعاقد من الباطن في العقود الادارية.

---

(1) **Antoine, A**., l'intuitus personae, Rfda, 2011. P. 879.
- E Laubadère, A. ClDVE Venezia –j.et Gaudemet y, Traitè de droit ADM L.G.D.G èd 1995.p763-764.879.

المطلب الاول

التعريف بالتعاقد من الباطن وخصائصه

تقتضي الدراسة أن نبين مفهوم التعاقد من الباطن في العقود الادارية، من خلال بيان مفهومه من الناحية الفقهية، وبيان عما إذا كانت التشريعات القانونية قد تعرضت لبيان لتحديد مفهومه من عدمه؛ بهدف الوقوف علي خصائص التعاقد من الباطن في مجال العقود الادارية، ثم بيان التميز بينه وما عسى أن يتشابه معه من عقود كالتنازل عن العقد، والوكالة والعقود المتعددة وتفصيل ذلك يكون من خلال فروع ثلاثة نفصلها علي النحو التالي:

الفرع الاول: مفهوم التعاقد من الباطن.

الفرع الثاني: سمات التعاقد من الباطن.

الفرع الثالث: التمييز بين التعاقد من الباطن وغيره من التصرفات القانونية المتشابهة معه.

الفرع الاول

مفهوم التعاقد من الباطن

لا شك أن المشرع لا يهتم – عادة – بتعريف المصطلح القانوني، ولكن في غالب الأمر أنه يترك ذلك للفقه والقضاء، وقد يلجأ المشرع الي تعريف المصطلح القانوني في بعض الحالات لأهميتها أو لأنها ذات مدلول علمي أو فني محدد، ومن ثم سنعرض لتعريف التعاقد من الباطن في التشريعين المصري والفرنسي، ثم نعرض لمفهومه الفقهي، ثم نتبع ذلك ببيان مفهومه لدى القضاء، وتفصيل ذلك كما يلي :

أولاً : **التعريف التشريعي للتعاقد من الباطن**:

١- تعريف المتعاقد من الباطن في التشريع الفرنسي :

نص المشرع الفرنسي على تعريف التعاقد من الباطن من خلال المادة (١) من القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ الصادر في ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ المتعلق بالتعاقد من الباطن علي أنه: " العملية التي بموجبها يعهد المتعاقد الاصلي وتحت مسؤوليته إلى شخص آخر يسمي المتعاقد من الباطن بتنفيذ كل أو جزء من العقد، أو بتنفيذ جزء من العقد العام المبرم مع السلطة المتعاقدة[١].

بينما نجد المادة ٦٢ من الأمر رقم ٨٩٩- ٢٠١٥ المؤرخ ٢٣ يوليو ٢٠١٥ بشأن المشتريات العامة تنص على ما يلي: "يجوز للمتعاقد الاصلي وتحت مسؤوليته، التعاقد من الباطن على تنفيذ هذا العقد العام وفقًا للشروط المنصوص عليها في قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥"[٢].

وهكذا فإن الأمر رقم ٨٩٩- ٢٠١٥المؤرخ ٢٣ يوليو ٢٠١٥ إذا كان قد رخص صراحة في التعاقد من الباطن في العقود الادارية، إلا أنه لم يعط هذا التعاقد تعريفاً محدداً،

---

(1) Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance Article 1.

والمعدلة بالقانون رقم ١٣٠٧- ٢٠١٠ المادة رقم ٧والمؤرخ في ٢٨ اكتوبر وجاء نصها علي النحو التالي :

"Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage".

(2) Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

التي جاء نصها كالاتي :

I. - Le titulaire d'un marché public peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution de ce marché public dans les conditions fixées par la loi du 31 décembre 1975 susvisée.

Pour les marchés publics de travaux ou de services ainsi que pour les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché public de fournitures, les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le titulaire.

II. - Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur exige que l'opérateur économique lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations.

Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que le montant des prestations sous-traitées est anormalement bas, il rejette l'offre lorsque la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou n'accepte pas le sous-traitant proposé lorsque la demande de sous-traitance est présentée après le dépôt de l'offre, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

وأحال بشأن هذا الأمر إلى أحكام قانون التعاقد من الباطن الصادر ١٩٧٥ الذي رخص بالتعاقد من الباطن لتنفيذ جزء أو كل العقد الأصلي.

إلا أنه بعد المرسوم رقم ٣٦٠- ٢٠١٦المؤرخ ٢٥ مارس ٢٠١٦ بشأن المشتريات العامة، قدر المشرع التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية بألا يشمل جميع أجزاء العقد، فنصت المادة المادة ١٣٣ من المرسوم المشار إليه على ما يلي: " يجوز للمتعاقد الاصلي، بموجب الشروط المنصوص عليها في المادة ٦٢ من الأمر المؤرخ ٢٣ يوليو ٢٠١٥ المشار إليه أعلاه، التعاقد من الباطن على أداء أجزاء من عقده العام بشرط أن يكون قد حصل المشتري على قبول كل متعاقد من الباطن والموافقة على شروط الدفع الخاصة به"[١] وبذلك أضحى محظوراً في نطاق العقود الادارية التعاقد من الباطن على العقد بأكمله، وهكذا، فالتعاقد من الباطن في هذا المضمار يفترض وجود عقديْن علي النحو التالي :

الأول: عقد رئيس من عقود القانون العام مبرم بين الجهة الادارية والمتعاقد الاصلي، أما العقد الثاني، فهو عقد من عقود القانون الخاص (الباطن) أبرمه المتعاقد معه الاصلي مع المتعاقد من الباطن.

وبالتالي تنشأ عن هذا العقد علاقة قانونية ثلاثية الأطراف بين جهة الادارة والمتعاقد الاصلي والمتعاقد معه من الباطن، لكن هذه الروابط ليس لها نفس الطبيعة القانونية؛ حيث تختلف الآثار القانونية المترتبة على العلاقة فيما بين المتعاقد الاصلي وجهة الادارة، عنها فيما بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن[٢].

وصفوة القول انه لا يوجد أي نص تشريعي أو تنظيمي في القانون الفرنسي يعطي تعريفاً جامعاً مانعاً "للتعاقد من الباطن" من خلاله يتم تحديد الحد الأدنى لنسبة الفوائد التي يمكن

---

(1) Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics Article 133." Le titulaire d'un marché public peut, dans les conditions prévues par l'article 62 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ،sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché public à condition d'avoir obtenu de l'acheteur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement."

(2) INSTRUCTION ,N° 12-012-M0 du 30 mai 2012 ,NOR : BUD Z 12 00030 J, MARCHÉS PUBLICS - SOUS-TRAITANCE.pdf.p5.

للمتعاقد الاصلي أن يدركها شخصياً من هذا التعاقد، وبيان وجه ما يتمتع به كل طرف من الأطراف الثلاثة من حماية قانونية في مواجهة الطرف الآخر.

٢- **تعريف التعاقد من الباطن في التشريع المصري** :

إذا كان قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الملغي ولائحته التنفيذية لم ينص صراحة على اباحة التعاقد من الباطن، إلا أنه بصدور القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، ساير المشرع المصري ذات النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي؛ حيث نص صراحة علي جواز التعاقد من الباطن وهي خطوة جيدة من المشرع المصري، حيث نصت المادة رقم ٢٥ من القانون المشار اليه علي أنه :"يجوز لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد الي غيره من الباطن علي أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم ، وما سيتم إسناده اليهم من بنود وذلك وفقاً للمحددات وأي اشتراطات أخري تضمنها الجهة الادارية بكراسة الشروط والمواصفات. ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الجهة المتعاقدة . وفي جميع الأحوال، يظل المتعاقد دون غيره مسئولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذه."

ومما سبق نستنتج أن كلا المشرعين الفرنسي والمصري قد رخص بالتعاقد من الباطن في تنفيذ جزء من العقد العام، إلا أنهما لم يعرفا التعاقد من الباطن تعريفاً دقيقاً، وأفسحا الطريق في سبيل بلوغ هذه الغاية إلى الاجتهاد الفقهي، وهو ما نتناوله في البند التالي.

ثانيا- التعريف الفقهي للتعاقد من الباطن :

إذا كان المشرع قد اهتم بتعريف العقد، فإنه درج علي ترك تعريف التعاقد من الباطن للفقه، الذي تصدي لبيان مفهوم التعاقد من الباطن علي النحو التالي:

١- **<u>تعريف الفقه الفرنسي للتعاقد من الباطن:</u>**

تعتبر فرنسا هي البلد الأم، للقانون الإداري وكان للفقه الإداري دوراً كبيراً في إزاله الغموض الذي اعترى الكثير من النصوص القانونية، وقد انقسم الفقه الفرنسي في تعريفه للتعاقد من الباطن الي اتجاهيْن رئيسيْن أولهما يضيق من نطاق التعاقد من الباطن، والآخر يوسع من هذا النطاق:

أ- الاتجاه المضيق للتعاقد من الباطن:

يحصر التعاقد من الباطن في تنفيذ العقد الاصلي، ويري انصاره تعريف التعاقد من الباطن بأنه: عمليه عقدية يبرمها الشخص الملتزم تعاقدياً بمقتضي عقد أولي مع شخص آخر أجنبي عن هذا العقد ويسمي التعاقد الأخير من الباطن، وذلك بهدف تنفيذ العقد الأول[١].

كما ذهب بعض من انصار هذا الاتجاه الي تعريفه بأنه: هو الذي يسمح للمتعاقد الملتزم بتنفيذ التزامات معينة، بأن يعهد الي الغير بتنفيذ هذه الالتزامات الملقاه علي عاتقه، وعلى سبيل المثال نكون بصدد عقد المقاولة من الباطن حينما يعهد المقاول الاصلي الي مقاول او أكثر من الباطن بتنفيذ كل او بعض الاعمال الموكلة اليه بموجب التعاقد الأصلي[٢].

في حين عرفه البعض بأنه: "العملية التي يعهد بها صاحب العقد تحت مسؤوليته لشخص آخر يسمى المقاول من الباطن لتنفيذ جزء من العقد العام المبرم مع السلطة المتعاقدة".

ويري بعض انصار هذا الاتجاه أن عقود الباطن ما هي الا تلك العقود التي تبرم حينما يرغب أحد أطراف العقد في انقاص أو بالاحري تخفيف الالتزامات الملقاه علي عاتقه والمتعين عليه تنفيذها والتي تلحق بالاتفاق الاول الاصلي ولا تتجاوزه في محتواه أو حدوده أو مدته[٣].

وقد تبني المشرع الفرنسي هذا الاتجاه عند تصديه لتعريف التعاقد من الباطن، وذلك عند تنظيمه اياه سواء في نطاق العقود الخاصة أو العقود الادارية بموجب القانون الصادر في ١٩٧٥/١٢/٣١، كما سبق بيانه.

ويلاحظ علي هذا الاتجاه انه يحصر هدف التعاقد من الباطن في تنفيذ العقد الاصلي، أي العقد الاول السابق عليه، ولا جرم أن هذا الاتجاه يضيق من نطاق التعاقد من الباطن، فلا يقتصر عقد الباطن علي مجرد تنفيذ العقد الاصلي فأحيانا يكون الهدف من التعاقد من

---

(١) Mousseron (J.M): Technique conteactuelle, des juridiques francis Lefebvre, 1988, no, 1234. Dennis f.Turner: standard Controcts for building 1984, p. 18.

(2) Benebent (A.) Drot civil, les abligations, Montchrestien, 2001, no 64, p501., Carbonnier(J.) Drot civil, les abligations t. 4, p. u. f. 2004, p. 324.

(3) Teyssie (B.): les hroupes de contrats, L.G.D.J.1975 NO .123.

الباطن هو الحصول علي فائدة أو منفعة متولدة من العقد الاصلي كما هو الحال في الايجار من الباطن، الامر الذي يصم هذا الاتجاه بالقصور؛ إذ انه لا يشمل كل صور التعاقد من الباطن[١].

ب- الاتجاه الموسع لنطاق التعاقد من الباطن:

سعي انصار هذا الاتجاه الي التوسع في نطاق التعاقد من الباطن، بحيث لا يشمل فحسب مضمون محل العقد الأصلي، وإنما يشمل –أيضاً – الي جانب تنفيد العقد الاصلي، الحصول علي منفعة ذاتية ناتجة عن تنفيذ هذا العقد كما سلف الايضاح في نطاق نقد الاتجاه الاول.

وهكذا يمكن القول: أن التعاقد من الباطن هو تعاقد المتعاقد الاصلي وتحت مسؤوليته، مع شخص آخر يسمى المتعاقد من الباطن علي أداء كل أو جزء من عقد العمل أو جزء من العقد العام المبرم مع صاحب العمل "جهة الادارة"[٢].

٢- تعريف التعاقد من الباطن لدى الفقه المصري:

عرفه أحد الفقهاء في مصر التعاقد من الباطن علي أنه: "التصرف الذي يبرمه المتعاقد الاصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من العقد، أو تنفيذ جانب من التزاماته التعاقدية"[٣] وذهب رأي آخر الي القول بأنه: "مساهمة الغير في تنفيذ بعض بنود العقد الإداري المبُرم بين الجهة الادارية، ومن تعاقدت معه بحيث تنشأ بين طرفين جديدين هما المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن، رابطة عقدية جديدة هي رابطة التعاقد من الباطن، علي أن

---

[١] د. حسن البراوي، التعاقد من الباطن، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢، ص ١٥.وراجع ايضا
Malaurie (Ph) et.aynes (L) droit civil, les obligations, tome 5, 7eme édition 1997, N° 690,p:15.

[2]Marianne Hauton, Responsabilité du maître d'ouvrage et régularité de l'intervention des sous-traitants, Contrats Publics – n°192 - Novembre 2018,p.1. Retrouvez le dossier sur moniteurjuris.fr/contratspublics/.

[٢] ا. فلاح حسن صالح اللهيبي، التعاقد من الباطن في العقود الادارية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، سنة ٢٠١٩، ص ٣١.

يبقي المتعاقد الأصلي من حيث المبدأ، مسئولاً عن تنفيذ العقد بأكمله، مع إمكانية أن يصبح المتعاقد من الباطن دائناً للإدارة المتعاقدة في حدود الأعمال المنفذه من قبله[١].

في حين عرفه أحد الفقه بقوله: "هو أن يحل المتعاقد غيره محله في تنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية"[٢] وفي ذات سياق التعريف الأخير ذهب البعض إلى أنه: " التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد[٣].

ويذهب أحد الفقه الي تعريف التعاقد من الباطن علي أنه: " العقد الذي يبرمه المتعاقد المشترك مع شخص اجنبي عن العقد الاصلي يقال له المتعاقد من الباطن، وذلك بهدف تنفيذ العقد الاصلي أو الحصول علي منفعة ناشئة عن العقد الاصلي"[٤].

ومن جانبنا نشاطر الرأي[٥] الذي ذهب إلى أن التعاقد من الباطن – سواء أكان ذلك في مجال عقود القانون الخاص او العام – يعبر دوماً عن مساهمة الغير في تنفيذ كل او بعض العقد المبرم بين طرفيه الأصليين، بحيث تنشأ بين طرفين جديدين هما المتعاقد معه الاصلي والمتعاقد من الباطن، رابطه عقدية جديدة هي رابطة التعاقد من الباطن علي أن يبقى المتعاقد الاصلي من حيث المبدأ مسئولا عن تنفيذ العقد باكمله أمام الجهة الادارية .

وهكذا، فإننا نميل إلى تعريف التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية بأنه: ذلك العقد الذي يبرمه المتعاقد المشترك في عقد من العقود الادارية مع شخص اجنبي عن العقد الأصلي يسمي "المتعاقد من الباطن" بغيه تنفيذ العقد الاصلي أو الحصول علي منفعة ناشئه عن العقد الأصلي، والذي يستند في وجوده ونطاقه ومدته الي العقد الاصلي باعتباره سبب وجوده.

---

[١] منصور نصري نابلسي، العقود الادارية، دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية، بيروت لبنان، د١، ٢٠١٠، ص٧٨.

[٢] د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية– دراسة مقارنة، مطبعة جامعة عين شمس، سنة ١٩٩١،ص٤٤٠.

[٣] د. محمد سعيد أمين، الاسس العامة للالتزامات وحقوقالمتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس سنة ١٩٨٣،ص١٧٢.

[٤] د. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط٢، ٢٠٠٤،ص٨٨.

[٥] د. نجم حمد الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية– دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠١، ص٢٩وما بعدها.

ثالثا: التعريف القضائي للتعاقد من الباطن:

في الواقع أن المشرع ترك تحديد مفهوم محدد للتعاقد من الباطن، للاجتهاد القضائي لوضع مفهوم منضبط للتعاقد من الباطن من خلال التعامل مع ملابسات وظروف المنازعات الواقعية التي عرضت على ساحة القضاء، ولما كان التعاقد من الباطن عملية عقدية تعتمد علي العقد الاصلي، وهو عقد اداري، فقد أهتم القضاء بتعريفه مثلما أهتم الفقه بتعريفه ايضاً.

١- موقف القضاء الفرنسي:

عرَّف مجلس الدولة الفرنسي العقد الإداري بأنه: العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وأن يتضمن شروط إستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وأن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام، **كماعرَّف التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادايةبأنه:** " هو العقد المبرم بين المتعاقد الاصلي "صاحب العقد العام" والمتعاقد من الباطن، أي أنه عقد من عقود القانون الخاص، يمكّن المتعاقد الاصلي من أداء جزء من خدمات عقده بواسطة طرف ثالث"يسمي المتعاقد من الباطن"[١].

وعرفته أيضا محكمة النقض الفرنسية بأنه: "العملية التي ينيط بها صاحب العمل لمقاول من الباطن وتحت مسؤوليته، لتنفيذ كل أو جزء من العقد العام المبرم مع السلطة المتعاقدة". "شركة أو شخص"[٢].

٢- موقف مجلس الدولة المصري:

استقر القضاء الإداري المصري على تعريف العقد الإداري على الوجه التالي: هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام او بمناسبة

---

(1) CE 21 juillet 1970, Lachaud et Aubineau, req.n°66475.
(2) Cass civ 3ème 14.04.2010, 09-12.339.

تسييره، وأن يظهر نيته في هذا العقد بأن يأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمينه شروطاً إستثنائية غير مألوفة في نطاق عقود القانون الخاص"[١].

وقد تعرضت المحكمة الادارية العليا لبيان ماهية التعاقد من الباطن، وقالت في أحد احكامها بأن المقصود بالتعاقد من الباطن هو: تنازل المقاول الأصلي للغير عن عقد المقاولة، بما يشتمل عليه من حقوق أو التزامات، ليحل المقاول المتنازل له محل المقاول المتنازل في العقد، ويصبح المتنازل له هو المقاول في حقوقه والتزاماته تجاه رب العمل، ويختفي المقاول المتنازل ولا يعود له شأن في المقاولة التي انتقلت بجميع ما يترتب عليها من آثار إلى المقاول المتنازل له، وتنتفي مسئولية المتعاقد الاصلي"[٢].

وعلى ما يبدو أن المحكمة الادارية العليا من خلال تصديها لبيان ماهية التعاقد من الباطن علي النحو السابق قد قصرت احكام التعاقد من الباطن علي التنازل، وهو إيضاح غير كامل؛ اذ أن التعاقد من الباطن ليس تنازلاً عن تنفيذ موضوع التعاقد الاصلي بشكل كامل أو بمفهوم التنازل المتمثل في عدم مسئولية المتعاقد الاصلي، وإنما هو تعاقد مع آخر علي تنفيد جزء من العقد تحت مسئولية وإشراف المتعاقد الاصلي الذي عجز عن تنفيذه ليكون المتعاقد الاصلي مسئولا أمام جهة الادارة عما تم تنفيذه بواسطة المتعاقد من الباطن.

ولعلنا نبرر موقف المحكمة الادارية بشأن قصور تعريفها للتعاقد من الباطن، بأن المتعارف عليه أن القضاء ليست مهمته بيان مفهوم وتعريف المصطلحات الا بالقدر الذي يتجلئ من خلاله غموض شاب أمراً ما، فيلجأ القضاء الي بيان مفهوم هذا الامر حتي يزيل الغموض الذي شأبه.

---

[١] المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ١٥٢٥٥ لسنة ٥٦ ق ع، جلسة ٢٠١٨/٤/١٠. وراجع حكمها في الطعن رقم ٩٦٣٠٣ لسنة ٦١ ق ع، جلسة ٢٠١٧/١٠/٢٤، وحكمها في الطعن رقم ٩٧٨٦٨ لسنة ٦١ ق ع، جلسة ٢٠١٧/١٠/٢٤، وراجع ايضا حكمها في الطعن رقم ٢٥٢٧٤ لسنة ٥٧ ق ع ، جلسة ٢٠١٦/٦/٢٨.

[٢] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ١٤١٢٧ لسنة ٥٧ ق، جلسة ٢٠١٦/٨/٢، مكتب فني ٦١ رقم الجزء ٢ رقم الصفحة ١٥٢١، مبدأ رقم ٥ (هـ).

الفرع الثاني

سمات التعاقد من الباطن وصوره

يتميز التعاقد من الباطن ببعض الخصائص التي تميزه عما سواه من العقود، والتى تتمثل فى الرضا، التبعية، الاستقلال، التبادلية، والعوض[١].

أولا- سمات التعاقد من الباطن

١- رضائية التعاقد من الباطن[٢]:

يُعد التعاقد من الباطن من العقود القائمة على التراضي، التي لم يشترط المشرع فيها شكلاً معيناً وإنما يكفي التراضِ لانعقاد العقد، والكتابة بالنسبة لهذا العقد إنما هي لإثباته متى كانت ضرورية لهذا الاثبات وليست ركناً شكلياً فيه[٣].

وبناء على ذلك فان التعاقد من الباطن، إنما تنطبق عليه القاعده القانونيه القائلة أن "العقد شريعة المتعاقدين"، وهذا يعني ان التعاقد من الباطن اذا ابرم بأجر إجمالي، فليس للمتعاقد من الباطن الحق في ان يطالب بأية زيادة في الاجر. ومثال ذلك، أن يحدث في التصميم المتفق عليه اضافه او تعديل ما .... إلا أذا كان هناك اتفاق كتابي يقضي بغير ذلك، وهذا ما يبرر خاصيه الرضا في التعاقد من الباطن[٤].

---

[١] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٨٩. وراجع ايضا، د. نجم حمد الاحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، عين شمس،٢٠٠١ص٣١.

[٢] د.احمد محمد المهدي مرسي، مدي امتداد حق التوازن المالي للعقد الاداري الي المتعاقد من الباطن "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ٢٠١٨، ص٢٦٩ وما بعدها.

[٣] د. عبد الرازق السنهوري،الوسيط ج ٧ صفحة ٣١ مجلد (١) سنة ١٩٨٩،صفحة ٢٦٠ بند ١١٧ هامش.

[٤] حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١١٤٢٨ لسنة ٨٠١ ق، جلسة ٢٠١٩/٣/٢٤. وراجع حكمها في الطعن رقم ٣٦٠ لسنة ٨٣ ق، جلسة ٢٠١٩/٣/٩، وراجع حكمها في الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٧٢/٣/٩، مجموعة احكام محكمة النقض س ٢٣، قاعدة ٥٩ ،ص ٣٧٦.

ونؤيد الرأي الفقهي[١] القائل أن التعاقد من الباطن سواء تم في العقود الدولية للإنشاءات أو في نطاق العقود الخاصة- أو حتي في نطاق العقود الإدارية، إنما هو من العقود الرضائية القائمة علي تلاقي إرادتي طرفين هما المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، للأتفاق علي بنود العقد وشروطه بعد أن يتولي المتعاقد الاصلي بنفسه اختيار المتعاقد من الباطن ..كما أن التعاقد من الباطن قائم علي التراضي حتي في الحالات التي يكون فيها المتعاقد من الباطن مفروضاً، لكن درجة الرضا تضيق في حالة التعاقد من الباطن المفروض، وتتسع هذه الدائرة في كلما كان من حق المتعاقد الاصلي اختيار المتعاقد من الباطن من بين عدد أكبر من الاشخاص المرشحين، كما أنها تتسع في الحالات التي من حقه فيها الاعتراض علي المتعاقد من الباطن المرشح من قبل الادارة، وطلب ترشيح متعاقد جديد من الباطن.

٢- التبعية والاستقلال:

وجود التعاقد من الباطن رهين بوجود عقد أصلي، بمعني انه يرد من حيث محله علي عمل مادي كالعقد الاصلي، وقد يتخذ هذا المحل صورة إقامة مبني، أو بناء منشأة ثابتة، أو صنع شئ، أو أداء عمل ما، ولا يتعارض ذلك مع ما قد يؤديه المتعاقد من الباطن من أعمال ذهنية لازمة لأداء كل منهما أعمال أو تصرفات قانونية كنقل ملكية المواد أو الاشياء التي يوردها واللازمة لتنفيذ عمله، الي صاحب العمل، فهذه الاعمال بالرغم من غلبة الطابع الذهني عليها إلا أنها تعد من قبيل الاعمال المادية؛ وذلك بالتبعية الي الأداء الاصلي في التعاقد من الباطن[٢].

وفي الحقيقة ان خاصية التبعية تؤدي الى وحدة الهدف الذي ترجوه الجهة الادارية المتعاقدة من تنفيذ العقد الاداري، بحيث يسعى كل من العقد الاصلي والتعاقد من الباطن الى تحقيق هدف واحد، وطالما ان هدف العقد الاداري هو تحقيق المصلحة العامة

---

[١] د.نجم حمد الاحمد، مرجع سابق، ص٣٢.

[٢] د. رأفت محمد أحمد حماد، المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني "دارسة مقارنة"، دار النهضة العربية، ١٩٩٥،ص ٢٣.

والمساهمة في تسيير المرفق العام فإن التعاقد من الباطن يهدف بدوره الى ذلك التسيير أو تلك المصلحة[١].

٣- التبادلية:

وتعني أن التعاقد من الباطن هو من العقود التبادلية أي الملزمة لجانبيْن، حيث إنه يرتب التزامات متبادلة على عاتق طرفيه فيلتزم المتعاقد الاصلي كقاعدة عامة بتقديم مقابل مادي معلوم، نظير تعهد المتعاقد من الباطن بتقديم عمل أو صنع شيء ما.

٤- المعاوضة:

فالعقد الذى يبرمه المتعاقد الاصلي تظهر فيه خاصية "العوض" وبتعبير آخر أن يحصل كل من طرفي العقد على مقابل لما أداه، فالمتعاقد من الباطن لا يؤدي عمله بنبة التبرع، وإنما بمقابل أقتضائه مقابلا لما يؤديه من عمل، كما أن المتعاقد الأصلي يدفع مقابلاً مادياً لقاء ما يؤديه المتعاقد من الباطن، حتى في الحالات التي تتولى فيها الجهة الادارية المتعاقدة السداد مباشرةً الى المتعاقد من الباطن، ويمكن القول ان ثمة فائدة للمتعاقد الاصلي تتمثل في معاونة المتعاقد من الباطن له في تنفيذ العقد والاستئثار بما جاوز التعاقد من الباطن، وهكذا تتوافر لدى الطرفين نيه أخذ المقابل المادي لما يؤدِّي[٢].

ثانياً- صور التعاقد من الباطن:

التعاقد من الباطن له اشكال مختلفة أو نماذج متعددة يشير اليها الفقهاء عادة وفقاً لمعايير تقسيمها على النحو التالي:

١- التعاقد المفروض والتعاقد الاختياري:

---

(1) taffo (Rene) les rapports le sous-traitance et l entrepreneur principal et le maître de louvrage Lordre lnterne francais et dans les relations internationals "these universite de paris x- nanter.mai 1981.p.42.

(٢) د. أشرف عبد العظيم عبد القادر ،الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه حقوق جامعة عين شمس،٢٠٠٧، ص٣٤. وراجع في ذات المعني د. فلاح حسن صالح اللهيبي ، مرجع سابق، ص ٦٤و٦٥.

حيث يلعب المتعاقد الاصلي دوراً جوهرياً في اختيار المتعاقد من الباطن عندما نكون بصدد التعاقد من الباطن الاختياري، في حين يكون دور المتعاقد الاصلي محدداً بالنسبه لاختيار المتعاقد من الباطن في حالة ما اذا كان التعاقد من الباطن مفروضاً على المتعاقد الاصلي من قبل الادارة.

٢- التعاقد على درجة واحدة، والتعاقد على درجات:

كما يمكن أن يكون التعاقد من الباطن على درجه واحده، عندما يكون لدينا متعاقد وحيد، ويمكن أن يكون على درجات عندما يلقى المتعاقد من الباطن التعاقد من الباطن إلى متعاقد آخر وهكذا، فنكون امام تعاقد من الباطن من الدرجه الثانيه او الثالثه ...وهكذا.

٣- التعاقد ذو الطبيعة الشفافة والتعاقد المبهم:

عندما يرغب المتعاقد من الباطن في نقل شروط العقد الاصلي الى اتفاق التعاقد من الباطن بشكل منتظم، وبعبارة اخرى فان التعاقد من الباطن لا يكون مستقلاً عن العقد الاصلي بل يكون مرتبطاً به، وهناك التعاقد من الباطن ذو الطبيعه غير الشفافة او المبهمة وفي هذه الصورة من صور التعاقد من الباطن لا يشير المتعاقدان الى العقد الاصلي المبرم بين الجهة الادارية والمتعاقد الاصلي، أي إنهما يريدان التحرر من العقد الاداري.

٤- التعاقد ذو الطبيعة التكاملية، والتعاقد ذو الطبيعة الظرفية:

تعتمد التفرقة بين هاتيْن الصورتين علي طبيعة العمل ونوعيتة، وما اذا كان من جنس عمل المتعاقد الاصلي أو أنه يخرج من تخصصه[١].

ونستنتج مما سبق، أن التعاقد من الباطن يكون من العقود الرضائية وبمقابل وتتمتع بالتبعية للعقد الاصلي، وتتطلب أن يكون هناك عقد ما بين جهة الادارة والمتعاقد الاصلي، ثم وجود عقد ما بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن الذي يعهد اليه بتنفيذ جزء أو كل من المهمة الموكلة الي المتعاقد الاصلي وذلك وفقا للمشرع الفرنسي، او يعهد اليه بتنفيذ جزء من المهام الموكولة الي المتعاقد الاصلي وفق المشرع المصري.

---

[١] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف، مرجع سابق ص ٩٢ وما بعدها.

الفرع الثالث

التمييز بين التعاقد من الباطن

وغيره من التصرفات القانونية المتشابهة معه

أولاً: **تمييز التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد**:

يختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد من جانب المساس بفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الاداري[١] حيث يهدف المتعاقد الاصلي في حالة التنازل عن العقد الي ترك العملية التعاقدية برمتها للغير، الامر الذي يؤدي الي الاطاحة بفكرة الاعتبار الشخصي، وهذا بخلاف التعاقد من الباطن، والذي يقوم علي التنفيذ الجزئي للعقد من قبل المتعاقد من الباطن وتحت مسئولية وإشراف المتعاقد الاصلي والذي يظل مسؤولاً أمام الادارة في تنفيذ العقد حتي بالنسبة للجزي المنفذ بواسطة المتعاقد من الباطن لانه هو المسئول الوحيد امام الادارة[٢]، فالعلاقات التعاقدية لا تزال قائمة بين المتعاقد الاصلي والادارة وعليه فإن التعاقد من الباطن لا يشكل إخلالاً واضحاً بمبدأ الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الادارية عموماص والتي منها عقد التوريد الإداري[٣].

فالاعتبار الشخصي لا يعني التزام المتعاقد مع الادارة بالتنفيذ المادي لموضوع العقد بقدر ما يعني بالمسئولية الشخصية للمتعاقد عن ذلك التنفيذ.

ثانياً: **تمييز التعاقد من الباطن عن اتفاقات تسهيل تنفيذ عقد التوريد الأصلي**:

كما يتميز التعاقد من الباطن ايضا عن صور أخري تتعلق بعقود التوريد الصناعية حيث ذهب الفقه الي وجود طائفتين من الاتفاقات يبرمها المورد الاصلي مع الغير حتي يتمكن نت التنفيذ السليم لعقد التوريد، الطائفة الاولي تتمثل في الاتفاق ما بين المورد الاصلي وشخص آخر يتولي بمقتضاه هذا الاخير تصنيع وتجهيز المواد الاولية اللازمة للسلع محل التوريد، ويتعلق النوع الثاني من تلك الاتفاقات بما يبرمه المورد الاصلي مع مورد

---

[١] د.محمد سعيد أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ،بدون دار نشر، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ٨٠.

[2] René Chapus, Droit administratif général, T. 2, 15e éd., op.cit, p. 622 .Gaston Jèze, Les principes généraux du droit administratif, 3e éd, 1er partie, op .cit, p.200.

[٣] د. عاطف سعدي محمد، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، القاهرة،٢٠٠٥،ص ٣٧٠.

ثانوي أو فرعي يحصل بمقتضاه المورد الاصلي علي المؤن والسلع البسيطة اللازمة لعملية التوريد.

ولا تعد أي من الطائفتين المشار اليهما من قبيل التعاقد من الباطن، حيث يقتصر دور الغير علي تزويد المورد الاصلي بالمواد الاولية اللازمة لعملية التوريد، دون أن يصل الامر الي حد التنفيذ الجزئي للعقد، ومن ثم لا يشكل علي الاطلاق إخلالاً بمبدأ الاعتبار الشخصي في مجال عقد التوريد الاداري[١]، وعليه يجب أن يقوم المتعاقد من الباطن بالتنفيذ الفعلي لجزء من العقد الاصلي ، وعلي هذا النحو، فإن الشخص الذي يضع تحت تصرف المتعاقد الاصلي المواد الاولية اللازمة لتنفيذ عقده دون أن يتخذ من جانبه اية مبادرة في سبيل التنفيذ لا يمكن اعتباره متعاقد من الباطن، بعباره اخري إن التعاقد من الباطن يتحقق وجوده في حالة التنفيذ بطريقة البديل لجزء من العقد، وليس في حالة مجرد التسليم البسيط للمواد الاولية، ولابد أن يكون للمتعاقد من الباطن المشاركة المباشرة في تنفيذ العقد الاصلي وان تكون له حرية المبادرة والتصرف، ولقد قرر مجلس الدولة الفرنسي أن "المورد البسيط للطرف الاصيل في العقد العام لا يعتبر بمثابة المتعاقد من الباطن، ومن ثم ليس له الحق في الدفع المباشر حتي ولو تم قبوله من جاني رب العمل علي اساس ان الخدمات التي قام بتوريدها لا تدخل في مجال تطبيق قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥، ومن ثم لا تعدو كونها مجرد توريدات بسيطة[٢] وهو ما أكدته المحكمة الادارية الفرنسية حيث قررت: " أنه بالنسبة لعقود التوريد وما يقتضيه من توريد اصناف متعددة لجهات متفرقة علي فترات دورية لا يسوغ القول بأن يقوم المتعاقد الاصلي بتنفيذ التزاماته وحده من غير الاستعانه بمجهودات غيره الا وضع امام استحالة مطلقة".

ولقد أوضحت محكمة القضاء الاداري المصرية هذه النتيجة في حكمها الذي قررت فيه"... أنه ما لم توافق جهة الادارة علي التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يتعهد بتنفيذ الاعمال المطلوبة منه أو الالتزامات التي ارتبط بها الي شخص أخر ... والتحريم هنا لا ينصرف الي حالة حصول المتعاقد علي الاشياء والمواد الاولية اللازمة لتنفيذ عقده مع

---

[١] د. محمد سعيد حسين امين، مرجع سابق، ص ٨١.

[2] CE, 26 septembre 2007, AJDA 2007, note H. Gérard, p.2384. CAA Nantes, 2e chambre, 30 décembre 1999, Sté Biwater

الغير أو اتفاقه مع بعض رجال المال في شأن تمويل العملية إذ أن مثل هذه الاتفاقات جائزة، إلا إذا نص العقد صراحة علي تحريمها،...[١].

وعليه فإن التعاقد من الباطن لا ينصرف الي حالة حصول المورد علي الاشياء والمواد الاولية اللازمة لتنفيذ عقده مع الغير، أو اتفاقه مع بعض رجال المال أو البنوك والمؤسسات الفنية المتخصصة، لتأمين احتياجاته، اللازمة لتنفيذ العقد، من مواد أولية أو سلع أو خدمات أو موارد مالية أو معونة فنية، فهذه التصرفات جائزة كأصل عام أو مسموح بها كقاعدة عامة تأسيساً علي مبدأ حرية المتعاقد في اختيار طريقة الوفاء بالتزاماته، إلا إذا نص العقد صراحة علي حظرها، أو ضرورة موافقة الادارة عليها مقدما[٢].

ويذهب مجلس الدولة الفرنسي إلي أن وجود علاقة تعاقدية من الباطن يؤدي إلى تطبيق النظام المحدد بموجب قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥، ولاسيما الحق في الدفع المباشر لصالح المتعاقد من الباطن أو الالتزام للعميل التأكد من أن الشركة الرئيسية تضع المتعاقدين معها من الباطن في وضع منتظم.لكن للقيام بذلك ، لابد أولا أن يوجد علاقة تعاقد من الباطن حقيقية ، وليس نوع آخر من العلاقات التعاقدية. ومع ذلك، فقد أوضحت العديد من الاحكام الأخيرة مرة أخرى الفرق بين عقد التعاقد من الباطن وعقد التوريد البسيط. حيث يتضمن التعاقد من الباطن، من ناحية وجود علاقة ثنائية الأطراف بين السلطة المتعاقدة والمتعاقد الاصلي، ومن ناحية أخرى، وجود علاقة ثنائية أخرى بين هذا المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن، والغرض من هذه العلاقة الثانية هو تكليف المتعاقد من الباطن القيام بتنفيذ جزء من الالتزام الذي التزم به المتعاقد الاصلي.، وبالتالي، فإن توريد معدات الإنتاج الحالية أو المعدات "القياسية" التي لا تخضع لتكييفات محددة للسوق المعني لا يشكل

---

[١] حكم محكمة القضاء الاداري المصرية في الدعوي رقم ١٩٨ لسنة ١١ ق، جلسة ١٩٥٧/١/٢٧، موسوعة العقود الادارية والدولية، ص ٣٥٨.

[2] G. Fecheux, Le contrat de sous-traitance dans les marchés de travaux publics ، JCP 1974,.1.2596, p.2

وراجع د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية،ص٤٤١ .

عقدًا من الباطن بل عقد توريد بسيط.وبالتالي فإن هناك فرق بين التعاقد من الباطن وعقود التوريد[١] وبالتالي فلا يوجد استحقاق للدفع المباشر لمورد بسيط للمتعاقد الرئيسي[٢].

ومما سبق يستنتج ان التعاقد من الباطن يختلف عن بعض التضرفات القانونية الاخري كالتنازل الكلي عن العقد، وكذلك يختلف عن اتفاقات تسييل تنفيذ عقد التوريد الأصلي، ونتسال عن مدي مشروعية التعاقد من الباطن وما هو موقف المشرع المصري والفرنسي منه؟ والإجابة علي هذا التساؤل هي بذاتها موضوع المطلب التالي الذي سنتعرض له.

المطلب الثاني

مشروعية التعاقد من الباطن في العقود الادارية

في الواقع مر التعاقد من الباطن في مجال العقود الادارية بمراحل متعددة، من حيث مدى مشروعيته، وجواز اللجوء اليه في تنفيذ العقود الادارية، فقد كان محظوراً اللجوء اليه قبل صدور قانون التعاقدات الحكومية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ الا بعد الحصول علي موافقة جهة الادارة تطبيقاً للقواعد العامة.

إلا أنه بصدور القانون سالف الذكر أصبح مسموحاً للمتعاقد مع الادارة أن يعهد الي الغير بتنفذ جزء من العقد، وهو ما سبقه فيها المشرع الفرنسي بصدور القانون الصادر عام ١٩٧٥، وهو ما يتطلب بيان موقف المشرع المصري والفرنسي من مشروعية التعاقد من الباطن، بشأن عنصر الاعتبار الشخصي، كأساس لتبرير الحلول القانونية المختلفة المتعلقة بإبرام العقد، وهو ما سوف نوضحه من خلال الفرعيْن التالييْن:

---

(1) CAA Nantes 30 decembre 1999, Societe Biwater, req.n° 96NT02356, Rec. C.E, tables. p. 882 ; CAA Nantes 7 octobre 2011,Ste Atlan VDI, req. n° 10NT02052 ; CAA Marseille 15 mai 2006, Societe Presider, req. n° 02MA02082. Voir egalement Cass. 3e civ.,21 octobre 2014, n° 13-21.031, Inedit ; Cass. 3e civ., 20 juillet 2008,RG, n° 06.20946.

(2) CAA de Bordeaux, 2e chambre, 30 juillet 2019, n° 17BX02501, Inédit au recueil Lebon.

الفرع الاول

مبدأ الاعتبار الشخصي وأثره علي التعاقد من الباطن

أولاً: مفهوم الاعتبار الشخصي :

تُعد شخصية أحد المتعاقدين، أو كلتهما، عنصراً جوهرياً في مجال ابرام العقود بوجه عام، سواء في نطاق العقود الادارية، أو في نطاق العقود الخاصة[١] وما يعنينا هنا هو بيان نطاق هذا الاعبار الشخصي في العقود الادارية .

فنجد أن الاعتبار الشخصي يلعب دوراً بالغ الأهمية، فمن المتصور دائماً أن تكون شخصية المتعاقد وحدها، محلاً للاهتمام في مجال ابرام العقود وتنفيذ العقد الاداري؛ ففي عقد الامتياز تكون شخصية الملتزم أو صفاته، عنصراً جوهرياً في هذا العقد، كذلك الحال بالنسبة لعقد الاشغال العامة وعقود التوريد .. وسائر العقود الادارية . ومن البديهي القول أن الركون الى فكرة الاعتبار الشخصي، أمر يختلف من عقد اداري لآخر، حيث يتوقف ذلك، على مدى صلة المرفق العقد بالمرفق العام أو النفع العام، والنتائج المرجوه منه، فكلما كان العقد كذلك كلما زاد التركيز على فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الادارة[٢].

وبعبارة أكثر تحديداً يمكن القول، بتفاوت نطاق التزام المتعاقد مع الادارة بالتنفيذ الشخصي للعقد وفقا لموضوع العقد، ففي عقد الاشغال العامة مثلاً لا يستطيع المقاول أن يترك مكان العمل الا بعد تعيين نائب له مزود بالصلاحيات الكافية ليحل محله في مكان العمل، كما انه يجب ان يصحب مندوبي الادارة في جولاتهم بمواقع تنفيذ الاشغال كلما كان ذلك مطلوبا، وان يتخذ له موطناً مختاراً مجاوراً لاماكن العمل . وفي عقود التزام المرافق العامة نجد الادارة حريصة علي ان يقوم الملتزم بتقديم الخدمة بنفسه بواسطة عماله و بأمواله العقارية او المنقولة[٣] هذا يعني ان المتعاقد مع الادارة، عليه التزام بأن ينفذ العقد شخصياً

---

[١] د. عبد الرازق السنهوري ، مرجع سابق ،ص٢١٠.

[٢] د. محمد سعيد امين ، المرجع السابق،ص ٩٤.

[٣] د. عادل عبد الرحمن خليل، العقود الادارية وفقا للقانون (٨٩) لسنة ١٩٩٨، مطبعة الايمان، سنة ٢٠٠١، ص١١٨.

لذا كان عليه ان يكون موجودا بشخصه او من ينوب عنه في موقع العمل وذلك لكي لا يتعطل التنفيذ بسبب غيابه[١].

ومما سبق نستنتج ان الجهة الادارية عندما تختار أحد المقاولين أو الملتزمين أو الموردين، فانها كأمينة على المصلحة العامة، يجب أن تراعي في اختيارها توافر صفات جوهرية في الشخص المرغوب التعاقد معه، وذلك كي تضمن تنفيذ العقد بدقة وأمانة وعلى نحو يحقق الصالح العام على اكمل وجه، مما يؤمن سير المرفق العام محل العقد بصوره مضطردة منتظمة [٢].

والجدير بالذكر أن ثمة خلافاً في الفقه الفرنسي، يتعلق بمدى تفاوت درجة الاعتبار الشخصي في العقود الادارية المختلفة.

فالفقيه **jéze** يرى ان الالتزام بقاعدة الاعتبار الشخصي، لا يكون بالمستوى نفسه بالنسبة لسائر العقود الادارية؛ ذلك أن اساس قاعدة الاعتبار الشخصي هو صلة العقد بالمرفق العام، بحيث تشتد الادارة صرامة كلما أشتدت صلة العقد بالمرفق العام، لذا فإن القضاء الاداري يولى اهتماما بالغا لقاعدة الاعتبار الشخصي في مجال عقود الامتياز نظرا لهيمنة الملتزم التامة على المرفق الذي يتولى شؤون ادارته[٣].

لكن الفقيه **De Laubadére** يرى ان القضاء الاداري لا يؤيد رأي الفقيه **jéze** لاسيما فيما يتعلق بأعمال القاعدة المذكورة في مجال تنفيذ العقد الاداري؛ ذلك أن القضاء الاداري يطبق قاعدة الاعتبار الشخصي على سائر العقود الاداريه دون ان يميز عقد الامتياز في اهميه خاصة[٤].

ويري احد الفقه[٥] أن رأي الفقيه **jéze** أولى بالاتباع وذلك لسببيْن:

---

(1) flame,(A) et paff (j).les contrats d' entréprise,Bruxelles.1966.p11.
Laubadere (a),moderne et Delvolvé . traite des contrats administratifs.tome.2.paris. 1984. P.10.

(٢) د. عادل عبد الرحمن خليل، آثار العقود الادارية ومشكلات تنفيذها، دار الثقافة الجامعية، سنة ١٩٩٩، ص١١٩.

(3) jéze,(G).les contrats administratifs de l'Etat, des departements des communes et des etablissements publics) edition M Giard, paris ,1927-1934 .p213.

(4) Laubadere (a),moderne et Delvolvé .op. cit.p.103.

(٥) د. محمد سعيد امين ، المرجع السابق،ص ١٠٤.

الاول: أن عن عقد الامتياز يضع المتعاقد في تعامل مباشر مع الجمهور، من خلال ادارة مرفق يتصل بتقديم خدمة عامة للمواطنين، فإذا أقدمت الادارة على اختيار متعاقد ما، دون التركيز على شخصيته، كما لو اختارت متعاقد لا يحسن التعامل مع الجمهور، فان ذلك سيكون له انطباعا سيئا على ادارة المرفق العام ونفور الجمهور وتضررهم أحيانا، مما ينعكس سلبيا على سمعة الادارة.

الثاني: ان الاعتبار الشخصي ليس هدفا بذاته، وإنما هو وسيلة تتمكن بها جهة الادارة من ضمان تنفيذ العقد الاداري،على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق،دون النظر الى أي أعتبار آخر

ونتفق مع هذا الرأي الأخير؛ فمن ناحية: لأنه يفتح المجال واسعاً أمام جهة الادارة والمتعاقد معها خصوصاً اذا ما كان المتعاقد الاصلي عاجزاً عن تنفيذ جزء معين من المهمة الموكولة إليه تنفيذها، مما يجوز له أن يتعاقد مع متعاقد آخر من الباطن يوكل اليه تنفيذ جزء من العقد حتي رقابته واشرافه، ومن أخرى: لتجنب الغاء العقد الاصلي وفسخه نتيجه لعدم التنفيذ مما قد يضر بالصالح العام، وهو ما اعتنقه المشرع المصري مؤخراً بالنص صراحة في المادة الخامسة والعشرين من قانون التعاقدات الحكومية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، علي جواز ابرام التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من العقد الاصلي .

ثانياً: المدلول الفني لفكرة الاعتبار الشخصي:

ان الالتزام بالتنفيذ شخصياٍ في مجال العقود الادارية، لا يعني الالتزام بالتنفيذ المادي من جانب المتعاقد مع الادارة، بقدر ما يعني مسئولية المتعاقد الشخصية، عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عن العقد الاداري وبعبارة أخرى يوجد ثمة ارتباط وثيق بين فكره الاعتبار الشخصي، والهدف من ابرام العقد الاداري، المتمثل في تحقيق الصالح العام الأمر الذي يترك أثره الواضح على مدلول التزام المتعاقد بتنفيذ العقد شخصيا[١].

[١] د. محمد سعيد امين ، المرجع السابق،ص ١٠٤.

وهكذا فإن فكرة الاعتبار الشخصي على النحو السالف ذكره، تتسع لتشمل إمكانية السماح بالتعاقد من الباطن، بهدف المساهمة في تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد طالما ان المتعاقد الاصلي سيكون هو المسئول في مواجهة الادارة عن تنفيذ العقد باكمله[١].

ولقد حرص المشرع المصري على تأكيد فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، وذلك من خلال القانون رقم ١٨٢ لسنه ٢٠١٨ بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ولائحتة التنفيذية[٢] الذي حل محل قانون المناقصات والمزايدات الملغي رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨[٣] ونص صراحة علي فكرة الاعتبار الشخصي.

حيث نصت المادة ٢٥ يجوز لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم، وما سيتم إسناده إليهم من بنود وذلك وفقاً للمحددات وأي اشتراطات أخرى تضمنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط والمواصفات. ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة. وفي جميع الأحوال، يظل المتعاقد دون غيره مسئولا أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد".

ويُحمد للمشرع استحداث هذا النص– ولأول مرة– حيث لم يكن موجوداً من قبل في ظل قوانين المناقصات والمزايدات، وكان يستند في مشروعية التعاقد من الباطن الي القواعد العامة، بالتالي فتنفيذ العقد يكون للمتعاقد الاصلي أو من يعهد اليه عن طريق التعاقد من الباطن في تنفيذ جزء من العقد .

كما نصت المادة رقم ٣٤ من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ سالف الذكر علي أن: "تتولى لجنة البت دراسة العطاءات المقدمة وفق أحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية والشروط والمواصفات المعلن عنها، ويجوز للجنة البت أن تعهد إلى لجان فرعية تشكلها من بين أعضائها بدراسة النواحي الفنية والمالية في العطاءات المقدمة ومدى مطابقتها

---

[١] د. محمد سعيد امين، الاسس العامة لحقوق والتزامات المتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري، مرجع سابق، ص ١٥٢.

[٢] والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر (د) بتاريخ ٣ / ١٠ / ٢٠١٨.

[٣] تم الغائه بموجب المادة ٣ من القانون رقم ١٨٢ لسنه ٢٠١٨ والخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة والتي نصت علي أن "يلغى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨..."

للشروط، وعلى اللجنة التحقق من توافر شروط الكفاءة الفنية والملاءة المالية وحسن السمعة في مقدمي العطاءات، وذلك كله وفقا للشروط والمواصفات الواردة بكراسة الشروط، وللجنة البت أن تضم لعضوية اللجان الفرعية التي تشكلها من ترى الاستعانة برأيهم من أهل الخبرة. وتقدم اللجان الفرعية تقارير بنتائج أعمالهم وتوصياتها إلى لجنة البت"[١].

في حين نصت المادة ٥٠ من ذات القانون علي أنه: "يجب فسخ العقد في الحالات الآتية:

١- إذا تبين أن المتعاقد استعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية المتعاقدة أو في حصوله على العقد.

٢- إذا تبين وجود تواطؤ أو ممارسات احتيال أو فساد أو احتكار.

٣- إذا أفلس المتعاقد أو أعسر.

ويتم الفسخ في الأحوال المشار إليها تلقائياً، ويشطب اسم المتعاقد في الحالتين المنصوص عليهما في البندين (١،٢) من سجل المتعاملين بعد أخذ رأي إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة، وتخطر الهيئة العامة للخدمات الحكومية بذلك لنشر قرار الشطب بطريق النشرات المصلحية وعلى بوابة التعاقدات العامة...."[٢].

وقد أكدت المحكمة الادارية العليا على مبدأ الاعتبار الشخصي في العقد الاداري فذهبت إلى: " وحيث قد جري قضاء هذه المحكمة علي أن علاقة المدعي (المتعاقد من الباطن) مع الشركة المدعي عليها هي علاقة مقاولة من الباطن، وهي علاقة خاصة، قاصرة علي

---

[١] يذكر انه كانت تنص المادة ١٣ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ الملغي على أن" يجوز للجنه البت انت عهد الى لجان فرعيه تشكلها من بين اعضائها بدراسه النواحي الفنيه والماليه في العطاءات المقدمه ومدى مطابقتها للشروط المعلنه وكذا التحقق من توافر شروط الكفايه الفنيه والماليه وحسن السمعه في شان مقدمي العطاءات و للجنه البت ان تضم لعضويه تلك اللجان من ترى الاستعانه برايهم من اهل الخبره وتقدم اللجان الفرعيه تقرير بتاريخ ابحاثها وصيها الى لجنه البت"

[٢] هذه المادة تقابل المادة ٢٤ من قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ الملغي والتي تنص على أن"يفسخ العقد تلقائيا 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 أو المقاولين . "

طرفيها طبقاً لما قرره القانون من انصراف آثار العقد إلي المتعاقدين دون الغير، سيما وأن العقد الأصلي المبرم بين المدعي عليه الأول والمدعي عليه الثاني، لم يمنح الثاني حقه الاستعانة بمقاول من الباطن، ومن ثم فإنه لا وجه لمطالبة المدعي عليه الأول بأية مستحقات مستمرة من عقد المقاولة من الباطن المبرم بين المدعي والمدعي عليه الأول"[١].

ولقد تناول المشرع الفرنسي فكرة تخويل المتعاقد الاصلي حق اللجوء الي التعاقد من الباطن بشأن تنفيذ العمل الذي عهد اليه القيام به ولاقت هذه الفكرة ترحيباً من الفقه والقضاء .

إذ تعرض المشرع الفرنسي لهذا الموضوع عند وضعه لمدونة فرنسا للعقود الادارية، وايضا في دفاتر الشروط العامة، وقد كرس مبدأ حرية التعاقد من الباطن، ولكن تحت تحفظ قبول الادارة المتعاقدة للمقاول من الباطن، وإعتماد شروط السداد المباشر[٢].

كما أن المشرع الفرنسي طبقا للمادة الثالثة من القانون الخاص بالتعاقد من الباطن الصادر في ١٩٧٥/١٢/٣١، قد أوجب علي المتعاقد الاصلي بأن يقدم المتعاقد من الباطن الي الادارة – رب العمل – للحصول علي موافقتها لقبول المتعاقد من الباطن، فاذا لم تقبله الادارة فإن التعاقد من الباطن لا يكون باطل بل تظل صحيحة و سارية بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن وذلك لان الادارة ليست طرفا فى عقد التعاقد من الباطن، وبالتالي فان قبولها ليس ركنا في هذا العقد، الا ان الآثر الوحيد المترتب على عدم قبول الادارة للمتعاقد من الباطن هو عدم نفاذ عقد التعاقد من الباطن في مواجهتها، وتقترب هذه الفكرة من فكرة المنع من التصرف في القانون المدني في مصر وفرنسا.

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ٥٥٢٣٤ لسنة ٦٦ق ، جلسة ٢٠١٥/١٢/٨.حيث جاءت وقائع الدعوي علي النحو التالي "ذكر المدعي بصفته شرحا للدعوى أن رئيس الهيئة العامة لمشروعات الصرف المدعي عليها الأولي أسندت إلي الشركة العربية لاستصلاح الأراضي المدعي عليها الثانية عملية تزويد سحارة الكيلو ١٧٥٠ علي مصرف جنوب سهل الحسينية أسفل ترعة المرحلة الثالثة الكيلو ١٧٥٠ بالدفع الهيدروليكي بموجب العطاء المقدم منها، وقد قامت الشركة العربية لاستصلاح الأراضي بالتعاقد مع الشركة المدعية من الباطن لتنفيذ هذه العملية في الميعاد المتفق عليه وبالشروط الواردة بالعقد المبرم بين المدعي الاول والثاني".يراجع في ذات المعني:

CE, 6 mars 1987, OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux, n° 37731.

[2] Dafau, Marches de traveux publics, JCP, 1987, Fase, 521, p8.

وموافقة الإدارة على المتعاقد من الباطن قد تصدر اما عند ابرام التعاقد من الباطن او اثناء تنفيذ المتعاقد الاصلي للاعمال محل التعاقد.

ثالثاً: نطاق فكرة الاعتبار الشخصي:

المقصود بنطاق فكرة الاعتبار الشخصي في هذا المجال، الصفات الجوهرية التي قد تكون محلاً للاعتبار في التعاقد، وفي الحقيقة تتسع هذه الفكرة لكافة الصفات المتعلقة بما يشتمل عليه العقد، ويقتدي مبدأ حسن النية في التنفيذ، وفي مجال العقود الادارية فإن غاية النفع العام، يكون لها أثرها الواضح في تحديد الصفات الواجب توافرها في المتعاقد مع الادارة وذلك لضمان تنفيذ العقد الاداري بأفضل الطرق واكملها، ومن بين أهم الصفات التي قد تكون محلاً للاعتبار نذكر:[١]

١- الكفاية المالية:

لان يسر المتعاقد وملاءمتهه من الناحية المالية، يعد ضمانا هاما لتنفيذ العقد الاداري وتحقيق النفع العام لاسيما في العقود الادارية التي يتطلب تنفيذها امكانيات ضخمة من الناحية المالية، وكذلك عقود الامتياز التي تؤدي دورا مباشرا في خدمة المنتفعين من المرافق العامة محل العقد، وهو ما ينطبق ايضا على غالبية عقود الاشغال العامة.

٢- المقدرة الفنية:

ذلك ان مؤهلات المتعاقد الفنية وخبرته، تكون دون شك محل لاعتبار وتقدير الادارة، في مجال تنفيذ العقود الادارية المختلفة لاسيما العقود التي تتطلب خبرة فنية عالية في اصول المهنة، وذلك كعقود الاشغال العامة.

٣- الجنسية:

قد يكون لها دور مهم في بعض انواع العقود الادارية، لاسيما العقود المتعلقه بمرافق عامه ذات طابع سري، كعقود التوريد الحربية، فمثل هذه العقود تمس أمن الدولة لذلك يفضل ان يكون المتعاقد من مواطني الدولة حرصا على الحفاظ على الامن العام.

---

[١] د. محمد سعيد امين، المرجع السابق، ص ١٥١. وراجع د. سمير اسماعيل، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، ستة ١٩٧٥، ص٢٥.

٤- الحالة الصحية:

يعتد بالحالة الصحية فى كثير من العقود، لاسيما العقود الواردة على العمل حيث تفضل الجهة الادارية المتعاقدة هنا، الملتزم ذي الصحة الجيدة، اذ ان تنفيذه للالتزامات المنوطه به يتطلب ان يكون صحيح البنية، لان مرضه قد يترتب عليه توقف العمل.

٥- السن:

فبلوغ سن الاهلية يعد شرطاً عاماً في مختلف العقود.

٦- الكفاية الخلقية:

يشترط ايضا ان يكون المتعاقد حسن الاخلاق ومحمود السمعة، وان يكون حريصا على الوفاء بالتزاماتة دون مماطلة.

وبالنظر الي الصفات المذكورة أعلاه نجد أن ثمة ارتباط وثيق بينها وبين غاية العقود الادارية المتمثلة في تحقيق المصلحة العامة، فليس الغرض منها وضع عراقيل معينة بقدر ما هو الحرص على تأمين حسن سير المرافق العامة باطراد وانتظام، وعلى نحو يحق خدمة المنتفعين من المرافق العامة، بافضل الطرق وايسرها

هذا وقد حرص القضاء الاداري في مصر وفرنسا التاكيد علي فكرة الاعتبار الشخصي **حيث تقول المحكمة الادارية العليا** في احد احكامها بأن: "الأصل المقرر في تنفيذ العقود الإدارية هو عدم جواز تنازل المتعاقد مع الجهة الإدارية عن تنفيذ العقد إلى غيره، فيجب أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ؛ لأن التزاماته مع الإدارة التزامات شخصية، لا يجوز له أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير؛ إذ روعيت فى اختياره الكفاية الفنية والمالية- إذا حصل التنازل عن العقد فإن التنازل يعد باطلا؛ لما يترتب عليه من أن تكون العقود الإدارية مجالا للوساطات والمضاربات"[١].

وهكذا، يمكن القول انه في الحالات التي يرغب فيها المتعاقد الأصلي بالتعاقد من الباطن فانه يتولى توضيح ما يتعلق بالقدرات المالية والفنية وحسن السمعة للمتعاقد من الباطن، ثم

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ١٧٩٩٦ لسنة ٥٦ ق ع، جلسة ٢٠١٦/١/٢٦ مكتب فني ٦١ رقم الجزء ١ ص ٥٣٠.

تعرض هذه القدرات على لجنة لدراستها، فان انتهت اللجنة الى الموافقة على التعاقد من الباطن فإن الادارة تلتزم بالتعاقد من الباطن ولا يمكنها التنكر له، وان رفضته فان قرارها بهذا الخصوص يكون خاضعاً لرقابه القضاء الاداري الذي عليه واجب التأكد ليس فقط من مشروعية القرار وإنما ايضا من مدى ملاءمته باعتبار أن الملاءمة أو التناسب تعد عنصراً من عناصر المشروعية[١] فإن ألغي قرار الإدارة برفض التعاقد من الباطن التزمت به، وان أيد قرارها اقتصرت آثار التعاقد من الباطن فيما بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن، فلا يحتج به في مواجهة الإدارة ومن الامور التي تعين على المتعاقد الاصلي مرعاتها حين اختياره للمتعاقد من الباطن، عدم اختيار من منعوا من التعامل مع الادارة سواء بنص قانوني أو بموجب قرار إداري.

الفرع الثاني

موافقة الجهة الادارية المتعاقدة

أولاً: موقف الفقه من موافقة الجهة الإدارية:

لا مرية ان التعاقد من الباطن بات ييسر مهمة الادارة والمتعاقد الاصلي على حد سواء، وذلك فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات التي أفرزها العقد الاداري، فبدون التعاقد من الباطن، قد تجد الادارة نفسها مضطرة الى ابرام العديد من العقود لتنفيذ مشروع واحد، وذلك استناداً الى ما رتبته اعتبارات التقدم الفني والتطور التكنولوجي... وما يتبع ذلك من تخصص وتقسيم للعمل... مما يؤدي بالضرورة الى وجوب مشاركة أكثر من شخص في تنفيذ موضوع العقد، الامر الذي قد لا ترغب فيه الادارة انطلاقا من مبدأ وحدة الضمان الذي على اساسة يكون المتعاقد الاصلي هو المسئول الوحيد عن تنفيذ العقد بأكمله في مواجهة الجهة الادارية المتعاقدة [٢].

---

[١] فقد بات القضاء الاداري في كثير من الاحيان قضاء ملائمة وليس قضاء مشروعية فقط بحيث يعمل القاضي الاداري على الغاء القرار المتخذ ليس فقط في حال مخالفته لمبدأ المشروعية الادارية وانما ايضا في حال عدم الملاءمة، متى كانت الملاءة عنصراً من عناصر المشروعية، لمزيد من التفاصيل انظر د. رمضان محمد بطيخ، الاتجاهات المطورة في قضاء مجلس الدوله الفرنسي للحد من السلطه التقديريه وموقف مجلس الدوله المصري منها، دار النهضة العربية، سنه ١٩٩٦.

[٢] د. محمد سعيد امين ،المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية، مرجع سابق،ص ٧٤.

ونظراً للاهمية العملية التي يحتلها التعاقد من الباطن في نطاق تنفيذ العقود الادارية، ذهب جانب من الفقه، الى انه ما لم يكن ثمة شرط يحظر على المتعاقد الاصلي التعاقد من الباطن، فإن موافقة الادارة على التعاقد من الباطن تكون مفترضة[١].

بينما ذهب أحد الفقه، الي القول بأن الشرط الاساسي في مشروعية التعاقد من الباطن وما يترتب عليه من آثار، إنما هو رهين بموافقه مسبقة تمنحها جهة الادارة الى المتعاقد الاصلي ، تجهيز له بموجبها التعاقد من الباطن[٢].

ذلك ان مبدأ الموافقة المسبقة وارد ضمن دفاتر الشروط العامة النافذة لدي ادارة الدولة وحتى لو خلت هذه الدفاتر من ذكرة او الاشارة اليه فان الحاجة الي هذا الموافقة امر لا ريب فيه، لأن المبدأ كان و ما زال ساريا في عقود الاشغال العامة وكذلك الحال بالنسبة لعقود التوريد[٣].

وفي محاولة لتبرير وجهة النظر المتقدمة، ذهب جانب من انصارها الى القول، انه من غير المتصور في تنفيذ العقود الادارية، ان يترك المتعاقد الاصلي لكي يتعاقد مع من يشاء، دون موافقة الادارة، الامر الذي قد يضر بضمان تنفيذ العقد والمصلحة العامة، واذا كانت العوامل الاقتصادية والفنية، تقتدي اباحة التعاقد من الباطن، فمن الاولى أخذ مقتضيات الصالح العام بعين الاعتبار، فبعض عقود الاشغال العامة مثلا، تتطلب خبرة فنية ومقدرة عالية، قد لا تتوافر في المتعاقد من الباطن الذي تعاقد معه المتعاقد الاصلي، يضاف الى ذلك ان بعض عقود الاشغال العامة تتطلب السرية والامن وذلك كالعقود المتصلة بمرافق الدفاع الوطني ومن ثم لا يتصور ان يقوم مقاول من الباطن بتنفيذها دون موافقة الجهة الادارية المتعاقدة[٤].

---

[١] د. عبد المجيد فياض،المبادئ، مرجع سابق،ص ١٣٦.

[٢] د. محمد سعيد امين ،المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية، مرجع سابق،ص ٧٥.

[٣] د. عبد الاله الخاني ،القانون الاداري علما وعملا ومقارنا– العقود الادارية،مجلد ٤،جامعة دمشق ،١٩٨٦، ص ٣٠٠.

[٤] د. عبسي الحسن ،التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الاشغال العامة ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنه ١٩٩٧،ص ٤٦.

ويري أحد الفقه ونؤيده في رأيه، أن رأي اصحاب الاتجاه الاول هو الاولي بالاتباع في وقتنا الراهن؛ فالجهة الادارية المتعاقدة تعلم جيداً أنه لم يعد بإمكان المتعاقد معها أن يتولى تنفيذ العقد منفرداً دون الاستعانة بمجهود الاخرين، ولو انها ارادت حظر التعاقد من الباطن ما لم يقترن بموافقتها، لنصت على على ذلك بشكل صريح في متن العقد، المهم في راينا ان يقوم المتعاقد الاصلي باعلام الجهة الادارية المتعاقدة بمن اراد التعاقد معه من الباطن، وذلك كي تتاكد من توافر الاعتبارات الشخصية التي تراعيها في المتعاقد الاصلي عادة.

فإن اعترضت الادارة على المتعاقد من الباطن فمن الأولى ان لا تقرر ذلك بمحض ارادتها، وانما يجب ان يكون تصرفها خاضع لرقابة القضاء، فان كان اعتراضها مبني على اسباب معقولة، فإنها لا تلتزم التعاقد من الباطن، وتبقى آثاره قاصرة علي العلاقة بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن، وان لم يكن اعتراضها مبني على اسباب معقولة، فإنها تلتزم بالتعاقد من الباطن بحيث لا تستطيع التنكر له، هذه من جهة.

ومن جهة اخرى، فإن المبررات التي ساقها انصار الاتجاه الثاني، لحظر التعاقد من الباطن غير المقترن بالموافقة المسبقة للادارة فإننا نرى انها تبرر التعاقد من الباطن وتؤكد ضرورة ان يكون الاصل فيه الاباحة لا الحظر؛ فهم يعترفون بأن العوامل الاقتصادية والفنية باتت تبرر التعاقد من الباطن، كما أن مقتضيات المصلحة العامة تبرر التعاقد من الباطن ولا تبرر حظره، فليس من المعقول ان يتولى المتعاقد الاصلي وحده أيا ما كانت امكانياته المادية تنفيذ المشروع بمفرده، لاسيما في ظل مشاريع عملاقة مثل مترو الانفاق والانهار الصناعية والمطارات، مع الوضع في الاعتبار ان ثمة جانب من العقود تتطلب السرية، فحتى هذا النوع من العقود لا مشكلة هنا في بشأن اباحة التعاقد من الباطن؛طالما ان المتعاقد من الباطن ملزم بعدم افشاء اسرار المشروع، وإلا تعرض للمساءلة الجنائية شأنه شأن المتعاقد معه الأصلي[١].

ثانياً: موقف المشرع من موافقة الجهة الإدارية:

---

[١] د. نجم حمد الاحمد ، مرجع سابق ، ص ٩٨-٩٩.

١- الوضع في فرنسا:

اذا نظرنا الى موقف المشرع الفرنسي من هذه المشكة فيمكن القول ان مدونة العقود الادارية وكذلك دفاتر الشروط العامة قد كرَّست مبدأ حرية التعاقد من الباطن، تحت تحفظ قبول الادارة المتعاقدة للمتعاقد من الباطن، واعتماد شروط السداد المباشر له[١].

كما أن قانون ١٩٧٥/١٢/٣١ المتعلق بالتعاقد من الباطن، أوجب على المتعاقد الاصلي ان يقدم المتعاقد من الباطن الى صاحب العمل، فإن لم تقبل الادارة المتعاقد من الباطن فإن التعاقد من الباطن لا يقع باطلاً، وإنما يكون غير نافذ في مواجهتها، اما فيما بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن فإن للاخير الحق في التمسك بالتعاقد من الباطن في مواجهة المتعاقد الاصلي الذي يظل ملزماً بالتعاقد من الباطن، بينما لا يستطيع هو أن يتمسك باتفاق التعاقد من الباطن في مواجهة المتعاقد من الباطن[٢].

وهو ما أكدته المادة رقم ١٣٣ من المرسوم رقم ٢٠١٦-٣٦٠ المؤرخ ٢٥ مارس ٢٠١٦ بشأن المشتريات العامة التي نصت علي أنه: "يجوز للمتعاقد الاصلي، بموجب الشروط المنصوص عليها في المادة ٦٢ من الأمر المؤرخ ٢٣ يوليو ٢٠١٥ المشار إليه أعلاه، التعاقد من الباطن على أداء أجزاء من عقده العام بشرط أن يكون قد حصل من صاحب العمل علي قبول كل متعاقد من الباطن والموافقة على شروط الدفع الخاصة به.

وهكذا فإن موافقة الجهة الادارية المتعاقدة ليست شرطاً لانعقاد التعاقد من الباطن؛ إذ من الممكن ان تصدر تلك الموافقة إما عند ابرام اتفاق التعاقد من الباطن، أو اثناء تنفيذ محل التعاقد من الباطن.

---

(1) Dafau,Marches de traveux publics,JCP,1987,Fase,521,p8.

(2) Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, Article 3"L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant."

٢- الوضع في مصر:

لم يتعرض المشرع المصري بالتنظيم لموضوع التعاقد من الباطن ولم يتطرق لبيان مدى مشروعيتة في نطاق العقود الادارية في ظل قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ الملغي، أو حتى في ظل القانون الذي كان يسبقه رقم ٩ لسنه ١٩٨٣، فكان يلجأ الى تطبيق القواعد العامة في هذا الشان، تلك القواعد التى تقضي بان الاصل في الاشياء الاباحة ووجوب تطبيق مبدا الحريه التعاقدية[١].

وعلي خلاف موقف المشرع المصري في ظل قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ فقد جاء موقف مجلس الدولة المصري مغايراً وسار علي نفس اتجاه نظيره الفرنسي الذي كان يرى ان التعاقد من الباطن في العقود الادارية محظور من حيث الاصل، الا اذا اقترن بموافقة جهة الادارة، ففي هذه الحال يمكن الاحتجاج عليها بعقد التعاقد من الباطن.

إلا أنه مع صدور القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ الخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة ولائحتة التنفيذية[٢]، اصبح المشرع ينظم احكام التعاقد من الباطن ووضع قواعده، ولم يعد هناك داعي للالتجاء الي القواعد العامة في هذا الشأن لوجود نص خاص ينظمه، حيث اباح المشرع المصري تعاقد المتعاقد الاصلي مع الغير من الباطن لتنفيذ جزء من العقد الاصلي (المهام الموكولة إليه) بشرط موافقة جهة الادارة وقبولها للمتعاقد من الباطن، حيث نصت الماده رقم ٢٥ من القانون سالف الذكر على أن "يجوز لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم، وما سيتم إسناده إليهم من بنود وذلك وفقا للمحددات وأي اشتراطات أخرى تضمنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط والمواصفات .ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة .وفي جميع الأحوال، يظل المتعاقد دون غيره مسئولا أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد."

---

[١] د.اشرف عبد العظيم عبد القادر، مرجع سابق ، ص ٨١ وما بعدها.

[٢] القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر (د) في ٣ اكتوبر ٢٠١٨.

ولكن نتساءل هنا هل يجوز أن يكون التعاقد من الباطن علي تنفيذ كل بنود العملية محل العقد الأصلي؟ أم يكون التنفيذ عن جزء من العقد؟

لقد أجابت علي هذا التساؤل نص المادة رقم ٥٦ من اللائحة التنفيذية للقانون سالف الذكر[١] حيث نصت علي أنه: "يجوز للجهة الادارية لصاحب العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد الى غيره من الباطن، على ألا تمثل تلك البنود الجانب الأكبر أو الجوهري من العملية، وذلك بناءً على دراسة موثقة تعدها ادارة التعاقدات من واقع دراستها للسوق ووفقا لطبيعة العملية وتعتمدها السلطة المختصة ضمن اجراءات العملية، على ان تتضمن كراسة الشروط والمواصفات بيان تلك البنود، واية محددات واشتراطات ذات صلة"

وبالتالي التعاقد من الباطن لا يكون الا علي تنفيذ جزء من محل العقد الأصلي وليس تنفيذ كل بنوده لتعارضه مع خاصية مسئولية المتعاقد الاصلي مسئولية شخصية عن المتعاقدين الاخرين.

وهو ما اكده المشرع الفرنسي حينما نص في المادة الأولي من القانون رقم٧٥ -١٣٣٤ لسنة ١٩٧٥ علي أن ".....الى شخص آخر يسمى المقاول من الباطن بتنفيذ جزء من العقد العام المبرم مع السلطة المتعاقدة"[٢].

في حين أن القانون رقم ١١٦٨ -٢٠٠١ المؤرخ ١١ ديسمبر ٢٠٠١، قد أسس مبدأ حظر التعاقد الكلي موائمة للقانون الصادر عام ١٩٧٥ والتعميم الصادر في ٧ أكتوبر ١٩٧٦، حيث انهما يحظران التعاقد من الباطن علي تنفيذ كامل العقد الاصلي، وإنما عن تنفيذ جزء من العقد الأصلي، هذا وقد حدث خلاف عن النسبة المئوية التي يجب علي المتعاقد

---

[١] قرار وزارة المالية رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المنشور بالوقائع المصرية ملحق الجريدة الرسمية العدد ٢٤٤ تابع (ب) في ٣١ اكتوبر ٢٠١٩.

[2] *Article 1, Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, Modifié par Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010 - art. 7*." Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage".

من الباطن أن يتعاقد بشأنها علي تنفيذ جزء من العقد، ونجد أن القضاء الاداري قد حسم الجدال وقال انها سلطة تقديرية للقاضي الإداري علي حسب كل حالة علي حدة[1].

ونستنتج ان كلا المشرعيْن المصري والفرنسي لا يجيزان التعاقد من الباطن علي تنفيذ كامل العقد الاصلي وإنما يسمحان فقط بالتعاقد علي تنفيذ جزء منه فقط، مع ترك تحديد مقدار هذا الجزء للقاضي الاداري علي حسب كل حال علي حدى.

لذلك نوصي كلا المشرعين بتحديد الجزء المسموح للمتعاقد الاصلي بالتعاقد من الباطن علي تنفيذه وذلك بتحديد الحد الاقصي المسموح به بنسبة مئوية من إجمالي العقد حتي لا يتعداه وبالتالي يخل بمبدأ التنفيذ الشخصي للمتعاقد الاصلي.

هذا وقد اشترط المشرع علي المتعاقد الاصلي تقديم بيان بمن سيعهد اليهم بتنفيذ جزء من العقد عن طريق التعاقد معهم من الباطن وذلك في بداية التعاقد واثناء تقديم الطلب علي التعاقدالاصلي، علي الا يكون الجزء المتعاقد عليه من الباطن ليس الجزء الاكبر او الجوهري في العقد الاصلي ، وبعد دراسة وموافقة الجهة الادارية علي هذا التعاقد، وهذا كله مرهون بموافقة جهة الادارة .

كما نصت الماده ٥٧ من اللائحة التنفيذية علي ان: "علي **صاحب العطاء تضمين العرض الفني المقدم منه ما سيعهد به الى غيره من الباطن** علي ان يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم وما سيتم اسناده اليهم وبما يتفق مع المحددات والاشتراطات الواردة بكراسة الشروط والمواصفات..... ويجوز للمتعاقد أثناء فترة التعاقد أن يقوم بتغيير من اسند اليهم بعض بنود من الباطن إذا وجد مبررات لذلك، شريطة أن يكون بذات الكفاءة الفنية والخبرة **وأن توافق عليه السلطة المختصة** "

وبالتالي قد يرغب المتعاقد الاصلي في تغير المتعاقد من الباطن الذي قدمه في بداية التعاقد لجهة الادارة، لذا كانت هناك مبررات تسمح بذلك التغير بشرط أن يكون علي ذات الكفاءة وان توافق عليه جهة الادارة .

---

(1) CAA Bordeaux, 2ème ch. 15 décembre 1997, n° 94BX01637, SA Thermotique c/Ville de Nîmes.

ونستنتج مما سبق أن التعاقد من الباطن لم يعد محظوراً من حيث الاصل واصبح مباحاً، وذلك في ظل القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، بشرط الحصول علي موافقة الجهة الادارية المسبقة، علي عكس الوضح قبل صدور هذا القانون، وبذلك يتفق المشرع المصري مع المشرع الفرنسي علي اباحة التعاقد من الباطن صراحاً بشرط الحصول علي موافقة الجهة الإدارية المسبقة علي ابرام العقد أو اللاحقة علي ابرامه وأثناء تنفيذ العقد.

ثالثاً: موقف القضاء من موافقة الجهة الإدارية:

١-موقف مجلس الدولة الفرنسي:

استقر مجلس الدولة الفرنسي علي مبدأ "أن التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة جهة الادارة لا يمكن أن يحتج به في مواجهتها، فلا يكون بين المتعاقد من الباطن وبين الادارة أية علاقة، ويبقي المتعاقد الاصلي مسئولاً في مواجهة الادارة كما لو أن التعاقد من الباطن غير قائم، إذ لا توجد بين الادارة والمتعاقد من الباطن أية علاقة تعاقدية[١].

وبالتالي يمكن القول أن الاتجاه في فرنسا، ومنذ صدور مرسوم ١٤ مارس سنة ١٩٧٣، بات يسير نحو الروابط المباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن، فوجود مشاريع عملاقة من جهة، ورغبة الادارة في أن تتعاقد مع شخص واحد يكون مسئولاً في مواجهتها عن تنفيذ العقد بأكمله من جهة ثانية، جعل الادارة الفرنسية تنظر الي التعاثد من الباطن علي انه حقيقة عملية لازمة، ولابد من التعامل معها بشكل مباشر ومنتظم، أضف الي ذلك أن التعاقد من الباطن بات له دور كبير في تنشيط الحياة الاقتصادية، وذلك بتمكين الشركات الصغيرة والمتوسطة من المشاركة في المشاريع التي تتولاها الشركات الكبيرة عن طريق التعاقد من الباطن[٢].

---

(1) CE 21 juillet 1970, Lachaud et Aubineau, req.n°66475.

ويراجع ايضا حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ٥ يناير ١٩٥١ في قضية commune de la saprron، وانظر كذلك حكمه الصادر بتاريخ ٩ يناير ١٩٢٤ في قضية Cie Continental، مشار اليهما لدي مؤلف ا.د. سليمان الطماوي، مولفة في العقود الادارية ، مرجع سابق ، ص ٤٤٢.

(2) Flacheu (georges) le contrat de sous-traitance dans les marches des travaux publics.JCP 1974.1. Doctrine.2596.

٢-موقف مجلس الدولة المصري:

سار مجلس الدولة المصري علي ذات درب نظيره الفرنسي، فقد ذهبت محكمة القضاء الاداري في العديد من احكامها الي التاكيد علي اعتبار التعاقد من الباطن بدون ترخيص من الادارة يعتبر خطأ جسيماً يبرر توقيع اقصي الجزاءات علي المتعاقد الاصلي، وفي هذا الشأن تقول في أحد احكامها: "إن العقود الادارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعها ولو لم ينص عليها العقد، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الادارة شخصية، أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً وبنفسه فلا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد بدون موافقة الادارة فإن التنازل يعد باطلاً بطلاناً متعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد وخصوصاً فسخ العقد أو الغاؤه اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم، وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن إذ أنه ما لم توافق جهة الادارة علي التعاقد من الباطن فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الاعمال المطلوبة منه او التي ارتبط بها الي شخص آخر"[١].

وأيدت المحكمة الادارية العليا اتجاه محكمة القضاء الاداري، فأكدت علي ضرورة موافقة جهة الادارة علي قبول المتعاقد من الباطن حيث قالت انه: "من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الادارة شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشانها من الباطن الا بموافقة الادارة، فإذا حصل التنازل يعتبر باطلا ولا يحتج به في مواجهة الادارة، فلا تنشأ بين المتعاقد بين الباطن وبين الادارة أية علاقة، ويبقي المتعاقد الاصلي مسئولاً في مواجهة الادارة في كلا الحالتين"[٢].

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا الطعن رقم ٣٦٣٤٤ لسنة ٦١ ق، جلسة ٢٠١٦/٣/٢٢ حكم المحكمة الادارية العليا الطعن رقم ٤٦٥٣٤ لسنة ٦٢ ق، جلسة ٢٠١٧/٣/٢٥، ويراجع حكم المحكمة الادارية العليا الطعن رقم ٦٠٣٦ لسنة ٤٣ ق، جلسة ١٩٩٩/١١/٣٠، ويراجع حكم محكمة القضاء الاداري، الدعوي رقم ١٩٨ لسنة ١١ ق س، جلسة ١٩٥٧/١/٢٧، المجموعة ، السنة ١١، ص١٧٤. وراجع حكمها في ١٩٦٥/٤/١٤، مجموعة الاحكام في خمس سنوات (١٩٦١- ١٩٦٦).

[٢] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ١٣١٢٢ لسنة ٦٩ ق ع، جلسة ٢٠١٧/١٢/٢٦، ويراجع حكمها في الطعن رقم ٥٢٧١ لسنة ٤٦ ق ع، جلسة ٢٠١٠/٣/١٦، ويراجع حكمها في الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق ع، جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٨، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الادارية العليا في خمسة عشر عاماً، من أول اكتوبر ١٩٥٥ الي آخر سبتمبر ١٩٧٠، ص١٥٦.

وعلى ما يبدو أن الموقف المتشدد السابق لمجلس الدولة المصري بشأن التعاقد من الباطن دون أخذ موافقة الجهة الادارية كان له ما يبرره من اغفال المشرع النص على إباحة التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية تارة، وبالحظر الصريح له في ظل أحكام قانون المناقصات والمزايدات رقم ٨٩/ ١٩٩٨ – الملغي– تارة أخرى .

أما بعد صدور قانون التعاقدات الحكومية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية الذي سمح للمتعاقد مع الادارة أن يتعاقد مع الغير في تنفيذ جزء من العقد الاداري، كنتيجه ضرورية للاعتبارات العملية التي قد تصاحب المتعاقد في تنفيذ العقد من صعوبات عساها أن تطرأ أثناء التنفيذ، تجعله في حاجة الي متعاقد آخر يعينه علي اتمام ما تعاقد عليه.

وهكذا، فإن المشرع الفرنسي اباح التعاقد من الباطن ونظم احكامة واشترط موافقة الجهة الادارية علي قبول المتعاقد من الباطن، وهو ما سايره فيه المشرع المصري حديثاً منذ صدور قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨م، حيث كان مجلس الدولة المصري قبل صدور القانون سالف الذكر يشترط موافقة الجهة الادارية لقبول التعاقد من الباطن، الا انه كان يلجأ لتبرير مشروعية ذلك الي الاحكام العامة، ومع صدور القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٦ لم يعد هناك حاجة الي اللجوء الي القواعد العامة في هذا الشأن نظراً لتنظيم احكامها بموجب القوانين الخاصة.

واذا قبلت الادارة المتعاقد من الباطن ووافقت عليه، اصبح يتمتع بالحماية القانونية في مواجهتها وفي مواجهة المتعاقد الاصلي، والمتمثل في السداد المباشر والدعوي المباشرة، اما اذا لم توافق الجهة الادارية علي قبول المتعاقد من الباطن إذا قدمه المتعاقد الاصلي أو لم تعلم به لعدم تقديمه من قبل المتعاقد الاصلي، فانه لا تربطة بالجهة الادارية أي علاقة تعاقدية ولا يتمتع بحقوق من قبل الادارة وإنما يربطة بالمتعاقد الاصلي عقد ينظمة احكام القانون الخاص[١].

فإذا كان ما تقدم هو موقف المتعاقد من الباطن المعلوم لجهة الادارة، فما هو موقف المتعاقد من الباطن الخفي الذي لا تعلم جهة الادارة عنه شيئاً، وتعاقد معه المتعاقد الاصلي لتنفيذ جزء من العقد الذي تم ابرامه بينه وبين جهة الادارة، فإن الاجابة علي هذا التساؤل هي بذاتها موضوع المبحث التالي.

---

[١] يراجع حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ٢٦٧٤٥ لسنة ٥٤ ق ع، جلسة ٢٠١٧/٤/١٨.

المبحث الأول

الحماية القانونية للمتعاقد من الباطن

الخفي في العقود الادارية

تهميد وتقسيم:

نتعرض في هذا المبحث لتحديد إطار الحماية القانونية المكفولة للمتعاقد من الباطن الخفي (المستتر) في نطاق العقود الادارية[١] ويعتبر المتعاقد من الباطن خفي او مستتر إذا عهد اليه تنفيذ مرحلة من الاعمال دون أن يحصل علي موافقة رب العمل أو أو قبولة لشروط الدفع المتفق عليها في العقد من الباطن، وإذا كان قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ قد خول المتعاقد من الباطن وسيلتين من وسائل الحماية هما : الدفع المباشر la paiement direct والدعوي المباشرة l' action direct التي يستطيع عن طريقهما اللجوء مباشرة الي رب العمل للمطالبة بحقوقه مقابل ما قام بتنفيذه من أعمال.

ونجد أن المشرع قد التزم في هذا القانون مبدأ عاماً يقوم علي الربط بين الاستفادة من نظام الدفع المباشر أو الدعوي المباشرة، وبين الإحترام الصارم لإجراءات الموافقة والقبول وإن كان ذلك لا يحدث دائما في الواقع العملي.

ففي بعض الحالات يعهد المتعاقد الاصلي الي المقاول من الباطن تنفيذ جزء من محل العقد الاداري، ثم لا يبادر بتقديمه الي رب العمل للحصول علي موافقته وقبوله لشروط الدفع الامر الذي يؤدي الي دخول ذلك المتعاقد الي ساحة تنفيذ الاعمال باعتباره متعاقداص مستتراً أو خفي غير مرخص له non autoeisé.

---

[١] يحق للشركة الرئيسية استخدام التعاقد من الباطن بحرية ، وهو حق معترف به بموجب المادة ١ من قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥. وبالتالي لا يمكن للسلطة المتعاقدة العامة أن تمنعه من إسناد جزء من العملية إلى شركة اختارها وتتعاقد معها بحرية وبشكل مباشر.الا انه يشترط موافقة جهة الادارة فالمتعاقد الاصلي له مطلق الحرية في اختيار متعاقدين معه علي تنفيذ جزء من العقد الاصلي ، الا انه ملتزم بابلاغ جهة الادارة.
CAA Bordeaux, 15 décembre 1997, S.A. Thermotique c/Ville de Nîmes, n° 94BX01637Rec. CE, p.582.

ومما لا شك فيه ان رب العمل يعلم بتواجد المتعاقد من الباطن الخفي بشكل أو بأخر ولو بطريقة ضمنية، وذلك عن طريق القائمة التي يقدمها المتعاقد الاصلي أو نتيجة لظهور المتعاقد من الباطن علي ساحة تنفيذ الأعمال[١].

وتجدر الاشارة الي أن المتعاقد الخفي من الباطن قد يصبح في وضع صعب وحرج وبصفة خاصة عندما تتعثر الشركة الاصلية او المتعاقد الاصلي مالياً، ويظهر ذلك في عدم حصوله علي مستحقاته عن الاعمال التي قام بتنفيذها، ونتيجة لذلك سيلجأ ذلك المتعاقد الخفي من الباطن الي جهة الادارة (رب العمل) للمطالبة بحقوقه إلا أنه سيجد نفسه في ذلك الوقت محروماً من حق الدفع المباشر أو ممارسة الدعوي المباشرة وذلك لعدم توافر الشروط اللازمة للاستفادة من هاتين الميزتيْن.

وبالتالي يبدو المتعاقد الخفي من الباطن في وضع غير ملائم في علاقاته مع اطراف العقد في مواجهة الغير، وقد علق علي ذلك الاستاذ "Moderne" الذي يشير الي ان المتعاقد من الباطن في هذا النواع يكون في وضع مزعزع يجعل حصوله علي مقابل ما قام به من اعمال مشوباً بالصعوبة البالغة لا سيما لو أعسر المتعاقد الاصلي حيث لا يكون لعقد التعاقد من الباطن في هذه الحالة اية حجية في مواجهة رب العمل جهة الادارة أو الغير[٢].

وفي هذا الصدد يثور التساؤل التالي: هل ثمة وسائل حماية خولها المشرع المصري والفرنسي للمتعاقد الخفي من الباطن في نطاق العقود الادارية؟ وهذا ما سنتعرض له بالتفصيل في هذا المبحث علي النحو التالي :

المطلب الاول : مدي مسئولية جهة الادارة في مواجهة المتعاقد من الباطن الخفي .

المطلب الثاني : اساس مسئولية جهة الادارية .

المطلب الثالث : وسائل الحماية القانونية للمتعاقد من الباطن الخفي.

---

[١] د. وليد فاروق جمعة،حماية المقاول من الباطن في اطار عقود الاشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق حامعة عين شمس،٢٠٠٠، ص ٤٠٧.

[2] **F.MOderne**:" la sous-traitonce dans les Marchés de travaux publics, le sort précaire de sous-traitart occulte",Mon . trav. Pub.22 fév 1983: no 23 :p.3ets.

وفي نفس المعني راجع ايضا:

Roulet et M. Peisse" sous-traitonce**:** le conséquences du début d'acceptation et d'agrément" Gaz.pal. 1980, 2. Doct p. 481 ets.

المطلب الاول

مدي مسئولية جهة الادارة في

مواجهة المتعاقد من الباطن الخفي

المتعاقد من الباطن الخفي (المستتر) أو غير المرخص به هو الذي لا يعلم به رب العمل[١] فيتم التعاقد معه دون الحصول علي موافقة رب العمل الصريحة أو الضمنية ودون إقراره لشروط الدفع المتفق عليها في التعاقد من الباطن، أو هو الذي تقدم به المتعاقد الاصلي لجهة الادارة لقبوله إلا انها لم توافق علي شروط الدفع الخاص به ولم تقبله متعاقداً من الباطن، وهذا الوضع المضطرب للمتعاقد المستتر من الباطن يجعله في موقف غير ثابت ويظهر ذلك بوضوح علي مستوي العلاقات المتولدة عن عقد التعاقد من الباطن وأيضا بالنسبة للغير" [٢] .

وحكم هذا النوع من التعاقد عدم سريانه في حق رب العمل، كما لا يحتج بها في مواجهة الغير، وإزاء رب العمل فالأصل ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل والمتعاقد الخفي أو المستتر من الباطن، حيث لا يربطهما أي تعاقد، فالتعاقد إنما يربط المتعاقد الاصلي برب العمل أو المتعاقد من الباطن الذي قدمة المتعاقد الاصلي ووافق عليه رب العمل، وانما تكون العلاقة بين رب العمل والمتعاقد المستتر من الباطن علاقة عير مباشرة.

فما هو مدي **مسئولية جهة الادارة في مواجهة المتعاقد من الباطن الخفي** في التشريع الفرنسي والمصري وهذا ما سنبينه من خلال الدراسة في الفرعين التالييْن:

---

[١] تجدر الاشارة الي عدم علم رب العمل بوجود المتعاقد المستتر من الباطن يصعب التسليم به من الناحية العملية ،إذ أن الإدارة تمارس سلطتها في الرقابة والإشراف دائما بما يحقق تواجدها وعلمها بما يجري علي ساحة تنفيذ الأعمال.

[2] **F.MOderne**:" la sous-traitonce dans les Marchés de travaux publics, le sort précaire de sous-traitart occulte",Mon . trav. Pub.22 fév 1983: no 23 :p.4 ets.

الفرع الاول

الوضع في فرنسا

اذا كان قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ قد أنشأ علاقة مباشرة بين جهة الإدارة والمقاول المقبول من الباطن فإن غالبية الفقه الإداري قد اتفق علي ان هذه العلاقة ليست علاقة تعقدية بل انها علاقة قانونية، حيث تجد مصدرها في نصوص هذا القانون، خاصة ان العقد هو وليد الإرادة الحرة لطرفيه، كما أن التعاقد ينبغي أن يتضمن كافة جزئيات ومشتملات العقد وهو ما لا يتوافر في علاقة جهة الادارة بالمتعاقد من الباطن، ولعل ذلك ما أكده "Larroumet" حيث قال:" ولا توجد اية رابطة قانونية تربط بين الدائن أو المدين في عقد والمدين أو الدائن في عقد من الباطن.."[١].

وعلي الصعيد القضائي فإن مجلس الدولة الفرنسي قد خلص الي أنه ليس من شأن الدفع المباشر أو الدعوي المباشرة الذين خولهما قانون ١٩٧٥ للمتعاقد من الباطن للرجوع علي رب العمل وخلق أية رابطة عقدية بين الطرفين[٢].

وإذا كان الوضع كذلك بالنسبة للمتعاقد من الباطن الذي تم الموافقة عليه وقبول شروط الدفع من قبل رب العمل فمن باب أولي المتعاقد من الباطن الخفي غير المرخص له والذي عهد اليه تنفيذ الاعمال بإعتباره خفي ومستتراً فإنه لا يمكن أن يرتبط بأية علاقة عقدية مع رب العمل حيث لا يربطهما أي تعاقد، وإنما تكون العلاقة بين المتعاقد الخفي من الباطن ورب العمل علاقة غير مباشرة إذ يتوسطهما المتعاقد الاصلي، وبالتالي لا يمكن اللجوء لأية دعوي تستند الي فكرة المسئولية العقدية، وهذا ما درجت عليه التطبيقات القضائية في فرنسا في القضاء الاداري.

---

(1) Ch. Larroumet"les operations Juridiques à trois pers ones en droit privé, thése, Bordeaux, 1968, no 90, p.183".
"Qu aucun lien de droit n unit le créancier le débiteur dans un contrat au debiteur ou créancier dans un sous-contrat.."

(2) C.E, 27 mars 2013, n° 360505, SELARL EMJ, Mentionné dans les tables du recueil Lebon (Intérêt à agir du sous-traitant.
-Dans un arrêt en date du 6 mars 1987, OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux, le Conseil d'Etat a rappelé cette règle de principe en ces termes.
-CE 11 juillet 1988, Chambre des Métiers d'Ille et Vilaine, req.n°56630.

–حيث رفض مجلس الدولة الفرنسي منذ بداية عهده إعمال قواعد المسئولية العقدية فيما بين رب العمل والمتعاقد من الباطن حيث إنه لم يعترف للمتعاقد الخفي من الباطن بحق اختصام رب العمل علي اساس الدعوي العقدية وذلك لعدم وجود اية علاقة عقدية تربط بين الطرفين[١]. واستمر الوضع علي ذلك حتي وصل المجلس الي ضفاف نظرية عامة التطبيق.

وفي عام ١٩٥٨ طبق المجلس هذا المبدأ صراحة حيث ذهب الي أن المتعاقد من الباطن في جميع الفروض لا يمكنه مطالبة رب العمل بحقوقه عن طريق الدعوي العقدية وذلك نظراً لعدم وجود علاقة عقدية تربط بينهم[٢].

كما صاغ مجلس الدولة الفرنسي ذلك المبدأ في حكمة الشهير في قضية "Chatillon" الصادر بتاريخ ٦ مارس عام ١٩٨٧ فقد جاء في هذا الحكم ".. ولئن كان قانون ٣١ ديسمبر عام ١٩٧٥ قد أقام علاقة قانونية مباشرة بين المتعاقد من الباطن ورب العمل الا انه لم يرتب اية التزامات عقدية علي عاتق المتعاقد من الباطن تجاه رب العمل، ويسري ذلك المبدأ من باب اولي علي المتعاقد الخفي من الباطن الذي لا تربطه برب العمل أية علاقة مباشرة"[٣].

الا إن مجلس الدولة الفرنسي قد غاير من موقفه وسلك اتجاةً آخر اجاز بمقتضاه رجوع جهة الادارة علي المتعاقد من الباطن بصفة عامة والمتعاقد من الباطن الخفي بصفة خاصة بالمسئولية التقصيرية .

حيث صدر حكم من مجلس الدولة في ٧ ديسمبر ٢٠١٥، وضع من خلاله مبدأ قضائياً هاماً اجاز بمقتضاه للسلطة المتعاقدة تحريك دعوي المسئولية شبه التقصيرية عن الضرر مباشرة ضد المقاول من الباطن الذي تسبب فيه[٤].

---

(1) C.E, 18 Janv 1946, sté Francaise de materaux et pro-duits hydrolugés leb., p.21.

(2) C.E, 5 nov 1958, Rec.dalloz sirey.

(٣) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٦ مارس ١٩٨٧ في قضية H.L.M.de chatil lon، المنشور في مجلة les petites affiches في ١٥ ابريل سنة ١٩٨٧ .

(٤) CE, 7 décembre 2015, n°380419.

حيث جاء بحيثيات هذا الحكم والذي غاير فيه مجلس الدولة من اتجاهاتها السابقة واجازت رجوع الجهة الادارية علي المتعاقد من الباطن الخفي حيث قال "ان شركة Lanos Isolation فازت بالقيام "بعمل صيانة داخلية"=

صحيح أن السلطة المتعاقدة لا تستطيع أن ترجع بالمسؤولية التعاقدية للمقاول من الباطن بسبب عدم وجود صلة تعاقدية مباشرة بينهما، إلا أن المسألة تكون أكثر حساسية فيما يتعلق بالمسؤولية شبه التقصيرية المتعلقة بالضرر. وحتى ذلك الحين، ووفقا لحكم صادر من مجلس الدولة[١]، لم تستطع السلطة المتعاقدة الرجوع علي المقاول من الباطن كضامن . ولذلك فإن السوابق القضائية الإدارية تحبذ المسؤولية التعاقدية على المسؤولية شبه التقصيرية المتعلقة بالضرر.

هذا وقد اشار مجلس الدولة إلى المبدأ القائل بأن الإجراءات التي تتخذها السلطة المتعاقدة بهدف "إصلاح الآثار الضارة لعيب يعزى إلى تصميم أو تنفيذ عمل"يجب أن توجه ضد المتعاقد الذي "أبرم معه العقد" غير أن هذا الموقف مختلف عن الواقع لأن قضاة النقض

=التي أطلقتها النقابة العامة للبلديات Bihorel Bois-Guillaume لإصلاح حمام السباحة الخاص بها للقيام بالعمل على طريق المنحدر الخاص بالتزحلق ، في حين تعاقدت الشركة الرئيسة "المتعاقد الاصلي" مع شركة من الباطن دون علم جهة الادارة وهي شركة لاسارات. لتنفيذ هذه الاعمال، وبعد الانتهاء من الاعمال وتسليمها ظهرت عيوب بعد ثلاثة أشهر فقط من التسليم غير المشروط للأعمال. ولذلك ، لجأت السلطة المتعاقدة جهة الادارة الي المحكمة الإدارية في روان من أجل تعويضها عن هذه العيوب بمبلغ ١٥٤.١٧.٣٨ يورو. هذا وقد أدان القضاة الأولون مدير المشروع والشركة المتعاقدة الاصلية بشكل مشترك ، في حين رفضوا طلب إدانة المتعاقد من الباطن على أساس العلاقة العقدية.

وهو ما انتهت اليه المحكمة الادارية الاستئنافية بDouai حيث اكدت علي عدم مسئولية المتعاقد من الباطن لعدم وجود رابطة عقدية بينه وبين جهة الادارة وإنما تقع المسئولية علي عاتق المتعاقد الاصلي ، و كان علي البلدية القيام بالتماس المسؤولية شبه المتعلقة بالضرر التي تقع على عاتق المقاول من الباطن مباشرة.=

=وقد طعنت السلطة المتعاقدة جهة الادارة علي هذا الحكم امام مجلس الدولة الفرنسي ضد المتعاقد من الباطن مباشرةً ، ولم تطعن علي الحكم بصفة المتعاقد من الباطن تربطه بها علاقة عقدية لعدم توافرها وفق السوابق القضائية، وإنما طعنت علي الحكم لوجود شبه مسئولية تقصيرية تجاه المتعاقد من الباطن.

هو ما قضي به مجلس الدولة في هذا الطعن والذي بموجبه لم يعد المتعاقد الاصلي مسئولاً وحده عن تنفيذ العقد وضمان العيوب وإنما المتعاقد من الباطن مسئول معه علي اعتبار شبه المسئولية التقصيرية وتنعقد مسئولية المتعاقد من الباطن في حالتين: الاولي في حالة انتهاك وخرق قواعد القانون، والثانية: او الجهل بالاحكام التشريعية والتنظيمية. وبالتالي فإن أخطاء المقاول من الباطن الناتجة عن خرق التزاماته التعاقدية لا يمكن الاحتجاج بها مباشرة من قبل السلطة المتعاقدة في مجال المسؤولية شبه التقصيرية.راجع في ذلك:

dans COMMANDE PUBLIQUE,Commande publique - Responsabilité des sous-traitants : une brèche sous deux conditions, Publié le 17 décembre 2015, https://www.banquedesterritoires.fr/responsabilite-des-sous-traitants-une-breche-sous-deux-conditions.

[١]CE, 30 juin 1999, n°163435.

يسمحون الآن للسلطة المتعاقدة بأن تسعى مباشرة إلى مسؤولية المتعاقد من الباطن "في الحالة التي لا يمكن فيها السعي على نحو مفيد إلى مسؤولية الطرف المتعاقد أو الأطراف المتعاقدة". وستكون هذه المسؤولية شبه طبيعية ويمكن اللجوء اليها في **حالتْن:** الاولي: عند انتهاك الممارسات الهندسية الجيدة، أما الثانية فتتحقق عند انتهاك القوانين والأنظمة.

ومن ناحية أخرى، لا يمكن للسلطة المتعاقدة أن تتذرع بشكل مباشر بأخطاء المقاول من الباطن الناجمة عن انتهاك التزاماته التعاقدية في مجال المسؤولية شبه القانونية؛ ولذلك لم يعد المتعاقد الرئيسي مسؤولاً وحده عن التنفيذ السليم للعقد، وبما أن السلطة المتعاقدة تستطيع في الحالتين السابقتين مهاجمة المتعاقد من الباطن مباشرة وهو ما ينطبق علي هذه الحالة، مما يستوجب معه إلغاء الحكم الحكم الصادر عن المحكمة الاستئنافية.

<u>التعليق علي اتجاه مجلس الدولة الحديث:</u>

من الملاحظ أن مجلس الدولة قد وسع في نطاق اجتهاداته، وقرر مسئولية المشاركين في البناء الذين لا تكون السلطة المتعاقدة ملزمة بالعقد معهم عن شبه الضرر، ولكنه يعترف الآن بطريقة أكثر صرامة من قضائه السابق الذي كان يقبل فيه اعتبار الإخلال التعاقدي مرتباً لمسؤولية شبه تقصيرية على التعامل من الباطن.

بالإضافة إلى ذلك تجدر الإشارة إلى أن هناك حكم صدر مؤخرا عن محكمة التنازع، في ١٦نوفمبر ٢٠١٥[1]، منح المحاكم سلطة البت في الطعون المتعلقة بالضمانات التي تقدمها الجهة الادارية ضد المتعاقد من الباطن؛ ولذلك فإن النظام القانوني للمتعاقدين من الباطن يمر بتغيير كبير، لا سيما في ظل تأثير قانون المشتريات العامة المؤرخ ٢٣ يوليه ٢٠١٥. فعلى سبيل المثال، إذا كان قانون عام ١٩٧٥ قد حظر التعاقد الكامل من الباطن، فإن الامر يسمح الان للمشتري بأن يشترط علي المورد أن يستعين بالمتعاقد من الباطن للقيام "بمهام أساسية معينة".

وبالتالي يعتبر هذا توسعاً من مجلس الدولة الفرنسي في جواز لجوئه إلى جهة الادارة المتعاقدة لاختصام المتعاقد من الباطن غير المعلن او الخفي بالدعوي المباشرة عن المسئولية شبه التقصيرية.

---

(1) TC, 16 novembre 2015, n°4029.

وعليه نستطيع أن نستنتج ان جهة الادارة رغم عدم وجود علاقة عقدية بينها وبين المتعاقد الخفي من الباطن، الا انه يحق لها الرجوع عليه مباشرة بالتعويض اذا ما كان ثمة اخلال جسيم من جانبه؛ وبالتالي فإنه طالما انه يحق لجهة الادارة المتعاقدة الرجوع علي المتعاقد من الباطن الخفي بالمسئولية التقصيرية، فإنه من باب أولي السماح للمتعاقد من الباطن الخفي بالرجوع علي جهة الادارة بمسئوليتها التقصيرية تجاه المتعاقد من الباطن الخفي ولاثرائها نتيجة للاعمال التي قام بها المتعاقد من الباطن الخفي بشرط افتقاره وذلك علي نحو ما سيرد تفصيلاً.

ونخلص من ذلك الي أن القاعدة التي قررها الفقه والقضاء الاداريين في فرنسا هي عدم وجود اية علاقة قانونية أو عقدية تربط بين المتعاقد الخفي من الباطن وجهة الادارة، وبالتالي يجب علي المتعاقد من الباطن في حال عدم قبوله وعدم اعتماد شروط الدفع له من قبل الادارة ان يتوجه للمتعاقد الاصلي لكي يطالب بحقوقه، وان يلجأ الي ممارسة دعوي المسئولية التقصيرية حال خطأ الادارة.

الفرع الثاني

الوضع في مصر

لا شك ان اتجاه المشرع المصري لا يتغير كثيراً عن اتجاه المشرع الفرنسي بشأن فكرة التعاقد من الباطن، حيث نالت الفكرة قسطاً من التعمق في مصر، من خلال ارتياد معالجاتها بالمؤلفات العامة، حيث كان للفقه دور كبير بخصوص هذه المسألة، وتفصيل ذلك يكون رسم ملامحه على النحو التالي:

أولاً: موقف المشرع المصري:

إذا كان المشرع المصري لم يعالج احكام التعاقد من الباطن في القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية[١]، ومن ثم فهو مباح غير محظور، شريطة موافقة الادارة عليه، وعلي ذلك فإن التعاقد من الباطن دون موافقة جهة الادارة لا يحتج به في مواجهتها،

---

[١] تم الغاء هذا القانون بموجب المادة الثالثة من مواد إصدار القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والمنشور بالجريدة الرسمية العدد ٣٩ مكرر (د) في ٣ أكتوبر سنة ٢٠١٨.

ويعرض المتعاقد الاصلي لاقصي الجزاءات باعتباره خطأ عقدياً ومخالفة لمبدأ التنفيذ الشخصي لعقد الاشغال العامة.

وبالتالي يظل المتعاقد الاصلي مسئولاً وضامنا لتنفيذ العقد حيث لا تنشأ رابطة عقدية بين الادارة والمتعاقد المستتر من الباطن الذي لا يمكنه أن يطالب الادارة باي حق علي اساس تعاقدي، ويترتب علي القاعدة السابقة انه ليس للمتعاقد من الباطن ان يختصم جهة الادارة مباشرة أو أن يطالبها بتسوية ثمن ما تم تنفيذه من اعمال وليس له أن يناقش عناصر الحساب ولا أن يتظلم من الجزاءات الموقعة علي المقاول الاصلي حتي فيما يتعلق بالاعمال المتعاقد عليها من الباطن إذ أن مبدأ التنفيذ الشخصي وعدم وجود رابطة قانونية بينه وبين الادارة يحولان دون مطالبة الادارة بحقوقه أو التدخل في العلاقات بين الادارة والمتعاقد الاصلي ، وفي المقابل لا تسطيع الادارة أن تستدعي مسئولية المتعاقد من الباطن عن طريق الدعوي المباشرة في حالة تنفيذ الاعمال المتعاقد عليها بشكل معيب، وإن امكتها الرجوع عليه علي اساس المسئولية التقصيرية. ولما كان المتعاقد الباطن المستتر أو الخفي ، فإنه يملك طبقا للقواعد العامة مقاضاة جهة الادارة عن طريق الدعوي غير المباشرة مستخدما حقوق مدينه المتعاقد الاصلي[١].

إلا أن الوضع السابق تغير كلياً مع صدور القانون رقم ١٨٢لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية؛

حيث أن المشرع المصري نظم احكام التعاقد من الباطن، وحدد الشروط الواجب اتباعها لتعاقد المتعاقد الاصلي مع آخرين من الباطن لتنفيذ جزء من المهام الموكولة الي المتعاقد الاصلي، واشترط موافقة وقبول جهة الادارة للمتعاقد من الباطن الذي يستعين به المتعاقد الاصلي، حيث نصت المادة الخامسة والعشرون من القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ علي أن " يجوز لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد الي غيره من الباطن علي أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم، وما سيتم إسناده اليهم من بنود وذلك وفقاً للمحددات وأي اشتراطات أخري تضمنها الجهة الادارية بكراسة الشروط والمواصفات .

---

[١] د. محمد سعيد امين، تنفيذ العقود الادارية، مرجع سابق ، ص ٨١

ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الجهة الادارية المتعاقدة. وفي جميع الاحوال، يظل المتعاقد دون غيره مسئولاً أمام الجهة الادارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد".

كما أن الفقرة الاخيرة من المادة ٥٧ من اللائحة التنفيذية[١] لهذا القانون قد نصت علي أن: " ولا يعفى المتعاقد من مسوليته التعاقدية ويظل مسئولاً وحده عن أية أفعال أو أعمال أو أخطاء في تنفيذ العقد، كما يلتزم باطلاع من اسند اليهم بعض بنود العملية من الباطن علي ما يخصهم من شروط العقد".

<u>ومما سبق يتضح الآتي:</u>

- أن المشرع المصري لاول مرة ينظم احكام التعاقد من الباطن بتشريع خاص ويحدد الشروط الواجب توافرها في المتعاقد من الباطن الذي يعهد اليه المتعاقد الاصلي بتنفيذ جزء من الأعمال المعهودة اليه تنفيذها.
- يظل المتعاقد الاصلي المسئول الاول والاخير امام الجهة الادارية عن تنفيذ العقد.
- ضرورة موافقة الجهة الادارية المتعاقدة علي قبول كل متعاقد من الباطن يتعاقد معه المتعاقد الاصلي، كما أن المتعاقد الاصلي قد يحدد من سيستعين بهم من المتعاقدين من الباطن في بداية تعاقده وعند تقديم اوراق اعتمادة ، أو بعد ابرام التعاقد الاصلي اذا دعت الضرورة الي ذلك شرط موافقة الجهة الادارية.
- المتعاقد من الباطن الذي تقبله جهة الادارة وتوافق عليه يمتع بحقوق المتعاقد الاصلي من الحق في الدفع المباشر والحق في رفع الدعوي المباشرة لوجود علاقة عقدية تربطة بالمتعاقد الاصلي وجهة الادارة .

- بمفهوم المخالفة لكل ما تقدم فإن المتعاقد من الباطن الخفي أو غير المرخص له الذي لم توافق عليه جهة الادارة، أو لم تعلم عن تعاقده شيئاً، لا تربطة بالجهة الادارية أية علاقة عقدية وإنما يربطه بالمتعاقد الاصلي علاقة عقدية خاصة فى نطاق القانون الخاص، ولا تبيح له الرجوع علي الادارة لاستيفاء حقوقها وحقوق

---

[١] قرار وزير المالية رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩ بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ ، المنشور بالوقائع المصرية – العدد (ب) في ٣١ اكتوبر سنة ٢٠١٩.

المتعاقد الاصلي؛ وكنتيجة حتمية لذلك نجد ان هذا القانون لم ينظم حقوق وواجبات المتعاقد من الباطن الخفي الذي لم يقدمة المتعاقد الاصلي او قدمه ولم توافق عليه الجهة الادارية.

ثانياً: موقف الفقه:

فقد قيل أن هذا المبدأ يعد من مقتضيات فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الاداري ومؤدى ذلك أنه يمتنع علي المتعاقد من الباطن مساءلة جهة الادارة عقدياً عن الجزء الذي تولي تنفيذه بموجب عقد التعاقد من الباطن الخفي غير المرخص به، وان كان يملك طبقا للقواعد العامة امكانية مقاضاة الادارة عن طريق الدعوي غير المباشرة مستخدماً في ذلك حقوق مدنية المتعاقد الاصلي[١].

ولقد سلك الاستاذ الدكتور سليمان المطاوي ذات الطريق مؤكداً أن " التعاقد من الباطن الذي يتم بغير موافقة رب العمل لا يمكن أن يحتج به في مواجهة الادارة ويظل المتعاقد الأصلي مسئولا في مواجهة الادارة كما لو كان عقد التعاقد من الباطن غير قائم. ومن ثم فليس للمتعاقد من الباطن – بدون موافقة الادارة – أن يرجع علي الادارة بأي حقوق تعاقدية وإن كان له أن يرجع علي اساس آخر لا سيما فكرة الاثراء بلا سبب كما أنه يستطيع كدائن للمتعاقد الاصلي أن يطالب الادارة بحقوق مدينه وفقا للقواعد المقررة في هذا الخصوص"[٢].

ويعلق احد الفقه علي ذلك قائلاً: "أنه لا يجوز ان يتمسك المتعاقد من الباطن المستتر من الباطن بعقد المقاولة من الباطن غير المرخص به (الخفي) تجاه رب العمل إذ لا ينشئ ذلك العقد أية رابطة عقدية بين جهة الادارة والمقاول من الباطن ونتيجة لذلك لا يمكن لذلك الاخير مطالبة الادارة بحقوقه عن الاعمال التي قام بتنفيذها علي اساس تعاقدي وإن له الرجوع علي الادارة علي اسس أخري كالاثراء بلا سبب أو عن طريق دعوي غير مباشرة بصفته دائنا للمتعاقد الاصلي وهي الدعاوي المعروفة في القانون المدني"[٣].

---

[١] يراجع في ذلك دكتور .محمد سعيد حسين أمين، المرجع السابق، ص٨١

[٢] يراجع في تفصيل هذه الفكرة أستاذنا العميد سليمان الطماوي،المرجع السابق، ص ٤٠٠.

[٣] د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري، القاهرة : دار النهضة العربية، ١٩٨٢الطبعة ١، ص١٣٨.

وقد ذهب احد الفقه الي أن الاصل هو عدم وجود علاقة مباشرة بين المتعاقد من الباطن ورب العمل لانتفاء التعاقد بينهما، وإنما تنشأ علاقة غير مباشرة بينهما علي اساسها علاقة كل منهما بالمقاول الاصلي ولذلك يلجأ كل منهما الي الدعوي غير المباشرة يرفعها باسم مدينه المقاول الاصلي للمطالبة بالحقوق التي لهذا المقاول لدي الآخر. وعن طريقها يطلب رب العمل من المقاول بإنجاز العمل وبتسليمه اياه وبالضمان، وأيضا فللمقاول من الباطن مطالبة رب العمل بتمكينه من العمل وتسلمه مستعملاً حق مدينه المقاول الأصلي[١].

ويقول في ذلك الاستاذ الدكتور سليمان الطماوي، أن العلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن هي علاقة غير مباشرة إذ يتوسطهما المتعاقد الاصلي فلا يطالب رب العمل المقاول من الباطن مباشرة بالتزاماته، بل الذي يطالب بها المقاول الاصلي كما لا يطالب المقاول من الباطن رب العمل مباشرة بالتزاماته وإنما يطالب بهذه الالتزامات المقاول الاصلي. وعلي ذلك فإن الاتزام بإنجاز العمل يطالب به المقاول الاصلي المقاول من الباطن بموجب عقد المقاولة من الباطن، ولا يستطيع رب العمل أن يطالب مباشرة المقاول من الباطن بهذا الالتزام لا بموجب عقد المقاولة الاصلي لان المقاول من الباطن ليس طرفاً فيه ، وإنما يستطيع رب العمل ان يطالب تامقاول من الباطن بهذا الالتزام بدعوي غير مباشرة، يرفعها بأسم مدينه المقاول الاصلي. كذلك لا يستطيع رب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بتسليم العمل، وإنما يستطيع ذلك بدعوي غير مباشرة يستعمل فيها حق مدينه المقاول الاصلي قبلمدين مدينه المقاول من الباطن. ولا يجوز أخيراص لرب العمل أن يطالب المقاول من الباطن مباشرة بالضمان ولكن يستطيع بالدعوي غير المباشرة أن يستعمل حق مدينة المقاول الاصلي في الضمان قبل مدين مدينه المقاول من الباطن[٢].

ومن ناحية اخري لا يستطيع المقاول من الباطن مطالبة رب العمل مباشرة بالتزاماته، والذي يطالب بها مباشرة وهو المقاول الاصلي. فالالتزام بتمكين المقاول من انجاز العمل والالتزام بتسلم العمل وتقبله لا يستطيع المقاول من الباطن الرجوع بهما مباشرة علي رب

---

[١] ا. انور طلبه ، المرجع السابق، الجزء الثاني، ص٦١.

[٢] يراجع في تفصيل هذه الفكرة أستاذنا العميد سليمان الطماوي،المرجع السابق، ص ٤٠٢.

العمل، وإنما يستطيع أن يستعمل حق مدينه المقاول الاصلي في الرجوع علي رب العمل بطريق الدعوي غير المباشرة. والالتزام بدفع الاجر لا يستطيع في الاصل المقاول من الباطن الرجوع به مباشرة علي رب العمل ولكن يجوز أن يستعمل حق المقاول الاصلي في اجره قبل رب العمل بطريق الدعوي غير المباشرة[١].

ويقول الدكتور فتحي فكري في هذا الصدد: إن التعاقد من الباطن الذي لا تفصح الادارة عن رضائها عنه لا ينشئ أي رابطة بين الادارة والمتعاقد من الباطن، فلا يجوز للاخير مطالبة الادارة بأي حقوق تستند الي العقد وإن جاز له الرجوع عليها ليس استناداً الي العقد وإنما طبقاً لقواعد أخري كالإثراء بلا سبب[٢].

وصفوة القول ان الفقه المصري اتفق علي عدم وجود علاقة عقدية بين المتعاقد الخفي من الباطن وجهة الادارة، وبالتالي لا يجوز رجوع المتعاقد الخفي من الباطن علي جهة الادارة (الجهة المتعاقدة) بأية دعوي مطالبة بحقوقه قبل المتعاقد الاصلي او المطالبة بحقوق المتعاقد الاصلي، وكل ما له هو الرجوع علي المتعاقد الاصلي بدعوي المطالبة بمقابل ما اداه من عمل للمتعاقد الاصلي .

ثالثاً: موقف مجلس الدولة المصري:

مما لا شك فيه أن موقف مجلس الدولة المصري لم يغاير موقف مجلس الدولة الفرنسي من حيث عدم وجود علاقة عقدية بين المتعاقد من الباطن وجهة الادارة، حيث قضي في الكثير من احكامه بأنه: "متى كان الأصل أن عقد الأشغال العامة وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الذى ابرم العقد في ظله رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ يحكم العلاقة بين رب العمل) الجهة الإدارية أو الشخص المعنوي العام) والمقاول الأصلي، وأن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يحكمها عقد المقاولة من الباطن، ويترتب على ذلك ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل في عقد الإشغال العامة ومقاول الباطن، إذ لا يربطهما أي تعاقد قد يسمح لأيهما بمطالبه الأخر مباشرة بتنفيذ التزامه"[٣].

---

[١] راجع في تفصيلات ذلك ، الدكتور **عبد الرازق السنهوري**، المرجع السابق، ٢٨١.

[٢] د. فتحي فكري ، المرجع السابق، ص ٦٩.

[٣] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ٢٦٧٤٥ لسنة ٥٤ ق ع ، جلسة ٢٠١٧/٤/١٨.

وبالتالي فلا يوجد علاقة تعاقدية بين المتعاقد من الباطن وجهة الادارة (الجهة المتعاقد)، فالعلاقة تكون علاقة غير مباشرة لا تعطي الحق للمتعاقد من الباطن مطالبة الجهة الادارية بالسداد المباشر، وان العلاقة تكون بين المتعاقد الاصلي وجهة الادارة.

وعلي الرغم من أنه لا توجد علاقة بين المتعاقد من الباطن الخفي وجهة الإدارة، إلا أنه يحق له الرجوع علي جهة الادارة من خلال دعوي الاثراء بلا سبب إذا ما توافرت شروطها علي نحو ما سيرد بيانه لاحقاً في المبحث الثاني.

المطلب الثاني

أساس مسئولية جهة الإدارة

تعرضنا فيما سبق إلي مدي مسئولية جهة الادارة في مواجهة المتعاقد من الباطن الخفي، وبينا انه لا توجد ثمة علاقة عقدية بينه وجهة الادارة، إلا أن المشرع ومجلس الدولة الفرنسييْن قد وسعا من نطاق مسئولية جهة الادارة تجاه المتعاقد من الباطن بصفة عامة والخفي بصفة خاصة، فما هو إذاً أساس مسئولية جهة الادارة تجاه المتعاقد من الباطن الخفي؟ هذا ما سوف نحاول أن نوضحه في خلال التعرض للعناصر التالية:

أولاً: اساس مسئولية جهة الادارة في التشريع الفرنسي:

في الواقع عدَّد المشرع الفرنسي الالتزامات الواقعة علي عاتق جهة الادارة المتعاقدة، وألزمها الوفاء بها، وإلا اضحت مسئولة عن المتعاقد من الباطن الخفي الذي يتواجد وتلاحظه اثناء تنفيذ الاعمال.

فتنص المادة (١٤) من القانون الصادر في ٣١ ديسمبر عام ١٩٧٥ علي أنه: على السلطة المتعاقدة، إذا كانت على علم بوجود متعاقد من الباطن في موقع تنفيذ الاعمال ولا يخضع للالتزامات المنصوص عليها في المادة الثالثة أو السادسة، وكذلك الالتزامات المنصوص عليها في المادة الخامسة، يجب عليها اخطار المقاول الرئيسي أو المقاول من الباطن للوفاء بهذه الالتزامات. وتنطبق هذه الاحكام على العقود العامة والخاصة.."[١].

ويفرض هذا النص على السلطة المتعاقدة التزاماً بضمان امتثال كل متعاقد من الباطن لقواعد قانون التعاقد من الباطن عن طريق دعوتهم لذلك بموجب اخطار توجهه إلى المقاول الرئيس والمقاولين من الباطن الذين تعلم اسناد الأعمال إليهم من الباطن بسبب

---

(1) Article 14-1, **Loi n° 75-1334 du 31** décembre 1975 relative à la sous-traitancem, Modifié par Loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 - art. 186 .

والتي جاء نص الفقرة الاولي منها علي النحو التالي :

"Pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics :
- le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations. Ces dispositions s'appliquent aux marchés publics et privés ;

تواجدهم في موقع تنفيذ الأعمال، وإذا لم توفي جهة الادارة بهذا الالتزام، فقد رتب المشرع مسئوليتها عن المتعاقدين من الباطن الذين يلحقهم الضرر نتيجة لعدم قيام المقاول الاصلي بالامتناع عن السداد، إلا أنه يلزم لذلك تحقق الشروط التالية:

أ- أن يتحقق لدى الجهة الادارية "السلطة المتعاقدة" العلم اليقيني بوجود المتعاقد من الباطن علي أرض الواقع بأية وسيلة من الوسائل، كأن يخطرها المتعاقد بوجود صعوبات عملية تتعلق بتنفيذ الأعمال المسندة إليه من الباطن، أو من خلال قيامه بتنفيذ جزء من الأعمال المسندة إلى المقاول الأصلي باستخدام تابعيه وبعض المعدات الخاصة بمنشأته، وعلى وجه العموم يمكن لهذا المتعاقد الاحتجاج بالعلم اليقيني السلطة المتعاقدة من خلال التمسك بأية واقعة أو مستند من شأنه أن يتحقق به هذا العلم، ومن ذلك :

- التقارير الخاصة بمتابعة موقع الأعمال.
- بمناسبة ممارسة العمل المباشر من قبل المقاول من الباطن.
- الظروف الخاصة بملابسات تنفيذ الأعمال .
- ما تكشفه تقارير أعمال الخبرة القضائية .

بينما اذا انتفي علم الجهة الادارية المتعاقدة بوجود المتعاقد من الباطن الخفي، ارتفعت مسئوليتها تجاه المتعاقد الخفي من الباطن[١].

ب- يجب علي الجهة الادارية اخطار المتعاقد الاصلي بتقديم اوراق التعاقد من الباطن للجهة المتعاقدة لاعتمادة والموافقة علي شروط الدفع الخاصة به، والاخطار الوارد بالمادة ١٤ مكرر من القانون الصادر عام ١٩٧٥ يشتمل علي فرضيْن اثنيْن، هما:

الاول: إذا كانت السلطة المتعاقدة علي علم بوجود متعاقد من الباطن غير مقبول أو لم تتم الموافقة على شروط الدفع الخاصة به، فيجب أن تخطر المتعاقد الرئيس الذي قبل المتعاقد من الباطن أن يوافق على شروط الدفع الخاصة به.

---

(1) CAA de Lyon, 4e chambre, 2 septembre 2019, n° 17LY02724, Inédit au recueil Lebon.

أما الفرض الثاني: إذا كانت السلطة المتعاقدة، قد وافقت علي المتعاقد من الباطن الذي علمت بوجوده وتمت الموافقة عليه، فيجب عليها أن تقدم إخطارا إلى المتعاقد الاصلي بتقديم ضمان للسداد.

وبالتالي اذ لم تقم الجهة الادارية المتعاقدة بتقديم هذا الاخطار تولدت مسئوليتها تجاه المتعاقد من الباطن الخفي، واصبحت مسئولة عن تعويضه عن الاضرار التي يتكبدها حتى ولم تقبله، وهو ما قضت به محكمة النقض الفرنسية، حيث الزمت الجهة المتعاقدة بدفع تعويض لشركة Proseco ، بسبب ان الجهة المتعاقدة لم تقم باخطار المتعاقد الاصلي بتوفير ضمان بنكي للمتعاقد من الباطن، ويذكر ان الجهة المتعاقدة لم تقبل شركة Proseco كمتعاقد من الباطن وأن الالتزام يقضي علي الجهة الادارية المتعاقدة اخطار المتعاقد الاصلي بتقديم الضمان البنكي للمتعاقد من الباطن غير الموافق عليه، وإذ ما لم تقم الجهة المتعاقدة بتوجيه مثل هذا الاخطار؛ مما استوجب مسئوليتها تجاه المتعاقد الخفي من الباطن[١].

وهو ما اقره ايضا مجلس الدولة الفرنسي في حكم حديث له حيث ذهب إلى انه: " يحق للمتعاقد من الباطن الخفي في سياق العقد العام تحميل المسئولية للسلطة المتعاقدة والحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به في حالة عدم سداد مقابل الأعمال التي أنجزها رغم ثبوت علمها اليقيني بثبوت تعاقده، ورغم هذا لم تقم باخطار المتعاقد الرئيسي بتقديم ضمان بنكي له، وقد أكد المجلس في هذه القضية على أن: السلطة المتعاقدة كانت على علم بتجاوز سقف العمل المنصوص عليه في القانون قبل نهاية العقد من خلال السماح للمقاول من الباطن بالتدخل في ظروف غير منتظمة دون إشعار رسمي لتنظيم العمل الخاص بالمقاول من الباطن فيما يتعلق بشروط الدفع، فإن السلطة المتعاقدة تكون قد ارتكبت خطأ يترتب عليه مسؤوليتها[٢].

---

(1) Cour de Cassationdu 9 mai 2012 N 20-27079.
(2) C.E, 2/12 / 2019, n° 422307.

وهو ما اكده مجلس الدولة الفرنسي في قضية أخرى، حيث فرض عقوبات علي الجهة الادارية المتعاقدة وحملها المسئولية عن العلم بوجود متعاقدين من الباطن غير نظاميين في موقع البناء دون اخطار المتعاقد الأصلي بتسوية حالتة[١].

ونجد أن المتعاقد من الباطن سيكون محروماً من الاحكام الوقائية الواردة في قانون ٣١ ديسمبر ١٩٧٥، لكنه سيكون من حقه فقط اتخاذ إجراء ضد السلطة المتعاقدة في سياق دعوي التعويض والمطالبة بقيمة ما انجزه من اعمال فقط [٢].

وبالتالي يمكن فهم هذا الحل في ضوء السوابق القضائية التي بموجبها يجب على السلطة المتعاقدة ضمان السداد الفعلي للمقاولين من الباطن سواء تمت الموافقة عليهم، أم لم تتم نتيجة لخطأ السلطة المتعاقدة التي اعترفت به فعلياً، فسلبية جهة الادارة في عدم اخطار المتعاقد الاصلي يرتب مسئوليتها عن دفع المبلغ المستحق للمتعاقد من الباطن الخفي[٣].

وعليه حتى إذا لم تكن الخدمات تشكل عملاً إضافياً، كما ذكرت محكمة الاستئناف الإدارية في دواي، تظل الحقيقة أن المقاول من الباطن يمكنه الحصول على تعويض عن الضرر الناجم عن السلوك الخاطئ للجهة الادارية المتعاقدة.

ولعل المسلك السابق للتشريع والقضاء الفرنسي من شأنه أن يوسع من نطاق المسئولية المترتبة علي شبه الضرر في العلاقة بين السلطة المتعاقدة والمتعاقد من الباطن.[٤]

---

(1) CAA Marseille, 18 févr. 2013, n° 10MA00902, Société Les Charpentiers des Alpes de Provence C.E, 28/5 / 2001, n° 205449.

(2) Finances publiques instruction n°10-027 mo du 2 novembre 2010. p.20. www.economie.gouv.fr.

(3) C.E, 7/11/1980, n° 12060 ; CAA Lyon 31/12/1993, n° 93LY00471 ; CE, 28/05/2001 n°205449.

راجع في ذات المعني مقال"

Charles Abeel et Valéry Gollain, LE Paiement Direct Du Sous-traitant EN Cas De Faute Delictuelle Du Maitre D'ouvrage. Lundi 16 Decembre 2019,Article Expert. www.village-justice.com/articles/paiement-direct-sous-traitant-cas-faute-delictuelle-maitre-ouvrage,33194.html.p2.

وراجع ايضا

DéCLARER UN SOUS-TRAITANT JURIDIQUE juillet 2015.p.1. www.juridiuque@capeb-rhone.fr.

(4) C.E, n°380419, 7/12/2015.

ويجدر بنا أن نثير التساؤل التالي: هل يوجد التزام علي المتعاقد من الباطن الخفي بوجوب اظهار نفسه واخطار جهة الادارة بوضعه التعاقدي؟

للاجابة علي هذا التساؤل نرى أهمية التفرقة بين عقود القانون العام، وعقود القانون الخاص، على النحو التالي:

بالنسبة للعقود الخاصة، تقرر محكمة النقض بانتظام أنها لا تثقل على المقاول من الباطن بإثبات قبول وموافقة رب العمل على شروط الدفع الخاصة به؛ وبالتالي لا يمكن توجيه أي نوع من الخطأ إلى المقاول من الباطن لأنه لم يأخذ زمام المبادرة لتقديم نفسه إلى رب العمل، للتعويض عن القصور الذاتي للمتعاقد الرئيسي، حتى ولئن كان من مصلحة المتعاقد من الباطن الاخطار مباشرة بحيث يقوم رب العمل بإخطار المتعاقد الرئيس لتنظيم الأمر، ففي مثل هذه الحال سيثبت المتعاقد من الباطن – على الأقل – أنه في تاريخ معين اخطر رب العمل بوجوده فعلياً [١].

أما بالنسبة للعقود العامة، فتقرر المحاكم الإدارية، أن المتعاقد من الباطن يرتكب خطأ من خلال عدم مطالبته الجهة الادارية المتعاقدة بتوفيق وضعه؛ وبالتالي فإن مثل هذا المنطق يجعل من الممكن اعتبار خطأ المقاول من الباطن الذي لم يخطر المقاول الرئيس بتنظيم التعاقد من الباطن غامض، ليس السبب الحصري للضرر الذي لحق بهذا المتعاقد من الباطن؛ إذ أن هذا الأخير قد ساهم في الاضرار التي حاقت به بخطأ منه[٢].

لذلك نعتقد أن تشجيع المتعاقد من الباطن على الاقدام مباشرة لاخطار جهة الادارة إذا كان لا يريد أن يوجه إليه أي خطأ ذاتي بشأن ما حاق به من أضرار.

كما نلاحظ أيضاً أنه في كل الاحوال تختص بالفصل في المنازعات بين المتعاقدين من الباطن والسلطات المتعاقدة العامة المحاكم الإدارية، باعتبار أن المنازعة متفرعة عن عقد

---

(1) Cass. 3ème civ. 6 mai 2009 n°08-16706, CA DOUAI 26 janvier 2010 Jurisdata 2010-018802 considérant que le maître d'ouvrage n'est pas fautif pour avoir mis en demeure l'entrepreneur principal 4 jours seulement après avoir eu connaissance de la présence d'un sous-traitant occulte ; CA AIX EN PROVENCE 5 mars 2009 Jurisdata 2009-003885, faisant grief au maître d'ouvrage d'avoir réalisé un paiement au profit de l'entrepreneur principal le 20juin 2003 alors qu'il connaissait la présence d'un sous-traitant occulte au moins depuis le 13 juin 2003.

(2) DéCLARER UN SOUS-TRAITANT JURIDIQUE juillet 2015.p.1.www.juridiuque@capeb-rhone.fr.

من العقود الادارية، وقاضي الأصل هو قاضي الفرع، وتأكيداً لذلك ذكرت محكمة المنازعات الفرنسية أن الدعوى المتعلقة بمسؤولية السلطة المتعاقدة ضد المتعاقد من الباطن تقع ضمن اختصاص القاضي الإداري، بغض النظر عن الأساس الذي تم رفع الدعوى بناء عليه[١].

يستنتج من كل ما سبق ان المشرع الفرنسي قد فرض حماية للمتعاقد من الباطن بصفة عامة والمتعاقد الخفي من الباطن بصفة خاصة علي النحو سالف الذكر، ورتب مسئولية الجهة الادارية المتعاقدة حالة عدم التزامها باخطار المتعاقد الاصلي بتقديم ضمان بنكي له عند علمها الفعلي بقيامه بتنفيذ جزء من التعاقد [٢].

ثانياً: **اساس مسئولية جهة الادارة في التشريع المصري**:

سبق وأن بينا انه في فرنسا يقع علي عاتق جهة الادارة اعلان المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن الخفي بتقديم اوراق اعتماد الأخير إذا ما علمت بوجوده أثناء تنفيذ العقد المبرم بينها، فاذا لم تقم باعلانهما بتقديم اوراق قبول المتعاقد من الباطن ترتبت مسئوليتها تجاه المتعاقد من الباطن الخفي.

في حين نجد أن المشرع المصري لم يرتب أية مسئولية تعاقدية علي عاتق جهة الإدارة تجاه المتعاقد من الباطن الخفي حتي ولئن علمت أنه يقوم بالتنفيذ الفعلي للاعمال المسندة للمتعاقد الأصلي؛ مسئولية جهة الإدارة لا تنعقد إلا تجاه المتعاقد الاصلي فقط، ولا يتمتع المتعاقد من الباطن الخفي أو المستتر حيال جهة الادارة بأية حقوق لعدم وجود رابطة عقدية تربطه بها.

وعلي الرغم من قيام المشرع المصري بإصدار تشريع جديد بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية، ورغم الحاجة الملحة الي وجود تنيظم قانوني ينظم حقوق المتعاقد من الباطن، يمنحه ضمانات قانونية تحفظ حقوقه وحقوق من يتعاقد معه علي تنفيذ ما يعجز

---

(1) TC, 28 mars 2011, Commune de La Clusaz c/ SMABTP, n°C3773 ; CE, 02 août 2011, Région Centre, n°330982 ; CE, 09 décembre 2011, Commune d'Alès, n°342283

(2) Parmi de très nombreuses décisions: CAA Paris, 25 mai 2010, Société France Sols, req. n° 08PA00801; CAA Marseille 2 mai 2000, Sté d'activité métallière, req. n° 97MA01648: Contrats-Marchés publ. 2000, comm. 12, note F. Llorens.

عن تنفيذه من اعمال اثناء سريان العقد الاصلي، الا ان المشرع قد اكتفي بالسماح للمتعاقد الاصلي ان يتعاقد مع متعاقد من الباطن فقط دون ان يوضع ضمانات لهذا المتعاقد من الباطن أو من يتعاقد معه المتعاقد من الباطن ولم يضع آليات مراقبة لتنفيذ القائم بهذه الأعمال وإعطائه ميزة السداد أو الدفع المباشر.

لذلك كنا نأمل من المشرع المصري، وضع التزامات علي عاتق جهة الإدارة بمتابعة ومراقبة من يقم بتنفيذ العقد، وأن يفرض عليها عندما تعلم فعلياً بأن ثمة شخص آخر غير الذي تعاقدت معه يقوم بتنفيذ العقد، أن تخطر المتعاقد الاصلي وهذا الشخص بتقديم اوراق اعتماد وقبول المتعاقد الاخر، وفي حال لم تقم بهذا الاخطار، ترتبت مسئوليتها تجاه المتعاقد من الباطن الخفي، اسوة بما هو معمول به في فرنسا.

المطلب الثالث

آليات الحماية القانونية

للمعاقد من الباطن الخفي

يواجه المتعاقد من الباطن الخفي الكثير من المشاكل نتيجة لتعاقده مع المتعاقد الاصلي، ونظرا لعدم وجود علاقة تعاقديه بينه وبين الجهة الادارية؛ وبالتالي لا يستطيع من خلالها اقتضاء حقوقه، لذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى بيات آليات الحماية التي فرضها المشرع الفرنسي والمصري للمتعاقد الخفي من الباطن، وذلك علي النحو التالي:

الفرع الاول: مدي استفادة المتعاقد الخفي من الدعوي المباشرة.

الفرع الثاني: مدي استفادة المتعاقد الخفي من الدفع المباشر.

الفرع الاول

مدي استفادة المتعاقد الخفي

من الدعوي المباشرة

لقد أوضحنا فيما سبق ان القاعدة الاساسية التي تحكم العلاقة بين المتعاقد من الباطن ورب العمل، هي عدم وجود علاقة عقدية تربط بين الطرفين، وانما تكون العلاقة بين المتعاقد من الباطن الخفي ورب العمل علاقة غير مباشرة؛ إذ يتوسطهما المتعاقد الاصلي، ويترتب علي ذلك ان المتعاقد من الباطن الخفي لا يمكنه مساءلة جهة الادارة عن طريق الدعوي العقدية، وإن كان يملك مقاضاتها؛ استناداً الي دعوي الاثراء بلا سبب أو عن طريق الدعوي غير المباشرة مستخدما في ذلك حقوق مدينه المتعاقد الاصلي.

والتساؤل الذي يتم طرحه هنا: إلى أي مدى يمكن للمتعاقد من الباطن الخفي طرق باب الدعوي المباشرة؟

للاجابة علي هذا التساؤل ينبغي توضيح الوضع في فرنسا، ثم في مصر وذلك علي النحو التالي:

اولاً:الوضع في فرنسا:

الفقه الفرنسي ذهب إلى أحقية المتعاقد من الباطن الخفي اللجوء الي الدعوي المباشرة في مواجهة جهة الادارة؛ على اساس ان هذه الدعوى دعوي ذات طبيعة احتياطية وبديلة لنظام الدفع المباشر؛ ولقد استند انصار هذا الراى الى التفسير المستمد من نص المادة (١١) من قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ التي نظمت طريق الدعوى المباشرة في الباب الثالث.

والواقع ان هذا الراى لا يسير مع الاتجاه الذي اراده المشرع؛ ويبدو ذلك بوضوح من خلال استعراض المناقشات البرلمانية التي دارت اثناء التصويت على المادة (١١)، وايضا في ضوء التفسيرات المستقاة من اللوائح التنفيذية الصادرة من وزارة الاقتصاد، هذا بالاضافة الى التعليمات العامة التي اصدرها ديوان المحاسبة العامة جهاز حسابات الحكومة.

ولقد اتيح لمحكمة النقض الفرنسية ان تعلن عن موقفها صراحة في هذا الشان، ولم تتردد في تقرير مبدأ عدم احتياطية الدعوى المباشرة للدفع المباشر، وانهما طريقيْن مستقلان.

هذا وسوف نتعرض لبيان الدور الذي تلعبه الدعوى المباشرة بصدد تعويض المتعاقد الخفي من الباطن عما قام بتنفيذه من اعمال لمصلحة الادارة آخذين في الاعتبار التفرقة بين الاتجاة الاول الذي يذهب الى اعتبار الدعوى المباشرة بديل للدفع المباشر وبين الاتجاة الثاني الذي يؤكد مبدأ عدم احتياطيه الدعوى المباشرة على ان يكون ذلك من خلال الاتي:

الاتجاة الاول: الدعوي المباشرة بديل للدفع المباشر:

يميز الفقه الفرنسي بين نوعين من التعاقد من الباطن، حيث يُخضع كل نوع منها لنظام قانوني مستقل، النوع الاول: وهو التعاقد الذي يخضع لاحكام الباب الثاني من القانون الصادر عام ١٩٧٥ ويستفيد المتعاقد من الباطن في هذا النوع من نظام الدفع المباشر، متي توافرت شروط معينة وهي أن يتم ابرام العقد الاصلي بمعرفة الدولة او الهيئات المحلية او احدي الموسسات أو الشركات العامة، وأن تتجاوز قيمة عقد التعاقد من الباطن

مبلغ ٦٠٠ يورو، واخيراً يجب ان يحصل المتعاقد من الباطن علي موافقة جهة الادارة واقراره لشروط الدفع.[١]

بينما النوع الثاني: فهو يتمثل في التعاقد من الباطن الذي ينطبق عليه الباب الثالث من قانون ١٩٧٥ ويستفيد المتعاقد من الباطن في هذا النوع من التعاقد من الدعوي المباشرة، وبالتالي يمكن من خلال هذه الدعوي تمكين المتعاقد من الباطن بمطالبة رب العمل مباشرة بقيمة الاعمال التي تم تنفيذها من الباطن في حالة عدم استيفاء حقوقة من المتعاقد الاصلي.

ولقد نظم المشرع الفرنسي حق ممارسه الدعوى المباشرة في المادة ١١ من قانون ١٩٧٥ على النحو التالي "تطبق احكام هذا الباب على جميع عقود التعاقد من الباطن التي لا تدخل في نطاق تطبيق الباب الثاني"[٢].

---

[١] راجع المادة السادسة من القانون رقم ٧٥-١٣٣٤ المؤرخ ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ بشأن التعاقد من الباطن والمعدلة بموجب الأمر رقم ٢٠١٨-١٠٧٤ المؤرخ ٢٦ نوفمبر ٢٠١٨ – المادة رقم ١٢ والتي جاء نصها علي النحو التالي:

"Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution.
Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous-traitance est inférieur à un seuil qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'Etat en fonction des variations des circonstances économiques. En-deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables.
Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites.
Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14".

[٢] راجع المادة الحادية عشر من قانون ١٩٧٥ والمعدلة بموجب الأمر رقم ٢٠١٨-١٠٧٤ المؤرخ ٢٦ نوفمبر ٢٠١٨ – المادة رقم ١٢ والتي جاء نصها علي النحو التالي:

"Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II.
Le présent titre ne s'applique pas aux marchés publics soumis à la deuxième partie du code de la commande publique à l'exception : 1° Des marchés publics relevant de ses livres Ier à III dont le montant est inférieur au seuil fixé en application du 2° de l'article L. 2193-10 ; 2° Des marchés publics relevant de son livre V"

وبالرغم من قيام المادة ١١ من قانون ١٩٧٥ بتحديد نطاق تطبيق الدعوى المباشرة إلا أن جانباً من الفقه[١] قد ذهب الى انطباق هذه الدعوى على المتعاقد الخفي من الباطن الذي لم يحصل على موافقة الجهة الادارية أو قبول شروط الدفع، وقد كانت حجتهم تتجسد في **أدلة تم استقائها من النصوص التشريعية تتمثل فيما يلي:**

يشير الفقه الفرنسي المؤيد لفكرة استفادة المتعاقد من الباطن الخفي من الدعوى المباشرة بطريق احتياطي وبدلا من نظام الدفع المباشر الى عدة دلائل مستمدة من نصوص قانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ والتي تؤيد الطابع الاحتياطي للدعوى المباشرة[٢] وتستند هذه الادلة على ثلاثة محاور رئيسة هي:

الاول: يعتمد على ان حرمان المتعاقد من الباطن الخفي من حق الدعوى المباشرة يشكل حسب مفهوم المادة ١٥ من قانون ١٩٧٥[٣] تعطيل احكام هذا القانون، الامر الذي يؤدي الى اعتبار عقد التعاقد من الباطن غير المرخص به عقداً باطلاً، في حين ان المشرع قد اعتد بهذا العقد واعتبره عقداً صحيحاً ولقد وضعت اساس هذا المبدا المادة (١) من قانون ٣١ ديسمبر.

أما المحور الثاني: فهو يقوم على اعتبار عقد التعاقد من الباطن الخفي عقداً ساري المفعول وبالتالي يمكن الاحتجاج به تجاه المتعاقد الاصلي، ولقد صرحت بذلك المادة الثالثة من القانون التي قررت مسئولية المتعاقد الاصلي تجاه المتعاقد الخفي من الباطن في حالة تمسكه بهذا العقد.

بينما يرتكز المحور الاخير على نص المادة ١٢ التي تقضي بأنه " أي تخلي أو تنازل عن الدعوى المباشرة يعتبر باطلا وكأن لم يكن".

---

(1) Mas fourgoux et paux-jalaguier " Sous-tritance: la loi du 31 déc 1975 aprés deux d'application, Gaz.pal.1978,doct.p.132 ets.

(٢) ولقد اعترض الفقهاء دي لوبادير ومودرن ود بلفولفيه علي دلك الراي استناداً لكون المشرع قد حسم الامر بتحديد نوعية ارباب الاعمال وتخصيص نصاب مالي معين لكل نظام من النظامين بما يغلق باب الاجتهاد.

(٣) ولقد جري نص هده المادة علي النحو التالي " يقع باطلا ولا ينتج اثاره أي شرط أو نص أو اتفاق يترتب عليه عدم تطبيق نصوص القانون الحالي"

وعلى خلاف الاستدلال السابق الذي استقاه الفقه من نصوص واحكام قانون ١٩٧٥ الذي نظم التعاقد من الباطن، جاءت بعض التطبيقات القضائية مؤيدة **لفكرة احتياطية الدعوى المباشرة،**

اعتنق مجلس الدولة الفرنسي هذه الفكرة في حكم شهير له في قضية "Boissy – Saint Leger" – الذي قرر في هذا الصدد " أن المتعاقد من الباطن لا يمكنه الاستناد الي الدعوي المباشرة المنصوص عليها في الباب الثالث من قانون سنة ١٩٧٥، وذلك لأن العقد الاصلي يخضع لاحكام الباب الثاني من هدا القانون . ومن ثم فإن تطبيق الباب الثاني يحول دون تطبيق الباب الثالث".

ثانياً: **الوضع في مصر**:

علي الرغم من ان التعاقد من الباطن قد اصبح اسلوباً طبيعياً لتنفيذ عقود الاشغال العامة، وفقاً للدراسات الاقتصادية والفنية وطريقة مناسبة لمشاركة الشركات الصغيرة في تنفيذ العقود العامة؛ وبالتالي اصبح من من المنطق ان يرتبط متعاقدي الادارة مع المتعاقدين من الباطن بعقود من الباطن لتنفيذ عقودهم الاصلية في موعدها المحدد، الا ان القانون رقم ٩ لسنه ١٩٨٣ الملغي ولائحتة التنفيذية لم يتعرضا للتعاقد من الباطن.

كما لم يكفل قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ الملغي أي نمط محدد لحماية المتعاقد من الباطن او حتى تنظيم العلاقه بينها وبين الادارة.

وحتي مع صدور قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ ولائحته التنفيذية، لم يتم تنظيم احكام التعاقد من الباطن الخفي أو المستتر، صحيح ان المشرع قد سمح للمتعاقد الاصلي بابرام عقود من الباطن لتنفيذ جزء من العقد الاصلي ونظم احكامه في المادة الخامسة والعشرين، كما انه اشترط موافقة جهة الادارة لكل متعاقد من الباطن يستعين به المتعاقد الاصلي، إلا أنه لم يضع أية حماية للمتعاقد من الباطن الخفي أو المستتر ولم ينظم العلاقة بينه وبين جهة الادارة، وبالتالي فإنه ليس لهذا المتعاقد الخفي الحق في الرجوع علي جهة الادارة بالدعوي المباشرة لاقتضاء حقوقه.

وفي المقابل نجد ان القانون الخاص في مصر قد خول للمتعاقدين من الباطن دعوى مباشرة في مواجهة رب العمل[١].

وفي تقديرنا ان الدعوى المباشرة المنصوص عليها في القانون المدني لا تنطبق على المتعاقد الخفي من الباطن في مجال العقود الادارية؛ لان التعاقد من الباطن الذي لا تفصح الادارة عن رضائها عنه لا ينشئ أية رابطة عقدية بين الادارة والمتعاقد من الباطن، وبالتالي لا يحتج به في مواجهتها، بل إن مثل هذا التعاقد يعرض المتعاقد الاصلي لاقصى الجزاءات العقدية؛ باعتباره خطأ عقدياً ومخالفة لمبدأ التنفيذ الشخصي لعقد الاشغال العامة، ومن ثم فليس للمتعاقد من الباطن بدون موافقة الادارة ان يرجع على الادارة بالدعوى المباشرة.

واذا كان المشرع الفرنسي قد نظم احكام التعاقد من الباطن في قانون ٣١ ديسمبر سنه ١٩٧٥ ومنح المتعاقدين من الباطن وسيلتين من وسائل الحماية التي تخوله الرجوع مباشره على الادارة لاقتضاء مقابل ما قام بتنفيذه من اعمال والتي تمثل في الدفع المباشر له من الادارة وممارسة الدعوى المباشرة في مواجهتها فان القانون رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ الخاص بتنظيم المناقصات والمزايدات فى مصر ولائحتة التنفيذية قبل الغائه لم يتعرض للتعاقد من الباطن وكذلك لم ينظم القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ والخاص بالتعاقدات التي تبرمها الجهات العامة وضع المتعاقد من الباطن المستتر، ولم يقرر له أية حماية قانونية علي غرار المتعاقد من الباطن المعترف به بل اعتبر ان ابرام المتعاقد الاصلي لعقد من الباطن دون اخطار جهة الادارة يعتبر اخلال بالتنفيذ يوجب مسئوليته وتوقيع الجزاء عليه الذي قد يصل الي فسخ العقد، ولم يراعِ المشرع اهمية التعاقد من الباطن بالرغم من التسليم باهميه الفكرة، وانتشارها في ضوء مقتضيات التخصص الفني والاعتبارات الاقتصادية وتطور مفهوم الاشغال العامة وتنوعها، واذا كان القانون الخاص في مصر قد اوجد انماط للحماية للمتعاقد من الباطن تتمثل في الدعوى المباشرة المنصوص عليها في الماده ٣٦٢ من التقنين المدني فإنه لم يخول المتعاقد من الباطن الحق في الدفع المباشر.

---

[١] نظم المشرع هذا الحق في الماده ٦٦٢ من التقنين المدني حيث تنص على ان "يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لايجاوز القدر الذي يكون مدينا به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي ورب العمل..".

وهكذا، إذا كان المشرع المصري قد نظم اخيراً احكام التعاقد من الباطن وسمح بالدفع المباشر للمتعاقد من الباطن من قبل الادارة متي كان مقبولا منها وشروط الدفع معتمدة له ايضاً، وبناءً عليه فإنه لا مجال للحديث عن مبدأ احتياطية الدعوي المباشرة بالنسبة للمتعاقد من الباطن الخفي في مصر؛ ذلك لأن المشرع المصري لم يأخذ بنظام الدفع المباشر كما فعل نظيره الفرنسي.

ومن البديهي ألا يتعرض مجلس الدولة المصري في احكامه لمسألة احتياطية الدعوي المباشرة؛ كونها تعتبر بديلا لنظام الدفع المباشر وذلك لان الدعوي المباشرة المنصوص عليها في القانون المدني المصري هي وسيلة الحماية الوحيدة التي خولها القانون للمتعاقد من الباطن.

هذا وقد سار القضاء الاداري في مصر على ذات النهج الذي التزمه المشرع فلم نجد من احكام مجلس الدولة المصري ما يحقق إطاراً منظما من الحماية للمتعاقد المستاجر من الباطن وانما اكتفي المجلس في احكامه بالنص على حظر التعاقد من الباطن ما لم توافق عليه الادارة.

ومما سبق يتضح لنا ان المشرع في مصر لم يضع للمتعاقد من الباطن الخفي اي وسيله من وسائل الحماية التي تخول له حق الرجوع مباشرة على الادارة لاقتضاء مقابل ما قام به من اعمال سواء عن طريق الدفع المباشر أو ممارسة الدعوى المباشرة.

لذلك نعتقد أن المشرع المصري مطالب ببذل مزيد من العناية والتأصيل لفكرة التعاقد من الباطن في ضوء الانتشار الواسع والوجود العملي للفكرة في مجال تنفيذ العقود التي تكون الدولة طرفا فيها، حيث اصبح التعاقد من الباطن في الوقت الحالي اسلوبا طبيعيا لتنفيذ العقود العامة وفقا للضرورات الاقتصادية والفنية والا يكتفي بالنص علي جواز التعاقد من الباطن مثلما نص في القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بل يؤصل النص بوضع سياج من الحماية للمتعاقد من الباطن المعترف به وكذلك غير المعترف به من قبل الادارة ووضع اليات لتنظيم هذه الحماية للمتعاقد من الباطن والمتعاقد الاصلي وجهة الادارة حتي لا يضار احد اطراف العلاقة التعاقدية .

كما نهيب بمجلس الدولة المصري بممارسة دوره القضائي الانشائي ليضع سوابق قضائية من شأنها تنظيم العلاقة بين المتعاقد الاصلي وبين جهة الادارة وبين المتعاقد من الباطن المعترف به والخفي بما يحقق إطاراً منظما من الحماية للمتعاقد من الباطن، وذلك علي هدى من سياج الحماية الذي كفله المشرع والقاضي الاداري الفرنسيين؛ ذلك لأن التعاقد من الباطن ليس مجرد فكرة يكتفي بالنص علي حظرها ما لم توافق عليها الادارة، بل هي نظام مركب لعلاقات متشابكة وهو ما يقتضي تنظيمها بما يكفل حماية المتعاقد من الباطن بكافة صورة وتحقيق الصالح العام.

الاتجاه الثاني: **مبدأ عدم احتياطية الدعوي المباشرة**:

يري اصحاب هذا الراي ان الدعوي المباشرة ليست دعوي احتياطية؛ فالمتامل لنص المادة ١١ يجد ان مجلس الشيوخ قد تبنى الصيغة التالية: "الباب الحالي هو الباب الثالث الخاص بالدعوه المباشرة الذي ينطبق على جميع عقود التعاقد من الباطن التي لا تدخل في نطاق تطبيق الباب الثاني"[١].

وبتحليل هذا النص فإننا لم نجد اي غضاضه في تقرير مبدأ عدم احتياطيه الدعوى المباشرة مستندين في ذلك؛ الى تفسير نص المادة ١١ التي حددت نطاق تطبيق الدعوى المباشرة، والي التفسيرات التي اوردتها القرارات التنفيذية لهذا القانون، واخيراً على ما استقرت عليه احكام مجلس الدولة الفرنسي من التحولات التي شهدتها تطبيقات هذه الفكرة وهذا ما نبينه تباعا فيما يلي:

١-تفسير المادة١١ من قانون ٣١ ديسمبر سنه ١٩٧٥:

بتحليل هذه المادة يلاحظ ان الغايه التي توخاها المشرع الفرنسي من ورائها، هي معالجة نوعيْن من العقود، الاول: يتعلق بالعقود التي يبرمها احد اشخاص القانون العام الذين

---

[١] وقد جاءت صياغة هده المادة علي الشكل التالي :

Le présent titre s'applique à tous les contrats de sous-traitance qui n'entrent pas dans le champ d'application du titre II.

Le présent titre ne s'applique pas aux marchés publics soumis à la deuxième partie du code de la commande publique à l'exception :

1° Des marchés publics relevant de ses livres Ier à III dont le montant est inférieur au seuil fixé en application du 2° de l'article L. 2193-10 ;

2° Des marchés publics relevant de son livre V.

يتسمون دائما بالملاءه والقدرة على الوفاء، أما النوع الثاني: فهي تلك العقود التي يبرمها اشخاص القانون الخاص الذين يتعسرون في بعض الاحيان.

ويلاحظ ان المشرع الفرنسي تبني معياراً جديداً لتطبيق الباب الثاني الذي ينظم حق الدفع المباشر او الباب الثالث الذي ينظم حق الدعوى المباشرة، ويعتمد هذا المعيار على نوعية رب العمل، بمعنى انه اذا كان رب العمل الذي ابرم عقد الاشغال العامة من الاشخاص الذين حددهم المادةه ٤ وهم الدولة او الهيئات المحليه او المؤسسات او الشركات العامة، فهنا يجب تطبيق الباب الثاني ومن ثم يستفيد المتعاقد من الباطن في هذا النوع من نظام الدفع المباشر، اما في غير ذلك من الحالات فان الباب الثالث من القانون هو الواجب التطبيق، ما يعني استفادة المتعاقد من الباطن من الدعوى المباشرة هذا مع مرعاة الاستثناء المنصوص عليه في المادة السادسة من قانون ٣١ ديسمبر سنه ١٩٧٥ التي قصرت حق الدفع المباشر على عقود التعاقد من الباطن التي لا تتجاوز قيمتها ٦٠٠ يورو.

وبالتالى يجب ان نشير الى ان ارباب الاعمال الذين حددتهم المادة الرابعة – وبصفة خاصة الشركات العامة قد لا تتعاقد بخصوص المقاولات العامة فقط، ولذلك فليس ثمة ما يمنع من تطبيق حق الدفع المباشر على المقاولات الخاصة التي تتعاقد بشانها تلك الشركات؛ وبناءً عليه فان الربط بين المقاولات العامة وحق الدفع المباشر هو خلط في فهم الامور قد يسفر عن اخطاء قانونية[١].

ومما يؤكد ذلك ان الدعوى المباشرة يمكن ان تنطبق على المقاولات العامة، وذلك اذا كانت قيمة العقد لا تتجاوز النصاب الذي حدده القانون.

خلاصة القول، أن لكل من الباب الثاني والباب الثالث مجال تطبيق مستقل، وان سلوك سبيل الدفع المباشر يحول دون طرق باب الدعوى المباشرة.

---

[١] راجع هدا المعني الذي ورد صراحاً في :
Commentaire sous-tribunal de commerce de bodeux,Rec.D.sirey,116 Avril 1987,p.147.

موقف القضاء الاداري الفرنسي :

يذكر ان مجلس الدولة بدأ يقلع عن ارهاصاته الاولى بادخال بعض التحولات التي كان لها اثراً ايجابيا في بلورة فكرة عدم احتياطية الدعوى المباشرة.

حيث اقرت المحكمة الادارية في حكمها الصادر في ١٩ نوفمبر سنه ١٩٧٩ وكان بمناسبة دعوي مقامة امامها من احد المتعاقدين من الباطن الذي كان يطالب بحقه في ممارسة الدعوى المباشرة بالرغم من كونه خاضعا لاحكام الباب الثاني من قانون ٢١ ٣١ ديسمبر إلا أنه لا يستطيع الاستفادة من نظام الدفع المباشر؛ لعدم توافر شروط الموافقه والقبول وقد ردت المحكمة على هذا المطلب بقولها: "لئن كان حق الدفع المباشر الذين نظمه المشرع في الباب الثاني من قانون عام ١٩٧٥ ينطبق على العقود المبرمة بواسطة الدولة او الهيئات المحلية او المؤسسات او الشركات العامة باستثناء العقود التي تقل قيمتها عن ٤٠٠٠ فرنك (اصبحت ٦٠٠يور) كما ان الدعوي المباشرة التي تم تنظيمها في الباب الثالث من هذا القانون تنطبق على عقود المقاولات التي لا تدخل في نطاق تطبيق الباب الثاني، فمن الطبيعي ان يكون مجال تطبيق كل منهما مانع لتطبيق الاخر.

وبتطبيق هذه المبادئ على وقائع الدعوى فان الشركة الطاعنة – وهي شركة متعاقده من الوطن – لا يمكنها ان تطالب بتطبيق احكام الباب الثالث؛ حيث ان العقد الاصلي قد تم ابرامه بين شركه Sciam وأحد المؤسسات العامة، فضلا عن ان العقد التعاقد من الباطن قد تجاوزت قيمه اربعه الاف فرنك (٦٠٠ يورو) واخيراً فان تخلف شرطي الموافقه والقبول كان واضحا في حالتنا هذا ومن ثم لا يسوغ لنا في تلك الدعوى التضحية بالمبادئ العامة التي اقرها القانون لسنه ١٩٧٥ وترتب على ذلك رفض الطلب المقدم من المتعاقد من الباطن لتجرده من اي اساس قانوني[1].

كما أن المحكمة الادارية في باريس لم تكتفِ باعلان عدم اختصاصها بنظر دعوي المتعاقد من الباطن الذي يرغب في الحصول على مستحقاته عن طريق الدعوة المباشرة بل انها وضعت قاعدة اساسية في هذا الخصوص حيث تقول نستخلص من المواد ٤ و

---

[1]Trib .adm. de Dijon ,19 nov 1979 ,rec.lebon ,p.543: D.1980,L.R.209,obs.vasseur, A l'inverse les sociétés d, H.I.N.,eF Besancon 30 nai ,inédit.

١١ من قانون ٣١ ديسمبر سنه ١٩٧٥ ان المتعاقد من الباطن الذي يكلف بتنفيذ جزء من عقد اشغال عامة يسري عليه احكام الباب الثاني من هذا القانون ومن ثم يحق له الاستفادة من نظام الدفع المباشر متى حصل على موافقة رب العمل وعلى قبوله لشروط الدفع وبالتالي لا يمكنه طرق باب الدعوى المباشرة التي ينظمها الباب الثالث من هذا القانون[١].

هذا وقد اقيمت دعوى مماثلة امام مجلس الدولة الفرنسي الذي اخذ بحجة شبيهة لتلك التي وردت في الحكم السابق بخصوص الطلب الذي تقدمت به الشركة الطاعنة للاستفادة من حق الدعوي المباشرة الا ان المجلس لم يجب هذه الشركة الي طلبها وفي هذا الصدد يقول: " حيث ان مجال تطبيق الباب الثاني والباب الثالث مانع كل منهما للآخر فان المتعاقد من الباطن الذي لم يحصل على موافقة رب العمل او على قبولة لشروط الدفع لا يمكنه التمسك بالدعوي المباشرة بطريقة احتياطية[٢].

وقد اكدت احكام القضاء الاداري وبصفة خاصة مجلس الدولة الفرنسي على ذلك المبدأ بشكل قاطع، باعتبار ان الدعوي المباشرة لا تشكل باي حال من الاحوال طريق احتياطي للدفع المباشر خاصة اذا وضعنا في اعتبارنا ان عقد التعاقد من الباطن يندرج تحت نطاق تطبيق الباب الثاني[٣].

واخيرا فقد اتيح لمجلس الدولة الفرنسي ان يبلور هذه المبادئ ويجملها في حكمة الصادر بتاريخ ٢ يونيو ١٩٨٩ حيث ذهب إلى أن: " المتعاقد من الباطن لا يمكنه الاستفادة من نظام الدعوى المباشرة، ومن ناحية اخرى لا يستطيع المطالبة بحقه في الدفع المباشر، وذلك لعدم توافر الشروط المنصوص عليها في المواد ٣ و ٦ من قانون ٣١ ديسمبر لسنه ١٩٧٥[٤].

---

[١] وقد ورد هذا المعني في حكم المحكمة الادارية في باريس والصادر في ٢٢ ابريل سنة ١٩٨٠ في قضية RESINTEC والمنشور في مجلة Gazette du palais عدد ١٩٨٢ الاسبوع الاول ص ٢٩٣ .

[2] C.E.,17 mars 1982,Rec .lebon .123: A.J.D.A.,1982,P.727,concl.boyon :marces publics,1982,No 186,p.58,etude clement:M.T.P.

[3] C.E, 26 avril 1982,p.99,note D.L: Cah.elet.gaz.1982,J.284 note M.R.D.1983, 1983,I,R.238,Obs P.Delvotlve: J.C.P.1983,11,20100,NOTE G.Fleheux.

[4] C.E, du 6 juin, no 65631

ومن خلال العرض السابق يتضح لنا ان مجلس الدولة الفرنسي قد استقرت احكامه على مبدأ عدم احتياطية الدعوى المباشرة، وانها ليست طريقاً بديلاً للدفع المباشر، كما ان هذا المبدأ هو الذي حاز اقتناع اغلب فقهاء القانون العام واكدته اللوائح التنفيذية؛ وعلى ذلك لا يستطيع المتعاقد الخفي من الباطن سلوك سبيل الدعوى المباشرة لمطالبة جهة الادارة بحقوقه عن الاعمال التي قام بتنفيذها بموجب عقد التعاقد من الباطن، ومن جهة اخرى لا يملك ذلك المتعاقد اللجوء الى اي دعوة تستند الى مبدأ العلاقة العقدية.

موقف مجلس الدولة المصري:

اذا كان هذا تاريخ الفكرة قضائياً في فرنسا علي النحو السابق فهل وجدت فكرة عدم احتياطية الدعوى المباشرة سبيلها الى التطبيق في قضاء مجلس الدولة المصري؟

الحقيقة اننا لم نجد من احكام مجلس الدولة المصري ما يحقق اطاراً منظماً من الحماية للمتعاقد من الباطن الخفي او المستتر، كما لم يتعرض المجلس في احكامة لمسألة عدم احتياطية الدعوى المباشرة.

حيث اكتفي مجلس الدولة المصري بالنص على حظر التعاقد من الباطن ما لم توافق عليه الادارة حيث ذهب في أحد احكامه إلى: "حيث أن المقرر في فقه القانون العام أن العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة، ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد من الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن "[١].

وهو ما اكده مجلس الدولة في حكم آخر: "حيث أنه من المسلمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها مع الغير من الباطن إلا بموافقة الإدارة، كما هو الحاصل في هذه المنازعة فإن التنازل يعتبر باطلا ولا يحتج به في مواجهة الإدارة فلا تنشأ

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا،الطعن رقم ١٧٨٠٦ لسنة ٥٦ ق ع، جلسة ٢٠١٦/١/٢٦. ويراجع حكمها في الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ١١ ق ع، جلسة ١٩٧١/١/٩ مكتب فني ١٦ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٣٠.

بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة أي علاقة – ويبقى المتعاقد الأصلي مسئولاً في مواجهة الإدارة في كلتا الحالتين[١].

وتقول المحكمة الادارية العليا ايضا: "أن العقود الإدارية تخضع لأصل عام هو أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية بحيث يتعين عليه تنفيذها شخصيا وبنفسه بحيث لا يجوز له أن يحل غيره فيها أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الادارة"[٢].

ويمكن تحليل موقف القضاء الاداري في مصر من عدم تعرض لمسألة عدم احتياطية الدعوى المباشرة بأن القانون رقم ٨٩ لسنه ١٩٩٨ – الملغي – بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات، لم يخول للمتعاقدين من الباطن الرجوع مباشرة على الادارة لاقتضاء مقابل ما قاموا بتنفيذه من اعمال فلم يأخذ بنظام الدفع المباشر او الدعوى المباشرة؛ ومن ثم لم تكن ثمة تطبيقات لهذه الفكرة في قضاء مجلس الدولة المصري.

ومن خلال ما سبق يتضح لنا، ان المتعاقد من الباطن الخفي الذي لم يحصل على موافقه رب العمل او على قبول شروط الدفع لا يمكنه الاستفادة من نظام الدفع المباشر، كما انه لا يستطيع اللجوء الى الدعوى المباشرة، ومن جهة اخرى لا يستطيع ذلك المتعاقد الرجوع على رب العمل عن طريق الدعوى العقدية لانه لا توجد اي رابط تعاقدية بينهما.

وهو ما اكدته المحكمة الادارية العليا في الكثير من احكامها حيث قضت بأن: "الأصل أن عقد الأشغال العامة (عقد المقاولة)، وقانون تنظيم المناقصات والمزايدات الذي أبرم العقد في ظله، يحكمان العلاقة بين رب العمل (جهة الإدارة) والمقاول الأصلي، وأن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يحكمها عقد المقاولة من الباطن، وأنه لا تقوم علاقة

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق ع، جلسة١٩٦٣/١٢/٢٨ مكتب فني ٩ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٣٢٤.

[٢] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ٣٥٩٦ لسنة ٣٦ ق ع، جلسة ١٩٩٧/١١/٢٥ مكتب فني ٤٣ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٣٤١.

مباشرة بين رب العمل في عقد الأشغال العامة والمقاول من الباطن؛ إذ لا يربطهما أي تعاقد يسمح لأيهما بمطالبة الاخر باي حقوق مباشرة "[١].

فأذا كان هذا موقف المتعاقد من الباطن المعترف به من قبل الإدارة، فهو ما ينطبق علي المتعاقد من الباطن الخفي أو غير المعترف به حتي بعد صدور قانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

الفرع الثاني

مدي استفادة المتعاقد الخفي

من الدفع المباشر

يعتبر الدفع المباشر وسيله لدفع مستحقات المتعاقد من الباطن عن طريق رب العمل او جهة الادارة مباشرة اليه، وهذه الوسيلة أو هذا الاسلوب يحقق المصلحة والرضى لجميع الاطراف؛ فمن ناحية يحقق مصلحة رب العمل او جهة الادارة باعتبار أنها ملزمة بالدفع المباشر فلها ان تتحسس من يقوم بتنفيذ العمل بما لها من مكنات حيال متابعة تنفيذ العقد الاداري والاشراف عليه والتعرف على من يقوم بتنفيذ العقد الاداري، ومن أخرى، يحقق مصلحة المتعاقد من الباطن لانه سيصبح او يغدو مطمئنا للحصول على مستحقاته المالية باعتباره يتعامل مع جهة ادارية قادرة وفي امكانيتها سداد مستحقاته.

وأخيراً يحقق هذا الأسلوب مصلحة المتعاقد الاصلي مع جهة الادارة؛ لانه سيكون متحرراً من مسئولية سداد المبالغ المستحقة للمتعاقد من الباطن لان هناك التزام على عاتقه تجاه المتعاقد من الباطن يقضى بسداد هذه المبالغ واعمالاً لمبدأ السداد المباشر سيرفع عن عاتقه هذا الالتزام لقيام جهة الادارة بالسداد المباشر عنه[٢].

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ٢١٠٢٣ لسنة ٥٨ ق ع، جلسة٢٠١٥/١٢/٢٢ مكتب فني ٦١ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٢٩٦. وراجع حكمها، في الطعن رقم ٢٤٤٩٤ لسنة ٥٨ ق ع، جلسة٢٠١٥/١٢/٢٢ مكتب فني ٦١ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٢٩٦، وراجع حكمها، في الطعن رقم ٢٤٤١١ لسنة ٥٨ ق ع، جلسة٢٠١٥/١٢/٢٢ مكتب فني ٦١ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٢٩٦.

[٢] د. فيصل خالد المكراد، التعاقد من الباطن في العقود الادارية دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠١٣، ص ١١٢.

ووفقاً لما تقدم يقصد بالسداد المباشر، وكما يدل عليه اسمه أنه اجراء يسمح للمتعاقد من الباطن بالاتصال بشكل مباشر بصاحب العمل او الادارة بغية الحصول على المقابل المالي لما نفذه من التزام بموجب اتفاق التعاقد من الباطن[١].

وبالتالي نظام الدفع المباشر يخلق اذاً علاقة قانونية مباشرة بين المتعاقد من الباطن ورب العمل الا أن تلك العلاقة تتعلق بدفع المقابل المالي فقط، ومن ثم لا ترقى الى العلاقة التعاقدية[٢].

ونتسائل هنا هل يحق للمتعاقد الخفي من الباطن الحق في السداد المباشر من قبل الجهة الادارية المتعاقدة؟

للاجابة علي هذا التساؤل ينبغي بيان موقف المشرعيْن المصري والفرنسي وكذلك مجلس الدولة في هذا الشأن:

موقف المشرع الفرنسي:

تنص المادة ٦ من القانون رقم ٧٥- ٣٣٤ المؤرخ ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ والمعدلة بالأمر رقم ٢٠١٨-١٠٧٤ المؤرخ ٢٦ نوفمبر ٢٠١٨ والمتعلقة بالتعاقد من الباطن على ما يلي:

يتم الدفع مباشرة للمتعاقد من الباطن الذي تم قبوله وتمت الموافقة على شروط السداد من قبل السلطة المتعاقدة، عن الجزء الذي تم تنفيذه من العقد".

وبالتالي فإن الحق في الدفع المباشر يفترض أن المتعاقد من الباطن قد تم قبوله، وأن شروط الدفع الخاصة به قد تمت الموافقة عليها من قبل السلطة المتعاقدة العامة، وفي حالة عدم قبوله أو عدم الموافقة على شروط الدفع الخاصة به، لا يمكن للمتعاقد من

---

(1) Comme son nom lindique,le payment directe est une proc edure qui permet au sous-tratant de sadresser dircetement an maître de louvrage..pour obtenir le payment de ce qui lui est due taff op.cit p.287.

[٢] د. فيصل خالد المكراد ،المرجع السابق ، ص ١١٣.

الباطن المطالبة بأن يتم الدفع مباشرة لتدخلاته من قبل السلطة المتعاقدة العامة ، ما لم تثبت أن السلطة المتعاقدة كانت على علم بوجوده وقيامه بالأعمال[١].

موقف مجلس الدولة الفرنسي:

اجاب علي هذا التساول مجلس الدولة الفرنسي وقضي في حكم حديث له بانه: "يجب على المتعاقد من الباطن حسب الأصل الحصول على موافقة الدفع المباشر من قبل السلطة المتعاقدة لكل أو جزء من الخدمات التي قام بها في إطار عقد التعاقد من الباطن، والموافقة كذلك على شروط الدفع الخاصة به وقبولها، كما يجب إرسال طلب الدفع المباشر في الوقت المناسب إلى المقاول الرئيسي وإلى السلطة المتعادة" [٢].

وبالتالي إذا لم يتحقق القبول المشار اليه، فإن المتعاقد من الباطن الخفي او غير المصرح به لا يتمتع بميزة الدفع المباشر من قبل الجهة الادارية المتعاقدة، الا أن القاعدة السابقة ليست على اطلاقها؛ حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي استثناء وحيداً عليها، فأجاز للمتعاقد من الباطن الخفي، اللجوء الي السداد المباشر من الجهة الادارية المتعاقدة مباشرة حيث قضت محكمة استئناف ليون الادارية في حكم حديث لها أن: " المشرع وضع على الهيئة العامة التزامًا بتقديم إخطار رسمي إلى المتعاقد الاصلي، باستخدام متعاقدين من الباطن غير معلنين (خفي) ويجب عليه تقديم اوراق اعتمادهم لديها، وفي حالة عدم اخطار الجهة الادارية لهدا الاخطار، وتحقق علم الجهة الادارية بالمتعاقد من الباطن غير النظامي دون اخطار المتعاقد معه الأصلي لتوفيق وضعه، فإن جهة الادارة بذلك يرتكب خطأ يستوجب مسؤوليتها، يجيز للقاضي الإداري بعد ذلك أن يفرض عليها الدفع المباشر للمقاول من الباطن غير القانوني او غير المرخص به لتحقق العلم اليقيني بمركزه[٣].

---

(1) **Emmanuelle Crochemore**, Sous-traitants d'un marché public et paiement direct : attention à préserver vos droits lundi, 04 septembre 2017 13:01,www.antarius-avocats.com/publications/sous-traitants-d-un-marche-public-et-paiement-direct-attention-a-preserver-vos-droits.

(2) CE, 2 déc. 2019, n° 425204 , CE, 23 oct. 2017, n° 410235. CE, 19 avril 2017, Société Angles et Fils, n°366174.

(3) Cour administrative d'appel de Lyon, 2 septembre 2019, Société Peinta Concept, n° 17LY02724.

وراجع مقال بعنوان:

Alexandre DOMANICO, Demande de paiement et sous-traitant irrégulier – Cour administrative d'appel de Lyon, 2 septembre 2019, Société Peinta Concept,=

ويجب علي القاضي الإداري التحقق مما إذا كانت السلطة المتعاقدة العامة لديها علما، قبل استلام الأعمال، بتدخل المتعاقد من الباطن في تنفيد الاعمال من عدمه، وفي حالة عدم وجود مثل هذا الدليل، يستبعد مجلس الدولة أي حق في الدفع المباشر للمتعاقد من الباطن عن الاعمال التي قام بها[١].

ونشير في هذا الصدد ان السداد المباشر يكون بموجب حكم قضائي، وليس للمتعاقد الخفي الحق في مطالبة الجهة الادارية المتعاقدة مباشرة ودون الحصول علي حكم قضائي يلزم فيه القاضي الاداري جهة الادارة بتقديم قيمة الاعمال التي قام به المتعاقد الخفي من الباطن.

وبالتالي نجد ان مجلس الدولة الفرنسي قد فرض حماية للمتعاقد من الباطن الخفي؛ حيث انه جعل الجهة الادارية التي تلاحظ المتعاقد من الباطن ينفد اعمال سبق وان عهد بها الي متعاقد اخر، واوجب عليها في هده الحالة اخطار المتعاقد الاصلي بالاستعلام عن القائم بتنفيد الاعمال والزامه بتقديم اوراق اعتمادة والا تولدت مسئوليتها نتيجه لعدم قيامها بهدا الاخطار.

موقف المشرع المصري:

في الحقيقة لم يوجب المشرع المصري مثل هذا الالتزام الذي فرضه نظيره الفرنسي علي عاتق جهة الإدارة المتعاقدة، وإنما اوجب علي المتعاقد الاصلي معها تقديم اوراق المتعاقد من الباطن الذي سيستعين به علي تنفيذ العقد، والا فلا يستفيد من الدفع المباشر، وانه في كل الاحوال لا يستفيد المتعاقد من الباطن الخفي الذي ينفذ الاعمال حتي وان لاحظت الجهة الادارية المتعاقدة وجوده علي ارض الواقع؛ لان المشرع لم يلزم الجهة الادارية باخطار المتعاقد الاصلي بوجود متعاقد من الباطن وتقديم اوراق اعتماده، ولم يلزم المشرع المتعاقد من الباطن الخفي ايضا بتقديم اخطار لجهة الادارة بوجودة وبتنفيذ الاعمال محل العقد الاصلي مثلما فعل المشرع الفرنسي.

=n°17LY02724, Article 27 NOVEMBRE 2019, https://www.francemarches.com/blog/2019/demande-paiement-sous-traitant-irregulier/.

تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/١/٢٥ الساعة ٩.٤٥مساءً.

(1) CE, 5 juillet 2017, Cabinet M3C Ingénierie, n° 402481.

موقف الفقه المصري:

لم يتعرض فقه القانون العام المصري لجزئية مسئولية الجهة الادارية اذا ما اتضح لها وجود متعاقد من الباطن ينفذ الاعمال محل التعاقد الاصلي ولم تخطره، وإنما كل ما يقع علي عاتق الادارة انه حينما يتقدم لها المتعاقد الاصلي بقبول اوراق اعتماد متعاقد من الباطن وجب عليها القبول او الرفض بعد دراسة ملف المتعاقد من الباطن والتأكد من توافر الشروط اللازمة فيه والخبرة الكافية، وأن قرارها ليس بمنأ من الطعن عليه امام القضاء الاداري.

موقف مجلس الدولة المصري :

طالما ان المشرع والفقه لم يتخذا موقفاً بشأن الزام جهة الادارة بضرورة اخطار المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن بتقديم اوراق اعتماد المتعاقد من الباطن، فكان من الطبيعي أن لا نجد تطبيقات قضائية لهذا المبدأ في السوابق القضائية للمجلس، فإذا ما تأملنا احكام مجلس الدولة المصري لم نجد أي احكام قضائية توجب مثل هذا الالتزام وبالتالي مسئولية الجهة الادارية، ولا نعتقد أن نزاعاً قضائياً قد ثار بهذا الشأن أمام المجلس ليدلي بدلوه بشأنه، وربما نرى مثل هذه التطبيقات قريباً في ضوء اعتراف قانون المناقصات والمزايدات الجديد بفكرة التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية.

المبحث الثاني

الضمانات الاضافية للمتعاقد

من الباطن الخفي

تمهيد وتقسيم:

لقد وضحنا السبل التي قد يلجا اليها المتعاقد من الباطن، والمتمثلة في مدى الاستفاده من الدعوى المباشرة والسداد المباشر، وذلك للحصول على حقوقه في سبيل ما أوفاه أو ما نفذه من أعمال محل العقد الأصلي، وما قد يواجهه من عقبات في سبيل هذا الحق والتي قد تصعب عليه اقتضاء حقوقه من قبل المتعاقد الاصلي خاصة لو صدر حكم اشهار افلاس مدينه او تصفيته قضائياً أو من قبل الجهة الادارية أو رب العمل والذي لا تربطة به أي علاقة تعاقدية او استغلاق سبيل الدفع المباشر والدعوي المباشرة لعدم توافر شروطهما.

ورغم هذه الحقائق فان ذلك لا يعني ان يفقد المتعاقد من الباطن جميع حقوقه، بل يمكن ان يسلك بعض الطرق التي يخولها له القانون، والتي تكفل له الحصول على جزء من مستحقاته فقط من المبالغ المتبقية عقب تسديد الدائن المرتهن او المتنازل له حال وجوده – وهذه الطرق سميت بوسائل الحماية الاحتياطية أو– الضمانات الاضافية– باعتبار ان المتعاقد من الباطن الخفي لا يلجا اليها الا عند استغلاق جميع السبل، كما انها لا تخوله سوي حماية جزئية لانه لن يتمكن بمقتضاها من استيفاء حقوقة كاملة مقابل ما قام بتنفيذه من اعمال، بل تساعده فقط في الحصول على مستحقاته[١].

وعلى هذا الاساس يحق للمتعاقد من الباطن الخفي ان يستند الى دعوى الاثراء بلا سبب على اساس ان ان جهة الادارة قد اثرت على حساب المتعاقد من الباطن الذي افتقر من جهة اخرى نتيجة لتنفيذ الاعمال المتفق عليها في عقد التعاقد من الباطن و انعدام السبب المبرر للاثراء؛ لان رب العمل لم يكن طرفا في هذا العقد غير ان هذه الدعوي– وبحسب ما هو معمول به في القانون الفرنسي– هي دعوى احتياطية لا يستند اليها الطاعن

---

(1) Douai,1er juill 1966,D.tables 1968-1972,ed JCP-1973,D.P.2514.

المتعاقد من الباطن في الحالة الراهنة إلا لو استغلقت سائر السبل القانونية، هذا فضلا عن انها في حدود ما حققته جهة الادارة من اثراء[١].

كما يعد من اهم الضمانات التي يستطيع ان يلجأ اليها المتعاقد من الباطن الخفي امتياز بلوفيوز حيث يسمح هذا الامتياز لعمال ومواردي المتعاقد الاصلي الذي صدر حكم باشهار افلاسه او تم تصفيته قضائياً- وايضا للمتعاقد من الباطن بأن يستوفوا حقوقهم بالاولوية على سائر الدائنين.

ولكن يراعى ان هذا الامتياز لا يجعل حق المتعاقد من الباطن مقدما علي حق الدائن المرتهن او المتنازل له الا اذا قام بعض الاجراءات التحفظية التي تسمح له بالتقدم علي هؤلاء الدائنين وعلى ذلك فإذا تقاعس المتعاقد من الباطن في اتخاذ هذه الاجراءات فإن الدائن المرتهن او المتنازل اليه يتقدم عليه في اقتضاء حقوقه و على اثرها استحدث القضاء الفرنسي فكرة مسؤولية رب العمل عن خطئه وأعاد صياغتها المشرع الفرنسي في القانون الصادر في ٦ يناير سنه ١٩٨٦.

ويراعي هنا ان رب العمل – او جهة الادارة – والمتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن الخفي يشتركون جميعا في هذه المسؤولية إذ إنها مسئولية مشتركة ومخففة ولذلك فان المتعاقد من الباطن يتحمل قسطاً من هذه المسؤولية وترتب على ذلك عدم حصولة على حقوقه كاملة.

كذلك هناك ضمانات اخرى قررها القانون الفرنسي تعرف بمبدأ عدم الحجية بمقتضاها جعل الشارع الفرنسي من اتفاق التعاقد من الباطن حجة على المتعاقد الاصلي لا حجة له في الحالات التي يحجم فيها عن عرض المتعاقد من الباطن لقبول الجهة الادارية المتعاقدة واعتمادها لشروطه المتعلقة بالسداد المباشر واطلق على ذلك عدم الحجية، حيث يستطيع المتعاقد من الباطن دون المتعاقد الاصلي الاستناد الى اتفاق التعاقد من الباطن على ما سيأتي تفصيلاً.

---

[١] د. وليد فاروق جمعة، حماية المقاول من الباطن في إطار عقود الاشغال العامة ، رسالة دكتوراه ، حقوق عين شمس ، عام ٢٠٠٠، ص٥٥٨.

وعلى هذا سنتناول بالدراسة والتحليل هذه الضمانات باعتبارها ضمانات اضافية للمتعاقد من الباطن، على ان يكون ذلك من خلال المطلبين التاليين.

المطلب الاول: لجوء المتعاقد من الباطن الخفي الي دعوي الاثراء بلا سبب.

المطلب الثاني: لجوء المتعاقد من الباطن الخفي الي دعوي التعويض وفقاً لامتياز بلوفيز.

المطلب الاول

لجوء المتعاقد من الباطن الخفي

الي دعوي الاثراء بلا سبب

تعد دعوي الاثراء بلا سبب تطبيقاً وتجسيداً لمبدأ قانوني من المبادئ القانونية العامة المعروفة منذ امد بعيد حيث ظهرت هذه النظرية في نطاق القانون المدني ثم امتدت الى القانون الاداري نظراً لحداثته عن القانون المدني.

وقد طبقها مجلس الدولة الفرنسي بوصفها من المبادئ العامة للقانون دون الافصاح صراحة عن استخدامها حتى سنه ١٩٦١، حينما جسَّد هذه الفكرة عمليا، عندما اتجه الى تعويض الشركة الوطنية للانشاءات الجوية عما قامت به من اعمال نافعة لصالح الادارة في موقع من المواقع العسكرية استناداً الى هذا المبدأ- الاثراء بلا سبب- خصوصاً ان الادارة قبلت ضمنا الاعمال التي قامت بها الشركة المذكورة[١].

هذا وقد ذهب بعض الفقهاء الى القول بان هذا الحكم انما يعد نقطة مضيئة بالنسبة لتطور هذه النظرية لانه يعكس مبدأ عاماً يستخدم دون حاجة الى نص يحض على تطبيقه في مجال عقود الاشغال العامة كما ان مجلس الدولة الفرنسي قد بسط هذه النظرية كي تشمل العقود الادارية الاخرى كعقود التوريد والامتياز[٢].

---

(1) C.E.14 avril 1961. Societe sud-aviation Rec.p.236.

(٢) د.احمد فتح الله ابو سكينه، النظرية العامة للاثراء بلا سبب في القانون الاداري "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراة ،كلية الحقوق جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٥، ص ٥٢.=

في حين يري بعض الفقه ان مجلس الدولة الفرنسي كان اسبق في تطبيق نظرية الاثراء بلا سبب كمبدأ من المبادئ العامة للقانون وقبل ان يصل القضاء العادى الى ذلك بقرابة ثلاث سنوات[١] وذلك فيما قضى به حكم lamaire بتاريخ ١٥ فبراير سنة ١٨٨٩ [٢]، في حين عرَف مجلس المصري نظريه الإثراء بلا سبب وطبقها في العديد من احكامه في نطاق العقود الادارية، حيث قال "هو مصدر مستقل من مصادر الالتزام، يقوم على أركان ثلاثة: هي إثراءٌ في جانب المدين، يترتب عليه افتقارٌ في جانب الدائن، دون أن يكون هناك سبب لهذا الإثراء –الإثراء قد يكون إيجابيا، يتحقق بإضافة قيمة مالية إلى ذمة المدين، وقد يكون سلبيا كمن يفي بدين على آخر عن طريق النقص فيما عليه من ديون دون أن يكون الموفي ملزما قانونا بهذا الوفاء، ويلتزم المدين بتعويض ذلك الشخص بقدر ما دفعه.."[٣].

وبالتالي كلاً المشرعين المصري والفرنسي طبقا نظرية الاثراء بلا سبب في نطاق العقود الادارية واجازاً للمتعاقد من الباطن الرجوع من خلالها علي رب العمل بالتعويض بمقدار ما قام به من اعمال، طبقا لشروط محددة ينبغي توافرها ، وذلك علي النحو التالي :

الفرع الاول: شروط تطبيق دعوي الاثراء بلا سبب

الفرع الثاني: دور دعوي الإثراء بلا سبب في حماية المتعاقد من الباطن الخفي.

= **Laure Catel**, La théorie de l'enrichissement sans cause au secours des cocontractants de l'administration, 14 mars 2018,

[١] طبقت محكمة النقض الفرنسية هذه الفكرة كمبدأ عام في حكمها الشهير في قضية boudire الصادر بتاريخ ١٥ يونيه ١٨٩٢ والمنشور في موسوعه سيري سنه١٨٩٣ القسم الاول ص ٢٨١ مع تعليق labbe.

[2] C.E.15, fev 1889,le maire Fabrigue de l eglire de rincq rec p.226.

[٣] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ٥٧٦٤ لسنة ٥٦ ق ع، جلسة ٢٠١٥/٤/٢٨، مكتب فني ٦٠ رقم الجزء ٢، ص ٨٦٤.

الفرع الاول

شروط تطبيق دعوي الاثراء بلا سبب

حتي يستفيد المتعاقد من الباطن الخفي من دعوي الاثراء بلا سبب، يجب توافر شروط معينة حتي يتمكن الرجوع علي الجهة الادارية بتلك الدعوي او هذه النظرية بالمطالبة بنستحقاته عن الاعمال التي قام بتنفيذها.

ورغم ان تطور هذه الفكرة اثبت استقلالها بمنظرها الاداري فذلك لا يعني انسلاخها التام عن الضوابط والشروط المدنية المستقرة لتطبيقها في المجالات الاخرى؛ لذلك فان تناول هذه الشروط سيكون على هدى من الشروط المدنية لاعمال هذه النظرية وتلك الدعوي في نطاق التعاقد من الباطن المستتر.

يضاف الى ذلك الى تلك الشروط المدنية الجوانب المميزة لهذه الدعوي في المجال الاداري –مجال القانون الاداري– التي ترتبط بفكرة المصلحة العامة بالاضافة الى ابتداع عنصر فعلي يتميز به التطبيق الاداري لتلك الفكرة ويتجسد هذا العنصر في اشتراط رضاء الادارة بالاعمال التي سببت اثراءها وحققت افتقار المدعي او الطاعن.

وبالبناء على ذلك يمكن تلخيص شروط تطبيق هذه الدعوي على الوجه التالي:

١– إثراء رب العمل.

الاثراء هو كل زيادة ايجابية في الذمة المالية للمثري سواءً كانت زيادة حقيقية عن طريق اضافه عنصر ايجابي جديد اليها او بتحسن عنصر قائم فيها، او كانت زيادة حكمية بتفادي النقص في احد العناصر الايجابية القائمة[١].

فالاثراء المادي وفقا لما تقدم هو كسب يمكن تقويمه بالمال ويتخذ اما صورة زيادة في مال الجهة الادارية او صاحب العمل او تجنبه لخسارة مالية او حصوله على منفعة.

---

[١] د. سليمان مرقص، مجموعة الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثالث الاثراء على حساب الغير، الطبعة الثالثة. دار النهضة العربية ،سنه ١٩٩٠ ص ١٦٦.

وعلى ما تقدم استقرت احكام مجلس الدولة الفرنسي اذا توفر عنصر الاثراء وفقا للمفهوم السابق فإن للمتعاقد من الباطن بصفة عامة والمتعاقد من الباطن الخفي بصفة خاصة اللجوء الى هذه الدعوي– دعوى الاثراء بلا سبب– ليطالب جهة الادارة أو رب العمل بمستحقاته[١].

ووفقا لمفهوم المخالفة إذا انتفي هذا الشرط والإثراء– فقدت الفكرة شرطاً من شروطها المادية بما يستحيل معها التمسك بها.

هذا وقد عرف القانون الإداري كافة الصور السابقة للإثراء، حيث اعترف القضاء الإداري الفرنسي بالإثراء المادي بكافة صوره، وتتخذ غالبية حالات الإثراء صورة قيام أحد المقاولين من الباطن بتنفيذ بعض الأشغال العامة النافعة لصالح الإدارة، وقد اختار مجلس الدولة الفرنسي محددات وضوابط لواقعة الإثراء حيث رابطه بفكرة المصلحة العامة L' intéret General وهى فكرة قانونية أصلية يتميز بها القانون الإدارى و لصيقة به، فالمصلحة العامة هى خاصية الإدارة كاللعبة التى هى خاصة الطفل[٢].

وعليه يقع على عاتق المتعاقد من الباطن الخفي إثبات أن افتقاره قد حقق منفعة حقيقية لصالح رب العمل، فإذا ما فشل في إثبات ذلك كان مصير دعواه الرفض .

كما أكد ذلك الفقهاء بالقول بان الأعمال المسببة لإثراء الإدارة لا تؤخذ في الاعتبار إلا في الحدود التي تشبع فيها حاجة مرتبطة بتحقيق المصلحة العامة[٣].

كما ذهب احد الفقهاء الي اعتناق فكرة المصلحة العامة كمعيار مميز لإثراء الإدارة، واستنتجت أن عدم استفادة الشخص الإداري يكفي بذاته لافتراض غياب المصلحة العامة[٤].

وكان لهذه الافكار من جانب الفقه أثر كبير علي القاضي الإداري حيث كان يزن الأمور بميزان الصالح العام، مقدراً درجة نفعية الاعمال لصالح رب العمل، فإذا ما ترتب علي

---

(1) C.E.2.Juillet. 1982 Soc.bassetet pujole.courbvoie.

(2) D.L Iinatte. Recherches sur la notion d'intérêt General en droit adm. Francaise thèse. Bordeaux 1975.p.277

(3) Furet " I enrichissement sans couse d après la jurisprudence! administratil D.1967 saron P.233.

(4) Deswert, entichissement sans cause,D no 22.p4.

هذه الاعمال تحقيق منفعة للإدارة وللمتعاقد من الباطن في نفس الوقت تعين إجراء المقاصة، وفي تلك الحالة يجب استنزال ذلك الإثراء من قيمة الربح المتحقق لتكون النتيجة في ضوء ذلك هي الافتقار الفعلي والحقيقي لذلك المتعاقد[١].

وقد حرص مجلس الدولة الفرنسي علي تأكيد الارتباط بين عنصر الإثراء وفكرة المصلحة العامة، والعنصر شبه الرضائي.

ويبدو ذلك متفقاً وطبيعة القانون الاداري الذي يضع نصب عينيه حماية الصالح العام، وعلي ذلك أخضع تقدير الإثراء في القانون الإداري لمعايير أخري غير المعروفة في القانون المدني. وعلى هذا يشترط لقبول دعوى الإثراء بلا سبب، حدوث إثراء للمدعي عليه.

ويستوي أن يكون الإثراء بإضافة مال جديد إلى ذمة المثري، أو بزيادة مال موجود في ذمته، أو بتفادي هلاك هذه الأموال أو هلاك جزء منها، أو بقضاء بعض ديونه، أو بالتمكين من منفعة مال، أو بتقديم خدمة وإن لم تقم بالمال طالما أن حصول المثري عليها كان يتطلب منه بذل المال لتوفيرها لو لم يوفرها له المفتقر[٢].

وهكذا فالغرض من دعوى الإثراء، هو إعادة التوازن بين ذمتي شخصين مختلفتين، والعبرة تكون بالإخلال القائم وقت طلب الإصلاح، خصوصا أن اشتراط بقاء الإثراء هو ما يميز دعوى الإثراء بلا سبب عن دعوى الفضالة، يضاف إلى ذلك أن تقدير الإثراء وقت رفع الدعوى، يتفق مع القاعدة المطبقة بصدد تقدير الضرر في المسئولية وقت المطالبة بالتعويض، وأخيرا يمكن القول، أن هذا التقييد يبدو عادلا، لأن الإثراء قد يدخل في ذمة المثري دون علمه أو إرادته، وليس من العدالة في شيء إلزامه برد الإثراء متى زال وقت المطالبة به[٣].

---

(1) C.E,5 Avril,1922.tardym Rec.p.325.
(2) Marty et Raynaud, op.cit. p. 408.
(3) Core(F)et Saujot(G)."Enrichissement sans cause" Rep. Dr. t IV n37.

ووفقا لما سلف فأن فكرة المصلحة العامة من الأفكار الأساسية التي يتميز بها القانون الإداري[١]، والقاضي الإداري لا يمكنه تجاهل اعتبارات تحقيق المصلحة العامة، حتى في الحالات التي يكون فيها بصدد تطبيق مبدأ قانوني عام[٢].

فالإثراء لا يتحقق بمجرد حدوث زيادة في القيمة الإيجابية للذمة المالية لجهة الإدارة، وإنما بوجود منفعة حقيقية تعود عليها بسبب الأعمال المؤدية إلي إثرائها فإن تمخضت هذه الأعمال عن منفعة حقيقية أو مؤكدة لصالح الإدارة، فإن ذلك يعد مبررة كافية للحكم بالتعويض لصالح الطاعن[٣].

ويقع على عاتق الطاعن عبء إثبات أن افتقاره قد حقق منفعة حقيقية لصالح الإدارة، فإن فشل في ذلك فإن مصير دعواه الرفض، ويراعى أنه لا يكفِ مجرد الاستناد إلى المنفعة المتحققة للإدارة، وإنما يجب البحث أيضا عن أية مكاسب حققها المفتقر، وفي حالة وجود مثل هذه المكاسب فأنه يتعين خصمها من قيمة الإثراء المتحقق لنكون أمام افتقار فعلى حقيقي و هذا ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي مما يعني ركونه إلي فكرة الإثراء.

ومن جانبي اتفق مع ما ذهب إليه رأي في الفقه[٤] بشأن أهمية هذا العنصر كضابط من ضوابط تطبيق الفكرة في القانون الإداري، لاسيما وأن الصورة الأساسية لإثراء الإدارة دون سبب تتمثل في استفادتها من التوريدات أو الأشغال العامة الت يقوم بها المقاول من الباطن، ولعل هذا العنصر هو ما يبرر حصول ذلك المقاول على التعويض متي استفاد رب العمل في ظل وجود هذا الضابط .

ومما لا شك فيه أننا لا نستطيع أن نقطع بوجود هذا العنصر في قضاء مجلس الدولة المصري، وإن كانت ثمة بعض الحالات التي نوهت فيها محاكم القضاء الإداري[٥] إلى

---

(1) Linotte (D). "Recherches sur la notion d'interet en droit en droit administrative francais" These Bordeaux. 1975. p. 277

(٢) د. فتح الله أبو سكينة،المرجع السابق، ص ١٠٠

(3) C.E.20 decembre 1963 Commune de Battiny. Rec. p. 927

(٤) وما بعدها ١٧٢ د. وليد فارين جمعية المرجع السابى ص

(٥) عن تلك الأحكام يراجع علي سبيل المثال حكم المحكمة الإدارية العليا، الطعن رقم ١٤٣ لسنة ١ ق ع، وحكم محكمة القضاء الإداري، القضية رقم ١٥٥ لسنة ١٢ ق.

أهمية رضاء الإدارة إلا أن القضاء الإداري المصري لم يتناول ذلك العنصر بما يوحي أنه قد استقر في وجدانه كمحدد من المحددات المميزة الفكرة الإثراء بلا سبب[١].

وجدير بالذكر أن رضاء الإدارة قد يتخذ صوراً متعددة فقد يكون صريحا Explicite متى طلبت الإدارة من المقاول من الباطن القيام بالأعمال التي سببت إثراءها فيكون الإثراء والافتقار الملازم له وليدا أوامر الإدارة وتوجيهاتها، ويكون الرضاء ضمنيا متى تبين من الظروف والملابسات رضاء جهة الإدارة ويتحقق ذلك في حالة عدم اعتراض رب العمل على التوريدات أو الأعمال التي يقوم بتنفيذها المقاول من الباطن.

وفي حالات الرضاء الضمني لا يرتبط المقاول من الباطن ورب العمل بأية رابطة قانونية، بيد أن ذلك لا يقدح في وجود روابط عمل فعلية Liens de faites ولذلك فمن العدل، أن يقابل هذا الرضاء الضمني التزام رب العمل بتعويض المتعاقد من الباطن .

كما أن ثمة نمطاً ثالثاً وهو الرضاء المفترض، ويحدث ذلك عملا عندما يقوم المتعاقد من الباطن بأعمال إضافية لا غنى عنها لصالح رب العمل، حيث يستشف رضاء الإدارة من طبيعة العمل وأهميته، ولا يرجع الرضاء في هذه الحالة لإرادة رب العمل، وإنما يرجع إلى عناصر خارجية تفترض تحقق الرضاء، وتتمثل في ضرورة العمل المقدم وحتميته بالنسبة لرب العمل حيث لا يتصور في هذه الحالة عدم موافقة الإدارة على ذلك العمل الذي تنبئ صفاته واهميته، وهنا يقنع القاضي بمجرد كون الأعمال ضرورية لافتراض رضاء جهة الإدارة[٢].

وكان من الطبيعي أن تتعرض نظرية الإثراء بلا سبب لتحوير وتطويع يجعلها أكثر أتفاقاً وطبيعة القانون الاداري، وقد تجلى ذلك في ابتداع عنصر فعلي يتميز به التطبيق الاداري للفكرة[٣]، ويتجسد هذا العنصر في اشتراط رضاء الإدارة بالأعمال التي قام بها المتعاقد من الباطن، وسببت إثراءها وحققت في نفس الوقت افتقاره ومن اجل هذا اطلق عليه

---

[١] حيث تعتقد هذا الرأي في القضية إلى وجود العديد من الحالات التي ذهب فيها مجلس الدولة المصري إلى تطبيق نظرية الاثراء بلا سبب دون أن يتعرض للنصر به الرضالي مما يدل على عدم استقرار هذا العنصر

[2] C .E . 17 nov 1976 Soe . Des , Des Ateliers , A.J.D.A 1978 ,P . 30S

[٣] يراجع في تفصيلات هذه الفكرة:

Les notion d enrichissement et I'appauvsissement sont appreciees d'une facon differentnte por le consiel d'Etat et par ie Juge Judiciaire"

بالعنصر شبه الرضائي وقد حرص مجلس الدولة الفرنسي على الربط بين هذا العنصر وفكرة المنفعة العامة، اذ يعتبر كل منهما وجهان لعملة واحدة حيث يترتب على رضاء الادارة تحقيق المنفعة العامة وبهذا يكون مجلس الدولة قد خلق من العنصر شبه الرضائي محدداً من المحددات الادارية لفكرة الإثراء بلا سبب[١].

وتبدو علة استخدام هذا العنصر جليه؛ إذ لا ينبغي فتح الباب على مصراعيه ليتدخل الأفراد في مظاهر النشاط الاداري من خلال القيام بأعمال تعرقل سير المرفق العام، وهو ما قد يتعارض وتحقيق المصلحة العامة، فلا يجب أن تثري الإداره دون علمها، ومن ناحية أخرى يجب أن تحكم جهة الإدارة رقابتها على كافه مظاهر التدخل في نشاطها لتتأكد من وقوعها تحت مظلة الصالح العام، ويشير أحد الفقه الى اهمية هذا العنصر من الناحية النظرية والتي تبدو في ارتباط الادارة بهدف محدد وهو تحقيق الصالح العام، كما يؤكد اهميته من الناحية العملية حيث انه لا يمكن أن يتولد في ذمة الإداره إلتزام عن طريق الإثراء بلا سبب بدون علمها[٢].

وقد أكدت محكمة القضاء الاداري في مصر علي ضرورة توافر عدة شروط حتي يتم الاستناد الي دعوي الاثراء بلا سبب ومن ضمن هذه الشروط هو إثراء رب العمل حيث قالت: " ان مؤدى هذا النص أنه لكى يكون ثمة اثراء بلا سبب ينشأ عنه إلزام المُثرى بتعويض الدائن عما لحقه من خسارة لابد من توافر أربعة أركان **الأول إثراء المدين، والثانى** افتقار الدائن، **والثالث** علاقة السببية بين الاثراء والافتقار، **والرابع** انعدام السبب القانونى للاثراء، فاذا فقدت هذه الأركان كلها أو أحدها لم يكن ثمة اثراء بالمعنى الذى قصد المشرع في المادة ١٧٩ من القانون المدنى"[٣].

وإذ تبين مما تقدم نحو فكرة الاثراء كركيزة أساسية لهذه الدعوي مما يتعين معه بيان عنصرها الثاني وهو الافتقار.

---

(1) C.ponce Le consensualisme dans les contrats comtrats Le administraciones. Estos: Estrasburgo. 1956.

(2) Bayle "L'enrichissement sanscouser en droit Administrative 1970. ed. L.G.J.P.120.

(٣) حكم محكمة القضاء الاداري، الدعوي رقم ٥٥٦٢٩ لسنة ٦٨ ق ، جلسة ٢٠١٩/٢/٢٠ ، وراجع حكمها في ذات المعني في الدعوي رقم ١١٣٤١ لسنة ٦٩ ق، جلسة ٢٠١٩/٢/٢٠ .

٢- الافتقار:

كما أنه لا يكفي لقبول دعوى الإثراء بلا سبب، مجرد حدوث إثراء في جانب المدعي عليه.

وإنما يجب، بالإضافة إلى ذلك، أن يصيب المدعي افتقار كان المؤدي إلي ذلك الإثراء[١]، فإن لم يحدث مثل هذا الافتقار، فإن المدعي عليه غير ملزم برد ما اثرى به[٢] وبتعبير آخر، يعد شرط افتقار المدعي شرطا جوهرياً لدي الرجوع استناداً إلي دعوى الإثراء بلا سبب[٣].

وهو ما اكدته محكمة القضاء الاداري في مصر ايضا حيث أكدت انه: في حالة تخلف شرط من شروط الاثراء بلا سبب فانه لا يعتبر اثراءاً بالمعني المقصود والذي قصده المشرع[٤].

فالافتقار هو الوجه المقابل للإثراء والمقصود به تلك الخسارة التي يتحملها الطاعن، أو ذلك النقض في أمواله، أو فوات منفعة عليه تقدر بالمال، أو فوات مقابل خدمة أداها للغير. فالمقصود بالافتقار هو حدوث نقص في الذمة المالية، ولا يشترط أن يكون هذا النقص نتيجة فعل إرادي من المفتقر، لأن العبرة في ذلك النقص الذي يصيب الذمة المالية، أيا كان سببه، وبتعبير أخر، سواء كان السبب في حدوث النقص المذكور، وهو فعل المفتقر أو فعل المثري أو فعل الغير أو فعل الطبيعة..... [٥].

وقد ذهب القضاء الإداري إلى أن الافتقار قد يكون ماليا أو معنويا Moral ، ويتمثل الافتقار غالبا في صورة نفقات حقيقية أو في صورة الخسائر التي تستحق الذمة المالية من خلال أداء عمل معين أو تقديم خدمات نصائح الإدارة، وفي هذا الصدد حرص مجلس الدولة الفرنسي على الاستناد تي تنفقات الحقيقية النافعة Utiles، والمترتب عليها تحقيق

---

[١] د. سليمان مرقص . المرجع السابق ص ٨٠. د. عبد الرازق السنهوري ج١،مرجع سبق ذكره، ص ١٢٠

[2] Cass. Civ.3 fevrier 1970 Bull. Civ. Iy, no 42.

[٣] انظر حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٩٥٠/١١/١٦ مجموعة أحكام النقض – سنة ٢ رقم ٨ ، ص ٤٣، وحكمها الصادر بتاريخ ١٩٥٦/٦/٧ مجموعة أحكام النقض السنة ٧ رقم ٩٤ ص ٦٧٢.

[٤] حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوي رقم ١١٣٣٧ لسنة ٦٩ ق ، جلسة ٢٠١٩/٢/٢٠.

[٥] د. سليمان مرقص المرجع السابق ، ص ٨٠ – ٨١

نفع مؤكد ولم يعول علي مجرد فوات الربح اخذاً في اعتباره ما يمكن أن يحققه المفتقر من الربح مرتبط بالتقاره وضرورة استنزال هذا الربح[١].

ولكن إذا كان القضاء الإداري يتطلب ضرورة افتقار المقاول من الباطن حتى يمكن رجوعه على رب العمل بدعوى الإثراء بلا سبب.

فهل يؤثر خطأ المفتقر علي رجوعه بدعوى الإثراء بلا سبب ؟

أما المشروع المصرى فحسنا فعل عندما لم يعول على خطا المفتقر أو سوء نيته حيث لم ينص استبعاد دعوى الإثراء بلا سبب حال خطأ المفتقر ، كما لم يؤيد الفقة المصرى أيضا استبعاد دعوى الإثراء فى حال ثبوت الخطأ فى حق المفتقر.

وقد انتقد الاستاذ الدكتور السنهورى ذلك استناداً الى ان ذلك سيكون من شأنه إهدار الطبيعة الموضوعية للفكرة مما يخل بعدالتها ورأى إمكانية رجوع المفتقر المخطئ بدعوى الإثراء بلا سبب بغض النظر عن إهماله أو عدم إهماله[٢].

٣- رابطة السببية:

فضلاً عما تقدم فإنه يلتزم الى جانب توافر عنصرى الإثراء والإفتقار، أن يكون بين هذين العنصرين صلة تقابل، أى أن تكون بينهما صلة سببية وفقاَ لنظرية تعادل الأسباب القائمة على أساس المساواة بين جميع الأسباب التى أدت الى حدوث النتيجة بحيث يكفى لأى سبب منها أن يكون دوراَ فى تحقق الإثراء. شريط أن يثبت أنه لولا الافتقار الذى ترتب على الفعل الذى أدى الى الإثراء ما حدث الضرر[٣].

بيد أن جانب من الفقه يميل الى الاخد بالنظرية السبب الفعال او المنتج، ليكون هو المعول عليه حين تقدير التعويض.

---

[١] ومن هذا الجانب يراجع الرسالة المقدمة من الأستاذ BAYLE سنة ١٩٧٠ ص ١٤٦ سابق الاشارة اليها

[٢] د. عبد الرازق السنهورى المرجع السابق ص ١٥٨٩هامش (٢) أنور سلطان النظرية العامة للالتزام . دار المعارف الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ الجزء الاول فقرة ٥٧٠ .

[٣] سليمان مرقص . المرجع السابق ص ٨٥ – ٨٦

ولتحديد رابطة السببية بين الإثراء و الافتقار ذهب جانب من الفقة الى القول بأن فهم علاقة السببية بين الإثراء و الإفتقار يتم بوجود ارتباط بينهما بحيث يترتب الإثراء على الافتقار[١]، وقد يتحقق الإثراء بفعل أى من المفتقر أو المثرى. و مثال ذلك قيام أحد المقاولين بأعمال ضرورية أو نافعة للإدارة ادت الى افتقاره[٢].

وقد يتحقق الإثراء بفعل أو واقعة لا شأن لإدارة أى من المفتقر أو المثرى بها، ومن تطبيقات مجلس الدولة الفرنسي بهذا الصدد ما ذهب إليه في قضية مدينة Bordeaux من تعويض الدولة عما تحملته من نفقات جراء بعض أعمال البناء التي قامت بها لصالح مدينة Bordeaux فقد حلت الدول محل هذه المدينة في القيام بالأعمال المذكورة لأهميتها وقد استند المجلس إلي نظرية الإثراء بلا سبب في تعويض الدولة لما ترتب على أعمالها من إثراء اللذمة المالية للمدينة المذكورة[٣] ضرورة تحقق علاقة سببية بين افتقار المدني وهو المقاول من الباطن وإثراء المدعي عليه وهو رب العمل.

والواقع أن طبيعة العلاقة بين عنصري الإثراء والافتقار كانت محلاً لكثير من الجدل الفقهي، فقد ذهب جانب من الفقه إلى أن المقصود برابطة السببية هو كون الافتقار السبب المنشئ للإثراء[٤] ويعني ذلك اشتراط أن يكون الافتقار سببا للإثراء.

وقد أعطى مجلس الدولة الفرنسي لتلك الرابطة ذات التفسيرات السابقة فلقد نوه في أحد أحكامه إلى أن الأعمال التي كلفت الدولة نفقات كبيرة ونتج عنها إثراء المدينة – تخول للدولة التعويض استنادا لنظرية الإثراء بلا سيب[٥].

وجدير بالذكر أن مجلس الدولة قد استخدم اصطلاح الأثراء المرتبط للدلالة علي رابطة السببية بين الاثراء والافتقار[٦].

---

[١] د. فتح الله ابو سكينة . المرجع السابق ص ١١٩

[2] CE 15 juillet 1959 Vauzelle. Rec. p. 466.

[3] C.E.14 octobre١٩٦٦ Ministre de la construction c/Ville Bordeaux. Rec. p. 337-15.

[4] G. R ipert et Teisscire. Essai d'une Theorie de l'enrichissement Sans caus en droit civil Francais. R.T.D.C.1904. p. 766

[٥] حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٤ أكتوبر سنة ١٩٦٦ في قضيةBordeau سبق الإشارة إليه، وبنفس المعني يراجع حكم المحكمة الادارية لمدينة ليون في قضية السيد PILLONجلسة ٦ ديسمبر سنة ١٩٦٨، المجموعة ص ٧٧٣.

[٦] وقد عبر المجلس عن ذلك بقوله:=

ومن جهة اخري يتعين أن تكون رابطة السببية مؤكدة وموضوعية أما كونها مؤكدة فهذا أمر طبيعي يتفق ووجود الإدارة كطرف في العلاقة حيث لا يمكن للإدارة التعويض عن إثراء سببية غير مؤكد.

كما ينبغي أن تكون علاقة السببية بين الإثراء والافتقار موضوعية غير ذاتية ومن ثم فلا عبرة بالنية أو القصد في تطبيق دعوى الإثراء بلا سيب[١].

ومن جانبنا نؤيد ما استقر عليه غالبية الفقه من أن الإثراء يكون مشروعاً إذا كان مطابقاً للقانون وعلى ذلك إذا توافر أي سبب للإثراء سواء كان اتصرفا قانونيا أو واقعة مادية أو حدثاً طبيعياً يعتبر هذا السبب مبرر للإثراء.

واتفاقا مع ذلك هل يمكن القول بأن عقد المقاولة من الباطن أو العقد الأصلي يعتبر سبباً مبرراً لإثراء رب العمل ؟

الواقع أن بعض أحكام القضاء الاداري قد انتهت إلى إعمال ذلك الرأي، كما أفصح مجلس الدولة الفرنسي في أكثر من مناسبة عن اعتبار العقد الأصلي سببا مبررا لإثراء الإدارة، ومن الأحكام في هذا الشأن:

حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ١٣ يناير سنة ١٩٦٥ وقد جاء فيه: " وبذلك لا تكون الادارة قد أثرت علي حساب المتعاقد من الباطن متي كانت الأعمال قد تم تنفيذها بموجب عقد التعاقد من الباطن، لأن اثراء جهة الادارة بسبب وهو العقد الأصلي[٢].

كما أخذت بذلك المحكمة الإدارية بمدينة Orleans في حكمها الصادر بتاريخ ١ يوليو سنة ١٩٨٢ حيث تقول: "لا يسوغ للطاعن الاستناد إلى دعوى الإثراء بلا سبب لأنه من المؤكد أن رب العمل قد استفاد من الأعمال التي نفذها المقاول من الباطن وأثرت ذمته،

="Ou a cet ct cnrichissement de la commune est lie corresponsal de ment: ou sieur pllon"

[١] ويراجع نفس الراى: Article precite . No 43 . DeswarT.

[2] E.C.13 de enero de 1965. ste det des Etab. Raoule: duval y cie. Rec.leb on. tablas p. 950.

وجري الحكم علي الصيغة التالية:

"II ne resultado aucun enriquecimiento sin causa de l admistration St des prestatio lui sont fournies en ejecución d'un contrat de Sous- traitance alors que la enrichissement de ladministration est de causa d'un contrat principal"

إلا أن ذلك الإثراء يجد ما يبرره في العقد الأصلي المبرم بين رب العمل والشركة الأصلية[١].

وصفوة القول مما سبق يتضح أنه يحق للمتعاقد من الباطن الخفي التمسك بدعوى الإثراء بلا سبب في مواجهة رب العمل للحصول على المبالغ المستحقة له في حدود أقل القيمتين بين افتقاره وإثراء رب العمل، ولكن حتى يمكن ممارسة هذه الدعوى لابد من توافر شروط تطبيقها التي تتمثل في إثراء رب العل وافتقار المقاول من الباطن، وأن يكون ذلك الإثراء مرتبطاً بالافتقار وأخيراً، انعدام السبب القانوني المبرر للإثراء.

وقد انتهينا إلى أن عقد المقاولة من الباطن أو العقد الأصلي لا يمكن أن يكونا سببا لإثراء الإدارة.

ولكن متى سلمنا بتعويض المتعاقد من الباطن الخفي استناداً للإثراء بلا سبب فلمن توجه دعوى الإثراء، هل يتم توجيهها إلى المتعاقد الأصلي أم إلى الجهة الإدارية ؟

الواقع أنه يحق للمقاول من الباطن دائما التوجه بالمطالبة نحو المقاول الأصلي، ولكن ليس استنادا لنظرية الإثراء بلا سبب، وإنما تمسكا بالعقد الذي يربط بينه وبين المقاول الأصلي[٢] وهو عقد المقاولة من الباطن الذي تحكمه قواعد القانون الخاص، أما في حالة إعسار المقاول الأصلي، فلا يجدي المقاول من الباطن إلا أن يتوجه بدعوى الإثراء بلا سبب ضد الإدارة.

وفي الحقيقة أن هذا التفسير يتمشى والقانون ٣١ ديسمبر سنة ١٩٧٥ وما ينشده من مقتضيات الحماية للمتعاقد من الباطن حتى لا يتحمل مغبة إعسار المتعاقد الأصلي وما يجده في الإدارة من ملاءة وإيساره.

---

(1) T.A. orlean. 1 Jullet 1982. soe. Sabam c./chey.. Marches pub-lies١٩٨٣ , no 192.

(٢) يراجع فى ذلك:

B.sablier et J.E.,caro. Lestravaux supplementaires executes Par le sous-traitant sans ordre de service. A.J.D.A.. 1988.P. 15.Preite

الفرع الثاني

دور دعوي الإثراء بلا سبب في حماية

المتعاقد من الباطن الخفي

يحق للمتعاقد من الباطن الذي يساهم في تنفيذ جزء من العقد الإداري، ولا يكون قد حظي بموافقة الإدارة الصريحة أو الضنية، أو الذي لا تنطبق عليه الشروط المتعلقة بالسداد المباشر، ولا يستطيع أن يمارس في مواجهة الإدارة أي دعوى مؤسسة على علاقة تعاقدية لكنه يستطيع اللجوء إلسى الدعوى المؤسسة على فكرة الإثراء بلا سبب وحينما يكون المتعاقد من الباطن موجودا ضمن مشروع التعاقد بشكل أصلي فطي في تنفيذ جزء من العقد، فإن هذا يقترض قيام علاقات عمل، تفسر إمكانية مقاضاة الإدارة على أساس نظرية الإثراء بلا سبب[١].

وعلى هذا يمكن القول بأنه لا يوجد ما يحول دون الاستناد إلى نظرية الإثراء بلا سبب، طالما توفرت شروطها، لتعويض المتعاقد من الباطن عما نفذه من أعمال نافعة، بموافقة الإدارة صراحة أو ضمنا، شريطة أن تكون الأعمال المنفذة قد حققت نفعا لصالح الإدارة. ذلك أن اللجوء إلى نظرية الإثراء بلا سبب كوسيلة لتعويض المتعاقد من الباطن قد يكون أجدى للعدالة خصوصا وأن طريقي السداد المباشر والدعوى المباشرة في فرنسا ليما طريقين يديين. وبسبب هذه الثغرة قد تتعرض حقوق المتعاقد من الباطن للضياع .

ومن جانبنا نؤيد ما ذهب إليه رأى في الفقه[٢] من أن توجيه المتعاقد دعواه إلى الإدارة أمر لازم وليس للمتعاقد من الباطن خيار آخر، وبتعبير آخر، هو لن يوجه دعواه إليها لأنها أقدر من المتعاقد الأصلي على السداد، ولكي لا يتحمل مغبة تعرض المتعاقد الأصلي للإعسار، وإنما لأنه لا يستطيع أن يوجه دعواه إلى المتعاقد الأصلي، والسبب في ذلك أن اتفاق التعاقد من الباطن يجعل لإثراء المتعاقد الأصلي سبب مشروع يحول دون إمكانية لجوء المتعاقد من الباطن إلى دعوى الإثراء في مواجهته، وبالتالي يصبح من الطبيعي أن يتوجه بدعواه إلى الإدارة.

---

(1) Tamba, op.cit., p. 121-122

[٢] د. نجم حمد الأحمد: المرجع السابق، ص ٢٣ و مابعدها.

وفي نطاق العقود الإدارية على وجه التحديد، اعترض جانب من الفقه الفرنسي على إمكانية لجوء المتعاقد من الباطن إلى دعوي الإثراء بلا سبب، وذلك بالنسبة للتعاقد من الباطن الذي يتم في نطاق العقود الإدارية، وأساس ذلك أنه من غير المنطقي أن تلتزم الإدارة عقديا في مواجهة المتعاقد الأصلي، ثم تلتزم على أساس المسئولية شبه العقدية بمقتضى دعوى الإثراء بلا سبب في مواجهة المتعاقد من الباطن عن الأعمال نفسها[١].

وقد ذهبت المحكمة الإدارية في Orleans إلى القول بأن إثراء الإدارة في حالة التعاقد من الباطن الذي يتم في نطاق العقود الإدارية، إنما هو إثراء بسبب، وهذا السبب يتجسد في العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد الأصلي[٢].

هذا وقد علقت Brechon على هذا الحكم بالقول بأن الاستناد إلى انظرية الإثراء بلا سبب لتعويض المتعاقد من الباطن أمر غير س ليم، لان دعوى الإثراء بلا سبب ستكون دعوى مموهة camouflee تخول المتعاقد من الباطن امتيازاً خفياً يؤدي إلى إفلاته من مزاحمة دائني المتعاقد الأصلي.

وهكذا فإن المتعاقد من الباطن يحصل في هذه الحالة على امتياز دون ن ص. ويضاف إلى ذلك، أن الأخذ بدعوي الإثراء بلا سبب لتعويض المتعاقد من البائن يمثل خروجا على تسوس القانون رقم (١٣٣٩/ ٧٠) لسنة ١٩٧٠، هذا القانون الذي يمنح المتعاقد من الباطن إحدى وسيلتين للحصول على المقابل المالي المستحق له: السداد المباشر أو الدعوى المباشرة. وبالتالي فإن منح المتعاقد من الباطن إمكانية الاستناد إلى نظرية الإثراء بلا سبب بنى منحه وسيلة إضافية لم ينص عليها القانون المشار إليه أعلاه.[٣]

وإذا كان هذا الوضع في فرنسا بخصوص مدى إمكانية لجوء المتعاقد من العواملن إلى دعوى الإثراء بلا سبب، للمطالبة بتعويضه عن إثراء الإدارة على حسابه بلا منها، فإننا نعتقد أن إمكانية لجوء المتعاقد من الباطن إلى دعوي الإثراء بلا سبب، في مصر أمر اجدي وأولى بالإتباع صحيح أننا لم نجد في أحكام مجلس الدولة المصري ما يتعلق بهذه

---

(1) Moderre (FRANK) La sous-traitance dans les marches publics des travaux: Le son pecaire du sous-traitance occull. Ouot. Jur. 22 fevrier١٩٨٣ . No. ٣٣. P. 3.
(2) TA d'Orleans, Ler juillet 1982. Societe sabam et autres M.P. 1983. No. 192. P.
(3) Brechon (C).Sous-traitance irrégulière ET enrichissement sans cause du maitre de l'ouvrage publie.M.P.1983.No.192.P.43.

النقطة، ولعل مرد ذلك، أن غالبية حالات التعاقد من الباطن تتم في الخفاء؛ نظراً لانعدام أية صورة من صور الحماية المتعاقد من الباطن.

إلا أننا نرى أن من واجب القضاء الإداري في مصر تمكين المتعاقد من الباطن من إمكانية الاستناد إلى دعوى الإثراء بلا سبب، وإذا كانت هذه الدعوى في فرنسا دعوى احتياطية، وكانت هناك وسائل حماية اعادة تشكل ضمانات حقيقية للمتعاقد من الباطن، أهمها السداد المباشر والي شوي المباشرة، ومع ذلك نجد أن هناك جانبا من الفقه يؤيدهم القضاء أحيانا، يرون أن المتعاقد من الباطن الحق في الاستناد إلى دعوى الإثراء بلا سبب، فإن الوضع في مصر يبدو أكثر ملاءمة لتطبيق أحكام هذه النظرية، مما هو عليه الحال في فرنسا لأسباب عديدة منها: أن المتعاقد من الباطن وخصوصا في نطاق العقود الإدارية، ليس له الحق في السداد المباشر، لعدم وجود نصوص قانونية تخوله هذه الميزة، كما أن الأحكام القضائية تؤكد نفي أي علاقة مباشرة بينه وبين الجهة الإدارية المتعاقدة. يضاف إلى ذلك أن دعوى الإثراء بلا سبب في مصر إنما هي دعوى أصلية وليست دعوى احتياطية، كما هو الحال في فرنسا.

لكن الصعوبة التي قد تثار، وتتعلق بالسؤال الذي طرحه الفقيه الفرنسي Moderne ، الذي أشرنا إليه سابقا، ومفاده، كيف تلتزم الإدارة مرتين، مرة في مواجهة المتعاقد الأصلي، استناداً إلى أحكام العقد المبرم بينهما، وأخرى في مواجهة المتعاقد من الباطن، استناداً إلى أحكام دعوى الإثراء بلا سبب، وذلك بالنسبة للأعمال ذاتها؟

ولحل هذه المشكلة وفقاً لما ذهب إليه راي في الفقه نؤيده[١] يمكن التمييز بين عدة فروض: فإذا كان المتعاقد من الباطن قد انتهى من إنجاز العمل المعهود إليه بموجب اتفاق التعاقد من الباطن، قبل انتهاء المتعاقد الأصلي من العمل الذي سيتولى تنفيذه شخصيا، فإننا نعتقد أنه لا صعوبة تثار في هذه الحالة، إذ يستطيع المتعاقد من الباطن الرجوع على الإدارة استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب، لتعويضه عما قام به من أعمال الصالح الإدارة، متى كانت هذه الأعمال نافعة ورضيت بها الإدارة بشكل صريح أو ضمني أو افتراضي، وطالما توافرت الشروط اللازمة لهذه النظرية، ويستوي في هذه الحالة أن تكون الإدارة قد وافقت على المتعاقد أم لا، وفي هذه الفرضية لا يمكن القول أن الإدارة

---

[١] د. نجم الأحمد، المرجع السابق، ص ٢٧؛ وما بعدها.

ستلتزم في مواجهة المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن مرتين عن الأعمال ذاتها، والسبب في ذلك أنها لم تسدد بعد للمتعاقد الأصلي مستحقاته المالية، ويمكنها أن تخصم من تلك المستحقات ما سيحكم به القضاء استناداً إلى نظرية الإثراء بلا سبب.

أما في الحالات التي يتم فيها تسليم العسل محل التعاقد من الباطن بشكل مواز للأعمال المنجزة من قبل المتعاقد الأصلي، فإننا في هذه الفرضية نميز بين حالتين:

الأولى، عندما يكون التعاقد من الباطن فيها خفيا ولا يلجأ المتعاقد من الباطن إلى مطالبة الإدارة مباشرة، وإنما ينتظر إلى أن تسدد للمتعاقد الأصلى مستحقاته المالية ثم يحاول العودة إليها استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب، ففي هذه الحالة نرى أنه من الصعب أن تلتزم الإدارة في مواجهة المتعاقد الأصلي فتسدد له كامل مستحقاته المالية، بما في ذلك المقابل المالي للاعمال المنفذة عن طريق التعاقد من الباطن، ثم تلتزم في الوقت نفسه في مواجهة المتعاقد من الباطن استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب.

الحالة الثانية: فهي لجوء المتعاقد الخفي من الباطن إلى مطالبة الجهة الإدارية المتعاقدة على أساس نظرية الإثراء بلا سبب قبل أن تسدد المتعاقد الأصلي شيئا، وهنا نرى أن الإدارة ملزمة بأن ترجئ سداد الجزء المقابل لما نفذه المتعاقد من الباطن إلى حين الفصل في الدعوى، كي تتولى السداد إلى المتعاقد من الباطن ما سيحكم به القضاء استنادا إلى نظرية الإثراء بلا سبب، فإنه يتعين على الإدارة في هذه الحالة أيضا أن ترجأ سداد المقابل المالي، لما تولى تنفيذه المتعاقد من الباطن من التزامات، فإن هي أقدمت على سداد كامل المبلغ إلى المتعاقد الأصلي، فإننا نرى أنه لا يوجد ما يحول دون إمكانية استناد المتعاقد من الباطن إلى نظرية الإثراء بلا سبب. وفي هذه الحالة لا محل للقول أن الإدارة ستلتزم مرتين إحداهما في مواجهة المتعاقد امن الباطن والثانية في مواجهة المتعاقد الأصلي، لأنها كانت تعلم بوجود المتعاقد من الباطن، كما أنها عبرت عن رضاها بالعمل المنفذ من قبله، من خلال استلامها للعمل بأكمله بما في ذلك تولى تنقيده عن طريق المتعاقد، وفي هذه الحالة، وتحقيقا لاعتبارات العدالة، نرى أنه يكون لجهة الإدارة التي سددت للمتعاقد الأصلي كامل المبلغ، أن ترجع عليه بالمبلغ الذي حكم به القضاء لصالح المتعاقد من الباطن على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، و يكون رجوع الإدارة على المتعاقد من الباطن في هذه الحالة على اساس نظريه رد غير المستحق.

كما أن هناك فرضية تتعلق بالحالات التي يحكم فيها ببطلان العقد الإداري المبرم بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، وهنا نرى أنه يحق للمتعاقد من البطن، والمتعاد الأصلي أيضاء الرجوع على الإدارة لمطالبتها بالتعويض استنادا الى نظرية الإثراء بلا سينيها، ولا محل للقول في هذه الحالة بوجود العقد الإداري كسيب يحول دون لجوء المتعاقد الأصلي أو المتعاقد من الباطن إلى نظرية الإثراء بلاسيب، طنما حكم ببطلان العقد الإداري لأي سبب من الأسباب.

ومن التطبيقات القضائية لدعوي الاثراء بلا سبب في ضوء عقود التعاقد من الباطن الخفي.

فقد عرفت نظرية الإثراء بلا سبب في بداية الأمر كمصدر مستقل من مصادر الالتزام، إذ انتهت محكمة النقض الفرنسية إلى أن دعوى الإثراء بلا سبب تقوم استناداً لاعتبارات العدالة Considération d'équité دون حاجة إلى نص يقررها.

وقد ساد شعور قوي بأن تطورا خطيرا قد وقع، وأن دعوى الإثراء أصبحت طليقة من كل قيد، وأنه يجدر البحث عن قيد تنضبط به فلا تطغى على جميع نواحي القانون"[١].

وسرعان ما وجد الأستاذان Aubry و Rau هذا القيد، فقررا أنه يشترط لتطبيق دعوى الإثراء بلا سبب ألا يكون للمدعي دعوى أخرى ناشئة عن عقد أو شبه العقد أو جريمة أو شبه الجريمة[٢].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن المقصود بصفة الاحتياطية هو ما يسمى "بالاحتياطية الموضوعية" أي امتناع الالتجاء إلى الدعوى ما دام للمفتقر طرق قانونية أخرى يقتضي بها حقه. وعلى ذلك فهي لا يقصد بها" الاحتياطية الذاتية أو الشخصية" والتي تعني امتناع المفتقر بإرادته عن التمسك بدعوى الإثراء بلا سبب، إذا كان القانون قد وضع تحت تصرفه وسيلة أخرى لاقتضاء حقه[٣].

---

[١] الأستاذ عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ١٦٠٦.

[2] Aubry et Rau, Droit civil francais, 6e ed., par P.E smein, 1953. T 9,no 577, p. 246 et S.

[٣] د.جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص ١٤٢.

بيد أن الأمر لم يستقم على هذا النحو فلقد شكك بعض الفقهاء في ذلك إذ يؤكد الفقيه "Bartin" بعدم جدوى الاستناد إلى صفة الاحتياطية، لأنه لو وجدت للمفتقر دعوى أخرى يستطيع الاستناد إليها فإنه لن يلجأ إلى دعوى الإثراء بلا سبب ولو كانت صفة الاحتياطية غير قائمة، لأن هذه الدعوى لن تخوله سوى تعويض محدد بأقل قيمتي الإثراء أو الافتقار، في حين أن الدعوى الأخرى تخوله الاستفادة من التعويض الكامل[١].

وبالرغم من أن هناك اتجاهاً معارضاً لهذه الدعوى إلا أن دعوى الإثراء لا تزال لدى غالبية الفقه الفرنسي دعوي احتياطية، ولم يخرج القضاء الفرنسي في تطبيقاته عن هذه الأفكار[٢] وإذا كانت صفة الاحتياطية قد أضحت محلا لقبول غالبية الفقه والقضاء الفرنسي، وأصبح قيام تلك الصفة أمراً واقعاً في القانون المدني الفرنسي فإن الوضع لم يكن كذلك في ظل القانون المصري الذي حسم الأمر في بدايته، فجعل من دعوى الإثراء بلا سبب دعوى أصلية Action original، حيث لم ينص المشرع في التقنين المدني الحالي على تلك الصفة، بل وقد نوه في مذكرته الإيضاحية إلى أنه قصد إهمال هذا القيد[٣].

وفي مصر نجد أن المشرع والفقه المصريين قد رفضا إعمال صفة الاحتياطية في دعوى الإثراء بلا سبب، على خلاف ذلك، فإن الفقه والقضاء الفرنسيين قد ظلا على ولائهما لصفة الاحتياطية[٤]، ويشير إلى ذلك صراحة الفقيه "Deuz"[٥].

على صعيد آخر اعترض الفقيه Bayle على صفة الاحتياطية ويرى، أنها قد أخفقت في نطاق القانون الإداري، فمن ناحية أولى يكفي ركن غياب السبب لتحقيق ذات النتيجة التي تؤدي إليها صفة الاحتياطية، ومن ثم فليس ثمة فائدة من تلك الازدواجية.

---

[١] الأستاذ Bartin على نظرية Aubry et Rau، المرجع السابق، الطبعة الخامسة، الجزء التاسع، ص ٣٥٥

[٢] يرجع في ذلك كل من :

Marty et Raynaud, le obligations, 2e ed. Op. cit., no 398; A. Benabent, Droit civil, les obligations, 20 ed, 1989,no 351; Starch, op. cit, no 1820; carbonnier, droit civil, P.U.F. 14 c ed, 1990, T. 4, obligations, p. 541

[٣] د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص١٢٦ .

[٤] يراجع الفقه الفرنسي: الفقيه Drakidis الذي ذهب إلى أن صفة الاحتياطية – بالرغم من رفض بعض التشريعات التسليم بها كالتشريع المصري والسويسري والتشريع الألماني – هي صفة خالصة ودولية لصيقة بدعوى الإثراء بلا سبب، وتأخذ بها غالبية التشريعات.

[5] Duez, La responabilite de la puissance publique (en dehors du contrats), Paris, Dalloz, 1938.

ومن ناحية ثانية تنال صفة الاحتياطية من الطابع العام الذي أضفاه مجلس الدولة الفرنسي في تطبيقاته على فكرة الإثراء بلا سبب، بحيث تجعل منها دعوى استثائية[١].

ومن ناحية ثالثة وأخيرة تتعارض تلك الصفة مع الحلول القضائية التي انتهى إليها مجلس الدولة الفرنسي بشان أولوية الأخذ بالمسئولية شبه العقدية –Responsabilite Causi Contractuelle للإدارة، حيث تقتضي صفة الاحتياطية سيادة أنماط المسئولية الأخرى (المسئولية شبه التقصيرية) على دعوى الإثراء بلا سبب[٢].

ويبدو أن مجلس الدولة قد بدأ يسير في هذه الاتجاه حيث اعتنق الفكرة كمعيار مميز لدعوى الإثراء بلا سبب في حكمة الصادر في ٢ يوليو ١٩٨٢ وذلك عندما رفض رجوع شركة Basset et pujol بما قامت به من أعمال حفر استناداً لنظرية الإثراء بلا سبب على أساس أن صفة الاحتياطية تقتضي رجوع المقاول من الباطن على المدين الأصلي(المقاول الأصلي) وحيث أن ذلك المدين قد أشهر إفلاسه، فقد كان لزاما على الشركة الطاعنة أن تقتضي حقها عن طريق الدخول ضمن دائني التفليسة وهو ما لم تفعله. ومن ثم لا يسوغ لها الاستناد لدعوى الإثراء بلا سبب[٣].

ومن ذلك يبدو لنا جليا أن غالبية فقهاء القانون العام في فرنسا تؤيد إعمال صفة الاحتياطية، كما أن القضاء الإداري الفرنسي قد اعترف بهذه الصفة صراحة في تطبيقاته المتتالية حتى باتت شرطا متميزا عن شروط تطبيق دعوى الاثراء بلا سبب.

ومن جانبنا نرى مع بعض الفقه [4] أن القول بالاحتياطية يجافي الاستناد الفكرة الإثراء بلا سبب كمصدر مستقل من مصادر الالتزام، وإذا كان القضاء الإداري المصري لم تتواتر أحكامه بعد إلى الدرجة التي تمكننا من التعرف على مسلكه بشأن صفة الاحتياطية فإننا

---

[١] وقد عبر عن ذلك بقوله:=

"=L'appel a la théorie de l'enrichissement sans cause présente en caracere nettement subsidiaire"

[٢] ويبدو ذلك الرأى موافقا لما انتهى به الفقيه Moderne بقوله:

"le caractère subsidiaire de l'action de in rem verso, se concilie mal avec certains solution de la jurisprudence administratif notamment avec la reconnaissance d'une relative primauté de la responsabilité quasi- contractuelle sure la responsabilité quasi-délictuelles"

[3] C.E., 2 Juillet 1982, D.A., 1983, no. 12

[٤] د. وليد فاروق، المرجع السابق، ص ٣٠٧ وما بعدها.

نتوقع صعوبة إعمال هذه الصفة لعدم موضوعيتها ولعدم اتساقها مع فكرة الإثراء كمبدأ من المبادئ العامة، ولا نعول رأينا هذا بالطبع على أن القانون الإداري سيسير على ذات النهج الذي التزمه القانون المدني نظرا لاستقلال كل منهما بعلاقاته وروابطه.

كما أنه بالرغم من أهمية دعوى الإثراء بلا سبب بالنسبة للمتعاقد من الباطن الخفي، وما تقدمه من أوجه الحماية بعدما فقد حقه في اقتضاء مستحقاته عن طريق الدفع المباشر أو الدعوى المباشرة. فقد اعترض جانب من الفقه الفرنسي في مجال القانون الإداري على تطبيق هذه الدعوى، ومن أنصار هذا الاتجاه الأستاذ Moderne الذي وجه سهام نقده إلى هذه الدعوى، حيث يرى أنه من غير المنطقي أن يلتزم رب العمل عقديا في مواجهة المقاول الأصلي ثم يلتزم شبه عقدياً (استناداً إلى الإثراء بلا سبب) في ذات الوقت تجاه المقاول من الباطن عن نفس الأعمال.

وفي مصر سلم مجلس الدولة المصري في معظم الحالات باختصاصاته في نظر دعوى الإثراء بلا سبب[١]. وإن كانت المحكمة الإدارية العليا قد ذهبت في حكم لها صدر سنة ١٩٦٣، إلى القول بعدم اختصاصها بنظر دعوى الإثراء بلا سبب مؤكدة أن مطالبة الشركة المدعية برد ما أدته للإدارة على أساس افتقار ذمتها وإثراء ذمة الإدارة على حسابها إنما يخرج عن اختصاص القضاء الإداري[٢].

وهكذا ذهبت محكمة القضاء الإداري إلى القول بأنه :"جرى قضاء هذه المحكمة على أن اختصاصها بنظر المنازعات المتعلقة بعقود الالتزام وعقود الأشغال العامة والتوريد، وهو اختصاص مطلق شامل لكل المنازعات وما يتفرع عنها، ومن ثم فإن اختصاص المحكمة على هذا الوجه يجعلها مختصة بالفصل في كافة ما يتعلق بتلك العقود ابتداء من تكوينها حتى تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي نشأت عنها، ومتى ثبت هذا الاختصاص على هذه الصورة فيجب أن يكون للمحكمة ولاية القضاء الكامل ، حتى

---

(1) C.E. 2decembre 1996, Societe France - Reconstruction Plan AJDA. 1967 II. p 183. concl. Fournier..

(٢) انظر مثلا حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في القضية رقم ٩٦٩ لسنة ٧ ق. بتاريخ١٨ مارس سنة ١٩٥٧، المنشور في مجموعة أحكام السنة الحادية عشرة، العدد ١، مبدأ ١٨٩، ص ٣٧٨..؛

يتسنى لها أداء رسالتها ومباشرة اختصاصها.[١] ومن جانبها ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى القول بأن:" اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في المنازعات المذكورة اختصاص شامل مطلق لأصل تلك المنازعات وما يتفرع عنها، ويستوي في ذلك ما يتخذ منها صورة قرار إداري وما لا يتخذ هذه الصورة طالما توافرت في المنازعات حقيقة التعاقد الإداري"[٢].

وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بأن مجلس الدولة لم يجد أية غضاضة في نظر دعوى الإثراء بلا سبب، متى سلم أصلا باختصاصه في نظر المنازعة، كما أن هذا المجلس قد نوه عن اختصاصه بنظر دعوى الإثراء بلا سبب وتطبيقها في نطاق العقود الإدارية، استنادا لكون المنازعة تتفرع عن العقد، وتدعيما للاختصاص الشمولي لقاضي العقد بالنظر في المنازعات الناجمة عن المرحلة العقدية أو قبل العقدية[٣].

ويلاحظ أن عبء الإثبات وتقادم هذه الدعوى وفقا للقواعد العامة، يقع على عاتق المدعي، وهو المفتقر، إذ يجب عليه أن يثبت ما أصابه من افتقار، وما عاد على المثرى من إثراء ترتب على حدوثه ذلك الافتقار[٤].

---

[١] حكم محكمة القضاء الإداري في مصر، الصادر في الدعوي رقم ١٠١٦٥ لسنة ٧٣ ق ، جلسة ٢٠١٩/١/٢٢ وراجع حكمها في الدعوي رقم ٢٧٣٩٢ لسنة ٦٩ ق، جلسة ٢٠١٩/٩/١١ ، وراجع حكمها في الدعوي رقم ٢٦ لسنة ٦ق بتاريخ ٢٤ أبريل سنة ١٩٥٦، و المنشور في مجموعة أحكام السنة العاشرة، مبدأ رقم ٣١٧ ، ص ٣٠٥.

[٢] حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوي رقم ٤٩ ٣٥٥ لسنة ٦٣ ق ، الدائرة السابعة، جلسة ٢٠٠٩/١٢/٢٦، وراجع حكمها في الدعوي رقم ١١٢٢ لسنة ٦٣ ق، جلسة ٢٠٠٩/١١/٢١، وراجع حكمها في الدعوي رقم ٤٥٠٠٧ لسنة ٦٢ ق، جلسة ٢٠٠٨/١١/٢٢ ،ويراجع حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الصادر في القضية رقم ١١٠٩ لسنة ٨ ق، بتاريخ ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٦٣ والمنشور في مجموعة أحكام السنة التاسعة، مبدأ رقم ٢٩، ص ٣٢٤.

[٣] د. فتح الله أبو سكينة، المرجع السابق، ص ٩٢.

[٤] انظر: حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ٣٠ مارس سنة ١٩٦٧، مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة المدنية بمحكمة النقض، التي يصدرها المكتب الفنى. السنة ١٨، ص ٧٢٥ رقم ١٢. وانظر كذلك حكمها الصادر بتاريخ ١٥ مارس سنة ١٩٧٩، مجموعة أحكام النقض، السنة ٣٠، ص ٨٠٩، رقم ١٤٨

ويكون الإثبات بكافة وسائل الإثبات بما في ذلك البينة والقرائن[١]، أما في الحالات التي يكون الافتقار فيها دينا نشأ في ذمة المفتقر جراء عمل قانوني فإن الإثبات لا يكون إلا بالكتابة أو ما يقوم مقامها فيما يجاوز عشرين جنيهاً[٢].

كذلك يقع على عاتق المدعي إثبات انعدام سبب الإثراء لدى المثري، لأن ذلك يعد من ضمن الأركان اللازم توافرها لقيام دعوى المدعي[٣] ولكن نظرا لأن محل الإثبات في هذه الحالة أمر سلبي يتعذر إقامة الدليل مباشرة عليه، ولأن المحاكم في مثل هذه الحالة تلجأ إلى تجزئة الدليل وتجزئة عبء الإثبات، فإنها غالبا ما تكتفي بإثبات المدعي للافتقار والإثراء. وقيام العلاقة بينهما، لتطلب من المدعي عليه إثبات السبب الذي يستند إليه إثراؤه إذا كان يدعي أن لإثرائه سببا[٤].

أما بخصوص تقادم الدعوى، فيمكن القول أن الشارع الفرنسي لم يحدد مدة لتقادم دعوى الإثراء بلا سبب، مما يجعل تقادمها خاضعاً للقواعد العامة، مما يعني أن مدة التقادم تتحدد بثلاثين سنة تبدأ من يوم حدوث الواقعة التي ترتب عليها الإثراء. أما الشارع المصري، فقد نص في المادة (٨٠) من القانون المدني المصري على أنه: "تسقط دعوى التعويض عن الإثراء بلا سبب بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه من لحقه الخسارة بحقه في التعويض، وتسقط الدعوي كذلك في جميع الأحوال بانقضاء خمس عشرة سنة من اليوم الذي ينشأ فيه هذا الحق". وقد جاء موقف المشرع الكويتي مطابقاً تماما لموقف المشرع المصري[٥]

وهذا يعني أن دعوى الإثراء بلا سبب، تتقادم بأقصر الأجلين: إما بمرور ثلاث سنوات من تاريخ علم المفتقر بحقه في التعويض، أي من اليوم الذي يعلم فيه المفتقر بافتقاره وبمن

---

[١] حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٦ مارس ١٩٧٦، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٧، ص. ٦٦٢، رقم ١٣٢.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ص ١٦٤١.

[3] Matry et Raynaud, op. cit. p. 419.

[٤] د. سليمان مرقص، المرجع السابق، ص ١٣١.

[٥] حكم محكمة النقض المصرية الصادر بتاريخ ١٦ مارس سنة ١٩٧٦. مجموعة احكام النقض، السنة ٢٧، ص ٦٦٢، رقم ١٣٢.

أثرى على حسابه. وإما بمرور خمس عشرة سنة من يوم حدوث الواقعة التي ترتب عليها الإثراء، فالعبرة بأقصر الأجلين أيهما أقرب.

خلاصة القول أن نظرية الإثراء بلا سبب ترتبط ببعض الشروط المادية والقانونية اللازمة لإمكانية وضع هذه الدعوى موضع التطبيق، أما فيما يتعلق بكون هذه الدعوى ضمانة للمتعاقد من الباطن الخفي في نطاق العقود الإدارية، فقد رأينا إمكانية الاستناد إليها لتعويض المتعاقد من الباطن الخفي عن الأعمال النافعة التي أداها لمصلحة الإدارة، والتي عبرت الإدارة عن رضاها الصريح أو الضمني أو المفترض عن اتمامها.

المطلب الثاني

لجوء المتعاقد من الباطن الخفي إلى دعوي

التعويض وفقًا لامتياز بلوفيز

تضمن امتياز ٢٦ Pluviôse الصادر في السنة الثانية للثورة الفرنسية، النصوص القانونية التي اعتمدها الشارع الفرنسي لتأمين الحماية القانونية اللازمة لحقوق العمال ouvriers والموردين fourrisseurs في مواجهة صاحب العمل، وقد تضمن هذا المرسوم لمصلحة العمال والموردين ما يطلق عليه اسم حق السداد التفضيلي le droit au paiement preferential . ويشير الفقيه Flecheux إلى أن مصلحة الدولة وهيئاتها العامة، كانت وراء صدور هذا المرسوم؛ وذلك حرصاًعلى سير المرافق العامة بانتظام واطراد ، فعدم حصول العمال والموردين على حقوقهم المالية، المقابلة لما قاموا به من أعمال وتوريدات من شأنه أن يؤدي إلى توقف هؤلاء عن العمل بإرادتهم أو رغماً عنهم ، الأمر الذي سيلحق الضرر بالمرفق العام، ويؤدي إلى توقفه عن تقديم الخدمة لجمهور المستفيدين[١].

ويُعد مرسوم ٢٦ Pluviôse ملغياً في الوقت الراهن، فقد ألغي بشكل ضمني من خلال قانون ٢٥ يوليو (تموز) لسنة ١٨٩١، وهو القانون الذي جعله الشارع الفرنسي شاملاً لأحكام جميع الأعمال التي لها صفة الأشغال العامة، وقد ألغى القانون الأخير بدوره من

---

(1) l.c privilège de pluviôse). JCP. 1973. 1. 2514. .Flecheux (GEORGES). La protection du sous-traitant.

خلال قانون العمل الصادر سنة ١٩١٠. الملغي بالمرسوم بقانون الصادر بتاريخ ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥ ومرسومي ٩ و ٣٠ ديسمبر لسنة ١٩٥٣، وهما يتعلقان بمسئولية المحاسبين العموميين comptables publics، وألغي هذان المرسومان بدورهما بصدور مرسوم ٢٩ ديسمبر لسنة ١٩٦٢ – المتعلق بالمحاسبة العامة la comptabilité public، ثم قانون ١٧ يوليو سنة ١٩٦٤ الذي نظم كيفية تمويل عقود المقاولات التي تبرمها الدولة. والمرسوم الصادر بتاريخ ٢٨ نوفمبر سنة ١٩٦٦، المتعلق بتمويل عقود المقاولات التي تبرمها الهيئات المحلية[٢].

والواقع أن جميع القوانين والمراسيم المشار اليها تناولت فكرة امتياز Pluviôse بالتنظيم، كما استعيدت الفكرة من خلال قانون العمل النافذ حاليا في فرنسا، إذ نصت المادة (١٤٣ / ٦) منه على أن المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي بالنسبة للأعمال التي تتوافر فيها صفة الأشغال العامة، لا يجوز حجزها أو التحفظ عليها إضراراً بالعمال أصحاب الأجور المستحقة، أو الموردين الدائنين للمتعاقد الأصلي جراء توريدهم المواد والأدوات اللازمة لتنفيذ عقد الأشغال العامة. والمبالغ المستحقة للعمال كأجور يكون لها أفضلية على تلك المتسحقة للموردين.. [١].

والذي نستنتجه من التطور التاريخي المتقدم، هو ضرورة وجود نص قانوني لتقرير حق الامتياز، وهو ما ذهبت إليه محكمة استئناف pau في حكمها الصادر بتاريخ ٣٠ يناير (ك٢) لسنة ١٩٨١.[٢]

وعلى ما يبدو أن الهدف من تقرير هذا الامتياز للعمال والموردين، وفيما بعد للمقاولين من الباطن، يمنح الأشخاص الذين يتعاملون مع الإدارة تأكيداً قانونياً بأنهم لن يصادفوا أية مصاعب في تنفيذ الأعمال المعهودة إليهم، وبتعبير آخر أدق: تعد ديون هؤلاء الأشخاص

---

(1) Tamba. Op, cit. p.163 - 164

(٢) وقد جاء نص المادة (٦/١٤٣) من قانون العمل الفرنسي على النحو التالي :

‹‹Les sommes dues aux entrepreneurs de tous les travaux ayant le car aciére de travaux publics ne peuvent être frappes de saisie –arrêt, ni d'opposition ou prejudice soit des ouvriers auxquels les salaires sont dus, soit des fournisseur qui sont de créanciers a raison des fournitures de matériaux et autres objets servant a titre de salaire sont payes de preference a celles ducs aux fournisseurs.››

(3) C.A pau. 30 janvier 1981. Rev junis com 1982, P. 316 no 994. note Fontbressin.

ديوناً ممتازة لمنع أية صعوبات أو عقبات من شأنها الحيلولة دون تنفيذ عقد الأشغال العامة.

وإذا كانت الفكرة السابقة مدنية بطبيعتها، إلا أن هذا لم يمنع تطبيقها في مجال القانون الإداري، لذا فإننا قد نبتعد أحياناً عن الشريعة العامة وفقاً لاعتبارات القانون المدني، سواء من شروط استعمال الامتياز، أو الآثار المترتبة عليه بما يتلاءم مع روابط القانون العام[١] وسوف يتضح ذلك من خلال التفصيل التالي:

أولاً - فكرة امتياز Pluviôse:

جاء مرسوم ٢٦ pluviôse للسنة الثانية، استجابةً للتطورات الاقتصادية وضخامة المشاريع والحاجة إلى التخصصات الدقيقة في العمل، الأمر الذي تطلب الاستعانة بجهود العمال والموردين لامداد المشروع بالأدوات والمواد اللازمة للتنفيذ، فضلاً عن ضرورة الاستعانة بجهود المتعاقدين من الباطن، خصوصاً في المجالات التي تحتاج إلى تخصص فني دقيق.

ولنا أن نتساءل فيما إذا كان مرسوم pluviôse قد تناول بالفعل حق الامتياز بنوع خاص من التنظيم ؟

يبدو أن كلمة امتياز privilege لم يتضمنها المرسوم المذكور، وإنما فرض وجودها القضاء الفرنسي[٢]. انطلاقا من أن المرسوم المشار إليه، يمنح العمال والموردين الذين يساهمون في تنفيذ عقد الأشغال العامة حق السداد التفضيلي، مما يعني تأكيد فكرة الامتياز.

والامتياز الناجم عن مرسوم pluviôse يمنح أصحابه حقاً حصرياً un droit d'exclusivité، بحيث يحق لهم وحدهم دون غيرهم سلطة الحجز على الديون الناجمة عن العقد الإداري، ولاشك أن هذا الامتياز يختلف عن غيره من الامتيازات، لأنه لا يرتبط بإفلاس المتعاقد الأصلي، وليس أدل على ذلك من أن القضاء الفرنسي يستخدم في إشارته

---

(1) Rouyer-Hamery (B) Le privilege des fournisseurs des cntreprenecurs de travaux R.D. 1964, p. 61.

(2) Req. 23 janvier 1888, l. 118. D.p. 1888, l. p. 410. Cass Ci. 10 fevrier 1891. S. 1891, l. 1891, l. 260 et JP. 1891, l. p. 207. V. Tamba op. cit. p. 165.

إلى هذا الامتياز عبارة: " حق السداد التفضيلي le droit au paiement preferential"[١].

ثانيا- شروط استعمال الامتياز pluviôse

١-يشترط للاستفادة من امتياز pluviôse أن يكون العقد الأصلي من عقود الأشغال العامة[٢] وهذا يعني بالضرورة أن يكون ثمة عمل يتعلق بعقار مخصص للمنفعة العامة، ووجوب ورود محل الأشغال العامة على عقار هو من أهم عناصر الأشغال العامة ضبطاً وتحديداً لها، وبالتالي فإن الأعمال المرتبطة بمنقولات لا تعد من قبيل الأشغال العامة أيا كانت أهمية أو حجم هذه المنقولات كالسفن مثلاً [٣] ويجب أن يتم تنفيذ هذا العقد بإشراف شخص معنوي عام، أو بإشراف أحد أشخاص القانون الخاص الذي يعملون لحسابه[٤] مما يعني أن امتياز pluviôse لا يطبق في الحالات التي يكون فيها العقد الأصلي من عقود التوريد أو غيرها من العقود الإدارية[٥].

٢- أن يترتب الدين في ذمة المقاول الأصلي المرتبط مع الإدارة، لمصلحة العمال أو الموردين أو المقاولين من الباطن.

والمقصود بديون العمال، ما يستحق لهم من أجور في ذمة المتعاقد الأصلي، وتبدو فائدة امتياز pluviôse بالنسبة لهذه الديون، في أن العامل له الحق في أن يتمسك بالامتياز دون أن يكون ملزماً بالانتظار لحين الانتهاء من تنفيذ العقد بأكمله، فضلاً عن أنه يغطي جميع المبالغ المستحقة للعامل. وفي الحالات التي قد ينشأ فيها تزاحم بين العمال

---

(1) C.A paris, 13 mai 1935, D.H 1935, 386.

(٢) وقد عرفت محكمة القضاء الإداري في مصر عقد الأشغال العامة على أنه عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة ، بمقتضاه يتعهد المقاول بالقيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقا للمصلحة العامة ، مقابل ثمن يحدد في العقد.. حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٣٨٤ ق جلسة ٢٣ ديسمبر سنة ١٩٥٥. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محمكة القضاء الإداري. مجموعة المكتب الفني. س ١١- ص ١٠٤، رقم ٧٠.

(٣) د. مصطفى عبد المقصود سليم: التكييف القانوني لعقود شركات الاقتصاد المختلط في مجال الأشغال العامة. دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥، ص ٩ .

(4) Tamba, op. cit. p. 168.

(5) C.A paris. 13 mai 1935. D.A 1935. 386, paris 13 janvier, 1936. Gaz. Pal. 1936, l. 579.

والموردين، وهم بصدد استعمالهم لهذا الامتياز، فإن ديون العمال تتقدم على سائر ديون المتعاقدالأصلي، بما في ذلك ديون الموردين[١].

والمقصود بديون الموردين، ما يستحق لهم في ذمة المقاول الأصلي من مبالغ مالية جراء توريدهم للمواد والأدوات اللازمة لتنفيذ العقد. وقد عملت محمكه النقض الفرنسية على تضييق مفهوم هذه الديون لتكون قاصرة على ديون موردي المقاول الأصلي دون أن تشمل ديون متعهدي التوريد[٢].

أما بالنسبة لديون المقاول من الباطن، فإن امتياز pluviôse لم يتحدث عنها بشكل صريح، وإنما ذهب القضاء الفرنسي إلى مد نطاق هذه المزية لمصلحة المقاولين من الباطن، وذلك بعد أشهر محدودة من صدور مرسوم ٢٦ pluviôse[٣].

٣-يجب على المقاول من الباطن الذي يرغب في الاستفادة من امتياز pluviôse، أن يتخذ بعض الاجراءات التحفظية، لكي يتمكن من الحفاظ على حقوقه؛ ويتم ذلك من خلال التحفظ على المبالغ إلى المتعاقد الأصلي أو أحد دائنيه. ولم يشترط القضاء الفرنسي شكلية خاصة لمباشرة هذا الإجراء. لذا ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى القول بأنه يكفي أن يعبر المقاول عن إرادته بأي تصرف من التصرفات[٤].

ثالثا: **آثار امتياز** Pluviôse .

في مواجهة الدائنين العاديين للمقاول الأصلي، نجد أن المقاول من الباطن المستفيد من امتياز Pluviôse، تتقرر له أسبقية مطلقة priorité absolue. ولن يبدو أن الأمر يختلف في الحالات التي يكون فيها التزاحم مع دائن مرتهن أو متنازل إليه عن العقد الإداري.

---

(1) C.A paris, 13 mars 1935, D.S. 1983, 341, note. A. Houorat.
(2) Cass Req 24 juin 1947. Gaz, Pal. 1947. Ll, 175.
(3) Cass Civ, ler. 25 fevrier 1885. D. 1885. L. p. 281. V. Tamba. Op.cit. p. 167.
(4) Cass Civ, Com.29 octobre 1952. S. 1953,87 Rev. Trim. Dr. com. 1953, obs. R. Hounin.

١- مبدأ أسبقية امتياز Pluviôse

حينما يتخذ المقاول من الباطن الإجراءات الضرورية لحفظ امتيازه، فإنه يستفيد من أفضلية مطلقة priorité indiscutée على سائر دائني المتعاقد الأصلي، وذلك متى كان الدائن الذي يزاحم المقاول من الباطن دائناً عادياً[١].

لكن المشكلة الحقيقية، هي أن السداد التفضيلي الناجم عن امتياز Pluviôse يخضع إلى القبول l'agrement به وفقا للأحكام التي تبينها النصوص التنظيمية ، ويتم القبول عموماً من خلال خطاب مسجل بعلم الوصول، لدى مهندس الهيئة المسئول عن الأشغال، وفي حالة الرفض يرفع الطلب إلى الوزير المختص[٢].

ومن اللازم إخطار هذا القبول الذي نصت عليه المادة الثانية من المرسوم بقانون الصادر في ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥، والتي استعيدت أحكامها من خلال المادة (١٩٤) من مدونة العقود الإدارية النافذة حاليا في فرنسا.

٢- حالة التزاحم مع الدائن المرتهن أو المتنازل إليه من العقد الإداري:

مما لاشك فيه، أن المتعاقد الأصلي يحتاج إلى مده بالأموال اللازمة لتنفيذ العقد الإداري. لذا كان من الطبيعي أن يلجأ إلى البنوك والهيئات الممولة لمده بهذه الأموال.

وليس ثمة مشكلة تثار في الحالات التي يكون فيها المتعاقد الأصلي قادراً على السداد، لكن في حالة تعرضه للإفلاس أو التصفية القضائية فإن المشاكل تبرز إلى حيز الوجود، حيث يتنافس الدائن المرتهن أو المتنازل إليه عن العقد الإداري مع العمال والموردين والمقاولين من الباطن على المبالغ المالية نفسها، الأمر الذي قد يترتب عليه امتناع هؤلاء جميعاً عن تنفيذ العمل، مما يضر بالمرفق العام، ويضطر الإدارة إلى إبرام عقد جديد بكل ما يعنيه ذلك من نفقات إضافية.

فحينما صدر المرسوم بقانون بتاريخ ٣٠ أكتوبر سنة ١٩٣٥، أنشأ رهناً خاصاً يتعلق بعقود الأشغال العامة، وعلى أساس هذا الرهن، يحق للمتعاقد الأصلي أن يرهن عقده للبنوك والهيئات الممولة، بهدف مده بالأموال اللازمة لتنفيذ المشروع، وفي الثاني من يناير

---

(١) Tamba, op. cit., p. 172.
(٢) Royer-Hamrey. op. cit. p. 63.

سنة ١٩٨١، صدر في فرنسا قانون جديد استحدث نظام التنازل عن الدين المترتب للمتعاقد الأصلي في ذمة الإدارة كمقابل مالي لتنفيذ العقد الإداري، الأمر الذي أدى إلى ظهور تنازع بين طائفتين من الدائنين: أصحاب امتياز Pluviôse من جهة، والدائنون المرتهنون أو المتنازل إليهم من جهة ثانية، وكل من هاتين الطائفتين يستفيد أصحابها من امتياز خاص على المبالغ نفسها، وقد أعطى المرسوم بقانون لسنة ١٩٣٥، أفضلية لصالح الدائن المرتهن، طالما أن رهنه تم إشهاره وفقا للقواعد القانونية[١].

وهكذا يمكن القول أن المقاول من الباطن المستفيد من امتياز Pluviôse يتقدم على الدائن المرتهن أو المتنازل إليه، شريطة استكماله لإجراءات الترخيص وفقاً لما تقضي به المادة (١٩٤) من مدونة العقود الإدارية. ولكن شرط التسجيل الذي تمت استعادته بموجب المادة المذكورة لم يطبق بعد من الناحية العملية. والسبب في ذلك هو عدم إنشاء الجهة المختصة بمسك السجلات التي تدون فيها مثل هذه التراخيص. لهذا فإن الدائن المرتهن أو المتنازل إليه، يتقدم عمليا على صاحب امتياز Pluviôse عند حدوث تزاحم بينهما. وفي هذه الحالة لا يتقاضى المقاول من الباطن إلا المبلغ المتبقي بين يدي الإدارة بعد الدائن المرتهن أو المتنازل إليه[٢].

أما بالنسبة لأحكام القانون المدني المصري فقد جاء النص في المادة (٦٦٢/ ٢) علي أن: ".....ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه، ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة."

فللمتعاقد من الباطن وفقا للنص المتقدم، الحق في توقيع الحجز تحت يد صاحب العمل على ما في ذمته للمقاول الأصلي، وذلك بدلاً من ممارسة الدعوى المباشرة. وفي هذه الحالة ينشأ له امتياز يتقدم به على سائر دائني المقاول الأصلي، ويقع هذا الامتياز على المبالغ التي تكون مستحقة في ذمة صاحب العمل أو في ذمة المقاول الأصلي وقت توقيع الحجز.

---

(1) Tamba, op. cit. p. 172

(2) C.A. Douai. Ier juillet 1966. D.A 1968-1972 note. J.O. Heston.

ووفقا لهذا الامتياز يتقدم المقاول من الباطن إلى استيفاء حقوقه على سائر الدائنين العاديين، فلا يزاحمه أحد منهم، إذ يتعين على صاحب العمل، وبمجرد توقيع الحجز من قبل المقاول من الباطن، أن يؤدي حقوق هذا الأخير مباشرة، ودون انتظار لاستصدار أمر من قاضي التنفيذ بذلك.

ونستطيع القول أن نقطة الاختلاف الجوهرية بين حق الامتياز المقرر في فرنسا من خلال امتياز Pluviôse وفي مصر من خلال نصوص القانون المدني، تتمثل في أن امتياز Pluviôse جاء بخصوص المقاولين من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة، وبالتالي فإن المادة التي يتناولها هذا الامتياز تتم معالجتها في نطاق روابط القانون العام ولئن كانت مدنية في أصلها، فمجال تطبيقها هنا هو القانون الإداري، بكل ما يترتب على ذلك من أحكام أهمها اختصاص القضاء الإداري بتطبيق نصوص الامتياز المذكور على المقاولين من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة.

أما الامتياز المقرر بنص المادة (٦٦٢/ ٢) من القانون المدني المصري، فإنه يتعلق أساسا بالمقاولات في نطاق روابط القانون الخاص، وبالتالي فإن هذه المادة هي مادة مدنية المنشأ والتطبيق، ومع ذلك، نرى أنه لا يوجد ما يحول دون تطبيقها من قبل مجلس الدولة المصري، إذ إن ذلك يعد ضمانة للمقاولين من الباطن، خصوصاً أن المقاولين من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة في مصر لم يتقرر لهم حق امتياز كذلك الذي قرره المشرع الفرنسي صراحة من خلال امتياز Pluviôse.

وقد ذهب جانب من الفقه[١] إلى القول بأن الامتياز المقرر من خلال المادة (٦٦٢ / ٢) من القانون المدني المصري يقترن بمزيتين تجعلانه أفضل من امتياز مرسوم ٢٦ Pluviôse هما:-

أولاً- توسع المشرع المصري من نطاق الامتياز المقرر بموجب المادة (٢/٦٦٢) من القانون المدني المصري، لتشمل إلى جانب المقاول من الباطن عمال هذا المقاول، أما امتياز Pluviôse فقد قصر هذا الحق على المقاول من الباطن فقط. ونتيجة لذلك، فإن العامل وفقا لأحكام القانون المصري يستطيع أن يرجع في حدود ما هو مستحق في ذمة

---

[١] د. وليد فاروق جمعة – سابق الإشارة اليه ص ٦٠١.

المقاول من الباطن بموجب عقد العمل، إما على المقاول الأصلي وإما على صاحب العمل.

ثانياً– المشرع المصري قد نظم الحالة التي يتزاحم فيها أصحاب الامتياز المقرر من خلال المادة (٢/٦٦٢) من القانون المدني المصري بتقسيم المبلغ المحصل قسمة غرماء، كل بنسبة نصيبه في الدين، وذلك في حال عدم كفاية المبلغ لتسديد كامل الديون، أما في فرنسا فيتقدم عمال المقاول الأصلي ثم الموردين ثم المقاولين من الباطن.

المبحث الثالث

الآثار القانونية المترتبة على

التعاقد من الباطن الخفي

تمهيد وتقسيم:

تختلف الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن الخفي عن الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الجهة الادارية، ويتطلب الأمر بيان هذه الآثار سواء بالنسبة لعلاقة جهة الإدارة بالمتعاقد الأصلي، أو بالنسبة لعلاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن الخفي، أو بالنسبة لعلاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن الخفي، وسوف نوضح ذلك من خلال مطالب ثلاثة، على النحو التالي:

المطلب الاول :علاقة جهة الادارة بالمتعاقد الاصلي.

المطلب الثاني :علاقة جهة الادارة بالمتعاقد من الباطن الخفي .

المطلب الثالث :علاقة المتعاقد الاصلي بالمتعاقد من الباطن الخفي.

المطلب الاول

علاقة جهة الادارة بالمتعاقد الأصلي

الفرض هنا ان المتعاقد الاصلي قام بابرام اتفاق التعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من العقد الاداري دون الحصول على موافقة الجهة الادارية المتعاقدة مقدماً، أو ان المتعاقد الاصلي قد قدم طلباً الى الجهة الادارية يبدي رغبته في التعاقد من الباطن ويطلب منها الموافقة على هذا التعاقد، بيد ان الجهة الادارية المتعاقدة رفضت الموافقة على هذا الطلب وكان رفضها لاسباب معقولة كعدم قدرة المتعاقد من الباطن المالية، أو نقص في الكفاءة الفنية اللازمة لتنفيذ الالتزامات المنوطة به، وعلى الرغم من ذلك قام المتعاقد الاصلي بابرام العقد مع المتعاقد من الباطن لتنفيذ جزء من الالتزامات التي رتبها العقد الاداري على عاتق المتعاقد الاصلي.

ويثور تساؤلاً هنا عن الاثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن الخفي في علاقة الادارة بالمتعاقد الاصلي؟ فهل يسري هذا التعاقد في مواجهة الادارة؟ وهل تملك هذه الاخيرة توقيع جزاءات معينة على المتعاقد الاصلي؟.

و للاجابة على هذا التساؤل يمكن القول بان التعاقد من الباطن الخفي غير المقترن بموافقه الادارة لا يسري في مواجهة هذه الاخيرة ولا يحتج به عليها ولا تنشأ عنه اية علاقة تعاقدية بين المتعاقد من الباطن والادارة، ومن ثم يبقى المتعاقد الاصلي وحده مسؤولاً مسئولية كاملة عن تنفيذ العقد في مواجهة الادارة.

ولقد أكدت المحكمة الادارية العليا هذا المبدأ بقولها: "عدم جواز التنازل للغير أو التعاقد معه من الباطن في هذا الشان الا بموافقة الادارة، بل يعد هذا التنازل مخالفة تؤدي الى اعتباره باطلاً فلا يحتج به في مواجهتها ويبقى المتعاقد الاصلي مسئولاً شخصياً عن تنفيذ العقد امامها"[١]

بل ذهبت محكمتنا العليا إلى اكثر من ذلك فقضت بأن قيام المتعاقد الاصلي بالتعاقد من الباطن دون ترخيص سابق من الادارة يعتبر بذاته خطأ عقدياً يرتب مسئوليته عن

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ١١ ق ع ، جلسة ١٩٧١/١/٩.

الاضرار الناجمة عنه، كما أنه يبرر توقيع اقصى الجزاءات عليه، أي فسخ العقد على مسئولية المتعاقد الاصلي، وذلك سواء نص على هذا الجزاء في العقد او لم ينص، بإعتبار ان حق الادارة في الفسخ في هذه الحالة ينتج من طبيعة العقد الاداري ذاته، ولاستبعاده يجب ان ينص العقد صراحه على ذلك.[١]

إلا أن ثمة رأي في الفقه[٢] يرى ان جزاء الفسخ يتطلب ان يكون المتعاقد مع الادارة مقصراً في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن ثم فإن هذا الجانب من الفقه يتساءل أي تقصير يمكن ان ينسب الي المتعاقد الاصلي حال اللجوء الى التعاقد من الباطن، الذي لا يقصد منه في اغلب الاحيان سوي تنفيد جزء من العقد قد يتطلب خبرة فنية دقيقة لا تتوافر لدى المتعاقد الاصلي، اي ان لجوء المتعاقد الاصلي الى التعاقد من الباطن لم يكن الا بقصد تنفيذ هذا الجزء على احسن صورة، فهل يعقل بعد ذلك ان نهدده بفسخ العقد، ولا سيما ان جزاء الفسخ هو اقصى واخطر الجزاءات التي يمكن ان تلجأ اليها الادارة المتعاقدة في مواجهة المتعاقد معها، لانه يؤدي الى إنهاء الرابطة العقدية بين الطرفين.

على حين أيدَّ رأي آخر في الفقه[٣] إتجاه المحكمة الادارية العليا فذهب إلى ان المتعاقد الاصلي اذا قام بالتعاقد من الباطن دون موافقة جهة الادارة فإن هذا يشكل خطأ عقدياً يبرر توقيع جزاء الفسخ؛ وذلك استناداً الى فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الادارية، اي ان الاعتبارات الشخصية التي روعيت في المتعاقد الاصلي عند ابرام العقد الاداري قد لا تتوافر فى المتعاقد من الباطن الذي تعاقد مع المتعاقد الاصلي دون الحصول على موافقة الادارة، وهذا يشكل اخلالاً بمصلحة المرفق العام الذي من اجله تم ابرام العقد.

ومن جانباً نميل الي الراي الاول، ونري انه الاولي بالاتباع وذلك لانه حينما تعهد جهة الادارة الي متعاقد معها في تنفيذ مهام معينة يكون غرضها تحقيق الصالح العام، وبالتالي

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ٨١٨٤ لسنة ٥٥ ق ع ، جلسة ٢٠١٦/٣/٢٢.ويراجع حكمها ايضا في ذات المعني في الطعن رقم ٣٦٣٤٤ لسنة ٦١ ق ع ، جلسة ٢٠١٦/٣/٢٢.

[٢] د. عادل عبد الرحمن خليل ، آثار العقود الادارية للادارة ومشكلات تنفيدها ، دار الثقافة الجامعية ، القاهرة ،١٩٩٧،ص ٦١.

[٣] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الادارية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣ ص، ١٤٣.

فإن فكرة الصالح العام قد تكون سببا في لجوء المتعاقد الاصلي الي متعاقد اخر يتعاقد معه علي تنفيذ او القيام بجزء من العقد الاصلي الذي استحال تنفيذه بمعرفة المتعاقد الاصلي مع جهة الادارة ، فإذا ضيقنا علي المتعاقد الاصلي في اللجوء الي متعاقد اخر قد يضر هذا بالصالح العام بدلاً من تحقيق المنفعة العامة ، ولكن رغم ذلك لا نطلق العنان للمتعاقد الاصلي باللجوء الي متعاقد آخر في كل الاحوال، وإنما يكون اللجوء اليه بضوابط وتعهدات من قبل المتعاقد الاصلي تحقيقا للصالح العام .

وعلى ما يبدو أن المشرع الفرنسي اكد علي فكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقود الادارية من قبل المتعاقد الاصلي الا انه لم يحظر التعاقد من الباطن، فوفقاً للمادتين ١ من قانون ١٩٧٥، و ١١٣ من قانون المشتريات العامة فإنه في حالة التعاقد من الباطن، يظل المتعاقد الاصلي مسئولا مسئولية شخصية عن اداء جميع الالتزامات الناشئة عن العقد" ويظل المتعاقد الاصلي صاحب المسؤولية الشخصية والوحيدة ، أمام السلطة المتعاقدة ، عن تنفيذ جميع الالتزامات الناتجة عن العقد ، سواء تم تنفيذه من قبله أو من قبل متعاقد من الباطن وتجد هذه المسؤولية الشخصية أساسها في العقد الذي يربط الشركة بالمتعاقد الاصلي والتي تنطوي على التزام الأداء الشخصي للعقد، دون حظر استخدام التعاقد من الباطن، ولم يرتب المشرع الفرنسي جزاء الفسخ في كل الاحوال في حالة عدم الحصول علي موافقة جهة الادارة.

كما أن مجلس الدولة الفرنسي ينظر الي الاثار المترتبة علي العقد فاذا كانت معيبة الغي التعاقد من الباطن، بينما إذا كانت غير معيبة اجاز تعويض المتعاقد من الباطن عن الاعمال التي قام بها، وهو ما يظهر جليا في حكم **محكمة الاستئناف الادارية لولاية دوواه الفرنسية** حيث ايدت قرار السلطة المتعاقدة بانهاء العقد مع أحد الشركات؛ وذلك بسبب لجوئها الي المتعاقدين من الباطن غير المعلنيين او الخفيين، الذين كان اداؤهم معيباً في مراقبة موقع العمل والتحكم فيه ، وهذا يعني ان المعيار لدي المحكمة هو الاثار المعيبة التي يرتبها التعاقد من الباطن الخفي علي العمل الموكل للمتعاقد الاصلي[١].

---

[١] CAA de Douai.no13DA00902,LECTUTE DU Mardi 8 juillet2014.

وبالتالي فلا توجد أية علاقة تعاقدية بين المتعاقد من الباطن سواء كان الخفي او المعلن عنه والمقبول وبين جهة الادارة ويظل المتعاقد الاصلي المسئول امام السلطة المتعاقدة عن الاداء السليم للعقد بما في ذلك خدمات الاستعانة بمصادر خارجية[١].

وتأكيداً لذلك نجد أن تعميم ٧ أكتوبر ١٩٧٦ بشأن نظام التعاقد من الباطن في الأسواق العامة ينص على أن أصحاب العقود يظلون مسؤولين شخصيا أمام جهة الادارة عن الأداء العام لجميع عقودهم ، حتى عند التعاقد من الباطن على جزء منها ،مهما كانت طرق الدفع للمقاولين من الباطن ، وبالتالي عدم وجود مسؤولية من الباطن للتعامل مع المشتري العام، ومن ثم لا يوجد رابط تعاقدي بين العميل والمقاول من الباطن.

ومما لاشك فيه ان القرار الصادر من الادارة بفسخ العقد يخضع للرقابة القضاء الاداري؛ باعتباره من القرارات الادارية التي المرتبطة بالعملية العقدية، وبالتالي يكون قاضي العقد وليس قاضي الالغاء هو المختص بالفصل فى مدى مشروعية قرار الفسخ أو بعبارة اخرى يتعين على المتعاقد الاصلي ان يلجأ الي دعوى القضاء الكامل لا دعوي الالغاء.

المطلب الثاني

علاقة جهة الادارة بالمتعاقد من الباطن الخفي

لا تنشأ عن هذا التعاقد اية علاقة تعاقدية مباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن الخفي؛ حيث تظل العلاقة العقدية المباشرة قائمة فقط بين الادارة والمتعاقد الاصلي، وبالتالي يبقى هذا الاخير وحده مسؤلاً عن تنفيذ العقد بأكمله في مواجهة جهه الادارة.

وهذا يعني ان انتفاء العلاقة العقدية بين جهة الادارة والمتعاقد من الباطن الخفي؛ ويترتب على ذلك ما النتائج التالية:

أولا: لا يجوز للادارة ان تطالب المتعاقد من الباطن الخفي مباشرة بتنفيذ ما يقع عليه من التزامات قبل المتعاقد الاصلي، والتي تتعلق تنفيذ العمل محل التعاقد من الباطن، وترتيبا

---

[١] A l'attention des entrepreneurs Désirant sous-traiter L'exécution de certaines parties de leur marché Passé avec paris habitat oph dossier de sous-traitance 31 mai 2010, marches publics.parishabitatoph.fr/dossier-sous-traitance.pdf.p4.

على ذلك لا تملك الادارة مطالبة المتعاقد من الباطن الخفي بإنجاز العمل محل العقد الاصلي، لان المتعاقد من الباطن لم يكن طرفاً في هذا العقد .

كما انها لا تملك ذلك استناداً الى اتفاق التعاقد من الوطن لانها ليست طرفا فيه، وهذا الحكم يسري بالنسبه لباقي التزامات المتعاقد من الباطن، كالالتزام بتسليم العمل والالتزام بضمان الضمان كأصل عام[١].

ثانياً: ليس للمتعاقد من الباطن الحق في ان يطالب الادارة بان تنفذ التزاماتها في مواجهه المتعاقد الاصلي؛ لان هذه الالتزامات مصدرها العقد الاصلي المبرم بين الادارة والمتعاقد الاصلي، ولما كان المتعاقد من الباطن ليس طرفا في هذا العقد؛ لذا فإنه لا يحق له المطالبة بحق لم يقرر له اصلا ، وبناء على ذلك ليس للمتعاقد من الباطن ان يطالب الادارة مباشرة بتمكينه من انجاز العمل او تسلمها للعمل بعد إنجازه من قبله، وعدم قيام المسؤولية بين الادارة والمتعاقد من الباطن، فالمسئولية التعاقدية تقوم نتيجة اخلال احد المتعاقدين بالتزام يفرض عليه العقد المبرم مع الطرف الاخر ولان الادارة لا ترتبط مع المتعاقد من الباطن بعقد ما، فلا تتحقق المسئولية التعاقدية لها في مواجهة المتعاقد من الباطن أو العكس، ويترتب على ذلك عدم مسألة المتعاقد من الباطن امام الادارة عن تنفيذ اتفاق التعاقد من الباطن على اساس عقدي، ذلك ان الادارة تعد من الغير بالنسبة لاتفاق التعاقد من الباطن[٢].

ويؤيد بعض الفقه[٣] الاتجاه المتقدم وحسبما ذهب الى ذلك راي في الفقه ايضا[٤] القائم على اعتبار الغير بأنه كل من لم يساهم في ابرام العقد الاصلي فيه تضييق لنطاق المسئولية التعاقدية؛ ذلك أنه صحيح أن المتعاقد من الباطن لم يشارك في ابرام العقد الاداري الاصلي، إلا أنه طرفاً في رابطة العلاقات التي نجمت عن وجود تعاقد من

---

[١] د. فيصل خالد المكراد، التعاقد من الباطن في العقود الادارية "دراسه تطبيقية مقارنة"، رسالة دكتوراه، كليه الحقوق جامعة القاهرة، عام ٢٠١٣ ،ص ٨٦ وما بعدها.

[٢] د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل، علاقه المقاول من الباطن برب العمل، مجلة المحامي، الكويت، السنه ٢٤، فبراير ومارس عام ٢٠٠٠.

[٣] د. فيصل خالد المكراد، المرجع السابق ، ص٨٧ وما بعدها.

[٤] د. نجم حمد الاحمد ، المرجع السابق ، ص ١٩٥.

الباطن، وبتعبير اخر اذا لم يكن المتعاقد من الباطن موجوداً حين الابرام الا انه أصبح موجوداً بالفعل حين التنفيذ.

وقد نجد مثل هذا المتعاقد من الباطن في مرحلتي الابرام والتنفيذ معاً وهذا ما ينطبق على حالة التعاقد من الباطن المفروض، وكذلك حاله المتعاقد من الباطن المشارك أصلاً في تنفيذ العقد الاداري وقد يصاب المتعاقد من الباطن بضرر ما نتيجه لعدم تنفيذ المتعاقد الاصلي للالتزامات المنوطة به بموجب العقد الاصلي المبرم بينه وبين الادارة فإن اخذنا بالمفهوم الضيق للمسئولية التعاقدية، فلا شك أن ذلك قد يترتب عليه قصور في تحقيق الحماية القانونية المطلوبة للمتعاقد من الباطن؛ لذا نتفق مع هذا الرأي من الفقهالذي ذهب إلى ان الاجنبي هو ذلك الذي يظل غريبا عن العقد الاصلي في مرحلتي الابرام والتنفيذ، اما من يشارك في هاتين المرحلتين او احدهما فإنه يأخذ حكم المتعاقد، الامر الذي يعني ان المسئولية العقدية لن تكون قاصرة على طرفي العقد اللذين تولياً عملية الابرام، وإنما تمتد لتشمل كل من ساهم في تنفيذ عقد يرتبط بالعقد الاصلي كالمتعاقد من الباطن الخفي.

وفي ضوء ما تقدم يكون من الأهمية بمكان بيان حدود رقابة الجهة الادارية لاعمال المتعاقد من الباطن؛ لان سلطتها في الرقابة على تنفيذ العقد الاداري عموما من سلطتها الهامة التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد معها وهو هنا المتعاقد الاصلي – حيث ان سلطتها تشمل الاشراف والمتابعة وتتعدى الى التدخل في اوضاع وكيفية تنفيذ العقد ذاته، وعليه فلها ان تباشر هذه السلطات في مواجهة المتعاقد من الباطن لارتباط اتفاق التعاقد من الباطن مع العقد الاصلي من حيث المحل، ولا يمكن تصور تنفيذ المتعاقد من الباطن للالتزامات المنوطة به على نحو مستقل تماماً عن تنفيذ المتعاقد الاصلي للالتزامات المنوطة به، وهكذا فإن الرقابة التي تباشرها الادارة على المتعاقد الاصلي تمتد لتشمل بشكل تلقائي المتعاقد من الباطن الخفي.

وفي ضوء عدم وجود أو عدم قيام المسؤلية العقدية بين الجهة الادارية والمتعاقد من الباطن الخفي نظراً من لانعدام الرابطة العقدية بينهما، فضلا عن ان الادارة ليست طرفاً

في اتفاق التعاقد من الباطن وهو ما أكدته أحكام القضاء الاداري في فرنسا أو مصر على عدم وجود هذه العلاقة مباشرةً بين الادارة والمتعاقد من الباطن الخفي.[١]

وعلى الرغم من عدم وجود هذا العلاقة، إلا أنه يجوز للمتعاقد من الباطن الخفي ان يرجع الى الادارة في حالة تنفيذ الالتزامات المنصوص عليها فى العقد تنفيذاً صحيحاً؛ إستناداً الى فكرة الاثراء بلا سبب اذا توفرت شروط تطبيقها[٢].

كما يستطيع المتعاقد من الباطن بصفته دائنا للمتعاقد الاصلي ان يطالب الادارة بحقوق مدنية وفقا للقواعد المقررة في هذا الخصوص، وعلى ذلك يمكن للمتعاقد من الباطن ان يستفيد بالحقوق والدعاوى المعترف بها للدائنين في القانون المدني وعلى الاخص الدعوى غير المباشرة وحوالة الحق[٣].

وقد اكد كل من مجلس الدولة الفرنسي ومجلس الدولة المصري على قبول دعوى الالغاء المرفوعة من الغير بالنسبة للقرارات الادارية المنفصلة عن عملية التعاقد[٤]، ولكن ما هو اثر علم الادارة بوجود التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الجهة الادارية ثم سكوطها عن ذلك؟

على ما يبدو أن مجلس الدولة الفرنسي يتجه إلى تقرير مسئوليه الادارة على اساس فكرة الخطا شبه التقصيري، الذي يقوم على معرفة الادارة الضمنية بوجود المتعاقد من الباطن، رغم عدم مراعاة الاجراءات المتعلقة بالقبول والرضا، وبذلك تكون الادارة قد فوتت الفرصة

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ٢٦٧٤٥ لسنة ٥٤ ق ع ، جلسة ٢٠١٧/٤/١٨ ، يراجع في دات المعني حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ١٤١٢٧ لسنة ٥٧ ق ع ، جلسة ٢٠١٦/٨/٢.ويراجع حكمها في الطعن رقم ٢٥٤٣٤ لسنة ٥٨ ق ع ، جلسة ٢٠١٥/١٢/٢٢.

[٢] د.فتح الله ابو سكينة ،النظرية العامة للاثراء بلا سبب في القانون الاداري، رسالة دكتوراه،حقوق عين شمس، سنة ٢٠٠١، ص٣٤٠.

[٣] د. سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص ٤٤٣.

[4] C.E 24 Avril 1964,Rec.p23.

ويراجع ايضا حكم محكمة الاداري ، الدعوي رقم ١٠٩٦١ لسنة ٦٧ ق ، جلسة ٢٠١٨/٤/٢٤. وحكمها في الدعوي رقم ٨٢٦٦١ لسنة ٧٠ ق ، جلسة ٢٠١٨/٤/٢٤.وراجع في دات المعني حكم المحكمة الادارية العليا ، الطعن رقم ٣١٤١ لسنة ٣٥ ق ع ، جلسة ١٩٩١/٧/٢٧.

على المتعاقد من الباطن الخفي بالنسبة لامكانية الاستفادة من السداد المباشر او الدعوى المباشرة.[١]

والواقع ان مجلس الدولة الفرنسي لم يقرر مسئولية الادارة وحدها في هذه الحالة، وانما ذهب الى تقسيم المسؤولية وجعلها مسئولية ثلاثية، بحيث يتحمل المتعاقد الاصلي جزءً من المسئولية لانه لم يقوم بتقديم المتعاقد من الباطن الى الادارة لقبوله واعتماد شروطة المتعلقة بالسداد المباشر، كما يتحمل المتعاقد من الباطن بدورة ايضا جزءً من المسؤولية لانه اهمل فى تصحيح وضعة ولم يسعى الي تقديم نفسة الى الادارة لقبوله[٢].

في حين ذهب جانب من الفقه[٣] الى القول بأن ثبوت علم الاداره بوجود التعاقد من الباطن ثم سكوتها على ذلك، فإن ذلك يعتبر موافقة ضمنية من جانبها على قبول المتعاقد من الباطن وتنتج عنه الاثار القانونية التي تترتب على اعتماد المتعاقدين من الباطن في الحدود التي توضحها شروط التعاقد.

وإذا كان من المسلم به ان عبء اثبات علم الادارة بوجود المتعاقد من الباطن يقع دون شك على عاتق المتعاقد من الباطن، حيث يتعين عليه اقامة الدليل على ان الادارة كانت تعلم بوجوده وتدخله في تنفيذ العقد الا انها لم تسع الى حس المتعاقد الاصلي على تنظيم وضعه وفقا للنصوص القانونية التي تضمنها القانون رقم ٧٥ /١٣٣٤ الصادر في ٣١ ١٢ ١٩٧٥ وتعديلاته والمتعلق بالتعاقد من الباطن وما تضمنته مدونة العقود الادارية من احكام.

وبالتالي فإن المتعاقد من الباطن في هذا الصدد لا يجد صعوبة كبيرة في اثبات علم الادارة بوجوده؛ اذ انه يستطيع اثبات ذلك بكافة الوسائل مثل الاجتماعات التي كانت تعقد بينه وبين ممثلي الادارة او الاوامر المصلحية الموجودة باسم المتعاقد من الباطن او وجود رسائل او مكاتبات بين الجهه الادارية المتعاقدة والمتعاقد من الباطن[٤].

---

(1) Tamba,(R-M) la protection du sous traitant dans ke code des marches publics .Thes lyon 1987.p.182-185.

(2) C.E 7 nov 1980, Schamid-volanciennes Rec.Labon p.416.

(٣) د. نجم حمد الاحمد ، المرجع السابق ، ص ١٩٠ وما بعدها.

(4) Tamba (R.M) .op.cit.p.186.

وتطبيقاً لذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي الى القول بتحقق معرفة الادارة بوجود المتعاقد الخفي من الباطن استناداً الى حضور المتعاقد للباطن بعض الاجتماعات التي حضرها في نفس الوقت ممثل الادارة وكذلك في حالة استلام الادارة لرسالة من المتعاقد من الباطن يطلب فيها موافقة الادارة على اسناد المتعاقد الاصلي لجزء من العقد الاداري إليه، كما قرر مجلس الدولة الفرنسي ان قيام المتعاقد الخفي من الباطن لمدة سنتين بتقديم التقارير المتعلقة بتنفيذ العمل الى الجهة الادارية المتعاقدة دون اعتراض هذه الاخيرة على ذلك إنما هو دليل على علم الجهة الادارية المتعاقدة بوجود المتعاقد الباطن مما يؤدي الى ترتيب مسئوليتها[١].

الا ان المجلس قد عدل عن المسلك السابق في خصوص ترتيب مسؤولية الادارة في حالة معرفتها بوجود المتعاقد من الباطن، وبدأ ياخذ موقفاً آخر يختلف عن إتجاهه السابق- حيث ذهب المجلس الى القول بأن تسلم الجهة الادارية المتعاقدة لرسالة من المتعاقد من الباطن يخبرها فيها بوجوده ليس كافياً بذاته لإثارة مسئوليتها[٢].

اما بالنسبة لموقف مجلس الدولة المصري من مسالة علم الادارة بوجود المتعاقد من الباطن، ثم سكوتها عن ذلك فإن المستقر عليه في أحكام المحكمة الادارية العليا على ان التعاقد من الباطن دون موافقة الادارة كالحالة الماثلة يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقا لمخالفتة النظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد او الغاؤه باعتبار ان الخطا المذكور خطأ جسيم[٣].

ويثور التساؤل حول تحديد مدى وطبيعة مسئولية المتعاقد من الباطن الخفي في مواجهة الادارة والغير؟

المستقر عليه ان مسئوليته هنا هي مسئولية تقصيرية حالة ارتكابه خطأ جسيماً في التنفيذ ينم عن جهل واضح في الاصول الفنية الواجب مراعاتها[٤].

---

(1) C.E,2 fevries 1979, Entreprise Roulo.Rec.p.798.
C.E,15 Abril 1987.D.1987.p.20.

(2) C.E,9 mars 1984 A.J.D.A.1984.P.400.

(٣) حكم محكمة القضاء الاداري ، الصادر بجلسة ١٩٥٧/١/٢٧ .

(4) Flamme.op.cit.p.19.

وإذا كان انتهاء العلاقة التعاقدية المباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن فان الاخير لا يسأل عن احكام العقد الاصلي المبرم بينها وبين المتعاقد الاصلي؛ لذا فإن مسؤولية المتعاقد من الباطن في هذه الحالة إنما تدخل في نطاق الاخلال بالواجب العام الذي يفرضه المجتمع وبعبارة اخرى إنها مسئولية مفترضة، تقوم على وجوب احترام حقوق الادارة الناجمة عن العقد الاصلي[١].

فهل يسال المتعاقد من الباطن في هذه الفرضية عن عدم تنفيذ المتعاقد الاصلي مع الادارة للعقد.

يري جانب من الفقه[٢] انه ليس ثمة ما يمنع الجهة الادارية المتعاقدة من العودة الى المتعاقد من الباطن على اساس المسئولية التقصيرية على الرغم من رجوعها على المتعاقد الاصلي على اساس المسئولية العقدية وذلك لاختلاف الشخص المدين في كلا الحالتين ففي الحالة الاولى يكون المدين هو المتعاقد من الباطن اما في الحالة الثانية فإنه المتعاقد الاصلي.

ويرى جانب آخر من الفقه[٣] ان المتعاقد من الباطن لا يلتزم مباشرة باحكام العقد الاصلي؛ لذا فإنه لا يسأل في مواجهة الجهة الادارية المتعاقدة عن عدم التنفيذ، ولا يقع تحت طائلة المسئولية العقدية، وانما يعد شخصا من العامة عليه واجب عام باحترام حقوق الجهة الادارية بوصفها صاحبة العمل، فاذا اخل بهذا الواجب فإنه يسأل على اساس المسئولية التقصيرية، ويري اصحاب هذا الراي وجوب عدم التوسع في تحديد مضمون هذا الواجب وادخاله بمضمون الواجب الخاص الملقى على عاتقه بموجب اتفاق التعاقد من الباطن وبعبارة اخرى يجب ان يشكل الفعل الضار عن المقاول اخلالاً جسيما بذلك الواجب العام، كما يتعين على الادارة في هذه الحالة ان تثبت الخطا التقصيري الصادر عن المتعاقد من الباطن فإن هي فعلت ذلك فيكون لها الخيار في ان ترجع علي المتعاقد

---

[١] د.رافت محمد احمد حماد،المسئولية المدنية لمقاول البناء في القانون المدني "دراسة مقارنة"،دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٥،ص ١٨٧.

[٢] د.رافت محمد احمد حماد، ص ١٨٨.

[٣] د.مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، الطبعة الاولى، دار النهضه العربية ١٩٨٨، ص ١٤٤

الاصلي بدعوى المسئولية العقدية او ترجع علي المتعاقد من الباطن بموجب دعوى المسؤولية التقصيرية، ولكن ليس لها ان تسلك الطريقين معا.

واخيرا فان مسئولية المتعاقد من الباطن في مواجهة الغير تنعقد نتيجة للضرر الذي قد يلحق بالغير جراء تنفيذ المتعاقد من الباطن للالتزامات المنوطة به بموجب اتفاق التعاقد من الباطن فان لحق الغير ضرراً اثناء قيام المتعاقد من الباطن بتنفيذ التزاماته فللغير الحق في الرجوع بالتعويض على المتعاقد من الباطن وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية.

وعلى الغير اثبات الخطا التقصيري في جانب المتعاقد من الباطن، ويجب تقدير مسلك المتعاقد من الباطن ذاته بصرف النظر عن التزاماتة التعاقدية، لانه ليس من اللازم ان يشكل خطا المتعاقد من الباطن في التنفيذ وهو خطأ عقدي- خطأ في مواجهه الغير.[١] وبدون اثبات الخطا التقصير في جانب المتعاقد من الباطن فان مسئوليته لا تنعقد[٢].

المطلب الثالث

علاقة المتعاقد الاصلي بالمتعاقد من الباطن الخفي

لا شك أن اثار التعاقد من الباطن الخفي غير المقترن بموافقة الجهة الادارية بالنسبة لعلاقة المتعاقد الاصلي بالمتعاقد من الباطن، هي ذات الاثار المترتبة على علاقتهما حال موافقة الجهة الادارية على التعاقد من الباطن، وعليه فان العلاقة بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن الخفي هي علاقة عقدية مباشرة لقيامهما بإبرام اتفاق التعاقد من الباطن فيما بينهما، وهذه العلاقة تعد رابطة من روابط القانون الخاص.

ويترتب على ما تقدم خضوع العلاقة بين الطرفين لاحكام القانون الخاص، وبالتالي اختصاص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة عنها[٣]، وعلى ذلك فإن مسئولية المتعاقد من الباطن في مواجهة المتعاقد الاصلي تخضع للقواعد العامة التي تحكم

---

[١] د.سعيد عبد الكريم مبارك ،مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لاحكام القانون المدني والشروط العامة للمقاولات اعمال الهندسة المدنية، منشورات دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد ١٩٩٠ص ١١٤

[٢] دكتور محمد شكري سرور مسئولية مهندسي مقاولي البناء والمنشأت الثابتة الاخرى دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٥،ص ٣٨٧.

[٣] د. محمد سعيد امين ، المرجع السابق، ص ٢٠٢.

المسئولية العقدية فى القانون المدنى سواء في ذلك مسئوليته عن التنفيذ أو الاضرار أو العيوب الخفية[١].

ونجد انه قد يحيل العقد المبرم بين المتعاقد من الباطن الخفي وبين المتعاقد الاصلي الي القواعد التي تضمنها العقد الاداري المبرم بين الجهة الادارية المتعاقدة والمتعاقد الاصلي، وفي هذه الحالة يثور التساؤل حول مدى امكانية تأثر التعاقد من الباطن بالنصوص الواردة في دفتر الشروط العامة والمنظم للعلاقة بين الجهة الادارية المتعاقدة والمتعاقد الاصلي؟

يمكن القول أن مجرد الاحالة الى العقد الاداري المبرم بين الجهة الادارية المتعاقدة والمتعاقد الاصلي لا يعني امكانية تطبيق النصوص الواردة في دفتر الشروط العامة كما هي دون اي تعديل، أو بعبارة اخرى لا يمكن القول باخضاع المتعاقد من الباطن وهو بصدد تنفيذ الالتزامات المعهودة إليه بمقتضى عقد اتفاق التعاقد من الباطن، الى نفس القواعد التي تحكم المتعاقد الاصلي في تنفيذ التزاماته، سواء من حيث طريقة التنفيذ أو مدته او الجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة التنفيذ المعيب او التاخير فيه، وعلى اية حال يمكن القول بإن هذا الاتجاه لا يؤخذ به على اطلاقه ومن الممكن تطبيق المبادئ الواردة في دفتر الشروط العامة وذلك بالقدر الذي لا يتنافى مع الشروط التفصيلية الواردة في اتفاق التعاقد من الباطن[٢].

والواقع أن ثمة ارتباط بين العقد الاداري والتعاقد من الباطن؛ نظرا لاشتراكهما في وحدة المحل، حيث يرد التعاقد من الباطن على جزء من محل العقد الاصلي، ومن اهم مظاهر الارتباط بين العقد الاداري والتعاقد من الباطن انه يجوز الاحتجاج باحكام العقد الاصلي في مواجهة المتعاقد من الباطن، وذلك على الرغم من ان هذا الاخير لم يشارك في ابرام العقد الاصلي، ويمكن ان يتحقق ذلك من خلال وسيلتين– الاحتجاج بالمعرفة – الاحتجاج

---

[١] د. عبد العليم عبد المجيد مشرف ، مرج السابق ،ص، ١٤٣.

[٢] د. نجم محمد الاحمد، المرجع السابق، ص،٢١٦ و٢١٧.

Flamme.op.cit.p.30.

بالضم، كما انه يجوز اللجوء الى نصوص العقد الاصلي لتفسير احكام اتفاق التعاقد من الباطن او العكس[١].

ويثور تساؤل اخر حول مدى جواز قيام المتعاقد الاصلي بتضمين التعاقد من الباطن لشروط استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص؟ وبعبارة اخرى هل يجوز للمتعاقد الاصلي ان يشترط أن له الحق في تعديل التزامات المتعاقد من الباطن بالارادة المنفردة او سلطة توقيع الجزاءات عليه دون اللجوء الى القضاء؟

ذهب أحد الفقه[٢] الى القول بأنه طبقا لمبدأ الحرية التعاقدية يجوز للافراد ان يضمنوا اتفاقاتهم بما يشاءون من شروط، طالما ان هذه الشروط غير مخالفة للنظام العام أو الاداب العامة وطالما انها واضحة لا يشوبها لبس او غموض، وبناء على ذلك يجوز للمتعاقد الاصلي لاسباب تتعلق بالصالح العام ان يضُمن اتفاق التعاقد من الباطن شروط استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص، وذلك لضمان تنفيذ ذلك الاتفاق على الوجه الاكمل، وستكون تلك الشروط منتجه لاثارها طالماً انها صادفت قبولاً من المتعاقد من الباطن.

ومن جانبنا فإننا نميل الي رأي في الفقه يذهب في مثل هذه الحالة الي انه يتعين التفرقة بين أمرين:

<u>الأول– اذا كان المتعاقد الاصلي شخص من اشخاص القانون العام:</u>

وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد الاصلي ان يُضمن اتفاق التعاقد من الباطن الشروط استثنائية غير مالوفه في نطاق القانون الخاص.

<u>الثاني– إذا كان المتعاقد الاصلي شخص من اشخاص القانون الخاص:</u>

---

[١] د.احمد حسان الغندور، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، سنه ١٩٩٨، ص ٥١٢ :٥١٣.

[٢] مشار اليه بمرجع محمد سعيد امين ، المرجع السابق ، ص ٢٠٩.

في هذه الحالة نري وجوب النظر الى كل شرط من الشروط الاستثنائية التي تضمنها اتفاق التعاقد من الباطن على حدي، بحيث لا يملك المتعاقد الاصلي صلاحية مطلقة في إدراج الشروط الاستثنائية التي تملك الادارة إدراجها فى العقد الاصلي.

وبالتالي فإن المتعاقد من الباطن يكون مسئولاً في مواجهة المتعاقد الاصلي اذا لم يكن بتنفيذ العمل المعهود اليه وفقا للاصول الفنية الواجب مراعاتها، فهو ملتزم بتحقيق نتيجة وليس ببذل عنايه، فضلا عن مسئوليته عن تسليم العمل في الموعد المحدد مع وجوب ان يكون العمل المنفذ خالياً من العيوب.

ونظراً لارتباط المتعاقد من الباطن برابطة مباشرة مع المتعاقد الاصلي من خلال اتفاق التعاقد من الباطن، فالعلاقة بينهما علاقة عقدية، لذا فإن مسئولية المتعاقد من الباطن انما تخضع للأحكام العامة في التعويض طبقاً لاحكام المسئولية العقدية، وبناءً على ذلك إذا ظهر في البناء او في تنفيذ العقد عيب من العيوب الخفية الموجبة للمسئولية العقدية فإن للمتعاقد الاصلي الحق في رفع دعوى تعويض في مواجهة المتعاقد من الباطن.

هذا التعويض من الممكن ان يكون تعويضا عينيا ومن الممكن ايضا ان يكون تعويضا بمقابل[١].

وإذا كانت النهاية الطبيعية للتعاقد من الباطن هي ان يتولى المتعاقد من الباطن تنفيذ الاعمال المعهودة اليه بموجب اتفاق التعاقد من الباطن، ولكن هناك حالات غير طبيعية قد ينتهي بسببها التعاقد من الباطن كأن يتحلل المتعاقد الاصلي من اتفاق التعاقد من الباطن، أو يسحب العمل من المتعاقد من الباطن، أو الوفاء أو العجز عن اتمام العمل فما اثر هذه الاسباب على مسئولية المتعاقد عن التنفيذ؟

ذهبت المحكمة الادارية العليا إلى أن المستقر عليه في قضائها، وما جري عليه أن للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقود الإدارية التي تبرمها بإرادتها المنفردة إذا قدرت أن المصلحة العامة تقتضى ذلك، وليس للطرف الآخر المتعاقد معها إلا الحق في التعويض إن كان له وجه حق، على أن حق الإنهاء المخول للجهة الإدارية ليس مطلقا، بل إنه مشروط بأن تقتضى المصلحة العامة أو مصلحة المرفق إنهاء العقد، بأن تستجد ظروف

---

[١] يراجع في تفصيل ذلك د. نجم محمد الاحمد المرجع السابق ص ٢٥٧ وما بعدها.

تستدعي هذا الإنهاء، كما لو أصبح العقد غير ذي فائدة للمرفق العام، أو أضحى لا يحقق المصلحة[١].

وفي هذه الحالات فان اثر هذا التحلل ينصرف بطبيعة الحال الي التعاقد من الباطن، وايضا نجد ذلك مقرر في نطاق القانون الخاص لصاحب العمل الذي له الحق في ان يتحلل من عقد التعاقد من الباطن في اي وقت قبل اتمامه على ان يعوض المقاول او المتعاقد عن جميع ما انفقه من مصروفات وما انجزه من أعمال وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل على النحو الوارد بالماده ٦٦٣[٢] من القانون المدنى المصرى، وقد ارجع جانب من الفقه ثبوت هذا الحق للمتعاقد الاصلي لانه يعد بمثابة صاحب عمل عرضي بالنسبة للمتعاقد من الباطن[٣].

بينما يذهب جانب اخر من الفقه الى القول بإنه ليس للمتعاقد الاصلي الحق في التحرر من اتفاق التعاقد من الباطن بالارادة المنفردة، على اساس ان هذا الحق مقرر لصاحب العمل فقط، الا اذا ورد نص في اتفاق التعاقد من الباطن يجيز ذلك[٤].

ومن جانبنا نؤيد رأي أحد الفقه[٥] الذي يري انه ليس للمتعاقد الاصلي التحرر من اتفاق التعاقد من الباطن بالارادة المنفردة، وذلك بالنسبة للتعاقد من الباطن الذي يتم في نطاق العقود الادارية الا في حالتين: الاولى– ان يكون التحلل من التعاقد من الباطن نتيجة لتحلل الادارة من العقد الاصلي.

---

[١] حكم المحكمة الادارية العليا، الطعن رقم ٣٣٢٩٣ لسنة ٥٥ ق ع، جلسة ٢٠١٦/٦/٢٨، مكتب فني رقم ٦١ رقم الجزء ٢، ص١٣٣٦.

[٢] وقد جاءت المادة رقم ٦٦٣ من القانون المدني المصري في فقرتها الاولي علي النحو التالي "لرب العمل أن يتحلل من العقد ويقف التنفيذ في أي وقت قبل إتمامه على أن يعوض المقاول عن جميع ما أنفقه من المصروفات وما أنجزه من الأعمال، وما كان يستطيع كسبه لو أنه أتم العمل"

[٣] د.سعيد عبد الكريم مبارك، مسؤولية المقاول الثانوي وفقا لاحكام القانون المدني والشروط العامة لمقاولات اعمال الهندسة المدنية، منشورات دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد، سنه ١٩٩٠ ،ص١١١.

[٤] د.محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٩٠ وراجع د.عبد الرازق السنهوري، المرجع السابق، ص ٢١.

[٥] د. نجم محمد الاحمد المرجع السابق، ص ٢٦١ وما بعدها.

والثانية– هي التي يأخذ فيها اتفاق التعاقد من الباطن حكم العقد الاداري– بأن يكون المتعاقد الاصلي جهة معنوية عامة ويتضمن اتفاق التعاقد من الباطن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

ومن جماع ما سبق ان المتعاقد الاصلي يظل المسئول الاول امام المتعاقدين من الباطن سواء المقبولين او غير المقبولين الخفي[١].

يظل المقاول الرئيسي مسئولاً مسئولية كاملة عن المتعاقد من الباطن الذي لا تنطبق عليه شروط العقد من الباطن ويجب عليه الوفاء بالتزاماته التعاقدية بما في ذلك الالتزامات المالية تجاهه[٢].

---

(1) ***Hélène BERNARDIN***, LA RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS DE VOIRIE ET RESEAUX DIVERS Etat des lieux et perspectives, THESE doctorat de la Facult e de Droit et Sciences Economiques et Gestion - Nancy Université,p.520.

(2) CAA lyon 7ste perimeter v. department of yonne ,july2004.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث، نأمل أن نكون قد سلطنا بعض الضوء على الجوانب المتعلقة بموضوع البحث (المركز القانوني للمتعاقد من الباطن الخفي في العقود الإدارية دراسة مقارنة) وقد أوضحنا الجوانب القانونية والعملية المتعلقة بهذا البحث؛ حيث عرضنا في مبحث تمهيدي لماهية التعاقد من الباطن الذي عُرف بانه: "العقد الذي يبرمه المتعاقد المشترك مع شخص اجنبي عن العقد الأصلي يسمي المتعاقد من الباطن، بغيه تنفيذ العقد الاصلي أو الحصول علي منفعة ناشئه عن العقد الأصلي الذي يستند في وجوده ونطاقه ومدته الي العقد الاصلي باعتباره سبب وجوده".

وقد قمنا من خلال الدراسة بالتمييز بين المتعاقد من الباطن وغيره من التصرفات القانونية الأخرى المشابه له مثل التنازل الكلي عن العقد واتفاقات تسيير وتنفيذ عقد التوريد الأصلي ووضحنا اوجه الشبه والاختلاف بينها وبين التعاقد من الباطن.

ثم تعرضنا لبيان مدي مشروعية التعاقد من الباطن سواء أكان المتعاقد من الباطن المعترف به ام غير المعترف به الخفي، ثم وضحت الدراسة ان المشرع المصري ولاول مرة ينظم صراحة احكام التعاقد من الباطن بموجب تشريع خاص دون الالتجاء الي القواعد العامة التي كانت جهة الادارة تلجأ اليها لتبرير التعاقد من الباطن، بأن اعد قانون التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، وهذا الموضوع تطلب منا دراسة متعمقة في ذلك الموضوع، يضاف إلى ذلك الجوانب الشخصية التي فرضت نفسها بالبحث.

هذا وقد تطرقت الدراسة لبيان أوجه الحماية القانونية للمتعاقد من الباطن الخفي في العقود الادارية ومدي استفادته من الدعوي المباشرة والسداد المباشر وذلك في المبحث الاول.

ثم تعرضت الدراسة لبيان وسائل الحماية الاضافية للمتعاقد من الباطن الخفي والمتمثلة في استفادتة من دعوي الاثراء بلا سبب، ولكن بتوافر شروط معينة يجب توافرها من إثراء جهة الادارة وافتقار المتعاقد من الباطن سواء أكان الخفي او المعترف به وتوافر علاقة السببية بينهم، ثم يجوز للمتعاقد من الباطن الخفي الرجوع علي جهة الادارة المتعاقدة بدعوي التعويض طبقا لامتياز بليوفيز.

وفي نهاية الامر بينت الدراسة اثر التعاقد من الباطن الخفي علي العلاقة ما بين جهة الادارة والمتعاقد الاصلي والتي يمكن اجمالها في مسئولية المتعاقد الاصلي مسئولية شخصية عن تنفيذ العقود الادارية محل التعاقد وعدم تحمل المتعاقد من الباطن أي التزامات تجاه الادارة، ويبقي المتعاقد الاصلي المسئول الاول والاخير عن كل متعاقد يتعاقد معه، في حين ان المتعاقد من الباطن لا يربطه بجهة الادارة أي رابطة عقدية تجعله يرجع علي جهة الادارة بموجب الرابطة العقدية وأن جاز الرجوع عليها بدعوي المسئولية غير العقدية والتعويض.

وعلى العكس مما تقدم فإن العلاقة ما بين المتعاقد من الباطن الخفي والمتعاقد الاصلي تبقي علاقة عقدية يحكمها القانون الخاص لانها علاقة نشأت بعيداً عن جهة الادارة، وبالتالي يجوز للمتعاقد من الباطن الرجوع علي المتعاقد الاصلي بكافة الدعاوي المقررة للمطالبة بقيمة ما اداه وبما تم الاتفاق عليه.

هذا وقد توصلت الدراسة الي عدد من النتائج والتوصيات نجملها في التالي:

النتائج:

١- صدور تشريع مصري متمثل في القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بشأن التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية ولائحته التنفيذية الذي نظم احكام التعاقد من الباطن بدلاً من الاعتماد علي القواعد العامة التي كانت تلجأ اليها جهة الادارة لتبرير التعاقد من الباطن، وبالتالي اصبح التعاقد من الباطن مباح شريطة موافقة جهة الادارة عليه.

٢- علي الرغم من صدور التشريع المشار اليه الذي اعترف بمشروعية التعاقد من الباطن وقرر بعض الأحكام الخاصة به، الا انه اغفل تقرير الحماية اللازمة للمتعاقدين من الباطن الذين لا يحصلون علي موافقة الجهة الادارية، حيث لم يفرض علي جهة الادارة أي مسئولية تجاههم، خصوصاً اذا ما تلاحظ لها وجودهم ينفذاً اعمال محل العقد الاصلي.

٣- لا توجد علاقة تعاقدية بين المتعاقد من الباطن وجهة الإدارة وفقا للتشريع المصري وبالتالي لا يحق له الرجوع علي جهة الادارة مباشرةً سواء أكان بالسداد المباشر او بالدعوي المباشرة بشأن ما نفذه من اعمال، وإنما يحق له الرجوع علي المتعاقد

الاصلي بموجب احكام القانون الخاص، علي عكس المشرع الفرنسي الذي اجاز للمتعاقد من الباطن الخفي او غير النظامي الرجوع علي جهة الادارة عن طريق الدعوي المباشرة للمطالبة بمقابل ما آداه من اعمال وذلك في حالة اذا ما علمت جهة الادارة بوجوده ولم تخطره هو والمتعاقد الاصلي بتقديم اوراق قبوله واعتمادة.

٤- تُعد فكرة التعاقد من الباطن بصفة عامة فكرة عملية وتساعد على قيام الإدارة بنشاطاتها المتعددة وتنفيذ عقودها بدقة متناهية إذ لا تستطيع من جانبها في العقود الكبرى التعاقد مع العديد من المقاولين عن ذات المشروع الواحد إذ قد يؤدي ذلك إلى تأخر استلام العمل وتضارب فيه، أما التعاقد مع متعاقد واحد ومن جانبه يستعين بمتخصصين يؤدي إلى سرعة وجودة إنجاز العمل بالدقة والوقت المطلوب.

٥- التعاقد من الباطن يعتبر عقداً رضائياً ومعاوضة وملزماً للجانبين فهو يتميز عن التنازل وعقود التوريد على ما بينت بالدراسة.

٦- يحق للمتعاقد من الباطن الخفي الاستناد لدعوى الإثراء بلا سبب متى تحققت موجباتها كضمانة إضافية له ووسيلة من الوسائل التي يمكن أن تسهم في تحقيق الحماية القانونية له.

٧- التعاقد من الباطن هو تصرف قانوني بموجبه يساهم المتعاقد من الباطن في تنفيذ كل أو بعض العقد الإداري المبرم بين جهة الإدارة والمتعاقد معها وينشأ عن هذا التصرف رابطة عقدية هي رابطة الأعمال الإضافية، ومطالبته مباشرة بقيمة ما تم تنفيذه من أعمال ما دامت جهة الإدارة قد استفادت من قيامه بتنفيذ هذه الأعمال.

التوصيات:

١- تدعو الدراسة إلى الاهتمام بفكرة التعاقد من الباطن بصفة عامة والتعاقد من الباطن الخفي بصفة خاصة؛ لما تؤدي إليه من مزايا عديدة وتقنين ذلك بالتشريعات لكفالة الحماية الكافية للمتعاقد من الباطن خصوصاً اذا ما قام بأعمال تفيد جهة الادارة، وتدعو الفقهاء إلى وضع نظريات عامة حول التعاقد من الباطن؛ لأن المشرع لم يضع نظرية عامة حوله إنما أورد في كل من مصر وفرنسا لتطبيقات خاصة، ووضع حلولا عملية لكل حالة على حده، ولم يتعرض المشرع لتعريف مصطلح قانوني محددا لذلك تاركا المهمة للفقه والقضاء على ما تقدم.

٢-توصي الدراسة المشرع المصري إلى الأخذ بضمانة السداد المباشر للمتعاقد من الباطن الخفي بعد أن استفاد منها المتعاقد من الباطن بصفة عامة، وتوفيرها له بالنسبة لسائر العقود الإدارية لأن شأن السداد المباشر يجعل جهة الإدارة على دراية بمن سيتولى التنفيذ الفعلي للعقد الإداري ولما لذلك من فوائد جمة تم ذكرها بالدراسة.

٣-**كما توصي المشرع المصري الي بذل مزيد** من العناية والتأصيل لفكرة التعاقد من الباطن في ضوء الانتشار الواسع والوجود العملي للفكرة في مجال تنفيذ العقود التي تكون الدولة طرفا فيها، حيث اصبح التعاقد من الباطن في الوقت الحالي اسلوبا طبيعيا لتنفيذ العقود العامة وفقا للضرورات الاقتصادية والفنية، والا يكتفي بالنص علي جواز التعاقد من الباطن مثلما نص في القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨، بل ندعو إلى تأصيل النص وتعميقه بوضع سياج من الحماية للمتعاقد من الباطن المعترف به وكذلك غير المعترف به من قبل الادارة ووضع اليات لتنظيم هذه الحماية للمتعاقد من الباطن والمتعاقد الاصلي وجهة الادارة حتي لا يضار احد اطراف العلاقة التعاقدية .

٤-نهيب بمجلس الدولة المصري بممارسة دوره القضائي الانشائي في أن ينظم العلاقة بين المتعاقد الاصلي وبين جهة الادارة وبين المتعاقد من الباطن المعترف به وغير المعترف به الخفي، ويحقق إطاراً منظماً من الحماية للمتعاقد من الباطن في الحالين، وذلك علي هدى من سياج الحماية الذي كفلهما المشرع ومجلس الدولة الفرنسي، وذلك لأن التعاقد من الباطن ليس مجرد فكرة يكتفي بالنص علي حظرها ما لم توافق عليها الادارة، بل هي نظام مركب لعلاقات متشابكة وهو ما يقتضي تنظيمها بما يكفل حماية المتعاقد من الباطن بكافة صورة وتحقيق الصالح العام .

٥-تدعو الدراسة إلى اختصاص محاكم مجلس الدولة بدعاوى السداد المباشر أسوة بالقضاء الإداري في فرنسا لفوائد تلك العملية من ناحية توحيد حسابات العقد الأصلي.

٦-تؤكد الدراسة على إمكانية لجوء المتعاقد من الباطن الخفي في نطاق عقود الإدارة إلى الدعوى المباشرة خاصة أن مطالبته هذه وفقا لأحكام هذه الدعوى ستتعلق بما يكون للمتعاقد الأصلي من حقوق مالية في مواجهة الإدارة.

وأخيرا فإذا كنت قد حاولت من خلال هذه الدراسة بيان المركز القانوني للمتعاقد من الباطن الخفي في نطاق العقود الإدارية بدراسة تطبيقية مقارنة، فإن ذلك جاء تبعاً لقدرتي البشرية الناقصة، فإذا كنت قد أخطأت فمن نفسي، وان أصبت فمن الله وحده وبتوفيقه وادعوه سبحانه وتعالى ألا يحرمني أجر المجتهدين والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات.

تم بحمد الله

المراجع

أولاً . باللغة العربية:

أ- **الكتب والمؤلفات القانونية العامة:**

١. ***د.ابراهيم الدسوقي ابو الليل***، علاقه المقاول من الباطن برب العمل، مجلة المحامي، الكويت، السنه ٢٤، فبراير ومارس عام ٢٠٠٠.

٢. ***د.إبراهيم محمد علي***، أثار العقود الإدارية وفقاً للقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨، بشأن المناقصات والمزايدات ولائحته التنفيذية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٣.

٣. ***د.جابر جاد نصار***، الوجيز في العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٠.

٤. ***د.جورجي شفيق ساري***،المبادئ العامة للقانون الاداري،دار النهضة العربية،القاهرة ، الكتاب الثاني القواعد القانونية للنشاط الاداري للدولة– المظاهر – الوسائل – الرقابة ،ط٤ ،٢٠٠٤ ،ص١٠١٠.

٥. ***د.حسن البراوي***، التعاقد من الباطن ، دار النهضة العربية، سنة ٢٠٠٢.

٦. ***د.رأفت محمد أحمد حماد***، المسئولية المدنية لمقاول البناء من الباطن في القانون المدني "دارسة مقارنة"، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.

٧. ***د.رمضان محمد بطيخ***، الاتجاهات المطورة في قضاء مجلس الدوله الفرنسي للحد من السلطة التقديرية وموقف مجلس الدولة المصري منها، دار النهضة العربية، سنة ١٩٩٦.

٨. ***د.سعيد عبد الكريم مبارك***، مسؤولية المقاول الثانوي وفقاً لاحكام القانون المدني والشروط العامة للمقاولات اعمال الهندسة المدنية، منشورات دار الحكمة للطباعة والنشر، بغداد ١٩٩٠.

٩. ***د.سليمان الطماوي***، الاسس العامة للعقود الادارية– دراسة مقارنة،مطبعة جامعة عين شمس، سنة ١٩٩١.

١٠. ***د.سليمان مرقص***، مجموعة الوافي في شرح القانون المدني، المجلد الثالث الاثراء على حساب الغير، الطبعة الثالثة. دار النهضة العربية ،سنه ١٩٩٠.

١١.***د.عادل عبد الرحمن خليل***، العقود الإدارية للإدارة وفقاً لقانون ٨٩ لسنة ١٩٨٩، مطبعة الإيمان، ٢٠١٠.

١٢. ***د.عادل عبد الرحمن خليل***، آثار العقود الادارية ومشكلات تنفيذها،،دار الثقافة الجامعية ،سنة ١٩٩٩.

١٣.***د.عاطف سعدي محمد***، عقد التوريد بين النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥.

١٤. ***د.عبد الاله الخاني*** ،القانون الاداري علما وعملا ومقارنا– العقود الادارية،مجلد ٤،جامعة دمشق ،١٩٨٦.

١٥. ***د.عبد الرازق السنهوري***، الوسيط ج ٧ صفحة ٣١ مجلد (١) سنة ١٩٨٩.

١٦.***د.عبد الرزاق السنهوري***، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، نظرية العقد، دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ، بيروت.

١٧.***د.عبد العليم عبد المجيد مشرف***، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١٨. ***د.عزيزة الشريف***، دراسات في نظرية العقد الاداري، القاهرة : دار النهضة العربية،الطبعة ١، ١٩٨٢.

١٩. ***د.فلاح حسن صالح اللهيبي***، التعاقد من الباطن في العقود الادارية "دراسة مقارنة"،دار الجامعة الجديدة،٢٠١٩.

٢٠.***د.قدري عبد الفتاح الشهاوي***، أحكام عقد المقاولة، (مناطها، ضوابطها، أطرها في التشريع المصري، العربي، الأجنبي) دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

٢١.***د.محمد اسامة إبراهيم*** النظرية العامة لعقود الباطن، دون ناشر،القاهرة، ٢٠٠٧.

٢٢. ***د.محمد سعيد حسين امين***، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الادارية ،بدون دار نشر ، القاهرة ،٢٠٠٨.

٢٣. ***د.محمد شكري سرور***، مسئولية مهندسي مقاولي البناء والمنشأت الثابتة الاخرى دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، سنة ١٩٨٥.

٢٤. ***د.مصطفى عبد السيد الجارحي***، عقد المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، الطبعة الاولى، دار النهضه العربية ١٩٨٨.

٢٥. ***د.منصور نصري نابلسي***، العقود الادارية ،دراسة مقارنة، مكتبة زين الحقوقية، بيروت لبنان،د١ ،٢٠١٠.

٢٦. ***د.نبيل ابراهيم سعد***، العقود المسماة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ط٢، ٢٠٠٤،ص٨٨.

٢٧.***د.هيثم حليم غازي***، سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١٤.

ب- **الرسائل الجامعية:**

١. ***د.احمد محمد المهدي مرسي***، مدي امتداد حق التوازن المالي للعقد الاداري الي المتعاقد من الباطن "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة الزقازيق، ٢٠١٨.

٢. ***د.احمد حسان الغندور***، التحكيم في العقود الدولية للانشاءات، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، سنه ١٩٩٨.

٣. ***د.احمد فتح الله ابو سكينه***، النظرية العامة للاثراء بلا سبب في القانون الاداري "دراسة مقارنة" رسالة دكتوراة ،كلية الحقوق جامعة عين شمس ، سنة ١٩٩٥.

٤. ***د.أشرف عبد العظيم عبد القادر*** ،الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه حقوق جامعة عين شمس،٢٠٠٧.

٥. ***د.سمير اسماعيل***، الاعتبار الشخصي في التعاقد، رسالة دكتوراه، جامعة الاسكندرية، ستة ١٩٧٥.

٦. ***د.عبد الرحمن إسماعيل غانم***، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة الإسكندرية، مصر، ٢٠١٢.

٧. ***د.عبد المجيد فياض***، نظرية الجزاءات في العقد الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٧٤.

٨. ***د.عبسي الحسن***، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الاشغال العامة ، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنه ١٩٩٧

٩. ***د.فيصل خالد المكراد***، التعاقد من الباطن في العقود الادارية دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة ، ٢٠١٣.

١٠. ***د.محمد سعيد أمين***، الاسس العامة للالتزامات وحقوقالمتعاقد مع الادارة في تنفيذ العقد الاداري"دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه،جامعة عين شمس سنة ١٩٨٣،ص١٧٢.

١١. ***د.نجم حمد الأحمد***، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية– دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس ،٢٠٠١.

١٢.***د.وليد عبد الرحمن إسماعيل مزهر***، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الإشغال العامة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الدول العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.

١٣. ***د.وليد فاروق جمعة***،حماية المقاول من الباطن في اطار عقود الاشغال العامة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس،٢٠٠٠.

١٤. ***د.ناصر سيد احمد محمد هلال***، الطبيعة القانونية للعلاقة بين الجهة الادارية والمقاول من الباطن في نطاق العقود الادارية، رسالة دكتوراه حقوق عين شمس، ٢٠١٧.

ت– <u>المقالات والأبحاث المنشورة في المجلات والدوريات:</u>

١. ***د.محمد علي جواد***، التعاقد من الباطن ومبدأ الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد، ع٢، السنة ١١، ١٩٥٩.

٢. ***موريس أندريه فلام*** ،عقود الأشغال الإدارية، مترجم، مجلة العلوم الإدارية، مصر.

ث– <u>مجموعة الاحكام والفتاوى القضائية:</u>

٣. مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لسنة ٢٠١٩.

٤. مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لسنة ٢٠١٨.

٥. مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لسنة ٢٠١٧.

٦. مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لسنة ٢٠١٦.

٧. مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لسنة ٢٠١٥.

٨. مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لسنة ٢٠١٤.

٩. مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية العليا لسنة ٢٠١٣.

ج-القوانين:

١. القانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨ بشأن اصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة .

٢. قرار وزير المالية رقم ٦٩٢ لسنة ٢٠١٩ باصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التى تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم ١٨٢ لسنة ٢٠١٨.

٣. قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية الملغي.

٤. قانون تنظيم التعاقد من الباطن في فرنسا رقم ٧٥-١٣٣٤ الصادر قي ٣١ ديسمبر ١٩٧٥ طبقا لآخر تعديل ١ أبريل ٢٠١٩.

٥. قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم ٩٧٥-٢٠٠٦.

٦. الأمر رقم ٣٦٠ لسنة ٢٠١٦ مؤرخ في ٢٥ مارس ٢٠١٦ يتعلق بالعقود العامة.

٧. الأمر رقم ٨٩٩ لسنة ٢٠١٥ المؤرخ ٢٣ يوليو ٢٠١٥ المتعلق بالمشتريات العامة.

ح-المواقع الالكترونية:

1- http://www.marche-public.fr/

2- http://www.theses.fr/

3- https://www.cc.gov.eg/

4- https://www.doctrine.fr/

5- https://www.legifrance.gouv.fr/

6- http://www.ecs.eg/

ثانياً . المراجع باللغة الفرنسية:

A- Ouvrages généraux et Ouvrages Spéciaux:

1. ***De Laubadère*** (A), Modern (F), Delvolvé, (P) Traité des contrats administratifs, L.G.D.J., Paris, T.2, 1984.

2. De Laubadere. (A): Des contrats administratifs, T.2, Paris, 1956. –

3. ***Malaurie (Ph)*** et.aynes (L) droit civil, les obligations, tome 5, 7eme édition 1997.

4. ***Néret (J),*** Le sous-contrat, L.G.D.J, 1979..

5. ***Chapus(R),*** Droit administratif général, T. 2, 15e éd, ntchrestien , 2001.

6. **Richer (L)**, Droit contrat administratife , parise , 2006 .

7. ***Malaurie (Ph)*** et.aynes (L) droit civil, les obligations, tome 5, 7eme édition 1997, N° 690.

8. ***Nicolas Gravejat Éric-Louis Lévy*** ,Le guide pratique de la sous-traitance. Savoir se faire payer - 1ère éd, Dalloz, 2005.

9. ***Marianne Hauton***, Responsabilité du maître d'ouvrage et régularité de l'intervention des sous-traitants, Contrats Publics – n°192 - Novembre 2018.

10. ***taffo (Rene***) les rapports le sous-traitance et l entrepreneur principal et le maître de louvrage Lordre lnterne francais et dans les relations internationals "these universite de paris x- nanter.mai 1981**.**

11. ***René Chapus***, Droit administratif général, T. 2, 15e éd., op.cit, p. 622 .Gaston Jèze, Les principes généraux du droit administratif, 3e éd, 1er partie**.**

12. ***G. Fecheux***, Le contrat de sous-traitance dans les marchés de travaux publics ،JCP 1974,.1.2596**.**

13. ***flame***,(A) et paff (j).les contrats d' entréprise,Bruxelles.1966.p11.

14. ***Laubadere (a),***moderne et Delvolvé . traite des contrats administratifs.tome.2.paris. 1984**.**

15. ***Dafau***, Marches de traveux publics, JCP, 1987, Fase, 521**.**

16. jéze,(G).les contrats administratifs de l'Etat, des departements des communes et des etablissements publics) edition M Giard, paris ,1927-1934**.**

17. ***Dafa***u,Marches de traveux publics,JCP,1987,Fase,521**.**

18. ***Flacheu (georges***) le contrat de sous-traitance dans les marches des travaux publics.JCP 1974.1. Doctrine.2596**.**

19. **F.MOderne**:" la sous-traitonce dans les Marchés de travaux publics, le sort précaire de sous-traitart occulte",Mon . trav. Pub.22 fév 1983.

20. ***Roulet et M. Peisse***" sous-traitonce**:** le conséquences du début d'acceptation et d'agrément" Gaz.pal. 1980.

21. ***D E Laubadère***, A.ClDVE Venezia –j.et Gaudemet y,Traitè de droit ADM L.G.D.G èd INSTRUCTION ,N° 12-012-M0 du 30 mai 2012 ,NOR : BUD Z 12 00030 J, MARCHÉS PUBLICS - SOUS-TRAITANCE.

22. ***Mousseron (J.M):***Technique conteactuelle,des juridiques francis Lefebvre,1988,no,1234. Dennis f.Turner:standard Controcts for building 1984**.**

23. **Benebent (A.)** Drot civil, les abligations, Montchrestien ,2001,no 64,p501.,Carbonnier(J.) Drot civil, les abligations t.4,p.u.f.2004**.**

24. **Mohamed NABIH**, Droit des marchés publics Aspects juridiques, financiers et contentieux, - - Konrad-Adenauer-Stiftung e.V,2014**.**

25. Teyssie (B.):les hroupes de contrats,L.G.D.J.1975 NO .123**.**

26. **F.MOderne**:" la sous-traitonce dans les Marchés de travaux publics, le sort précaire de sous-traitart occulte",Mon . trav. Pub.22 fév 1983: no 23.

27. ***dans COMMANDE*** PUBLIQUE,Commande publique - Responsabilité des sous-traitants : une brèche sous deux conditions, Publié le 17 décembre 2015, https://www.banquedesterritoires.fr/responsabilite-des-sous-traitants-une-breche-sous-deux-conditions.

28. **Charles Abeel et Valéry Gollain**, LE Paiement Direct Du Sous-traitant EN Cas De Faute Delictuelle Du Maitre D'ouvrage. Lundi 16 Decembre 2019,Article Expert. www.village-justice.com/articles/paiement-direct-sous-traitant-cas-faute-delictuelle-maitre-ouvrage,33194.html**.**

29. ***DéCLARER*** UN SOUS-TRAITANT JURIDIQUE juillet 2015.p.1.www.juridiuque@capeb-rhone.fr.

30. Commentaire sous-tribunal de commerce de bodeux,Rec.D.sirey,116 Avril 1987.

31. ***Laure Catel*****, La théorie de l'enrichissement sans cause au secours des cocontractants de l'administration, 14 mars 2018.**

32. ***Furet*** "I enrichissement sans couse d après la jurisprudence! administratil D.1967 saron**.**

33. ***B.sablier et J.E. ,caro***. Lestravaux supplementaires executes Par le sous-traitant sans ordre de service. A. J. D. A.. 1988.

34. ***Moderre (FRANK)*** La sous-traitance dans les marches publics des travaux: Le son pecaire du sous-traitance occull. Ouot. Jur. 22 fevrier 1983. No. 33**.**

35. ***Brechon (C).***Sous-traitance irrégulière ET enrichissement sans cause du maitre de l'ouvrage publie.M.P.1983.No.192**.**

36. Al'attention des entrepreneurs Désirant sous-traiter L'exécution de certaines parties de leur marché Passé avec paris habitat oph dossier de sous-traitance 31 mai 2010, marches publics.parishabitatoph.fr/dossier-sous-traitance.pdf.

37. ***Mohamed NABIH***, Droit des marchés publics Aspects juridiques, financiers et contentieux, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. 2014.

B- Théses:

38. ***D.L Iinatte***. Recherches sur la notion d'intérêt General en droit adm. Francaise thèse. Bordeaux 1975.

39. ***Tamba, (R-M)*** la protection du sous traitant dans ke code des marches publics .Thes lyon 1987.

40. ***Hélène BERNARDIN***, LA RESPONSABILITE DES CONSTRUCTEURS DE VOIRIE ET RESEAUX DIVERS Etat des lieux et perspectives, THéSE doctorat de la Facult e de Droit et Sciences Economiques et Gestion - Nancy Université,2016.

41. ***Romain VELLAS***, LE DROIT DE LA SOUS--- TRAITANCE ET LA NOUVELLE ORGANISATION

INDUSTRIELLE AERONAUTIQUE, DOCTORAT DE L'UNIVERSIT TOULOUSE 1 CAPITOLE, Le 6 novembre 2014.

42. ***Ibrahim Rfaat Mohamed EL-B.H.RRY***, TH€ORIE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS ET MARCH€S PUBLICS INTERNATIONAUX, THESE Pour le Doctorat en Droit, UNIVERSIT€ DE NICE SOPHIA-ANTIPOLIS Institut du Droit, de la Paix et du Dپveloppement (I.D.P.D.).2004.

43. ***Ch. Larroumet***"les operations Juridiques à trois pers ones en droit privé, thése, Bordeaux,1968,no 90,p.183."Qu aucun lien de droit n unit le créancier le débiteur dans un contrat au debiteur ou créancier dans un sous-contrat."

C- L'articles:

44. ***Antoine, A***., l'intuitus personae, Rfda, 2011.

45. Sous-traitance PUBLIÉ LE 09/05/2011 - MIS À JOUR LE 04/05/2017 - Imprimer cette page. https://www.sidesa.fr/images/sidesa-Bul-ABO-CT.pdf.

46. ***Emmanuelle Crochemore***, Sous-traitants d'un marché public et paiement direct: attention à préserver vos droits lundi, 04 septembre 2017 13:01, www.antarius-avocats.com/publications/sous-traitants-d-un-marche-public-et-paiement-direct-attention-a-preserver-vos-droits.

47. ***Alexandre DOMANICO***, Demande de paiement et sous-traitant irrégulier – Cour administrative d'appel de Lyon, 2 septembre 2019, Société Peinta Concept, n°17LY02724.

48. ***Marianne Hauton***, Sous-traitance et responsabilité du maître d'ouvrage public: actualité jurisprudentielle, Contrats Publics – n° 192 - Novembre 2018.

49. ***Nicolas Rias***, Des dangers de la sous-traitance pour le sous-traitant, Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3, directeur-adjoint de l'IEJ, Bacaly n° 10 octobre 2016 septembre 2017.

50. ESPACE MARCHES PUBLICS Rubrique Conseil aux acheteurs et aux autorités concédantes / Fiches techniques, Mise à jour le 01/04/2019.

51. ***Bernard SABLIER*** , Joseph-Emmanuel CARO , Séverin ABBATUCCI, La sous-traitance dans la construction, LE MONITEUR, 7ème edition,2012.

فهرس الموضوعات

اسم الموضوع	رقم الصفحة
مبحث تمهيدي: ماهية التعاقد من الباطن ومدي مشروعيته في العقود الإدارية:	١
المطلب الاول: مفهوم التعاقد من الباطن وخصائصه.	٢
الفرع الاول: مفهوم التعاقد من الباطن:	٢
اولا : التعريف التشريعي للمتعاقد من الباطن:	٢
ثانيا: التعريف الفقهي للمتعاقد من الباطن:	٥
ثالثا: التعريف القضائي للمتعاقد من الباطن:	٩
الفرع الثاني: سمات التعاقد من الباطن وصوره:	١١
أولا- سمات التعاقد من الباطن	١٢
١-رضائية التعاقد من الباطن:	١٢
٢- التبعية والاستقلال:	١٢
٣- التبادلية:	١٣
٤- المعاوضة:	١٣
ثانياً- صور التعاقد من الباطن:	١٣

١- التعاقد المفروض والتعاقد الاختياري:	١٣
٢- التعاقد على درجة واحدة، والتعاقد على درجات:	١٤
٣- التعاقد ذو الطبيعة الشفافة والتعاقد المبهم:	١٤
٤- التعاقد ذو الطبيعة التكاملية، والتعاقد ذو الطبيعة الظرفية:	١٤
الفرع الثالث: التمييز بين التعاقد من الباطن وغيره من التصرفات القانونية التي قد تشتبه به	١٥
أولًا: تمييز التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد:	١٥
ثانياً: تمييز التعاقد من الباطن عن اتفاقات تسهيل تنفيذ عقد التوريد الأصلي:	١٥
المطلب الثاني: مدي مشروعية التعاقد من الباطن في العقود الادارية.	١٨
الفرع الاول: مبدأ الاعتبار الشخصي وأثرهُ علي التعاقد من الباطن:	١٩
أولا: مفهوم الاعتبار الشخصي:	١٩
ثانياً: المدلول الفني لمبدأ الاعتبار الشخصي:	٢١
ثالثاً: نطاق مبدأ الاعتبار الشخصي:	٢٥
الفرع الثاني: موافقة الجهة الادارية المتعاقدة:	٢٧
أولاً: موقف الفقه من موافقة الجهة الإدارية:	٢٧
ثانياً: موقف المشرع من موافقة الجهة الإدارية:	٢٩

ثالثاً: موقف القضاء من موافقة الجهة الإدارية:	٣٤
المبحث الأول: الحماية القانونية للمتعاقد من الباطن الخفي في العقود الادارية:	٣٧
المطلب الاول: مدي مسئولية جهة الادارة في مواجهة المتعاقد من الباطن الخفي .	٣٩
الفرع الاول: الوضع في فرنسا.	٤٠
الفرع الثاني: الوضع في مصر.	٤٤
المطلب الثاني: اساس مسئولية جهة الادارية .	٥١
أولاً: اساس مسئولية جهة الادارة في التشريع الفرنسي:	٥١
ثانياً: اساس مسئولية جهة الادارة في التشريع المصري:	٥٦
المطلب الثالث: آليات الحماية القانونية للمتعاقد من الباطن الخفي	٥٨
الفرع الاول: مدي استفادة المتعاقد الخفي من الدعوي المباشرة.	٥٨
اولاً:الوضع في فرنسا:	٥٩
ثانياً: الوضع في مصر:	٦٢
الفرع الثاني: مدي استفادة المتعاقد الخفي من الدفع المباشر.	٧١
المبحث الثاني:الضمانات الاضافية للمتعاقد من الباطن الخفي.	٧٦

المطلب الاول: لجوء المتعاقد من الباطن الخفي الي دعوي الاثراء بلا سبب.	**٧٨**
الفرع الاول: شروط تطبيق نظرية الاثراء بلا سبب.	**٨٠**
١-إثراء رب العمل	**٨٠**
٣-الافتقار:	**٨٦**
٤-رابطة السببية	**٨٧**
الفرع الثاني: دور الإثراء بلا سبب في حماية المتعاقد من الباطن الخفي.	**٩١**
المطلب الثاني: لجوء المتعاقد من الباطن الخفي الي دعوي التعويض وفقاً لامتياز بلوفيز.	**١٠١**
أولاً: فكرة الامتياز:	**١٠٣**
ثانيا: شروط استعمال الامتياز:	**١٠٤**
ثالثا: آثار امتياز Pluviôse :	**١٠٥**
المبحث الثالث: الاثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن الخفي:	**١٠٩**
المطلب الاول :علاقة جهة الادارة بالمتعاقد الاصلي.	**١١٠**
المطلب الثاني :علاقة جهة الادارة بالمتعاقد من الباطن الخفي .	**١١٣**

المطلب الثالث :علاقة المتعاقد الاصلي بالمتعاقد من الباطن الخفي.	**١٢٠**
الخاتمة:	**١٢٦**
المراجع:	**١٣١**
الفهرس:	**١٤١**