الجامعـــــــة الإســـلاميـة – غـزة

شئون البحث العلمي والدراسات العليا

كليـــــة الشريـعة والقانـــــون

مـاجستير قـانـــــون عـــــام

The Islamic University–Gaza

Research and Postgraduate Affairs

Faculty of Sharia and law

Master of Public law

التعَاقُدُ مِنَ البَاطِن فِي نِطَاقِ عُقُود الأَشْغَال العَامّة فِي فلسطِين

"دِرَاسة مُقَارَنة مَعَ الشّرِيعَةِ الإِسْلَامِيّة"

Subcontracting in Public Works' Contracts in Palestine

"A Comparative Study with the Islamic Sharia"

إِعدَادُ البَاحِثِ

أَحْمَد مَحْمُود أَحْمَد أَبُو مُوسَى

إِشرَافُ الدُكتُور

د. أَنْوَر حَمْدَان الشّاعِر

قُدمَ هَذا البحثُ اِستِكمَالاً لِمُتَطلباتِ الحُصولِ عَلى دَرَجَةِ الْمَاجِستِيرِ
فِي القانون العام بِكُلِيةِ الشّرِيعةِ والقَانون فِي الْجَامِعَةِ الإِسلامِيةِ بِغَزة

أغسطس/ 2017م – ذي الحجة/ 1438هـ

إِقْـــــرَار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة في فلسطين

"دِرَاسة مُقَارَنة مَعَ الشّرِيعَةِ الإِسْلَامِيّة"

Subcontracting in Public Works' Contracts in Palestine

"A Comparative Study with the Islamic Sharia"

أقرّ بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنّما هو نتاج جهدي الخاص، بإستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل أو أي جزء منها لم يقدم من قبل الآخرين لنيل درجة أو لقب علمي أو بحثي لدى أي مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

I understand the nature of plagiarism, and I am aware of the University's policy on this.

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted by others elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:	أحمد محمود أحمد أبو موسى	اسم الطالب
Signature:	أحمد محمود أحمد أبو موسى "أبو أنس"	التوقيع
Date:	2017/8/23	التاريخ

بسم الله الرحمن الرحيم

الجامعة الإسلامية غزة
The Islamic University of Gaza

مكتب عميد البحث العلمي والدراسات العليا هاتف داخلي: ١١٥٠

الرقم: ج س غ/٣٥/ Ref:

التاريخ: ٢٠١٧/٠٢/٠١م Date:

نتيجة الحكم على أطروحة ماجستير

بناءً على موافقة عمادة البحث العلمي والدراسات العليا بالجامعة الإسلامية بغزة على تشكيل لجنة الحكم على أطروحة الباحث/ **احمد محمود احمد ابو موسى** لنيل درجة الماجستير في **كلية *الشريعة والقانون*/ قسم القانون العام** وموضوعها:

التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة في فلسطين "دراسة مقارنة مع الشريعة الإسلامية"

وبعد المناقشة العلنية التي تمت اليوم الأربعاء ٠١ ذي الحجة ١٤٣٨ هـ، الموافق ٢٠١٧/٠٨/٢٣م الساعة العاشرة صباحاً بمبنى القدس، اجتمعت لجنة الحكم على الأطروحة والمكونة من:

د. أنور حمدان الشاعر	مشرفاً ورئيساً	.....
د. هاني عبد الرحمن غانم	مناقشاً داخلياً	.....
د. وليد عبد الرحمن مزهر	مناقشاً خارجياً	.....

وبعد المداولة أوصت اللجنة بمنح الباحث درجة الماجستير في **كلية *الشريعة والقانون*/قسم القانون العام.**

واللجنة إذ تمنحه هذه الدرجة فإنها توصيه بتقوى الله ولزوم طاعته وأن يسخر علمه في خدمة دينه ووطنه.

والله ولي التوفيق ،،،

عميد البحث العلمي والدراسات العليا

أ.د. مازن اسماعيل هنية

ملخص الرسالة باللغة العربية

تهدفُ الدراسة إلى التعرف على مفهوم العقود الإدارية ومعيار تمييزها، وتعريف عقد الأشغال العامة وبيان خصائصه، والتمييز بينه وبين غيره من العقود الإدارية الأخرى، والتعرف على ماهية التعاقد من الباطن وخصائصه، والتمييز بينه وبين غيره من النظم القانونية الأخرى، وبيان التنظيم القانوني وموقف الفقه الإسلامي من التعاقد من الباطن، والحديث عن الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة، وغير المقترن بموافقتها.

وقد اتّبع الباحث في دراسته المنهج الوصفي التحليلي المقارن، وقسّم الدراسة إلى ثلاثة فصول، في الفصل الأول تناول الحديث عن ماهية عقد الأشغال العامة كأحد صور العقود الإدارية، وفي الفصل الثاني تناول الحديث عن النظام القانوني للتعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة، وفي الفصل الثالث تناول الحديث عن الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة.

وانتهت الدراسة بجُملةٍ من النتائج والتوصيات التي تضمنتّها خاتمة البحث، فمن أبرز النتائج أنّ التعاقد من الباطن يُعدّ من أهم الاستثناءات المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وأنّ التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة أمر غير جائز، ويترتب عليه آثار قد تمتد فيها سلطة الإدارة إلى فسخ العقد والرجوع على المتعاقد الأصلي بالتعويض، ومن أبرز التوصيات أننا نقترح على المشرع الفلسطيني أن يتبنى تنظيماً دقيقاً للتعاقد من الباطن أسوةً بالمشرع الفرنسي لحماية الإدارة والمتعاقد من الباطن.

Abstract

The purpose of the study is to identify the concept of administrative contracts and define their distinguishing criteria , as well as to define the contract of public works . The purpose of this study is also to clarify its characteristics of the administrative contracts To distinguish between public works contract and other administrative contracts, and to identify the nature of subcontracting and its characteristics as well as to distinguish between it and other legal systems. To show the legal regulation and the attitude of Islam from subcontracting, and to talk about the legal consequences of subcontracting associated with the approval of management, and not associated with its consent.

The researcher followed the comparative analytical descriptive approach in his study. The study is divided into three sections. In the first chapter, we discussed the concept of public affairs contract as one form of administrative contracts. In the second chapter we discussed the legal system of subcontracting in the scope of public affairs contracts. In the third chapter dealt with the implications of subcontracting in the scope of public works contracts.

The study concluded with a number of results and recommendations included the end of the research. The most prominent results are that subcontracting is one of the most important excepitions of the idea of personal consideration in the implementation of administrative contracts. Subcontracting without the approval of the administration is not permissible. The authority of the administration may cancel the contract and return to the original contractor compensation, and the most prominent recommendations that we propose to the Palestinian legislator to adopt a strict regulation of subcontracting, similar to the French legislator so as to protect the administration and the subcontractor.

الآيَةُ القُرْآنِية

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ ﴾.

صدق الله العظيم

[المائدة: 1]

اْلإِهدَاْءُ

إلهي لا يطيبُ الليل إلا بشُكرك، ولا يطيبُ النهار إلا بطاعتِك.. ولا تطيبُ الأوقات إلا بذكرك.. ولا تطيبُ الآخرة إلا بعفوك.. ولا تطيبُ الجنّة إلا برؤيتِك.. فَلَكَ إلهي الفضلُ من قبلُ ومن بعد.

إلى مَنْ كَلّلَهُ الله بالهيبةِ والوقار.. إلى مَنْ علّمني العطاء بدون انتظار.. إلى مَنْ أَحْمِل اسمه بكلِ افتخَار.. وَالديْ العزيز.

إلى رُوحي وحَياتي التي لا تَطِيبُ إلا بوجودها.. إلى مَنْ كان دُعاؤُها سرّ نجاحي وحنانها بَلْسَم جِرَاحِي.. أمي الغَالية الحنونة.

إلى مَنْ شَاطَرَتْنِي التّعب وتحمّلَتْ معي العَناء والمَشقّة .. إلى صديقتي وحبيبتي وقلبي النابض.. زوجتي الحبيبة.

إلى مَنْ فَرِحَتْ عَيْنِيّ بِرُؤْيَتِهَما.. وَغَنّى لِسَانِي بِجَمَالِهما.. وفَرِحَ قَلْبِي بِرِفْقتِهما.. إلى قُرّةِ عَيْنَيّ وحبيبتيّ.. أَسِيل وَحَلا.

إلى مَنْ بوجودِهم أكتسب قوةً ومحبةً لا حدود لها.. إلى مَنْ عَرفتُ معهم معنى الحياة.. إلى من حُبُّهُم يَجْرِي في عُرُوقِي ويَلْهَج بذكراهم قَلْبِي.. إخوتي وخواتي وأزواجهم.

(أبو محمود، أبو ياسين، أبو محمد، أبو عبد الرحمن، أبو الجود، أم خالد، أم محمد، أم جهاد، أم مصعب "وأزواجهم"، هديل).

إلى صاحب القلب الحنون، والإبتسامة المشرقة .. إلى عمي أبو حسن وزوجته.

إلى أعمامي وعماتي وأخوالي وخالاتي وأقاربي وأصدقائي وأحبابي، وأخص بالذكر صديقي أبو معاذ الطنة.

إلى روح جَدّي أبو السعيد وأبو محمد، وعمتي أم حسام، وابن عمي أبو ماهر، والحاجة أم تحسين الطنة.

إلى كلّ من قدّم لي النصيحة والخير والمال والعلم وكانوا نِعْمَ الأهل والأحباب.

إلى مَنْ عَلموني حُروفاً مِنْ ذَهَب، إلى مَنْ صَاغُوا لنا مِنْ عِلْمهُم حُرُوفَاً، ومِنْ فِكْرِهِم مَنَارةً تُنير لنا مسيرة العِلم والنّجاح.. إلى أساتذتي الأكارم.

إلى هذا الصّرْح العِلْمِي الفَتيّ والجبار.. إلى جامعتي الغَرّاء.. الجامعة الإسلامية.

إلى كل مَنْ له حقّ علينا، وأنسانا ذكره طول البعد ومرارة الزمن ...

إلى هؤلاء جميعاً أهدي هذا البحث المتواضع.

شُكرٌ وتقديرٌ

﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴾. [النمل:19]

دوماً ودائماً الفضل كلّه لله تعالى، فإنّني أشكر الله –سبحانه وتعالى– وأحمده أولاً وأخيراً أنْ وفّقَنِي وأَعَانَنِي على القيام بواجبي في إنجاز هذا البحث، مصداقاً لقوله تعالى: ﴿ لَئِن شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ ﴾ [إبراهيم:7]

وانطلاقاً من قول النبي ﷺ (لا يشكر الله من لا يشكر الناس)، فإنّني أتقدم بخالص الشكر والتقدير لدكتورنا الحبيب الفاضل/ د.أنور حمدان الشاعر "رئيس قسم الشريعة والقانون".

اعترافاً بالفضل لأهله، الذي تفضل مشكوراً بقَبول الإشراف على هذه الرسالة، وشرّفني بتوجيهاته الرشيدة، وأبدى ملاحظاته الطيبة، وذلك من خلال إشرافه على هذه الرسالة المتواضعة، فأسهم في إخراج الرسالة هذه الصورة الكريمة، فله منّي كلّ الشكر وعظيم الإمتنان، وأسأل الله تعالى أن يطيل في عمره وأن يجعله ذخراً للإسلام والمسلمين.

كما وأتقدّم بالشكر والعرفان لأستاذيّ الكريمَيْن الفاضِلَيْن عضوي لجنة المناقشة:

الدكتور/ هاني عبد الرحمن غانم الذي تربينا على يديه في القانون الإداري، والذي ما بخل علينا بنصائحه القيّمة الطيبة. أستاذ القانون العام في جامعات غزة، المناقش الداخلي.

الدكتور/ وليد عبد الرحمن مزهر المستشار القانوني لوزارة التربية والتعليم العالي، أستاذ القانون العام في جامعات غزة، المناقش الخارجي.

على ما بذلاه من جهد في قراءة رسالتي وتصويبها، فجزاهما الله عني خير الجزاء.

كما أتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى معالي النائب في المجلس التشريعي المهندس جمال ناجي الخضري الذي كان نِعْمَ الأبّ والمعلّم والمربّي والداعم لطلب العلم وطلابه، فله كلّ الاحترام والودّ والتقدير.

وكذلك لا أنسى أن أُقدّم شُكري إلى أعضاء الهيئة التدريسية جميعاً، فجزاهم الله عنّي خير الجزاء.

وأخيراً أشكر كل من ساهم ودعم، أو نصح وأرشد، في سبيل إخراج هذا العمل إلى النور، لهم منّي كل شكر وتقدير واحترام.

الباحث

أحمد محمود أبو موسى

فَهْرَسُ الْمُحْتَوَيَات

إقْـــرَار ..... ب

نتيجة الحكم على الأطروحة ..... ت

ملخص الرسالة باللغة العربية ..... ث

Abstract ..... ج

الآيَةُ القُرْآنِية ..... ح

الإِهدَاْءُ ..... خ

شُكرٌ وتقديرٌ ..... د

فَهْرَسُ الْمُحْتَوَيَات ..... ذ

مُقَدّمَة الدراسة..... 1

الفصل الأول: ماهية عقد الأشغال العامة كأحد صور العقود الإدارية 7

المبحث الأول: العقود الإدارية ومعيار تمييزها 8

المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية. 8

الفرع الأول: تعريف العقد لغةً واصطلاحاً. 8

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري. 11

المطلب الثاني: معيار تمييز العقود الإدارية. 17

الفرع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون. 18

الفرع الثاني: المعيار القضائي لتمييز العقد الإداري. 23

المبحث الثاني: مفهوم عقد الأشغال العامة وخصائصه 30

المطلب الأول: مفهوم عقد الأشغال العامة. 30

الفرع الأول: تعريف عقد الأشغال العامة (عقد المقاولة). 30

الفرع الثاني: العقود المتصلة بعقد الأشغال العامة. 37

المطلب الثاني: خصائص عقد الأشغال العامة. 39

الفرع الأول: عناصر عقد الأشغال العامة. 39

الفرع الثاني: التمييز بين عقد الأشغال العامة وغيره من العقود الإدارية. 43

الفصل الثاني: النّظام القانوني للتعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة 50

المبحث الأول: ماهية التعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة 51

المطلب الأول: مفهوم التعاقد من الباطن. 51

المطلب الثاني: خصائص التعاقد من الباطن. 54

المطلب الثالث: الشروط المتطلبة قانوناً لصحة العقد من الباطن. 56

المطلب الرابع: التمييز بين التعاقد من الباطن وغيره من النظم القانونية الأخرى. 62
الفرع الأول: التمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد. 62
الفرع الثاني: التمييز بين التعاقد من الباطن والعقود المشتركة (تعدد العقود). 68
الفرع الثالث: التمييز بين التعاقد من الباطن ومستخدمي المتعاقد الأصلي (العقود المكملة). 69
المبحث الثاني: الاعتبار الشخصي في نطاق عقود الأشغال العامة 72
المطلب الأول: مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي وأهميته. 72
الفرع الأول: مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي. 72
الفرع الثاني: أهمية الاعتبار الشخصي. 74
المطلب الثاني: نطاق فكرة الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة. 76
الفرع الأول: نطاق فكرة الاعتبار الشخصي. 76
الفرع الثاني: الصفات الجوهرية التي قد تكون محلاً للاعتبار الشخصي في العقد الإداري. 78
الفرع الثالث: زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد. 82
المبحث الثالث: التنظيم التشريعي للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة 85
المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة. 85
الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من عقود الأشغال العامة. 85
الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التعاقد من الباطن. 92
المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة. 96
الفرع الأول: المصادر القانونية لعقد الأشغال العامة. 96
الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي والمصري والفلسطيني من التعاقد من الباطن. 105
الفصل الثالث: الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة..... 113
المبحث الأول: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة 114
المطلب الأول: آثار التعاقد من الباطن على طرفي العقد الأصلي. 114
المطلب الثاني: آثار التعاقد من الباطن على علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن. 119
المطلب الثالث: آثار التعاقد من الباطن على طرفيه. 126
المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة..... 132
المطلب الأول: آثار التعاقد من الباطن على طرفي العقد الأصلي. 132
المطلب الثاني: آثار التعاقد من الباطن على علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن. 135
المطلب الثالث: آثار التعاقد من الباطن على طرفيه. 137
النتائج والتوصيات 138
أولاً: النتائج. 138
ثانياً: التوصيات. 140
المصادر والمراجع 142

مُقَدّمَة الدراسة.

يُعَدُّ التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية، فالتعاقد من الباطن غالباً ما يلائم الواقع العملي، بل ويشكل في حدّ ذاته ضرورة عملية، فمن النادر أن يكون هناك متعاقد يملك التخصص في كل شيء، بل الشركات الكبيرة لا تتوانى عن اللجوء إلى التعاقد من الباطن، فغالبية المتعاقدين لا يملكون جميع الوسائل المالية والتقنية الخاصة بهم بما يسمح لهم بتنفيذ العقد بصورة كاملة وبدون تأخير، ومن ثمّ فليس أمامهم من سبيل سوى اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع الغير من ذوي التخصص؛ للقيام بما يعجزون عن القيام به حيال تنفيذ العقد الأساسي.

فالتعاقد من الباطن ظاهرة كانت ولا تزال من أكثر الوقائع المثيرة للتساؤلات والخلافات في نطاق القانون بوجهٍ عام، وفي نطاق العقود الإدارية بوجهٍ خاص، فلا يكاد يخلو عقد أشغال عامة من وجود تعاقد من الباطن أو أكثر.

فالتعاقد من الباطن حقيقة واقعية قانونية لا بُدّ من التعامل معها، ولا بُدّ من تنظيمها بما يحقق الصالح العام.

هذا وقد زادت أهمية التعاقد من الباطن في ظلّ التقدم العلمي والتكنولوجي، لاسيما في مجال عقود الأشغال العامة، التي يصعب تنفيذها دون اللجوء إلى مقاولي من الباطن، وبخاصة عمليات البناء والتشييد.

ويحتل عقد الأشغال العامة مكانة بارزة ضمن العقود الإدارية إن لم يكن أبرزها على الإطلاق؛ وذلك للدور الهام الذي يلعبه كوسيلة من وسائل الإدارة في تسيير مرافقها العامة، وما يتطلبه ذلك من تطبيق المبادئ التي تحكم سير المرافق العامة كضمان حسن سيرها بانتظام وإطراد، وتكثر صور التعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة أكثر من غيرها من العقود الإدارية، ولذلك كان الإختيار لتطبيق هذه الظاهرة –التعاقد من الباطن– على هذا النوع من العقود الإدارية –عقد الأشغال العامة–.

والله أسأل أن يوفقني لكتابة هذه الرسالة، وأن يُلْهِمَنِي الصواب في كتابتها.

اشكاليات الدراسة وتساؤلاتها.

إنّ الإشكاليات التي يثيرها التعاقد من الباطن كثيرة ومتنوعة، ليس في نطاق العقود الإدارية فحسب، بل في نطاق العقود الخاصة.

فهناك إشكالية في تشعب العلاقات المتولدة عن التعاقد من الباطن وتعددها، ومن ضمن الإشكاليات عدم خضوع العلاقات المتولدة عن اتفاق التعاقد من الباطن، في الأغلب لنظام قانوني موحد.

فظاهرة التعاقد من الباطن تثير عدد من المسائل الشائكة تقتضي من الفقه والمشرع التصدي لها، وجمع شتاتها ومعالجتها معالجة شاملة.

وتكمن إشكالية البحث من خلال السؤال الرئيس التالي:

هل نظّم المشرع الفلسطيني التعاقد من الباطن في أحكامه؟، فإن كانت الإجابة بنعم فهل تعتبر هذه القواعد القانونية كافية لتحقيق الصالح العام وضمان سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد؟.

سنجيب على هذا السؤال من خلال الأسئلة الفرعية التالية:

- ماهية التعاقد من الباطن في العقود الإدارية ومدى مشروعيتها؟
- ما هي الشروط المطلوبة قانوناً لصحة العقد من الباطن؟
- مَنْ هي السلطة المختصة بالموافقة على التعاقد من الباطن؟
- ما هي الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن؟

أهداف الدراسة.

يهدف الباحث من خلال هذه الدراسة إلى ما يلي:

أ- التعرف على عقد الأشغال العامة، وعناصره، والتمييز بينه وبين غيره من العقود.

ب-التعرف على ماهية التعاقد من الباطن، وخصائصه، وشروطه، والتمييز بينه وبين غيره من النظم القانونية الأخرى.

ت- بيان التنظيم التشريعي للتعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة.

ث-موقف الفقه الإسلامي من التعاقد من الباطن، ومن عقد الأشغال العامة كأحد صور العقود الإدارية.

ج- التعرف على أبرز الآثار القانونية للتعاقد من الباطن.

ح- بيان العلاقة المترتبة على كلٍ من الإدارة والمتعاقد الأصلي، والعلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، والعلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن.

أهمية الدراسة.

تتبع أهمية الدراسة في الدور البارز الذي يلعبه التعاقد من الباطن في الحياة العملية في القطاعات الصناعية والهندسية، ويظهر ذلك من ضخامة الأعمال التي يتم التعاقد بشأنها من الباطن في عقود الأشغال العامة بشكل عام.

ولا شك أنّ تحقيق الصالح العام وضمان سير المرافق العامة بإنتظام وإطراد هو الهدف الأساسي لكافة القوانين الإدارية، ولضمان سير المرافق العامة لا بُدّ وأن يكون هناك ما يضمن سيرها من خلال وسائل القانون العام والإستعانة بالآخرين.

أسباب اختيار الموضوع:

1- يرجع سبب الاختيار إلى ما يثيره عقود الباطن من مسائل معقدّة نظراً لتشعّب العلاقات المتولدة عنها من جهة، وانتفاء العلاقة بين المتعاقد من الباطن والإدارة من جهة أخرى.
2- إثراء المكتبة الجامعية بإدخال مثل هذا الموضوع.
3- طرح الحلول التشريعية والقضائية والفقهية المقارنة، التي قد تساعد المشرع الوطني في وضع تنظيم دقيق وفعّال وموحد، وتكون خير عون للقاضي الإداري في الوقوف على التطورات الحديثة التي لحقت بالعقود الإدارية، لاسيما فيما يتعلق بموضوع بحثنا في التعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة.

الدراسات السابقة.

أ. دراسة: نجم حمد الأحمد، (2001)، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة في كلية الحقوق بجامعة عين شمس.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى جواز التعاقد من الباطن إذا أخذنا بعين الاعتبار إباحة التعاقد من الباطن، على أن تتوافر في المتعاقد من الباطن الشروط التي تتطلبها الإدارة في المتعاقد الأصلي.

وتتميز دراستي عن هذه الدراسة من حيث أنني تناولتُ الحديث عن النظام القانوني للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة في فلسطين، وقارنتها مع غيرها من التشريعات كالمشرع الفرنسي والمصري؛ وذلك للإستفادة من التجارب التشريعية، وكذلك قارنتها بالشريعة الإسلامية. وتم تطبيق ظاهرة التعاقد من الباطن على عقد الأشغال العامة، كأحد صور العقود الإدارية.

ب. دراسة: وليد عبد الرحمن مزهر، (2006)، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراة في جامعة الدول العربية.

وقد خلصت الدراسة إلى أنّ هناك حقوق والتزامات لكل من الإدارة والمقاول كفلها القانون فهناك اتساع لحقوق المقاول في القانون الفلسطيني، عنها في القانون الفرنسي والمصري، الذي اعتبرته موظفاً لدى الحكومة، ولم ينظم المشرع الفلسطيني والفرنسي، حق المقاول في المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر نتيجة عدم تنفيذ الإدارة لالتزاماتها، وذلك عكس المشرع المصري الذي نظم ذلك في قانون المناقصات والمزايدات، وكذلك التشريعات المقارنة لم تنظم حق المقاول في فسخ العقد لخطأ الإدارة، وتركتها للقضاء.

وتتميز دراستي عن هذه الدراسة من حيث أنني تناولتُ الحديث عن النظام القانوني للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة في فلسطين، وقارنتها مع غيرها من التشريعات كالمشرع الفرنسي والمصري وذلك للإستفادة من التجارب التشريعية، وكذلك قارنتها بالشريعة الإسلامية. وتم تطبيق ظاهرة التعاقد من الباطن على عقد الأشغال العامة، كأحد صور العقود الإدارية.

ت. دراسة: فيصل خالد المكراد، (2013)، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية مقارنة"، رسالة دكتوراة في كلية الحقوق بجامعة القاهرة.

وقد خلصت هذه الدراسة إلى جواز التعاقد من الباطن إذا اقترن بموافقة الإدارة، وإلى وجود ضمانات لحماية المقاولة من الباطن للحصول على حقوقه التي كفلها له القانون حال أنكرت عليه الإدارة أو المتعاقد الأصلي.

وتتميز دراستي عن هذه الدراسة من حيث أنني تناولتُ الحديث عن النظام القانوني للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة في فلسطين، وقارنتها مع غيرها من التشريعات كالمشرع الفرنسي والمصري وذلك للإستفادة من التجارب التشريعية، وكذلك قارنتها بالشريعة الإسلامية. وتم تطبيق ظاهرة التعاقد من الباطن على عقد الأشغال العامة، كأحد صور العقود الإدارية.

منهج الدراسة.

لا مراد أنّ لكلّ بحث طبيعته الذاتية التي تُميّزه عن غيره من البحوث، لذلك فقد اجتزأ الباحث من مناهج البحث العلمي المنهج الوصفي التحليلي المقارن، المنهج التحليلي من خلال البحث والتنقيب في الآراء الفقهية والأبحاث العلمية وتحليل النصوص القانونية والأحكام

القضائية ذات العلاقة، والمنهج المقارن من خلال المقارنة بين النظام القانوني الفلسطيني والنظم القانونية السائدة في كل من فرنسا ومصر، والمقارنة مع الشريعة الإسلامية.

هيكلية الدراسة.

الفصل الأول: ماهية عقد الأشغال العامة كأحد صور العقود الإدارية.

المبحث الأول: العقود الإدارية ومعيار تمييزها.

المبحث الثاني: مفهوم عقد الأشغال العامة وخصائصه.

الفصل الثاني: النظام القانوني للتعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة.

المبحث الأول: ماهية التعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة.

المبحث الثاني: الاعتبار الشخصي في نطاق عقود الأشغال العامة.

المبحث الثالث: التنظيم التشريعي للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة.

الفصل الثالث: الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة.

المبحث الأول: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة.

الفصل الأول

ماهية عقد الأشغال العامة

كأحد صور العقود الإدارية

الفصل الأول

ماهية عقد الأشغال العامة كأحد صور العقود الإدارية

قبل الحديث عن ماهية عقد الأشغال العامة لا بُدّ من الحديث عن ماهية العقود الإدارية ومعيار تمييزها، ولا بُدّ من تعريف العقد عموماً من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية، ومن ثم تعريف العقد في القانون المدني لأنه أصل العقود وهو من المصادر الأساسية للالتزام، ومن ثم تعريف العقد الإداري لما استقر عليه الفقه والقضاء، ونظراً لطبيعة البحث فإنني سأتحدث عن ماهية العقد الإداري ومعيار تمييزه، والحديث عن مفهوم عقد الأشغال العامة وخصائصه.

وبناءً على ما سبق، سوف أقوم بتقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: العقود الإدارية ومعيار تمييزها.

المبحث الثاني: مفهوم عقد الأشغال العامة وخصائصه.

المبحث الأول

العقود الإدارية ومعيار تمييزها

سأتناول في هذا المبحث تحديد معنى العقد من الناحية اللغوية وكذلك من الناحية الاصطلاحية الشرعية والقانونية، ومن ثم تعريف العقد الإداري من الناحية الاصطلاحية الشرعية والقانونية، ومن ثم الحديث عن معيار تمييز العقود الإدارية بتحديد القانون، والمعيار القضائي لتمييز العقد الإداري، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف العقود الإدارية.

سأتحدث في هذا المطلب عن تعريف العقد لغةً واصطلاحاً، ومن ثم الحديث عن تعريف العقد الإداري في الاصطلاح الشرعي والقانوني، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف العقد لغةً واصطلاحاً.

أولاً: تعريف العقد لغةً.

ورد لفظ العقد في اللغة بمعانٍ كثيرة، منها:

1. الرّبط والشدّ: سواء استعمل في الربط الحسي: كعقدت الحبل، أو في الربط المعنوي: كعقدت البيع[1].
2. التوكيد، والتغليظ، والتوثيق [2]: ومنه قوله تعالى: ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغۡوِ فِيٓ أَيۡمَٰنِكُمۡ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلۡأَيۡمَٰنَ ﴾ [3]، وعقد اليمين هو أن يحلف يميناً لا لغو فيها ولا استثناء فيجب عليه الوفاء بها، وعقد كلّ شيءٍ إبرامه[4].
3. الضمان والعهد: ومنه قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعۡزِمُواْ عُقۡدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبۡلُغَ ٱلۡكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ ﴾[5] .

---

[1] ابن منظور، لسان العرب (ج3/ 296).

[2] ابن زكريا، معجم مقاييس اللغة (ص86).

[3] [المائدة: 85].

[4] الفراهيدي، كتاب العين مرتباً على حروف المعجم (ج196/3).

[5] [البقرة: 235].

4. الجمع بين أطراف الشيء: ويستعمل ذلك في الأجسام الصلبة كعقد الحبل وعقد البناء، ثم يستعار ذلك للمعاني نحو عقد البيع والعهد وغيرهما، ويقال: عاقدته وعقدته وتعاقدنا وعقدت يمينه، قال: "عاقَدَتْ أيمانكم"[1]، وقرئ "عَقَدَتْ أيمانكم"[2].

وأجمع هذه المعاني ومرجعها: الرّبط والشدّ نقيض الحل[3].

وقد اتفق أئمة اللغة على أنّ إطلاق العقد على الأجسام –أي الإطلاق الحسي– يعدُّ إطلاقاً حقيقياً، وإطلاقه على المعاني –أي المعنوي– فللعلماء فيه قولان: الأول: أنّه إطلاق حقيقي، والثاني: أنّه إطلاق مجازي[4]. وهو حسي كعقد الحبل، ومعنوي كعقد البيع والإجارة والنكاح وغيرها، لما في ذلك من ربط القبول بالإيجاب[5] وهو المراد هنا.

ثانياً: تعريف العقد اصطلاحاً.

أ. تعريف العقد في الاصطلاح الشرعي.

العقد في اصطلاح فقهاء الشريعة مرتبط ارتباطاً وثيقاً بمعناه اللغوي، ويطلق العقد عند الفقهاء ويراد به أحد المعنيين:

1. المعنى العام:

ويراد به كل ما ألزم المرء به نفسه، سواء أكان نتيجة اتفاق بين طرفين كالبيع والإجارة ونحوهما، أم كانت نتيجة إرادة واحد أراد أن يلزم نفسه التزام شرعي خاص كاليمين، والوقف والطلاق والنذر ونحوه[6].

وقيل هو: "كل ما عزم الإنسان على فعله، سواء كان ذلك الفعل يتوقف في صحته على رضا الغير، كالبيع، والإجارة، والإقتراض، أو كان ما عقد العزم عليه يصح دون موافقة الغير كالطلاق، والهبة، والوصية، وغير ذلك من العقود"[7].

---

[1] الأصفهاني، المفردات في غريب القرآن (ج443/1).

[2] [النساء: 33].

[3] ابن منظور، لسان العرب (ج3/ 296).

[4] الأصبهاني، المفردات في غريب القرآن (ص510).

[5] أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية لمحمد أبي زهرة (ص173).

[6] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (ج23/6) وابن كثير، تفسير القرآن العظيم (ج 5/2).

[7] شويدح والسوسي، فقه المعاملات المالية (ج1/ 11).

فالعقد بمعناه العام يشمل ما يكفي لانعقاد عاقد واحد، كالطلاق ونحوه، وما لا بُدّ فيه من عاقدين كالبيع ونحوه[1]. وهذا المعنى ليس مراداً هنا.

2. المعنى الخاص:

وهو ما لا بُدّ فيه من عاقدين، أو إرادتين، وهو قسم من المعنى العام، كما هو ظاهر.

وهذا المعنى هو المتبادر للذهن عند الإطلاق، وهو الأشهر والأكثر استعمالاً حتى يكاد ينفرد بالاصطلاح في الوقت الراهن[2]. وهذا المعنى الخاص للعقد هو المتبادر للفقهاء عامةً عند الإطلاق[3]، ولا ينصرف إلى المعنى العام إلا بتنبيه يدل عليه[4].

وعرّف بأنّه "انضمام أحد الفعلين إلى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعي"[5].

ب. تعريف العقد في الاصطلاح القانوني.

يذهب جانب من الفقه إلى أنّ تعريف العقد واحد في مختلف فروع القانون، وأنّ النظام القانوني هو الذي يختلف من عقد لآخر[6].

فيراد بمصطلح العقد "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء إلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهاؤه"[7].

وعرّفته مجلة الأحكام العدلية بأنّه "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول"[8].

ولم يتطرق القانون المدني الفلسطيني لتعريف العقد في نصوصه القانونية[1]، وكذلك لم يُعرّفه القانون المدني المصري، وهذا خلافاً للقانون المدني الفرنسي والذي عرّفه بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو بفعله أو بالإمتناع عن فعله"[2].

---

[1] اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة "دراسة فقهية مقارنة (ص257).

[2] أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية (ص175).

[3] وهذا المعنى الخاص للعقد هو المقصود في هذا البحث.

[4] خوجة، نظرية العقد في الفقه الإسلامي (ص13).

[5] الحنفي، شرح فتح القدير (ج6/ 348).

[6] عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني "نشاط الإدارة ووسائلها" (ص139).

[7] السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (ج178/1). الحلو، العقود الإدارية والتحكيم (ص5). خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص7).

[8] مجلة الأحكام العدلية، المادة (103).

والمهم في العقد أن يكون هناك اتفاق على إحداث أثر قانوني، يصح إنفاذه قضاءً، فإذا لم يكن المراد إحداث هذا الأثر، فليس هناك عقد بالمعنى القانوني من هذه الكلمة[3]، ويتبين ذلك من خلال الظروف والملابسات[4].

ومن وجهة نظرنا يمكن تعريف العقد في الاصطلاح القانوني على أنه "توافق إرادتين لإحداث أثر قانوني يصح إنفاذه قضاءً، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أم نقله أم تعديله أم إنهاؤه".

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري.

من المسلّم به أنّ العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد الأشخاص الطبيعية أو المعنوية لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم، حيث إنّ كلاً منهم يقوم على أساس توافق إرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة.

وبناءً على ذلك فإن العقد الإداري يجب أن تتوافر فيه الأركان العامة المتمثلة بالرضا[5] والمحل[6] والسبب[7].

ومن جانب آخر ليس كل عقد تبرمه الإدارة يكون عقداً إدارياً ومن ثم يخضع للقضاء الإداري، فهناك عقود تخضع للقضاء العادي على الرغم من كون الإدارة طرفاً فيها، وهي عقود الإدارة الخاصة، وهناك معايير اعتمدت في تمييز العقد الإداري عن غيره، وهذا ما سنتحدث عنه في المطلب الثاني في معيار تمييز العقد الإداري.

---

[1] انظر في ذلك أحكام العقد في القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

[2] المادة (1101) من القانون المدني الفرنسي، مشار إليه في كتاب: غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص25).

[3] السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري (ص26).

[4] السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (ص178).

[5] التراضي هو "توافق إرادتين بقصد إحداث أثر قانوني". الشاعر، النظرية العامة للالتزامات "المصادر – الأحكام" (ص32).

[6] محل العقد هو "موضوعه، وهو الالتزام الناشئ عنه، ومحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين أن يقوم به لصالح الدائن، وهو إما نقل شيء أو عمل شيء أو الامتناع عن عمل شيء". البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (ص51).

[7] وهو "الغاية التي يريد المتعاقد الوصول إليها من وراء العقد"، البوشواري، الوجيز في النظرية العامة للالتزام (ص56).

أولاً: تعريف العقد الإداري في المصطلح القانوني.

العقد الإداري هو "عقد يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير المرافق العامة أو تنظيمها، ويظهر فيه قصد الإدارة العامة الأخذ بأحكام القانون العام"[1].

وإن نظرية العقد الإداري لهي من أشدّ موضوعات القانون الإداري تعقيداً، وأكثرها تشعباً، وأوفرها غنىً في ما تخضع له من أنظمة وأحكام[2].

والعقد الإداري كالعقد المدني لا يخرج عن كونه توافق إرادتين على إنشاء التزامات، وإنّ أركان العقد الإداري كذلك هي نفس أركان العقد المدني الذي يقوم على التراضي بين طرفين وله سبب ومحل، كما أن شروط صحة الرضا والمحل والسبب تتفق في جزء كبير منها مع الشروط المقررة لذلك في العقود المدنية[3]، غير أنهما يختلفان من حيث النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما، ومرجع ذلك أنّ الإدارة وهي تبرم العقد باعتبارها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا تتوافر للمتعاقد معها، بهدف تحقيق أغراض المرفق العام الذي أبرم العقد من أجله[4].

لذلك سأعرف العقد الإداري في كلٍ من فرنسا ومصر وفلسطين، وذلك على النحو التالي:

1. مفهوم العقد الإداري في فرنسا ومصر.

اختلف الفقه والقضاء في وضع تعريف محدد للعقود الإدارية، وقد حاول القضاء الإداري في فرنسا ومصر حسم هذا الخلاف بتحديد المبادئ الرئيسية للعقود الإدارية.

ويعرف العقد الإداري وفقاً للغالب في قضاء مجلس الدولة الفرنسي بأنه "ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص أو

---

[1] أبو عمارة، القانون الإداري، "نشاط الإدارة العامة في فلسطين وقطاع غزة" (ج194/2).

[2] قطيش، الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق "دراسة مقارنة" (ص333).

[3] حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية (ص15).

[4] المكراد، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية مقارنة" (ص5).

أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"[1]. وقد حذا مجلس الدولة المصري حذو مجلس الدولة الفرنسي في تعريف العقد الإداري[2].

ولا يختلف تعريف المحكمة الإدارية العليا في مصر عن تعريف محكمة القضاء الإداري المصرية، والتي عرفت العقد الإداري بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص"[3].

كما ذهبت المحكمة الدستورية العليا في مصر –باعتبارها محكمة تنازع– إلى تحديد ماهية العقد الإداري، وشروطه، حيث قررت هذه المحكمة "يتعين اعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، يتعاقد بوصفه شخصاً معنوياً عاماً، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص"[4].

وبقدر تعلق الأمر بالعقود الإدارية يصبح من الضروري تحديد المعيار المميز للعقد الإداري والذي حددته المحكمة الإدارية العليا بمصر، على أنه –أي العقد– يعتبر إدارياً إذا كان أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً، ومتصلاً بمرفق عام، ومتضمناً لشروط غير مألوفة في نطاق القانون الخاص[5].

أما الفقه العربي فقد عرّف البعض منهم العقد الإداري بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام

---

[1] عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها (ص4).

[2] القضية رقم 223 للسنة العاشرة القضائية 16 ديسمبر سنة 1956 مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري، ص88. مشار إليه في عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها (ص4).

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا فى القضية رقم 576 لسنة 11 ق.ع جلسة 30/12/1967 . وفى ذات المعنى حكم محكمة القضاء الإدارى فى الدعوى رقم 779 لسنة 10ق جلسة 24/2/1957. وفتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع رقم 647 فى 23/10/1956.

[4] حكم المحكمة الدستورية العليا في 5 يناير 1991 في القضية رقم 1 لسنة 12 ق(تنازع) مجموعة أحكام المحكمة. ج4 رقم 26 ص 239. مشار إليه في كتاب: عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني "نشاط الإدارة ووسائلها" (ص155).

[5] القيسي، الوجيز في القانون الإداري (ص321).

القانون العام، ويتضمن العقد شروطا استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص ويخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام[1].

وذهب جانب من الفقه –وبحق– إلى تعريف العقد الإداري بأنه "اتفاق معقود بين جهة الإدارة كسلطة عامة وبين فرد أو شركة خاصة بقصد انجاز عمل محدد يحقق المنفعة العامة، مع تضمين الاتفاق شروطاً غير مألوفة في مجال التعاقدات الخاصة، أو السماح للمتعاقد معها بالاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام"[2].

2. مفهوم العقد الإداري في فلسطين.

أكدت محكمة العدل العليا في فلسطين على ذات المبدأ الذي سارت عليه محكمة القضاء الإداري المصري، حيث أوجبت توافر ثلاثة شروط حتى يعتبر العقد إدارياً وهي: "أن تكون جهة الإدارة طرفاً في العقد، وأن يتعلق العقد بتسيير مرفق عام، وأن يكون اختيار جهة الإدارة لوسائل القانون العام لدى انعقاد العقد بأن تضمنه شروط استثنائية غير مألوفة في القانون المدني"[3].

وفيما يتعلق بالعقود الإدارية فهي موجودة في فلسطين، إلا أنّه لم يترتب على ذلك وجود أحكام وقواعد متميزة كثيرة على غرار فرنسا ومصر[4]، وهناك مجموعة من القوانين صدرت في فلسطين لتنظيم عدد من العقود الإدارية[5].

ولعلّ السبب في عدم وضوح نظرية العقود الإدارية في فلسطين هو غياب القضاء الإداري المتخصص والمستقل، والقادر على إنشاء قواعد ونظريات وأحكام متعلقة بالقانون الإداري على

---

[1] الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص86). الحلو، القانون الإداري (ص515).

[2] أبو راس، العقود الإدارية (ص17).

[3] قرار محكمة العدل العليا رقم 1994/67، جلسة 1995/1/5 غير منشور، مشار إليه في كتاب غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص81).

[4] ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين "دراسة تحليلية" (ص12 وما بعدها).

[5] ومن هذه القوانين: قانون امتياز البحر الميت رقم (23) لسنة 1937 والصادر في فترة الانتداب البريطاني، وقانون تصديق الامتياز الممنوح لشركة اتحاد باصات العاصمة المساهمة المحدودة رقم (36) لسنة 1962 الصادر خلال فترة الإدارة الأردنية للضفة الغربية، والقرار بقانون رقم (13) لعام 1967 بشأن النظام المالي للمقاولات والمناقصات والمشتريات الخاصة بالمجالس القروية الصادر عن الحاكم العام المصري لقطاع غزة، وفي عهد السلطة الوطنية الفلسطينية صدر قانون رقم (6) لسنة 1999 بشأن العطاءات للأشغال الحكومية، وقانون رقم (9) لسنة 1998 بشأن اللوازم العامة إضافة إلى قرار وزير الإتصالات رقم (1) لسنة 1996 بشأن نظام الإتصالات السلكية واللاسلكية، والذي ينظم أحكام منح الامتياز للإتصالات السلكية واللاسلكية.

اعتبار أن القانون الإداري مصدره القضاء، وهو قانون مرن ومتطور وغير مقنن، ويقوم على تحقيق المصالح العامة[1].

ولعلّ حال فلسطين من هذه الناحية يشبه تماماً ما كان قائماً في مصر قبل إنشاء مجلس الدولة سنة 1946م[2].

وأما تطبيق شروط متميزة لعقد من عقود الإدارة فإن مرجعه نصوص العقد وشروطه، فإذا لم يوجد في العقد نص طبقت قواعد القانون الخاص عليه. ولم يسلك القضاء في مصر سلوك القضاء الفرنسي، ويطبق نظرية العقد الإداري[3].

ولقد قام المشرع الفلسطيني بإصدار قوانين تنظم بعضاً من العقود الإدارية ذات الأهمية، مثل: قانون العطاءات والأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999م، والذي ينظم عقود الأشغال الحكومية، وقانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998م، والذي ينظم عقود التوريدات، وصدر قانون رقم (3) لسنة 1996، والذي ينظم عقود امتياز المرافق العامة، وصدر قرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 بشأن الشراء العام، والذي ينظم الشراء العام والأشغال.

وإذا كانت هذه التنظيمات القانونية ترمي من جهة إلى تحقيق المصلحة العامة بالحصول على أحسن جودة وكفاءة في العمل وتوفير أموال الخزينة العامة، فإنها تعكس من جهة ثانية تطوراً مهماً في أحكام القانون الإداري الفلسطيني، يتدخل بموجبه المشرع في تنظيم هذه العقود بالغة الأهمية في حياة الجماعة، ولينقلها من قواعد وأحكام القانون الخاص إلى قواعد وأحكام القانون العام، ولكن دون أن يصل مدى هذا التنظيم إلى ما وصل إليه الحال في فرنسا ومصر[4].

وقد أحدث المشرع الفلسطيني لدينا المحكمة الإدارية، وجعل من اختصاصها النظر في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية[5].

---

[1] ثابت، أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين "دراسة تحليلية" (ص12 وما بعدها).

[2] يقول د. مازن ليلو راضي: "قبل إنشاء مجلس الدولة في مصر سنة 1946م لم تعرف مصر القضاء الإداري)، للمزيد: راجع أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة (ص152 وما بعدها).

[3] أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة (ص152 وما بعدها).

[4] المرجع السابق، ص139.

[5] المادة (1، 3) من القانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

ثانياً: تعريف العقد الإداري في المصطلح الفقهي الإسلامي.

لم أعثر على تعريف للعقد الإداري في الفقه الإسلامي، وذلك لحداثة هذا المصطلح. ولقد عرفت الشريعة الإسلامية العقود الإدارية، وأقرها رسول الله ﷺ، ويمكن أن يفهم من الحديث التالي مفهوم العقد الإداري:

فعن ابن عمر رضي الله عنه أنّ عمر بن الخطاب رضي الله عنه أجلى اليهود والنصارى من أرض الحجاز، وأنّ رسول الله ﷺ لما ظهر على خيبر أراد إخراج اليهود منها فسألت اليهود رسول الله ﷺ أن يُقرّهم بها على أن يكْفُوا عملها ولهم نصف الثمر، فقال لهم رسول الله ﷺ: (نقرّكم فيها على ذلك ما شئنا) فَقَرّوا بها حتى أجلاهم عمر إلى تيماء وأريحاء[1].

وهذا العقد يعتبر عقداً إدارياً لما يلي:

- فقد تم إبرامه بين جهة إدارية تتمثل في رسول الله ﷺ، وجهة خاصة تتجسد في اليهود.
- يتعلق العقد بتسيير أحد مرافق الدولة العامة وهو مرفق الأرض الزراعية، استثنائياً غير مألوف في عقود القانون الخاصة، وهو إمكانية فسخ العقد في أي وقت بإرادتها المنفردة إذا استلزمت المصلحة العامة ذلك، آخذا بقواعد السياسة الشرعية، بدلاً من القواعد الفقهية المعروفة في المعاملات العادية[2].

وتأسيساً على هذا العقد فإنه يمكن تحديد عناصره فيما يلي:

1- وجود جهة إدارية، وهي ممثلة بالنبي ﷺ.
2- الجهة المبرمة مع الإدارة، وهي ممثلة في اليهود.
3- تسيير مرفق عام، وهو ممثل في استثمار أرض خيبر وهي تمثل مرفق عام يعود نفعه للمصلحة العامة.
4- تضمين العقد شروطاً غير مألوفة في العقود العادية، وهو ممثل في أنّ الجهة الإدارية اشترطت شرطاً غير مألوف في العقود العادية، حيث اشترطت أنّ لها فسخ العقد متى شاءت مستخدمة في ذلك سلطتها الإدارية.

---

[1] مسلم: صحيح مسلم، المساقاة/ باب المساقاة والمعاملة بجزء من التمر والزرع، 1178/3، رقم الحديث 1551.

[2] الحلو، العقود الإدارية "تحديد العقد الإداري- تكوين العقد الإداري- تفسير العقد الإداري- أنواع العقد الإداري- آثار العقد الإداري- شرعية العقد الإداري- التحكيم والعقد الإداري- التصالح والعقد الإداري- العقد الإداري الاكتروني- العقد الإداري البريطاني" (ص10).

والمتأمل في هذه العناصر السابقة يجدها أنها تختلف عن عناصر العقود الخاصة التي قررها الفقه الإسلامي، ونلاحظ مطابقتها للعقود التي تسمى في النظام الحديث (بالعقود الإدارية)[1].

ومن خلال هذه العناصر السابقة، ذهب جانب من الفقه –وبحق– إلى تعريف العقد الإداري في الفقه الإسلامي بأنّه: "عقد تبرمه الجهة الإدارية أو من يقوم مقامها، مع جهةٍ خاصةٍ، لتسيير مرفق عام، مستخدمةً سلطتها الإدارية"[2].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ هناك توافق نوعاً ما بين مفهوم العقد الإداري في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي وذلك بتوفر الأركان والعناصر للعقد الإداري.

المطلب الثاني: معيار تمييز العقود الإدارية.

إذا كانت العقود الإدارية قد خضعت للقضاء الإداري في فرنسا ومصر، فلا يعني ذلك أنّ كل عقد تبرمه الإدارة هو عقد إداري، فهناك من العقود ما تخضع للقضاء العادي حيث إنّ دواعي التعامل تقتضي في بعض الأحيان أن تكون الإدارة طرفاً في العقد كأيّ فرد من الأفراد العاديين، وبالتالي فإنّ المنازعات الناشئة عنه تفصل في المحاكم العادية.

وعليه فإنّ وجود نوعين من العقود تبرمها الإدارة –عقود مدنية وعقود إدارية– تبرز هنا مشكلة كيفية تمييز العقد الإداري عن العقد المدني، وبالتالي تحديد القضاء المختص لاسيما في البلدان التي يختص القضاء الإداري فيه بالنظر في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية. إزاء هذه الإشكالية حاول المشرع الفرنسي تحديد العقود الإدارية بنصوص قانونية، وقد أطلق الفقهاء على هذا الأمر تسمية العقود الإدارية بتحديد القانون[3].

ويعتقد البعض في هذا الصدد أنّ إسباغ المشرع الصفة الإدارية على عقد يتضمن عناصر العقد الإداري من حيث طبيعتها، فإنّ هذا النص يأتي مؤكداً له كعقد الأشغال العامة وعقد التزام المرفق العام[4].

---

[1] آل سلمان، التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة" (ص61).

[2] أوهاب، نظرية العقد الإداري "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون" (ص 80 وما بعدها).

[3] عبد، الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها (ص8).

[4] الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص49).

لذلك فإنّ العقود الإدارية في الوقت الحاضر تنتمي إلى طائفتين، الطائفة الأولى: العقود الإدارية بتحديد القانون، والطائفة الثانية: العقود الإدارية وفقاً للمعيار القضائي[1].

وعليه سوف أُقسّم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: العقود الإدارية بتحديد القانون.

يلجأ المشرع في بعض الأحيان –وعندما يجد أنّ تطبيق نظام القانون العام أكثر ملائمة لحلّ المنازعات المعروضة من القانون الخاص– إلى إضفاء الصفة الإدارية على بعض العقود ويقرر اختصاص القاضي الإداري بالنظر فيما تثيره من منازعات، ويطلق على هذه العقود، العقود الإدارية بتحديد القانون، وهذا ما سأتناوله تفصيلاً كما يلي:

أولاً: العقود الإدارية بتحديد القانون في فرنسا ومصر.

لقد ظهر هذا التحديد أول مرة في نص المشرع الفرنسي في بداية عهد الثورة الفرنسية عندما وصف بعض العقود بأنها إدارية، وخص مجلس الدولة فيما تثيره من منازعات سعياً منها لتطبيق مبدأ الفصل بين السلطات بمنع القضاء العادي من التصدي لأعمال الإدارة، فجعل اختصاص النظر في المنازعات في شأن بعض العقود لمجلس الدولة. ومن أمثلة العقود الإدارية بتحديد القانون ما نصّ عليه المشرع الفرنسي وتناوله الفقه بالشرح والذي يتمثل فيما يلي: قانون (28) بلفوز السنة الثامنة للثورة[2]، ومرسوم 6/11/1806 والاختصاص القضائي بعقود التوريد، وقانون 7/17/1790 وقانون 26/9/1793 بخصوص عقود القرض العام الذي

---

[1] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص58).

[2] أخذ المشرع الفرنسي بالمفهوم الواسع لفكرة الأشغال العامة، فألحق ولو بصفة ثانوية أو تبعية لاختصاص القضاء الإداري في العقود المرتبطة بالأشغال العامة، مثال ذلك: عقود المساهمة في مشروع عام، وعقود توريد الكهرباء والمياه والغاز، وعقود التزام تنظيف الطرق، وعقود تشغيل المساجين، وكذلك العقود التي تتضمن شغل جزء من الدومين العام، وعقود بيع أملاك الدولة. وقد جعل العقود التي تبرمها الدولة أو الهيئات المحلية في عقود الأشغال العامة من ضمن اختصاص القضاء الإداري، وهذا التمييز منتقد. للمزيد: غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص63 وما بعدها).

تبرمه الدولة، والمرسوم بقانون الصادر في 17 يونيو 1978 (عقود الدومين العام)، وقانون 2 يوليو 1990[1].

أما في مصر فمعروفٌ أنها من الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، بعد صدور قانون مجلس الدولة المصري 1946، حيث تعدّدت النصوص القانونية التي تنظم العقود الإدارية فيها، فكانت هذه النصوص نابعة من صميم القانون المنظم للقضاء الإداري –أي قانون مجلس الدولة– بعكس الوضع في فرنسا حيث صدرت قوانين مستقلة تنظم الاختصاص القضائي بالعقود الإدارية، ومنها القانون رقم (112) لسنة 1946، والقانون رقم (9) لسنة 1949، والقانون رقم (165) لسنة 1955، والقانون الحالي لمجلس الدولة رقم (47) لسنة 1972، وفيه حدد المشرع بشأن مجلس الدولة، العقود الإدارية التي يختص مجلس الدولة بنظر المنازعات الناشئة عنها بالنص "تختص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الآتية : "... حادي عشر: المنازعات الخاصة بعقود الالتزام أو الأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر"[2].

وبذلك أصبحت ولاية مجلس الدولة على جميع المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية، وبناءً عليه لا يعتبر اختصاص مجلس الدولة في العقود الإدارية مقصوراً على عدد محدد من العقود الإدارية، بل ينطوي على كافة العقود الإدارية، ويشتمل على كافة المنازعات الناشئة عنها، وهذا يعني أنّ العقود الإدارية في مصر هي إدارية بطبيعتها، ويختص بها القضاء الإداري استناداً إلى خصائصها الذاتية وطبيعتها الإدارية، وليس استناداً إلى نص المشرع وتحديد القانون كما هو الحال بالنسبة لبعض العقود في فرنسا[3].

ثانياً: العقود الإدارية بتحديد القانون ومدى توافرها في القانون الفلسطيني.

عرفت فلسطين[4] القانون الإداري وطبقت العديد من نظرياته، فالعقود الإدارية معروفة في فلسطين[1]، وإن كان هناك غموض حولها في عدم وجود قضاء إداري مستقل بذاته، فأقرّ العديد

---

[1] حدد المشرع الفرنسي في المادة (25) من القانون الصادر في 2 يوليو 1990 بأن "العقود المبرمة بين البريد أو فرنس تيليكوم والمنتفعين بأنها ضمن عقود القانون العام"، للمزيد: غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص66).

[2] المادة (10) من القانون رقم (47) لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة المصري.

[3] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص73 وما بعدها).

[4] يعتبر الوضع في فلسطين بالمقارنة مع دول العالم من الأوضاع المعقدة والنادرة في آنٍ واحد، ويعود ذلك إلى تعدد الجهات التي حكمت فلسطين عبر التاريخ، والذي أدى بدوره إلى تنوع الأنظمة القانونية التي سادت

من القواعد الإدارية التي تحكم النشاط الإداري الذي يستهدف تأمين سير وانتظام المرافق العامة، ومنها نظرية المرفق العام، ونزع المال للمنفعة العامة، وأحكام الوظيفة العامة، وسلطة الإدارة على إصدار القرارات الإدارية بإرادتها المنفردة، وتكييف علاقة الموظف بالدولة بأنها علاقة تنظيمية لائحية يحكمها القانون العام، واعترافه بنظرية القرارات الإدارية المنفصلة عن العقود الإدارية، وإن كان في الغالب من الناحية النظرية أنّ المحاكم في ظل القضاء الموحد مقيدة قانوناً بقواعد القانون المدني عندما تفصل في المنازعات الإدارية، إلا أن المحكمة العليا بصفتها محكمة عدل عليا في فلسطين –محكمة القضاء الإداري– تحللت من القواعد المدنية عند التعرض للمنازعات الإدارية في العديد من المنازعات[2].

ولقد نصت المادة (33) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001، على أنّ تختص محكمة العدل العليا بالنظر فيما يلي:

1. الطعون الخاصة بالانتخابات.
2. الطلبات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات المهنية.
3. الطلبات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها إصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.
4. المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستيداع أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.

فيها، وقد أثر ذلك على البناء القانوني الفلسطيني. إذ أدى تقسيم فلسطين إلى ظهور أنظمة قانونية مركبة ومختلفة في كل من الضفة الغربية وغزة والقدس والأجزاء المحتلة في عام 1948 من فلسطين. للمزيد: معهد الحقوق، النظام القضائي الفلسطيني – مراحل التطور التاريخي للنظام القانوني الفلسطيني (موقع الكتروني).

[1] برزت أهمية العقود الإدارية مع دخول السلطة الوطنية الفلسطينية وتحملها مسؤولية بناء وترميم ما دمره الاحتلال الإسرائيلي، لذلك نال الموضوع اهتمام المجلس التشريعي الفلسطيني فعمد إلى سن قوانين تنظم أحكام العقود المبرمة مع الإدارة، فسن قانون رقم (9) لسنة 1998 بشأن اللوازم العامة والذي صدر بتاريخ 1998/11/2، وقانون بشأن عطاءات للأشغال العامة والذي صدر بتاريخ 1999/12/28. للمزيد: عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني "نشاط الإدارة ووسائلها" (ص152).

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص76 وما بعدها).

5. رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقا لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.
6. سائر المنازعات الإدارية.
7. المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقا للعدالة.
8. أية أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

ويذهب جانب من الفقه الفلسطيني –وبحق– إلى أنّ محكمة العدل العليا استناداً إلى نصوص قانون تشكيل المحاكم النظامية وعلى وجه الخصوص الفقرة السادسة من المادة (33) المشار إليها هو قضاء إداري يختص بأي نزاع تكون الإدارة طرفاً فيه بوصفها سلطة عامة، وبالتالي تمتد لتشمل منازعات العقود الإدارية إلغاءً وتعويضاً[1].

ولقد شهدت فلسطين تطوراً حديثاً في نظامها القانوني، حيث صدر في الآونة الأخيرة[2] قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية والمطبق في قطاع غزة، والذي بدوره بيّن أن المحكمة الإدارية بصفتها أول درجة هي التي تنظر في منازعات العقود الإدارية[3].

فنصت المادة (3) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، على أن تختص المحكمة الإدارية بالنظر فيما يلي:

1. الطعون الانتخابية التي تجري وفقاً للقوانين والأنظمة المعمول بها ما لم يرد نص في قانون آخر على إعطاء هذا الاختصاص لمحكمة أخرى.
2. الاستدعاءات التي يقدمها ذوو الشأن بإلغاء اللوائح أو الأنظمة أو القرارات الإدارية النهائية الماسة بالأشخاص أو الأموال الصادرة عن أشخاص القانون العام بما في ذلك النقابات.

---

[1] والملاحظ أنّ قضاة محكمة العدل العليا ما زالوا يمارسون قضاء الإلغاء دون التعويض، رغم صراحة هذه النصوص. وكما وأنّ المحكمة العليا وليس محكمة العدل العليا تمارس قضاء الإلغاء والتعويض بالنسبة للمنازعات الإدارية الخاصة بالقضاة فقط وبشرط أن تكون لها علاقة بوظيفتهم، وذلك استناداً للمادة (46) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2002. للمزيد: غانم، القضاء الإداري الرقابة على أعمال السلطة الإدارية في فلسطين ... (ص323 وما بعدها).

[2] صدر قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، في مدينة غزة بتاريخ 2016/4/16م.

[3] المادة (1، 3) من القانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

3. الاستدعاءات التي هي من نوع المعارضة في الحبس التي يطلب فيها اصدار أوامر الإفراج عن الأشخاص الموقوفين بوجه غير مشروع.
4. المنازعات المتعلقة بالوظائف العمومية من حيث التعيين أو الترقية أو العلاوات أو المرتبات أو النقل أو الإحالة إلى المعاش أو التأديب أو الاستيداع أو الفصل، وسائر ما يتعلق بالأعمال الوظيفية.
5. رفض الجهة الإدارية أو امتناعها عن اتخاذ أي قرار كان يجب اتخاذه وفقاً لأحكام القوانين أو الأنظمة المعمول بها.
6. المسائل التي ليست قضايا أو محاكمات بل مجرد عرائض أو استدعاءات خارجة عن صلاحية أي محكمة تستوجب الضرورة الفصل فيها تحقيقاً للعدالة.
7. منازعات العقود الإدارية.
8. منازعات الجنسية.
9. طلبات التعويض عن الأضرار المتعلقة بالمنازعات الإدارية سواء رفعت بصورة تبعية أو أصلية.
10. أية منازعات إدارية لم يتم النص عليها في هذه المادة ما لم يرد نص خاص بخلاف ذلك.
11. أي أمور أخرى ترفع إليها بموجب أحكام القانون.

ونجد في القانون آنف الذكر –قانون الفصل في المنازعات الإدارية– بأنّ المشرع الفلسطيني جعل اختصاص المحكمة الإدارية بالنظر في منازعات العقود الإدارية[1]، وجعل اختصاص محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون التي ترفع إليها في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية وتنظر في الطعون من الناحيتين الموضوعية والقانونية[2].

ولقد نظم القانون الفلسطيني عدداً من العقود في قوانين خاصة بها، وهي عقود الأشغال العامة، وعقود المقاولة، وهي عقود إدارية بطبيعتها، أما فيما يتعلق بالعقود الإدارية بتحديد القانون فيذهب البعض إلى أنه لا يوجد نص قانوني في فلسطين يحدد عقوداً معينة ويعدها إدارية بإرادة المشرع لها، وإن كان قانون اللوازم العامة وقانون العطاءات للأشغال الحكومية قد نظم إجراءات التعاقد مع الإدارة، ولكن بالنظر إلى العقود المذكورة في هذا القانون نجدها عقوداً إدارية بطبيعتها"[3].

---

[1] المادة (3) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

[2] المادة (17) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

[3] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص80).

الفرع الثاني: المعيار القضائي لتمييز العقد الإداري.

إزاء الإنتقادات الموجهة لتحديد المشرع للعقود الإدارية، وسعي القضاء نحو توسيع اختصاصه ليشمل عقوداً أخرى لسدّ ما في التشريع من نقص، تكفّل القضاء بالبحث في الطبيعة القانونية للعقد وفق معايير محددة من قبل، وفي حالة توفرها يكون العقد إدارياً، وبعكسه يبقي العقد ضمن دائرة القانون الخاص. وقد ظهرت هذه المعايير نتيجة لتطور قضائي طويل انتقلت فيه غلبة كل معيار على الآخر تباعاً[1].

والعقود الإدارية من عمل القضاء ليس له وجود بعد في فلسطين؛ بسبب الإرث التاريخي والظروف المحيطة وطبيعة النظام القانوني، وتكوين القضاة الذي أفضى إلى عدم وجود القضاء الإداري المتخصص بهذا الفن، مع ما يترتب على ذلك من نتائج[2].

وإذا ما رجعنا إلى تعريف العقد الإداري وهو "ذلك الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية وغير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الإشتراك مباشرة في تسيير المرفق العام"[3].

وبناءً على ما سبق، سأتحدث في هذا المطلب عن المعايير التي اعتمدها القضاء والفقه الإداريان في تمييز العقود الإدارية، وذلك على النحو التالي:

أولاً: أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام.

القاعدة العامة أنّ العقود الإدارية ومن ظاهر التسمية توجب أن تكون الإدارة أحد أطراف العلاقة القانونية، وعليه فإنّ العقد المبرم بين الأفراد العاديين لا يمكن أن يكون عقداً إدارياً حتى وإن كان أحد المتعاقدين هيئة أو مؤسسة خاصة ذات نفع عام[4].

وبالتالي لا بُدّ من أن تتعاقد الإدارة بصفتها شخص من أشخاص القانون العام ليتصف العقد بأنّه إداري، فإن تعاقدت بإعتبارها ممثلة لشخص من أشخاص القانون الخاص فإنّ العقد لا يكون عقداً إدارياً بل عقداً مدنياً، ومن اختصاص المحاكم المدنية، ويطبق القانون المدني.

---

[1] راضي، الوجيز في القانون الإداري (ص138).

[2] عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني "نشاط الإدارة ووسائلها" (140).

[3] الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة" (ص50).

[4] البدوي، المعيار المميز للعقد الإداري (ص120).

ويجب أن يبقى للطرف العام صفة العمومية طوال حياة العقد، ولا يكفى أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عاماً وقت انعقاد العقد، وإنما يجب أن يستمر متمتعاً بصفته العمومية ساعة انعقاد العقد، وأثناء سريان العقد وإلى إتمام تنفيذه، وبحيث إذا زالت عنه صفة العمومية لأي سبب، تحول العقد الذي بدأ إدارياً إلى عقد من عقود القانون الخاص. وينعقد الاختصاص بالفصل في منازعاته للقضاء العادي، ويخضع لولاية القانون الخاص[1].

وقد يثار التساؤل، عما إذا فقدت الجهة المتعاقدة الصفة الإدارية بعد إبرام العقد؟

قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنّه في حالة إبرام شخص عام عقداً، واعتبر العقد ادارياً فإن التحول اللاحق للشخص العام إلى شخص خاص لا يجرد العقد من الصيغة الإدارية التي كانت له، وقد سارت محكمة القضاء الإداري المصري في ذات الإتجاه، حيث قضت بمناسبة تحول المؤسسة العامة للأبنية العامة إلى شركة قطاع عام بمقتضى القرار الجمهوري رقم 4416 لسنة 1965 بضرورة توافر الصفة الإدارية والعامة للشخص المعنوي العام وقت إبرام العقد، فإذا فقد الشخص العام صفته العامة فلا أثر لذلك على طبيعة العقد الذي يظل إدارياً ويختص بنظره القضاء الإداري وتطبق بشأنه قواعد القانون العام[2]. وخلاف ذلك قضت المحكمة الإدارية العليا، واستقرت أحكامها على ذات المبدأ حيث قضت في حكم حديث بأنه "... إذا فقد العقد شرطاً من الشروط التي يتحقق بتوافرها مناط العقد الإداري، صار العقد من عقود القانون الخاص، وذلك كأن تفقد الإدارة صفتها كشخص معنوي عام ..." [3].

ويلاحظ أن الإدارة قد لا تظهر في بعض العقود كطرف متعاقد، ورغم ذلك يغدو العقد إدارياً طالما كان أحد طرفيه يتعاقد بإسم الإدارة ولحسابها، لأنّ هذه العقود يكون ملحوظاً فيها دائماً تغليب الصالح العام على الصالح الخاص، وسلطة الحكومة في الإشراف على تنفيذها ومراقبتها، ضماناً لتحقيق الصالح العام الذي هو كل غايتها[4].

لذلك يجب أن لا ننساق بالوضع الظاهر، بل يجب كشف من يقف خلف هذا التعاقد، ألا وهو الشخص العام فذلك هو المتعاقد الحقيقي، ونرى أن شرط وجود جهة إدارية كطرف في

---

[1] أبو راس، العقود الإدارية (ص26).

[2] حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى 278 لسنة 19 ق جلسة 1969/3/16 مشار إليه في كتاب غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص92)

[3] حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2054 لسنة 48ق، جلسة 2007/3/24. مشار إليه في كتاب غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص93)

[4] أبو زيد، المرجع في القانون الإداري (ص404).

العقد ليكون هذا العقد عقداً إدارياً، لا يكفي وحده كتمييز لاعتبار العقد من العقود الإدارية، فهو يحتاج إلى الشرطين الآخرين ليكتسب هذا الوصف، فالإدارة قد تدخل طرفاً في عقد، إلا أنه لا يعدّ عقداً إدارياً؛ لأن الإدارة هنا قد تستخدم أساليب القانون الخاص، فلا بد من توفر الشرطين الآخرين في العقد لاعتباره عقداً إدارياً ذلك في فلسطين ومصر بخلاف فرنسا إذ يكفي توفر شرطين[1].

ولا يعتبر العقد المبرم بين شخصين خاصين وإن كان يحقق نفعاً عاماً عقداً إدارياً، وإن كان مجلس الدولة الفرنسي منذ عام 1931 لم يتشدد في شرط ابرام العقد من قبل شخص معنوي عام، وأخذ يقر بإمكانية إبرام العقد الإداري من قبل شخصين خاصين إذا كان أحد المتعاقدين يعمل لحساب الدولة أو لحساب شخص معنوي عام[2]. ويبرز هذا الإستثناء في إحدى الصور التالية[3]:

1. أن يكون الشخص الخاص يتصرف بصفته وكيلاً للشخص المعنوي العام.
2. إذا تعلق العقد بالأشغال العامة المتعلقة بالطرق العامة والطرق السريعة.
3. أن يقوم الشخص المعنوي العام بالتعرف والعمل من خلال أحد المتعاقدين الخاصين.

وأخيراً فإنّ الإدارة قد تبرم عقداً لصالح دولة أجنبية، فهل يمكن اعتبار مثل هذا العقد إدارياً؟ لقد قضى مجلس الدولة الفرنسي، بشأن العقد الذي أبرمته الإدارة الفرنسية لصالح دولة أجنبية، فاعتبره عقداً إدارياً، متى توافرت فيه بقية الشروط الأخرى[4].

ثانياً: أن يتصل هذا العقد بنشاط مرفق عام.

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة أحد الأطراف، إنما يجب البحث فيما إذا كان العقد متعلقاً بمرفق عام على وجه من الوجوه.

ويمثل المرفق العام المظهر الثاني لنشاط الإدارة إلى جانب الضبط الإداري، وقد حظيت فكرة المرفق العام بإهتمام خاص من جانب الفقه والقضاء الإداريين؛ لكونها تمثل الأساس الذي قامت عليه مبادئ ونظريات القانون الإداري[5].

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص23).

[2] عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني "نشاط الإدارة ووسائلها" (ص145).

[3] المرجع السابق، ص146.

[4] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص23).

[5] كنعان، القانون الإداري، "ماهية القانون الإداري– التنظيم الإداري– النشاط الإداري" (ص316).

وليس من السهل تعريف المرفق العام، ولعل صعوبة تعريفه تعود إلى أنّ عبارة المرفق العام عبارة مبهمة ولها معنى عضوي وآخر موضوعي[1].

وبعد أن كان القضاء في فرنسا يتبنى المعنى العضوي للمرفق، تطورت أحكامه للجمع بين المعيارين –ثم استقر فيما بعد على المعنى الموضوعي– فعرّف المرفق العام بأنه النشاط الذي تتولاه الدولة أو الأشخاص العامة الأخرى مباشرة، أو التعهد به إلى آخرين كالأفراد أو الأشخاص المعنوية الخاصة، ولكن تحت إشرافها ومراقبتها وتوجيهاتها؛ وذلك لإشباع حاجات ذات نفع عام تحقيقاً للصالح العام[2].

وقد اتجه الرأي الراجح في الفقه إلى الجمع بين المعيارين –العضوي والموضوعي– لتعريف المرفق العام، وعلى هذا الأساس فإن المرفق العام "هو كل نشاط تضطلع به الإدارة بنفسها أو بواسطة أفراد عاديين تحت إشرافها وتوجيهها بقصد إشباع الحاجات العامة"[3].

لذلك لا بُدّ من توافر ثلاثة أركان كي نكون أمام مرفق عام، أن يكون هناك مشروع، وأن يكون المشروع ذا نفع عام، وأن يكون المشروع خاضعاً لهيمنة السلطة العليا الحاكمة[4].

ويعد اتصال العقد الذي تبرمه الإدارة بأحد المرافق العامة من مقومات اعتبار العقد عقداً إدارياً يخضع للأحكام والمبادئ العامة للعقد الإداري، وقد يحدث الإتصال عند إنشاء المرفق العام، كما هو الشأن بالنسبة لعقد الأشغال العامة، وقد يتعلق بإدارة وتسيير وتنظيم مرفق عام كعقد امتياز المرافق العامة، كما قد يتعلق بضمان سير المرفق العام بإنتظام وإطراد كعقد التوريد والنقل والتموين والخدمة[5].

ومن الناحية العملية فإن اتصال العقد بالمرفق يأخذ إحدى الصور التالية[6]:

1– أن يكلف المتعاقد بتسيير وإدارة المرفق العام.

---

[1] ليلو، الوجيز في القانون الإداري (ص67).

[2] المرشدي، تعريف المرفق العام وعناصره (موقع الكتروني).

[3] عبد الله، القانون الإداري "دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان" (ص304).

[4] أبو عمارة، النظام القانوني للمرفق العام في قطاع غزة "دراسة تطبيقية لنظام الإدارة المحلية والتعليم العالي" (ص81).

[5] عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني "نشاط الإدارة ووسائلها" (ص145).

[6] جعفر، العقود الإدارية "دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون 89 لعام 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود ال B.O.T" (ص24).

2- أن يشارك المتعاقد مع الإدارة في تسيير وإدارة المرفق.
3- أن يكون موضوع التعاقد استغلال المرفق العام.
4- المساهمة في تنفيذ نشاط مرفق عام[1].
5- كون العقد يلزم المتعاقد بالمساهمة المباشرة في تنفيذ مرفق عام إداري[2].

فهذه صور مختلفة من صور اتصال العقد بالمرفق العام.

ومن أمثلة العقود المتصلة بالمرافق العامة: عقد التزام أو امتياز المرافق العامة، وعقد الأشغال العامة، عقد التوريد الإداري، والتعهد بالإنتظام في الدراسة وخدمة الدولة، وعقد بحث واستغلال البترول، وعقد استغلال المناجم والمحاجر، وعقد إيجار كافتيريا أو مقصف تابع لإحدى الجهات الإدارية، وعقد تأدية الخدمات[3].

ثالثاً: اتباع الإدارة أسلوب القانون العام (تضمين العقد شروطاً استثنائية).

لا يكفي لاعتبار العقد إدارياً أن تكون الإدارة أحد الأطراف، وأن يكون العقد متعلق بمرفق عام، وإنما لا بُدّ من أن تتبع الإدارة أسلوب القانون العام بأن تتضمن شروط استثنائية غير موجودة في القانون الخاص.

الواقع أنّ تحليل أحكام القضاء الإداري والعادي بصدد معيار تمييز العقود الإدارية، تشير إلى أن الجانب الموضوعي في هذا المعيار يتمثل في نية الإدارة في انتهاج وسائل القانون العام في شأن العقود الإدارية التي تبرمها، وأنّ هذه البنية تتبلور في أحد أمرين يستدل أي منهما على توافرهما، وهما: إبرام العقد وفقاً لأساليب القانون العام مثل: المناقصات والمزايدات التي يحدد نظامها القانون الإداري، والثاني هو تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو على الأقل الإحالة إلى اللوائح أو النظم القائمة التي تقرر هذه الشروط، وهي إما أن تتمثل في بعض الإمتيازات التي لا يجوز قانوناً أن يتمتع بها المتعاقد الآخر، أو أن تخول المتعاقد مع الإدارة سلطات استثنائية في مواجهة الغير، تخرج بطبيعتها من تلك التي يتعامل بها الأفراد فيما بينهم[4].

---

[1] عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني "نشاط الإدارة ووسائلها" (ص146).
[2] المرجع السابق، ص147.
[3] جعفر، العقود الإدارية ... (ص27).
[4] البوسعيدي، الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام B.O.T (ص33 وما بعدها).

وفي مصر عرفت المحكمة الإدارية العليا الشروط الاستثنائية بأنها الشروط التي تضعها الإدارة بوصفها سلطة عامة تتمتع بحقوق وامتيازات لا يتمتع بمثلها المتعاقد معها، وذلك بقصد تحقيق نفع عام أو مصلحة مرفق من المرافق العامة[1]. وفي حكم آخر أوضحت أنّ هذه الشروط هي شروط غير مألوفة في عقود القانون الخاص[2].

ولا يشترط في اعتبار العقد عقدا إداريا أن يتضمن عدة شروط استثنائية إنما يكفي أن يحتوي العقد على شرط استثنائي واحد لإظهار نية الإدارة في الأخذ بأسلوب القانون العام[3].

والشروط الغير المألوفة (الاستثنائية) التي تحتويها العقود الإدارية لا يمكن حصرها مقدماً، غير أنه يمكن ردّ هذه الشروط غير المألوفة إلى أفكار رئيسية، كما يمكن الإستدلال عليها بقرائن معينة، ومن الأمثلة عليها[4]:

- سلطة تعديل العقد بالإرادة المنفردة.
- سلطة إنهاء العقد قبل الموعد دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار.
- سلطة توقيع جزاء على المتعاقد إذا أخل بالتزاماته.
- منح المتعاقد مزايا خاصة، كمنحة سلطة الإستيلاء المؤقت على العقارات.
- منح الملتزم حق تحصيل رسوم من المنتفعين.
- تمتع الإدارة بحق ارتفاق على الأموال العامة.
- حق فرض غرامات، كغرامة التأخير، وبند الكفالة وحق مصادرتها بإرادتها المنفردة، وحق إلغاء العقد عندما ترى ذلك الإدراة مناسباً[5].
- الشروط التي تتضمن امتيازات للإدارة لا يمكن أن يتمتع بها المتعاقد.

وهي الشروط التي تمنح الإدارة امتيازات السلطة العامة في مواجهة المتعاقد معها والمخلة بذلك بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"[1].

---

[1] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 25/2/1967، مجموعة الأحكام، ص1225. مشار إليه في كتاب: جعفر، العقود الإدارية ... (ص28).

[2] حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 30/12/ 1967، مجموعة الأحكام، ص 359. وحكمها في 11/ 2/ 1984، مجموعة الأحكام، ص 647. وحكمها الصادر في 24/11/ 1995، مجموعة الأحكام، ص 40. مشار إليه في كتاب: جعفر، العقود الإدارية ... (ص28).

[3] الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص255).

[4] جعفر، العقود الإدارية ... (ص28 وما بعدها).

[5] مغبغب، عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة "دراسة في القانون المقارن" (ص328).

- الإحالة على دفاتر شروط معينة: تحتوى تلك الدفاتر عادة على شروط استثنائية غير مألوفة في نطاق أحكام القانون الخاص، وتكون الشروط في الدفاتر موحدة لأحكام صنف من العقود الإدارية وتصدر بها لوائح خاصة[2]، وهي بطبيعتها قواعد عامة ومجردة يفترض أن تحقق العدالة والمساواة لكل المشتركين في عطاءات هذا الصنف من العقود الإدارية، كما يقصد بها ضمان تحقيق المصلحة العامة وتوفير أموال الخزينة العامة، فإذا لم تتضمن دفاتر الشروط شروطاً استثنائية فلا تكفي بذاتها لاعتبار العقد إدارياً. ثم إن كل عقد إداري على حده قبل أن يحيل في أحكامه إلى دفاتر الشروط العامة، يتضمن أحكاماً وشروطاً خاصة تبين ذاتيته وتحدد أبعاده المميزة عما سواه من العقود الإدارية وبهذا أخذ المشرع الفلسطيني[3]. أما إذا لم تضم تلك الشروط فانّ الإحالة عليها لا تتضمن ما يفيد في تحديد طبيعة العقد[4].
- اشتراك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام: وعليه درجت أحكام القضاء الإداري على اعتبار عقود التزام المرافق العامة عقوداً إدارية باستمرار طالما أن الملتزم يشارك في إدارة المرفق العام–وهذا المعنى قائم في فلسطين مع أن جميع العقود هي من اختصاص القضاء العادي–[5].

وفي ختام هذا المبحث بجد بأنّ الإجتهاد القضائي في فرنسا اعتبر حديثاً العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة وفق نظام خاص أو استثنائي عقوداً إدارية، حتى ولو لم تكن هذه العقود متعلقة بمرفق عام أو متضمنة لبنود غير مألوفة في العقود الخاصة، ويتم إبرام هذه العقود وفقاً لنظام قانوني يفرضه المشرع، ويتضمن حقوقاً والتزامات لطرفي العقد لا مثيل لها في القانون الخاص، ومثالها: أن يفرض المشرع نظاماً قانونياً خاصاً بالعقود التي تبرمها وزارة الإعلام مع الفضائيات[6].

---

[1] أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية (ص131 وما بعدها).

[2] المادة (19) من قانون اللوازم العامة، والمادة (12) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية.

[3] أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية (ص133).

[4] منتدى ماستر القضاء الإداري، معيار العقد الإداري (موقع الكتروني).

[5] أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية (ص133).

[6] عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني "نشاط الإدارة ووسائلها" (ص151).

المبحث الثاني

مفهوم عقد الأشغال العامة وخصائصه

أرى أن توضيح أهم جوانب عقد الأشغال العامة، أن أبدأ بالتعريف بعقد الأشغال العامة، ثم أتطرق إلى الحديث عن العقود المتصلة بعقد الأشغال العامة، ولمّا كان من طبيعة أيّ عقد أن يترتب عليه شروطاً وعناصر جوهرية فكان لا بُدّ من الحديث عن خصائص وعناصر عقد الأشغال العامة، وأهم ما يميز عقد الأشغال العامة عن غيره من العقود الإدارية.

لكلّ ذلك سأتحدث في هذا المبحث عن التالي:

المطلب الأول: مفهوم عقد الأشغال العامة.

سأتناول في هذا المطلب الحديث عن مفهوم عقد الأشغال العامة (عقد المقاولة)، وأبيّن العقود المتصلة بعقد الأشغال العامة، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف عقد الأشغال العامة (عقد المقاولة).

عقد المقاولة مصطلح مركب من كلمتين: عقد، ومقاولة.

والعقد سبق تعريفه ضمن صفحات البحث، أما المقاولة لغة هي: مفاعلة من القول، وتطلق في اللغة على معنيين:

أ. المجادلة: يقال: قاوله في الأمر، أي جادله.

ب. المفاوضة: يقال: قاولته في أمره، وتقاولنا، أي: تفاوضنا[1].

والمعنيان متقاربان في دلالتهما على تبادل القول بين اثنين.

أما المقاولة في الإصطلاح فجاءت كما يلي:

1. المقاولة في الاصطلاح الشرعي.

يُعتبر مصطلح عقد المقاولة من المصطلحات القانونية الحديثة، ولذلك عرفه علماء الشرع المعاصرون بتعريفه القانوني وهو "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[1].

---

[1] ابن منظور، لسان العرب (ج577/11). ومعجم اللغة العربية، المعجم الوسيط (ج 767/2).

ولقد عرفت المقاولة في الفقه الإسلامي عموماً، وفي مجلة الأحكام العدلية بشكل خاص تحت مسمّى الإستصناع والأجير المشترك، وهاتان هما الصورتان العمليتان لعقد المقاولة في المفهوم الحديث.

فعرفت مجلة الأحكام العدلية الإستصناع على أنه "عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً، فالعامل صَانعٌ والمشتري مُسْتصنعٌ والشيء مَصْنوعٌ"[2].

وعرّف بأنه "عقد يتعهد أحد طرفيه بأن يصنع شيئاً، أو يؤدي عملاً لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"[3].

وقيل هو "عقد يقصد به أن يقوم شخص بعمل معين لحساب شخص آخر مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه أو إرادته"[4].

وعقد المقاولة يشبه في مضمونه بعض العقود المعروفة في الفقه الإسلامي كعقد الإستصناع والإجارة على العمل.

والإستصناع عقد رضائي ينعقد بالإيجاب والقبول من المستصنع والصانع[5]، ويشترط فيه أن يكون العمل والعين كلاهما من الصانع، أما لو كانت العين من المستصنع فالعقد يكون عقد إجارة وارد على عمل[6].

وعليه فالإستصناع له شبهان: شبه بالسلم لأنه بيع لمعدوم، وأن الشيء المصنوع ملتزم عند العقد في ذمة الصانع البائع، ولكنه يختلف عنه في أنه لا يجب تعجيل الثمن فيه، ولا بيان مدة الصنع والتسليم، ولا كون المصنوع مما يوجد في الأسواق. والشبه الثاني بالإجارة، ولكنه يفترق عنها من جهة أن الصانع يصنع مادة الشيء المصنوع من ماله[7].

---

(1) شويدح وأبو هربيد، عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة "رؤية شرعية" (ص1252).

(2) المادة (124) من مجلة الأحكام العدلية.

(3) الزحيلي، العقود المسماة (ص276).

(4) العايد، عقد المقاولة (ص50).

(5) انظر المادة (388) من مجلة الأحكام العدلية.

(6) انظر المادة (424) من مجلة الأحكام العدلية.

(7) سمارة، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة" (ص9).

ومعلوم عند الفقهاء أن عقد الإستصناع يعد سلماً، وشروط السلم تعتبر شروطاً للإستصناع، أما الحنفية فإنهم يفرقون بينهما، ويرون أن للإستصناع شروطاً[1] لا بُدّ من الإتصاف فيها.

وأما المحل في الإستصناع – أي المبيع– فهو العين لا عمل الصانع، وعلى ذلك لو أتى الصانع للمستصنع بخف من صنعه أو من صنع غيره قبل الإستصناع وقبله كان صحيحاً.

ويشترط في المصنوع أن يوصف وصفاً مانعاً للجهالة، وذلك ببيان جنسه ونوعه وسائر المواصفات وذلك لرفع الجهالة المفضية للمنازعة[2].

والأصل أن الإستصناع ينعقد لازماً لطرفيه، فإذا ما جاء المصنوع مخالفاً للأوصاف المتعاقد عليها فيكون المستصنع على الخيار، فإن كان المصنوع لا يتطابق مع ما اتفق عليه فله خيار الفسخ[3].

وأما فيما يتعلق بالثمن فلا تشترط المجلة دفع الثمن حالاً في وقت العقد، ولا يؤثر التعجيل أو التأجيل على صحة العقد[4].

ومن وجهة نظرنا فإنّه يمكن القول أنّ ما عرف بالإستصناع والأجير المشترك في الفقه الإسلامي ومجلة الأحكام العدلية هو الصورة العملية لعقد المقاولة، في مفهوم القوانين المدنية المعاصرة التي جمعت بين الصورتين في مصطلح المقاولة.

2. المقاولة في الاصطلاح القانوني.

يُعدّ عقد الأشغال العامة من أهم العقود الإدارية، وأقدمها من حيث النشأة، والنظرية العامة للعقود الإدارية التي أنشأها مجلس الدولة نشأت على يد مجلس الدولة الفرنسي[5] بقصد تحقيق الأشغال العامة[1].

---

[1] شويدح، المعاملات المالية المعاصرة في الشريعة الاسلامية (ص168).

[2] انظر المادة (390) من مجلة الأحكام العدلية.

[3] انظر المادة (392) من مجلة الأحكام العدلية.

[4] انظر المادة (391) من مجلة الأحكام العدلية.

[5] كان أول قانون للعقود الإدارية في فرنسا خاص بالأشغال العامة، كما بلغ الاهتمام بعقد الأشغال العامة أن بعض الدول حالياً التي تحدد أنواع العقود الإدارية تذكر أولاها الأشغال العامة، ففي مصر حين صدر ثاني قانون لمجلس الدولة رقم 1949/9 نص مادته الخامسة عن اختصاص محكمة القضاء الإداري بالفصل في

ولم يكن عقد المقاولة معروفاً بهذا المصطلح من قبل، لكن اصطلح أصحاب القانون على تسميته بهذا الاسم، واختلفت عباراتهم اختلافاً يسيراً، ومن هذه التعريفات:

- عرف القانون المدني الفلسطيني المقاولة على أنّها "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين على أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً، لقاء بدل يتعهد به الطرف الآخر"[2].
- وعرف المشرع العربي على أنّه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المقاولين[3] أن يصنع شيئاً، أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به المتعاقد الآخر"[4].
- ويستفاد من نصوص المواد 1710/ 1787 من القانون المدني الفرنسي أن عقد المقاولة يمثل عقداً يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين بالقيام بعمل ما للطرف الآخر مقابل أجر يتفق عليه بين الطرفين، علماً أن القانون المدني الفرنسي عالج المقاولة ضمن مفهوم الإجارة الواردة على العمل[5]. ويطابق ذلك التعريف الذي نص عليه القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948. ويجوز أن يقتصر تعهد المقاول على تقديم عمل، ويقدم صاحب العمل المادة اللازمة لتنفيذ العمل محل العقد، كما يجوز أن يتعهد المقاول بتقديم العمل والمادة معاً[6].

ولا بُدّ كذلك في عقد المقاولة من بيان وصف المحل ونوعه ومقداره وطريقة الأداء ومدة الانجاز وتحديد ما يقابله من بدل[7].

المنازعات الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة وعقود التوريد الإدارية. للمزيد: جعفر، العقود الإدارية ... (ص61).

[1] جعفر، العقود الإدارية ...(ص61).

[2] المادة (737) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

[3] المقاول: أي شخص طبيعي أو معنوي، يتعاقد مع الإدارة لتنفيذ الأشغال، المادة (1) من قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999.

[4] مادة (646) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، وتطابقها المادة رقم (612) من القانون المدني السوري، والمادة رقم (645) من القانون المدني الليبي، والمادة رقم (864) من القانون المدني العراقي.

[5] سمارة، مسؤولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة" (ص4).

[6] المادة (390) من مجلة الأحكام العدلية، والمادة (782) من القانون المدني الأردني، للمزيد: الزحيلي، العقود المسماة (ص276).

[7] انظر المادة (738) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

3. تعريف عقد الأشغال العامة في الاصطلاح القانوني.

تعتبر عقود الأشغال العامة من أهم صور العقود الإدارية بتحديد القانون[1] في فرنسا.

وتعتبر فرنسا المهد الأول الذي ولد فيه عقد الأشغال العامة، حيث عرفه الفقه والقضاء وبينو عناصره وأركانه، واستطاع مجلس الدولة الفرنسي أن يضع نظرية متكاملة عن الأشغال العامة أسوة بنظريات القانون الإداري الأخرى التي تعتبر من ابتداع مجلس الدولة، وعلى العكس من ذلك فإنّ مجلس الدول الفرنسي قد توسع في مفهوم الأشغال العامة عن المعنى الأصيل للأشغال، كإقامة الجسور والسدود وحفر الترع، وأدخل الأعمال المتعلقة بالصيانة، ومثال ذلك: التنظيف ورش الطرق العامة، ونقل المواد اللازمة لتنفيذ العمل، أي اعتبر العقارات بالتخصيص من قبيل الأشغال العمومية[2].

وفي مصر نص قانون مجلس الدولة الصادر سنة 1972م على اختصاص المجلس بالنظر في منازعات عقد الأشغال العامة[3].

وترك المشرع المصري مهمة تعريف وتحديد عقد الأشغال العامة إلى قضاء مجلس الدولة والفقه المصري.

وعرفت محكمة القضاء الإداري عقد الأشغال العامة "... هو عقد مقاولة بين شخص من أشخاص القانون العام، وفرد أو شركة، بمقتضاه يتعهد المقاول بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار، لحساب هذا الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً لمصلحة عامة مقابل ثمن يحدد في العقد"[4].

---

[1] تبرم الإدارة أنواعاً مختلفة من العقود الإدارية، منها عقود نظمها المشرع بأحكام خاصة ونص عليها في القانون المدني ومنها ما ورد عليه النص في لائحة العقود الإدارية، ومنها ما ترك تحديده للقضاء الإداري، وتقسم العقود وبشكل عام إلى العقود الإدارية المسماة وهي العقود التي لها مسميات شائعة حيث حدد المشرع لكل عقد منها اسمه المعروف ونظامه القانوني الذي يحكمه ومثالها عقد امتياز المرافق العامة وعقد الأشغال العامة، عقد النقل، عقد التوريد عقد القرض العام، وهناك العقود الإدارية غير المسماة وهي التي لم يحددها المشرع إنما اعتبرت كذلك وفقاً لخصائصها الذاتية حيث أن شروط العقد الإداري وأركانه انطبقت عليها. للمزيد: الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص256).

[2] الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص126 وما بعدها).

[3] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص9 وما بعدها).

[4] حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 23 ديسمبر 1956 في الطعن رقم 284 لسنة 8ق، مجموعة المجلس، السنة 11 ص 104. مشار إليه في كتاب: بشناق، محاضرات في القانون الإداري (ص222).

وعرف الفقه المصري عقد الأشغال العامة بأنه "عبارة عن اتفاق بين الإدارة وأحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة عقارات لحساب شخص معنوي عام، وبقصد تحقيق منفعة عامة، في نظير المقابل المتفق عليه ووفقاً للشروط الواردة بالعقد"[1].

ولقد عرف المشرع الفلسطيني عقد الأشغال العامة[2] بأنه "اتفاق بين الإدارة العامة وبين أحد المقاولين محله إنشاء الأبنية والطرق والمنشآت والمشاريع الهندسية بمختلف أنواعها ولوازمها وصيانتها ومتابعة تنفيذها والإشراف عليها، مقابل أجر متفق عليه ووفقاً لأحكام القانون وشروط العقد وملحقاته، كما يشمل عقد الأشغال العامة في محله الخدمات الفنية والمعروفة بأنها "دراسة التصاميم الهندسية والفنية للأشغال والمشاريع والإشراف على تنفيذها وتشغيلها وأعمال المساحة وأية استشارات فنية أو هندسية تتعلق بالأشغال"[3].

وتطلق بعض الدول على عقد الأشغال العامة مصطلح عقد المقاولة[4] الموجود في القانون المدني، ولكن حين يتصل بمرفق عام ويحتوي على عناصر العقد الإداري يسمى بذلك –حسبما استقر الفقه والقضاء– كل اتفاق بين شخص معنوي عام أو بين أحد الأفراد أو الشركات بقصد القيام بعمل من أعمال البناء أو الترميم أو الصيانة في عقار عام، ويتم العمل لحساب الشخص المعنوي، ويقصد تحقيق المنفعة العامة في نظير المقابل المتفق عليه وفقاً للشروط الواردة في العقد[5].

---

[1] الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص125).

[2] المشرع الفلسطيني تدخل في تعريف عقد الأشغال العامة؛ لأن القضاء الفلسطيني لم يرسخ مبادئ وأحكام عقد الأشغال نظراً للظروف المحيطة بمرفق القضاء، والوطن عموماً والمتمثلة في غياب الاستقلال الوطني وحرب التحرير والإنتفاضة المستمرة، وكذلك عدم التطرق إليه من قبل الفقه الفلسطيني أسوة بالدول الأخرى. للمزيد: مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص11).

[3] المادة (1) من القانون رقم 6 لسنة 1999 بشأن العطاءات للأشغال الحكومية .

[4] يسمي المشرع الأردني عقد الأشغال العامة بعقد المقاولة، حيث بين في المادة الرابعة من نظام الأشغال الحكومية رقم 71 لسنة 1986، وعرفه على أنه هو "عقد إداري يبرم بين شخص معنوي عام وأحد أشخاص القانون الخاص "والذي يسمى المقاول أو المتعهد"، بحيث يقوم الأخير ببناء أو صيانة أو ترميم عقار لحساب الشخص المعنوي العام، وتحقيقاً للمصلحة العامة مقابل ثمن يحدد في العقد". للمزيد: الخلايلة، القانون الإداري "الوظيفة العامة– القرارات الإدارية– العقود الإدارية– الأموال العامة" (ص279 وما بعدها).

[5] جعفر، العقود الإدارية...(ص61 وما بعدها).

وفي تعريف آخر، فإن الأشغال العمومية هي "كل إعداد مادي كأعمال البناء أو الترميم أو الصيانة أو الحفر في عقار لحساب شخص معنوي أو بواسطته، وتحقيقاً للنفع العام"[1].

وعرفه آخر هو "اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين يقوم بمقتضاه هذا الأخير –بمقابل– بناء أو ترميم أو صيانة عقارات معينة لحساب الإدارة تحقيقاً لمنفعة عامة"[2].

وعرفه آخر وهو "اتفاق بين الإدارة وأحد المقاولين "فرد أو شركة" بقصد القيام ببعض الأشغال العامة بهدف تحقيق مصلحة عامة في نظير مقابل مالي متفق عليه في العقد[3].

وقيل هو "عقد إداري بين الإدارة وأحد الأفراد في الغالب يكون (مقاول أو شركة مقاولات أو إنشاءات) بقصد القيام ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشئات عقارية لحساب أحد الأشخاص الإدارية، وتحقيقاً للمنفعة العامة"[4].

والملاحظ من خلال التعريفات السابقة أننا نجدها أنها متقاربة في التعاريف، حيث إنّها تشترط توافر عناصر ثلاثة لاعتبار العقد عقد أشغال عامة، وهي أن يكون موضوع الأشغال عقار، وأن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام، وأن يكون الهدف من ذلك تحقيق النفع العام.

ويجب أن تتم الأعمال المكونة للأشغال العامة بقصد تحقيق النفع العام وليس تحقيقاً لكسب مالي. وليس ثم ما يمنع قانوناً من أن يكون الأجر في عقد المقاولة مقابلاً غير نقدي يمكن تقويمه بالمال، وذلك كما حدث عندما اتفقت محافظة الجيزة مع إحدى المؤسسات وهي "وكالة الأهرام للإعلان"–بوصفها أحد المقاولين– على القيام بتجميل شارع الهرم مقابل أجر تؤديه المحافظة، يتمثل في الترخيص للمؤسسة في استغلال الشارع إعلانياً لمدة معينة[5].

ويعتبر المقاول قانوناً نائباً عن الحكومة في القيام بأعمال المنشآت العامة باعتبار مسؤولية القيام بهذه الإنشاءات واقعة أولاً على عاتق الحكومة، وهى إذ تنيب عنها مقاولين في

---

[1] فودة، دروس في قضاء المسؤولية الإدارية (ص166).

[2] الحلو، العقود الإدارية ... (ص21).

[3] العيوني، معيار تمييز العقد الإداري (ص403).

[4] الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري (ص259).

[5] الحلو، العقود الإدارية ... (ص262).

مزايدة أو مناقصة عامة إنّما تهدف بذلك إلى الحصول على المواد الأولية واليد العاملة بأحسن سعر للمصلحة العامة بغير مساس بجودة العمل ولا إخلال بمواعيد انجازه[1].

ومن وجهة نظرنا يمكن تعريف عقد الأشغال العامة وهو عبارة عن "اتفاق بين إرادتين، أحد أشخاص القانون العام مع أحد أشخاص القانون الخاص سواء أكان مقاولاً أو شركة مقاولات، على أن يقوم هذا الأخير ببناء أو ترميم أو صيانة مباني أو منشئات عقارية، ويلتزم بإنجاز الأشغال التي تم الاتفاق عليها لحساب جهة الإدارة، مقابل المبلغ المتفق عليه والمحدد في العقد، وذلك بغية تحقيق النفع العام (المصلحة العامة)".

الفرع الثاني: العقود المتصلة بعقد الأشغال العامة.

حينما ينطوي العقد على خصائص عقد الأشغال العامة، فإنّ القضاء المختص بالفصل في المنازعات الناشئة عن تطبيقه هو القضاء الإداري.

ولقد كان النص على هذا الاختصاص يمثل في الواقع استثناءً من الأصل العام الذي يعقد الاختصاص للقضاء العادي، لهذا لجأ القضاء الفرنسي إلى العديد من العقود الأخرى غير المنصوص عليها، وأخذ المشرع الفرنسي بالمفهوم الواسع لفكرة الأشغال العامة، فألحق ولو بصفة ثانوية أو تبعية لإختصاص القضاء الإداري في العقود المرتبطة بالأشغال العامة، مثال ذلك[2]: عقود المساهمة في مشروع عام، وعقود توريد الكهرباء والمياه والغاز، وعقود التزام تنظيف الطرق، وعقود تشغيل المساجين، والعقود التي تتضمن شغل جزء من الدومين العام، وعقود بيع أملاك الدولة.

وقد جعل العقود التي تبرمها الدولة أو الهيئات المحلية في عقود الأشغال العامة من ضمن اختصاص القضاء الإداري[3].

ولقد توسع مجلس الدولة الفرنسي في طبيعة الأشغال التي تعد من قبيل الأشغال العامة، فلم يقتصر معنى الأشغال العامة على البناء والهدم والترميم، بل أدخل فيها كافة الأعمال المتعلقة بالصيانة والعقارات والتنظيف والرش والكنس في الطرق العامة، ونقل المواد اللازمة

---

[1] محمد، العقود الإدارية خصائصها– مميزاتها– شروطها "عقود الأشغال العامة" "عقود التوريدات" "عقود BOT" (ص15).

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص63).

[3] المرجع السابق، ص63.

لتنفيذ الأعمال، ولا يشترط في العقار أن يكون مملوكاً للإدارة بل المهم أن يرتبط بنشاط العقار المخصص لمصلحة الإدارة[1]. واعتبر مجلس الدولة الفرنسي قيام البلدية بترميم منازل آيلة للسقوط ومملوكة للأفراد وعلى حسابهم من قبيل أعمال الأشغال العامة[2]. واعتبر كذلك إخراج جثث الموتى من قبورها وإعادة دفنها، في إطار إعادة تهيئة المقبرة، من قبيل الأشغال العامة[3].

فنجد بأنّ مجلس الدولة الفرنسي توسع في فكرة الأشغال العامة، وانتهى إلى اعتبار الصور الآتية أشغالاً عامة لارتباطها الوثيق بالأشغال العامة[4]، وهي:

- الاتفاق على نقل مواد لتنفيذ أشغال عامة.
- عقد إيجار العمل في الأشغال العامة.
- عقود تقديم مساعدات مالية أو عينية بقصد انجاز الأشغال العامة.

واعتبر القانون الفرنسي الصادر في 16/6/1966 نزع الألغام أشغالاً عامة[5].

وإلى جانب الأشغال العامة التي تتم تقليدياً لصالح شخص من أشخاص القانون العام، فقد تطور القضاء الإداري الفرنسي (وقبله محكمة التنازع الفرنسية) نحو إضفاء وصف الأشغال العامة (وعقد الأشغال العامة) على الأشغال التي تقوم بها أشخاص القانون العام على عقارات أشخاص القانون الخاص ولصالحهم، عندما اعتبر القضاء هذا النشاط مرفقاً عاماً يخدم الصالح العام، كنشاط الدولة في إعادة تعمير ما خربته الحرب، ونشاط تشجير وإعادة تشجير أراضي الغابات بما فيها أراضي مملوكة للأفراد، وتطهير ما في المياه الخاصة، وإصلاح العقارات الخاصة المعتبرة مباني أترية، بمقتضى عقود مع الملاك وهذا المعنى للأشغال العامة لا يستبعد المفهوم التقليدي لها[6].

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي في 20 ابريل 1928، مشار إليه في رسالة مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص14).

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص63).

[3] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص5).

[4] جعفر، العقود الإدارية ... (ص64 وما بعدها).

[5] مروة، القانون الإداري الخاص "المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها- الاستملاك- الأشغال العامة- التنظيم المدني" (ص219).

[6] البنا، العقود الإدارية (ص75 وما بعدها).

وعلى ذلك يكون ثمة أشغال عامة، وفقاً لقضاء مجلس الدولة الفرنسي، في حالتين[1]:

- إما أن تنفذ الأعمال لصالح شخص معنوي عام تحقيقاً لمنفعة عامة.
- أو أن تنفذ الأعمال بواسطة شخص معنوي عام في إطار نشاط مرفق عام.

واعتبر مجلس الشورى اللبناني أشغالاً عامة ما يلي[2]:

- تنظيف الساحات العامة.
- نقل المواد اللازمة لتنفيذ الأشغال.
- أعمال صيانة الأشجار في الحدائق العامة.
- أعمال الحفريات لاكتشاف الآثار.
- أشغال تعلية الرصيف العام، ووضع سلاسل عليه من أجل سلامة السير.
- تعبيد الشوارع العامة وتعليتها.
- صيانة الطرق العامة.
- مدّ الخطوط الكهربائية وتحويل المجرى إليها.

المطلب الثاني: خصائص عقد الأشغال العامة.

يتمتع عقد الأشغال العامة بعديد من الخصائص، وبالتالي لا بُدّ من أن يتضمن عقد الأشغال العامة عناصر حتى يتسم بصفته عقد أشغال عامة.

وبناءً على ما سبق، سأتناول في هذا المطلب الحديث عن عناصر عقد الأشغال العامة، والتمييز بين عقد الأشغال العامة وغيره من العقود الإدارية، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: عناصر عقد الأشغال العامة.

حتى يعتبر العقد الذي تبرمه وتنشئه الإدارة عقد أشغال عامة يتطلب ذلك ضرورة توافر العناصر الجوهرية في عقد الأشغال العامة، وهي كالتالي:

---

[1] البنا، العقود الإدارية (ص75 وما بعدها).

[2] مروة، القانون الإداري الخاص "المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها– الاستملاك– الأشغال العامة– التنظيم المدني" (ص 218 وما بعدها).

أولاً: أن يكون موضوع العقد عقار.

وقد برز هذا العنصر من تعاريف الفقهاء وفي مختلف أحكام القضاء، وعليه فكل اتفاق يكون موضوعه منقولاً، ولو كان هذا المنقول مملوكاً للإدارة، وحتى لو كان يندرج ضمن الأموال العامة فإنه لا يعتبر من قبيل الأشغال العامة، حتى ولو اعتبر ذلك عقداً إدارياً، كأن يكون عقد توريد مثلاً مهما كانت ضخامة هذا المنقول وأهميته، كما قضى مجلس الدولة الفرنسي في عقد كان موضوعه بناء حاملة طائرات حربية[1].

فالاتفاقيات التي تبرمها الإدارة بخصوص المنقولات المملوكة لها لا تعتبر عقود أشغال عامة، وتثبت هذه الصفة للعقد مهما كانت طبيعة العمل سواء كان المتعلق بالعقار بناءً أو ترميماً أو صيانةً، ويشمل أيضاً العقارات بالتخصيص مثل: خطوط الكهرباء والتلفون وصيانة المصاعد[2]، بيد أن القضاء الإداري الفرنسي توسع في فكرة الأشغال العامة وضمنها إضافة إلى ما سبق أعمال التنظيف والكنس والرش في الطرق العامة، وكذلك العقود التي تتناول ناحية بالتخصيص كإقامة خطوط هاتفية، ومدّ الأسلاك تحت الماء[3].

وعليه فمفهوم العقارات هو العقار بالمعنى الواسع، أي سواء كان موضوع الأشغال عقار بالطبيعة، أم عقار بالتخصيص. بل وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي إخراج جثث الموتى من قبورها وإعادة دفنها، في إطار إعادة تهيئة المقبرة من قبيل الأشغال العامة[4].

ثانياً: أن يكون أحد أطراف العقد شخص معنوي عام.

استقر الفقه والقضاء في الدول المقارنة على وجوب وجود شخص معنوي عام طرفاً في العقد، لاعتباره عقداً إدارياً[5]، وهذا الشرط لا بُدّ توافره في كل عقد إداري، ويندرج تحت أشخاص القانون العام، الدولة، كما توجد الأشخاص العامة المرفقية كالهيئات العامة ومنها الهيئة العامة للبترول، أو مؤسسة عامة كسلطة المياه، شريطة أن يكون المشرع قد اعترف لها بالشخصية

---

[1] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص4).

[2] الصرايرة، الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية الخاضعة لنظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986 (ص7).

[3] عبد الحفيظ، عقد الأشغال العامة وخصائصه وفق الإجتهاد القضائي (موقع الكتروني).

[4] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص5).

[5] عمرو، مبادئ القانون الإداري الفلسطيني "نشاط الإدارة ووسائلها" (ص143).

الاعتبارية العامة، وأخيراً الأشخاص العامة الإقليمية وتتمثل بالمحافظة أو البلدية " وبذلك يتضح لنا أن جميع الأشخاص القانون السابقة تنحصر داخل السلطة المركزية أو السلطة اللامركزية سواء المحلية أم المرفقية[1].

فلا بُدّ أن يتم العمل لحساب شخص معنوي عام سواء كان مملوكاً له ملكية عامة أو خاصة، فيعدّ من الأشغال العامة ما يجري من الأعمال على عقار مملوك لأحد الأفراد أو المشروعات الخاصة، إذا كانت الأعمال تجري لحساب شخص معنوي عام، كأن يكون مآل العقار إليه بعد إتمام الأعمال أو بعد مدة إتمامها، وبطبيعة الحال تعدّ الأعمال من قبيل الأشغال العامة، إذا كانت تتم على عقار مملوك لشخص معنوي عام ولحسابه، وهي الصورة الغالبة[2].

ولإعمال هذا العنصر يعتبر عقد أشغال عامة بناء مستشفى لحساب وزارة الصحة، وعقد ترميم كلية لحساب جامعة حكومية، وعقد صيانة محكمة لحساب وزارة العدل. ولا يعتبر من عقود الأشغال العامة، عقد بناء مستشفى لصالح أحد الأشخاص أو لحساب شركة خاصة، وكذلك ترميم مدرسة خاصة مملوكة لفرد أو أفراد[3].

والجدير بالتنبيه أن صلة الشخص العام بالأعمال التي تتم على عقار تأخذ صوراً متعددة، وهي تثير التساؤل حول حكمها، ومدى تأثيرها على طبيعة العقد، وهذه الصورة هي:

مَنْ يملك العقار؟ ومَنْ يتعاقد على الأعمال، ومَنْ تتم الأعمال لحسابه؟.

وقد بينّا أنه يلزم أن تتم الأعمال لحساب شخص معنوي عام، وأنه لا يهم مالك العقار، ويبقى التساؤل عمن يتعاقد على الأعمال؟ إنّه يتعين –كقاعدة– أن يكون المتعاقد شخصاً عاماً معنوياً. وهذا هو الشرط الأول في العقود الإدارية، وهو أن تكون الإدارة طرفاً في العقد، على أنه يستفاد من أحكام القضاء الإداري في مصر وفرنسا، على ما تقدم، أن العقد الذي يبرم بين شخصين من أشخاص القانون الخاص يمكن أن يكون عقداً إدارياً إذا ما تبين أن أحدهما كان يعمل باسم ولحساب الإدارة، متى توافرت الشروط الأخرى، وعلى ذلك يعتبر عقد أشغال عامة

---

[1] الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص254).

[2] البنا، العقود الإدارية (ص74).

[3] أبو راس، العقود الإدارية (ص49).

الاتفاق الذي يعهد به شخص من أشخاص القانون الخاص (كشركة امتياز) إلى آخر (مقاول)، بتنفيذ أشغال عامة إذا ما كان الأول قد تعاقد كنائب أو وكيل عن الدولة[1].

وقد تطور القضاء الإداري الفرنسي نحو إضفاء وصف الأشغال العامة (وعقد الأشغال العامة) على الأشغال التي يقوم بها أشخاص القانون العام على عقارات أشخاص القانون الخاص ولصالحهم، عندما اعتبر القضاء هذا النشاط مرفقاً عاماً لصالح العام، كنشاط الدولة في إعادة تعمير ما خربته الحرب، ونشاط تشجير وإعادة تشجير أراضي الغابات بما فيها أراضي مملوكة للأفراد[2].

ثالثاً: أن يهدف العقد لتحقيق النفع العام.

حتى تتصف الأشغال بأنها أشغال عامة يجب بالإضافة إلى توفر العنصرين السابقين أن يكون الهدف من جراء ذلك العقد لوصفه بأنه عقد أشغال عامة، هو تحقيق النفع العام أو المصلحة العامة، ويكفي لتحقيق هذا الشرط مثلاً أن ترد الأشغال على عقار الملتزم في عقد التزام مرفق عام؛ لأنّ غاية الأشغال هنا هي مصلحة المرفق نفسه الذي يتولاه الملتزم وهو مرفق عام، وواضح بالتالي النفع العام. وفي هذا الفرض الأشغال رغم ورودها على عقار الملتزم إلا أنها تتم لحساب السلطة الإدارية مانحة الالتزام، لأن إليها سيعود المرفق وعقاراته ومنشآته بعد نهاية مدة عقد الالتزام[3].

وتحقيق المصلحة العامة شرط ضروري لإضفاء الصفة الإدارية على عقود الأشغال التي تبرمها الإدارة، لأن الإتفاقات التي يبرمها الشخص العام بهدف تحقيق مصلحة مالية لا تعتبر عقود إدارية، وفي حالة تعدد الأهداف التي تسعى الإدارة إليها فإنّه يعتد بالباعث الرئيس، فإذا كان الهدف الرئيس هو تحقيق مصلحة عامة فإن العقد يعتبر عقد أشغال عامة، ولو يحقق بالتبعية مصلحة مالية للإدارة[4].

---

[1] البنا، العقود الإدارية (ص74).

[2] المرجع السابق، ص75.

[3] أبو يونس، أحكام القانون الإداري "القسم الخاص" (ص255).

[4] الصرايرة، الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية الخاضعة لنظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986 (ص7).

فالنتيجة أنّ الأشغال يمكن أن تكون عامة سواء تمت على دومين عام أو دومين خاص للإدارة، ما دام محلها عقار وبهدف نفع عام، وهذا شيء طبيعي ما دام كما أسلفنا القضاء الفرنسي يعتبر الأشغال التي تتولى الإدارة الاشراف عليها ومراقبتها أشغالاً عامة[1].

من جانب ذلك توسع مجلس الدولة الفرنسي في فكرة الأشغال العامة، وانتهى إلى اعتبار الصور الآتية أشغالاً عامة لارتباطها الوثيق بالأشغال العامة، وهي: الاتفاق على نقل مواد لتنفيذ أشغال عامة، وعقد إيجار العمل في الأشغال العامة، وعقود تقديم مساعدات مالية أو عينية بقصد انجاز الأشغال العامة[2].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ الطبيعة القانونية لعقد الأشغال العامة، تستمد من العناصر المكونة له، فمتى توافرت هذه العناصر الثلاثة مجتمعةً وهي (أن يرد موضوع العقد على عقار، وأن يكون أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد، وأن يهدف ذلك العقد لتحقيق النفع والمصلحة العامة) كنا أمام عقد أشغال عامة إداري، وخضعت لنظام قانوني مغاير لقواعد القانون الخاص.

الفرع الثاني: التمييز بين عقد الأشغال العامة وغيره من العقود الإدارية.

يقترب عقد الأشغال العامة من بعض العقود الإدارية، والسبب في ذلك أن هذه العقود تتلاقى معه من حيث الموضوع، ولعلّ أهم هذه العقود عقد الامتياز، وعقد التوريد، وعقد تقديم المعونة.

ولإيضاح الإختلاف سأقوم بإلقاء الضوء على بعض هذه الأنواع من العقود الإدارية.

أولاً: عقد الأشغال العامة وعقد الامتياز.

يعتبر عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية، فهو عقد له صورتان:

أ. أن يكون عقد امتياز الأشغال العامة، كإقامة منشأة عامة (موانئ، جسور) تقترن بتقديم خدمات عامة، مقابل الحصول على رسم معين من شاغلي هذه المنشأة طوال مدة

---

[1] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص7).

[2] جعفر، العقود الإدارية ... (ص 64 وما بعدها).

الامتياز[1]، يتم الاتفاق عليه، ومثال ذلك: إنشاء حديقة عامة أو إنشاء نفق أو طريق سريع بين مدينتين[2].

ب. أن يكون عقد امتياز المرافق العامة[3]، وهو عقد يتولى بموجبه أحد الأفراد أو الشركات وعلى مسؤوليته إدارة مرفق عام اقتصادي واستغلاله مدة من الزمن[4] مقابل رسوم يتقاضاها من المنتفعين، مع خضوعه للقواعد الأساسية المنظمة لسير المرافق العامة إضافة إلى الشروط التي تضمنتها الإدارة للعقد[5]. حيث يقوم صاحب الامتياز بإدارة مرفق عام كتوزيع الماء أو الكهرباء، مقابل رسوم يحصلها من المنتفعين بالمرفق العام.

ويعتبر عقد الامتياز من أهم العقود الإدارية[6] التي يتم تنظيمها بموجب قانون يحدد موضوع العقد في استغلال أو إنشاء مرفق عام[1].

---

[1] القيسي، الوجيز في القانون الإداري "ذاتية القانون الإداري– التنظيم الإداري– النشاط الإداري– عمال وأعمال السلطة الإدارية– أموال السلطة الإدارية" (ص324).

[2] الخلايلة، القانون الإداري "الوظيفة العامة– القرارات الإدارية– العقود الإدارية– الأموال العامة" (ص272).

[3] يتسم عقد امتياز المرافق العامة بالسمات والخصائص التالية:

- أنه عقد طويل يحتاج تنفيذه لفترات طويلة قد تزيد عن الخمسين عام.
- تتمتع الإدارة مانحة الامتياز بسلطة تقديرية واسعة في ابرام العقد الإداري مع الشركة أو الشخص المعنوي طالب الامتياز.
- يتحدد المقابل في عقد الامتياز غالباً برسوم يتم تقاضيها من المنتفعين. للمزيد: الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري (ص258).

[4] يجب أن يكون عقد الامتياز محدد المدة، فمدته غالباً تكون طويلة نسبياً، حتى يتاح لحامل الامتياز استرداد المبالغ التي صرفها في سبيل إنشاء وإدارة المرفق والحصول على ربح معقول، وتتبع الأنظمة القانونية المختلفة أساليب متنوعة في تحديد مدة الامتياز، فمنها من يحدد في القانون الحدّ الأقصى لمدة عقد الامتياز، فقد حدد قانون الاتصالات الفنزويلي لسنة 2000، مثلاً مدة عقد الامتياز بما لا يزيد عن 25 عام. ولكن بعض القوانين لا تحدد المدة، تاركة الأمر لإتفاقية عقد الامتياز ذاتها، ووفقاً لتقدير الجهة الإدارية مانحة الامتياز. للمزيد: برغوثي، عقود الامتياز "حالة شركة الإتصالات الفلسطينية" (ص25).

[5] الجبوري، العقود الإدارية (ص21).

[6] تعددت الإتجاهات على المستوى الفقهي في تكييف الامتياز، وتحديد الطبيعة القانونية له، فالبعض اعتبره قراراً او تصرفاً فردياً، تقوم به الإدارة مانحة الامتياز، والبعض الآخر اعتبره عقداً إدارياً، ويمكن اعتبار الرأي الثاني الذي يكيف الامتياز على أنه عقد إداري ذو طبيعة مركبة أو مختلطة هو الإتجاه الأكثر قبولاً، خصوصاً أنّ عقد الامتياز يحتوي على شروط تعاقدية اتفاقية، وشروط تنظيمية أو لائحية قانونية. للمزيد: برغوثي، عقود الامتياز "حالة شركة الإتصالات الفلسطينية" (ص13).

ولقد عرّف القانون المدني الفلسطيني التزام المرفق العام بأنه "عقد الغرض منه إدارة مرفق عام ذي صفة اقتصادية، ويكون بين جهة الإدارة المختصة بتنظيم هذا المرفق وبين فرد أو شركة، يعهد إليها باستغلال المرفق فترة معينة من الزمن"[2].

ويتعهد بموجبه ملتزم المرفق العام بمقتضى العقد الذي يبرمه مع الملتزم بأن يؤدي لهذا العميل على الوجه المألوف، الخدمات المقابلة للرسم الذي يتقاضاه وفقاً للشروط المنصوص عليها في عقد الالتزام وملحقاته وما تقتضيه طبيعة هذا العمل، ونصوص القانون[3].

ونظراً لأهمية عقد الامتياز، فقد نص الدستور الفلسطيني على أنّه: "يحدد القانون القواعد والإجراءات الخاصة بمنح الامتيازات أو الالتزامات المتعلقة باستغلال موارد الثروة الطبيعية والمرافق العامة[4]، كما يبين أحوال التصرف بالعقارات المملوكة للدولة وغيرها من الأشخاص المعنوية العامة، أو القواعد والإجراءات المنظمة لها"[5].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ نقطة الإلتقاء بين عقد الأشغال العامة من جهة وعقد امتياز الأشغال العامة من جهة أخرى إنما تتمثل في أنّ كلاهما يتعلقان من حيث المحل بتنفيذ الأشغال العامة من قبل متعاقد معين. ولكن الفرق بينهما يكمن في أن المتعاقد في عقد الأشغال العامة يحصل على المقابل المالي لما تم تنفيذه من أشغال من الإدارة مباشرة على شكل ثمن محدد مسبقاً، وتعين شروط العقد طريقة دفعه؛ بينما المتعاقد في عقد امتياز الأشغال العامة فيحصل على المقابل لما تم تنفيذه من أشغال خلال استغلاله هذه الأشغال ذاتها واستثمارها لمدة محددة من الزمن، عن طريق جباية الرسوم من المنتفعين بها.

أما الفرق بين عقد الأشغال العامه وعقد التزام المرافق العامة، يكمن في أنّ عقد الأشغال العامة يتعلق موضوعه بإنشاء مرفق دون أن يكون للمقاول حق استغلاله.

---

[1] القيسي، الوجيز في القانون الإداري (ص324).

[2] المادة (764) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لعام 2012.

[3] المادة (765) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لعام 2012.

[4] إنّ الهدف العام من لجوء الدولة أو إحدى إداراتها إلى أسلوب الامتياز لإدارة المرفق العام، هو توفير خدمة عامة للمواطنين بفعالية وجودة عاليتين. للمزيد: برغوثي، عقود الامتياز "حالة شركة الإتصالات الفلسطينية" (ص12).

[5] المادة (94) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل رقم (2) لسنة 2005.

ثانياً: عقد الأشغال العامة وعقد التوريد.

يعرف عقد التوريد بأنه " اتفاق بين شخص معنوي من أشخاص القانون العام وفرد أو شركة يتعهد بمقتضاه الفرد أو الشركة بتوريد منقولات معينة للشخص المعنوي لازمة لمرفق عام مقابل ثمن معين"[1].

وقد يتم توريد المواد واللوازم المتفق عليها في عقد التوريد دفعة واحدة، كما يتم توريدها على مدى فترة زمنية طويلة. والوضع الغالب في عقد التوريد أن تكون الإدارة هي المستوردة فتطلب من فرد أو شركة توريد مواد أو منقولات لازمة لسير المرفق العام، ولكن قد تكون الإدارة هي الموردة كأن تورد مواد لدولة أجنبية من انتاجها[2].

ويذكر الفقه ميزتان يمتاز بهما عقد التوريد وهما أنه عقد رضائي بصفة عامة[3]، وأنّ موضوعه هو أموال منقولة أي توريد أشياء منقولة فقط[4]. والأشياء المنقولة محل عقد التوريد لا ترد تحت الحصر، وتشمل كل شيء منقول يدخل في دائرة التعامل، ابتداء من الأدوات المكتبية كالأقلام والأحبار والنشاف، إلى الملابس والأغذية والادوات الطبية والمدرسية والكهربائية، حتى السيارات والسفن والطائرات[5].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ نقطة الالتقاء بين عقد الأشغال العامة من جهة وعقد التوريد من جهة أخرى إنما تتمثل في أن كلاهما يشترط فيه أنه يجب أن يكون أحد الأطراف شخص معنوي عام، وأن يكون الهدف من موضوع العقد تحقيق النفع والمصلحة العامة. ولكن الفرق بينهما يكمن في أنّ من أهم ما يميز عقد الأشغال العامة عن عقد التوريد هو أن عقد الأشغال العامة يرد على عقار؛ بينما عقد التوريد يرد على منقول فقط.

ثالثاً: عقد الأشغال العامة وعقد المعاونة (أو المساهمة).

عقد المعاونة هو "عقد يتعهد بمقتضاه أحد أشخاص القانون الخاص أو العام برضائه وبإختياره بأن يساهم نقداً أو بتقديم عقار أو منقول لغايات إقامة مشروع من المشروعات العامة

---

[1] الشاعر، الوجيز في القانون الإداري (ص260).

[2] الذنيبات، الوجيز في القانون الإداري (ص259).

[3] المرجع السابق، ص259.

[4] الظاهر، القانون الإداري "دراسة مقارنة"، الكتاب الثاني "المرفق العام- الضبط الإداري- العقود الإدارية- الأموال العامة" (ص253).

[5] أبو يونس، أحكام القانون الإداري "القسم الخاص" (ص256).

مقابل قيام الإدارة بتنفيذ هذا المشروع". وقد يصدر العرض بالمساهمة من أحد الأفراد، فإن لاقى هذا العرض قبول الإدارة انعقد العقد وأصبح ذلك الشخص ملزماً بتقديم ما تعهد به، وقد تأتي المبادرة من جهة الإدارة بأن يكون هناك دعوة من أحد أشخاص القانون العام للمساهمة في مشروع عام، وتلاقي قبولاً من الطرف الآخر، كما لو أعلنت وزارة الأوقاف على سبيل المثال نيتها بناء مسجد في إحدى المدن أو القرى مقابل مساهمة السكان في نفقات البناء أو مقابل مساهمتهم في قطعة الأرض التي سيقام عليها المسجد[1].

ولقد عرفت المحكمة الإدارية العليا عقد المساهمة في مشروع ذي نفع عام بأنه عقد إداري يتعهد بموجبه شخص برضائه واختياره بالمساهمة نقداً أو عيناً في نفقات مشروع من مشروعات الأشغال العامة أو المرافق العامة، وقد يكون المتعهد ذا مصلحة في تعهده، أو غير ذي مصلحة فيه، وقد يترتب التعهد بعوض أو يتضمن تبرعاً، وقد يكون تلقائياً من ذات أو بطلب من الجهة الإدارية، كما قد يكون تعهداً منجزاً أو مشروطاً. ومهما اختلفت صور هذا التعهد أو تباينت أوصافه، فهو يقوم على المساهمة الإختيارية في مشروع ذي نفع عام، وهو عقد ملزم لا مناص من تنفيذه وإعمال مقتضاه قانوناً[2].

وأهم ما يميز عقد المعاونة أو المساهمة بأنه يتم جانب المساهم اختيارياً وبدون إكراه، ويستوي أن يكون للمتعهد مصلحة أو عدم وجود مصلحة له من وراء هذه المساهمة.

ويحق للمساهم أن يضع شروطاً، ولكن يجب أن لا تمس بالنفع العام الذي يستهدفه العقد[3]. ويجوز للإدارة بعد قبولها لعرض المساهمة أن تعدّل بعد ذلك، وتتحلل من قبولها للعرض إذا هي قدرت أن ذلك لا يتفق والصالح العام، كما لو ظهرت لها فيما بعد أنّ المشروع باهظ التكاليف، أو أنّ فائدته لم تعد مؤكدة، أو أنّ تنفيذه بطريقة أخرى أفضل للمصلحة العامة. والإدارة في ذلك لا تكون مخطئة بحال[4].

---

[1] الخلايلة، القانون الإداري ... (ص281).

[2] الإدارية العليا – جلسة 27/12/1980– الحكم رقم 710– 813 لسنة 2ق. مشار إليه في كتاب: صادق، قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية (ص 34).

[3] الظاهر، القانون الإداري "دراسة مقارنة" ...(ص 253 وما بعدها).

[4] أبو يونس، أحكام القانون الإداري "القسم الخاص" (ص258).

ولذا فإنه يجوز للمتقدم بالعرض (أو ورثته في حال وفاته) سحب العرض والتحلل منه قبل موافقة الإدارة، أما بعد موافقتها فيكون ملزماً ولا يجوز الرجوع عن ذلك[1].

وفي ذلك تقول محكمة القضاء الإداري "الإدارة لا تلتزم قبل العرض العارض بتنفيذ المشروع في ذاته إذا قدرت عدم ملائمة تنفيذه، ولا يكون ذلك منها خطأً تعاقدياً يستتبع مسؤوليتها، وإلزامها بأي تعويض بسبب ذلك، كل ما للمتعهد هو أن يسترد هبته وما أنفقه أو تكبده في سبيل تنفيذ غرضه قبل أن تعلنه الإدارة بإنهاء عقده، كما لو كان بالأرض نخيل أزاله لكي يصبح فضاء لتتمكن الإدارة من تنفيذ المشروع عليها"[2].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ نقطة الالتقاء بين عقد المعاونة وعقد الأشغال العامة في أنه يهدف كلاً منهما إلى تحقيق النفع والمصلحة العامة، وكذلك وجود الإدارة كطرف في كلا العقدين، حيث لا ينعقد العقد في كلا العقدين إلا بعد موافقة الإدارة عليه؛ بينما الخلاف واقع في أن عقد الأشغال العامة ملزم للجانبين بخلاف عقد المعاونة هو فقط ملزم لجانب واحد.

ويقع أيضاً الخلاف إلى أنّه لا يوجد في عقد المعاونة ثمن يأخذه المساهم كما في عقد الأشغال العامة، حيث يأخذ المقاول ثمن لقاء عمله، وأيضاً الخلاف يكمن في أن عقد المعاونة قد يرد على منقول أو عقار أو غير ذلك، وهذا خلاف عقد الأشغال العامة الذي لا يرد إلا على عقار فقط.

---

[1] الظاهر، القانون الإداري "دراسة مقارنة"... (ص282).

[2] أبو يونس، أحكام القانون الإداري "القسم الخاص" (ص258).

الفصل الثاني

النّظام القانوني للتعاقد من الباطن

في نطاق عقود الأشغال العامة

الفصل الثاني

النّظام القانوني للتعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة

يُعدّ التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية، فالتعاقد من الباطن غالباً ما يلائم الواقع العملي بل ويشكل في حد ذاته ضرورة عملية، فمن النادر أن تتوافر في المقاول المقدرة على تنفيذ العقد بصورة كاملة بمفرده، فغالبية المتعاقدين لا يملكون جميع الوسائل المالية والتقنية الخاصة بهم بما يسمح لهم بتنفيذ العقد بصورة كاملة وبدون تأخير، ومن ثمّ فليس أمامهم من سبيل سوى اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع الغير من ذوي التخصص، للقيام بما يعجزون عن القيام به حيال تنفيذ العقد الأساسي، ومن النادر أن يكون هناك متعاقد يملك التخصص في كل شيء، بل الشركات الكبيرة لا تتوانى عن اللجوء إلى التعاقد من الباطن.

فالتعاقد من الباطن ظاهرة كانت ولا تزال من أكثر الوقائع المثيرة للتساؤلات والخلافات، في نطاق القانون بوجهٍ عام، وفي نطاق العقود الإدارية بوجهٍ خاص، فلا يكاد يخلو عقد إداري من وجود تعاقد من الباطن أو أكثر.

لكلّ ذلك سأتحدث في هذا الفصل عن ماهية التعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة، وبيان خصائصه، والتمييز بينه وبين غيره من النظم القانونية الأخرى، والحديث عن فكرة الاعتبار الشخصي ونطاقه وأهميته، وبيان التنظيم التشريعي للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة في فرنسا ومصر وفلسطين.

وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية التعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة.

المبحث الثاني: الاعتبار الشخصي في نطاق عقود الأشغال العامة.

المبحث الثالث: التنظيم التشريعي للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة.

المبحث الأول

ماهية التعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة

يعدّ التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية، فالتعاقد من الباطن غالباً ما يلائم الواقع العملي بل ويشكل في حد ذاته ضرورة عملية، فمن النادر أن تتوافر في المقاول المقدرة على تنفيذ العقد بصورة كاملة بمصادره وحده، فغالبية المتعاقدين لا يملكون جميع الوسائل المالية والتقنية الخاصة بهم بما يسمح لهم بتنفيذ العقد بصورة كاملة وبدون تأخير، ومن ثمّ فليس أمامهم من سبيل سوى اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع الغير من ذوي التخصص للقيام بما يعجزون عن القيام به حيال تنفيذ العقد الأساسي، فمن النادر أن يكون هناك متعاقد يملك التخصص في كل شيء، بل الشركات الكبيرة لا تتوانى عن اللجوء إلى التعاقد من الباطن[1].

وبناءً على ما سبق، سأتحدث في هذا المطلب عن مفهوم التعاقد من الباطن، وأبرز الخصائص التي يتمتع بها، وسأتحدث عن التمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد وغيره من النظم القانونية الأخرى، وذلك حسب التالي:

المطلب الأول: مفهوم التعاقد من الباطن.

عرّف المشرع الفرنسي التعاقد من الباطن على أنه "عملية يتعاقد بمقتضاها مقاول وتحت مسؤوليته من الباطن مع شخص آخر يوصف بالمتعاقد من الباطن لتنفيذ كل أو جزء من عقد المقاولة، أو جزء من العقد العام المبرم مع رب العمل"[2].

ويتضح من هذا القانون بأنّ المشرع الفرنسي قد ذهب إلى أن التعاقد من الباطن يشتمل التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد الأصلي، إلا أن غالبية الفقه الفرنسي يذهب إلى عكس ذلك، بمعنى أن التعاقد من الباطن لا يكون إلا بصورة جزئية من العقد العام، ولقد تبنى المشرع الفرنسي في قانون المشتريات العامة رقم 975- 2006 ذلك، حيث جاء في المادة (12) حيث تنص على أنه "يستطيع الطرف الأصيل في عقد الأشغال العامة أو عقد الخدمات العامة أو العقد الصناعي أن يتعاقد من الباطن بغية تنفيذ بعض أو جزء من عقده شريطة أن يكون قد

---

[1] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص 700 وما بعدها).

[2] المادة (1) من القانون رقم 75- 1334 الصادر في 31 ديسمبر 1975 والمتعلق بتنظيم التعاقد من الباطن، ثم عدل هذا القانون عدة مرات كان آخرها القانون رقم 2005- 245 الصادر في 26 يونيو 2005، مشار إليه في كتاب غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص703 وما بعدها).

حصل من السلطة المتعاقدة معه على القبول لكل واحد من المتعاقدين من الباطن وبشروط السداد المباشر لهم"[1].

فنجد بأنّ فرنسا تنظر إلى التعاقد من الباطن على أنه حقيقة لا بُدّ من التعامل معها، ولا بُدّ من تنظيمها بما يحقق الصالح العام، وأنه لا بُدّ من أن يتم التعاقد من الباطن تحت إشرافها، بل إنها باتت في كثير من الأحيان تفرض المتعاقد من الباطن على المتعاقد الأصلي، وراحت تحقق له الحماية القانونية بأن شرعت له السداد المباشر والدعوى المباشرة ... وغير ذلك من صور الحماية[2].

وإنّ التعاقد من الباطن لا يعدو أن يكون صورة من صور التعاقد التي عرفها القانون. وعلى الرغم من استعمال المشرع في مصر[3] لهذا المصطلح إلا أنه لم يضع تعريفاً محدداً؛ ويرجع ذلك إلى أنه لم يهتم بوضع نظرية عامة للتعاقد من الباطن، وإنما أورد تطبيقات خاصة، ووضع حلولاً عملية لكل حالة على حده هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّ الشارع عادة لا يضع تعريفاً لمصطلح قانوني، تاركاً هذه المهمة للفقه والقضاء[4].

ولقد تعددت تعريفات الفقه للتعاقد من الباطن، فقد عرفه الفقيه الفرنسي (لوبادير) بقوله "هو ذلك التصرف القانوني الذي يعهد من خلاله المتعاقد إلى الغير بتنفيذ جزء من العقد الأصلي". ويرى الفقيه (تيسي) أنه حينما يرغب أحد أطراف العقد في إنقاص أو تخفيف الالتزامات الملقاة على عاتقه، والتي يجب عليه تنفيذها فإنه يلجأ إلى إبرام عقد من الباطن يلحق بالاتفاق الأول –الأصلي– ولا يتجاوز هذا العقد من الباطن العقد الأصلي في محتواه أو حدوده أو مدته[5].

---

[1] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص704).

[2] الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية "دراسة مقارنة" (ص4).

[3] لم يضع الفقه المصري تعريفاً موحداً لفكرة التعاقد من الباطن، ويرجع ذلك إلى أنّه لم ينظر إلى هذه الفكرة إلا من خلال تطبيقاتها الواردة بالتقنين المدني، كالمقاولة من الباطن، والإيجار من الباطن، والوكالة من الباطن. وقد سار القضاء المصري على درب الفقه، حيث أنه لم يضع تعريفاً محدداً لفكرة التعاقد من الباطن في ذاتها، بل ذهب إلى تعريف كل عقد يطبق هذه الفكرة على حدة. للمزيد: إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص36 وما بعدها).

[4] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص32).

[5] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص109).

في حين عرفه جانب من الفقه المصري بأنه "التصرف الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد أو تنفيذ جانب من التزاماته"[1].

كما عرفه رأي ثانٍ بالقول بأنه "مساهمة الغير في تنفيذ كل أو بعض العقد الإداري المبرم بين الجهة الإدارية ومن تعاقدت معه، بحيث تنشأ بين طرفين جديدين هما المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، رابطة عقدية جديدة هي رابطة التعاقد من الباطن، على أن يبقى المتعاقد الأصلي، من حيث المبدأ مسؤولاً عن تنفيذ العقد بأكمله، مع إمكانية أن يصبح المتعاقد من الباطن دائناً للإدارة المتعاقدة في حدود الأعمال المنفذة من قبله"[2].

وعرّف بأنه "تصرف قانوني بمقتضاه يتفق المقاول المتعاقد مع الإدارة، مع الغير لتنفيذ بعض الالتزامات التعاقدية". وعلى عكس التنازل الكلي عن العقد فإن التعاقد من الباطن، يتنازل المقاول عن جزء من العقد الأصلي، وبذلك لا يهدم كليا فكرة الاعتبار الشخصي في تنفيذ العقد الإداري[3].

ويعرف التعاقد من الباطن أو المقاولة من الباطن كما يعبر عنه البعض بأنه "عقد بمقتضاه يتفق المقاول الأصيل مع غيره بخصوص تنفيذ جزء محدد من التزاماته المقررة بمقتضى عقد الأشغال العامة". أو هو "التصرف القانوني الذي يبرمه المتعاقد الأصلي مع الغير بقصد تنفيذ جزء من محل العقد"[4].

ويعتبر التعاقد من الباطن بأنه وسيلة عادية لتقديم وتنفيذ بعض الأشغال، حيث يبقى المقاول الأصلي ملتزماً شخصياً أمام الإدارة، ولا علاقة للإدارة مع المتعاقد من الباطن.

ومن وجهة نظرنا نرى بأنه من خلال ما تقدم نجد بأنّ التعريفات السابقة قريبة من بعضها البعض، ويمكننا صياغة التعريف الآتي للتعاقد من الباطن بأنه "ذلك العقد الذي يبرمه المتعاقد الأصلي، مع شخص أجنبي عن العقد يسمى المتعاقد من الباطن، لتنفيذ جانب أو جزء من العقد الأصلي أو من أجل الحصول على منفعة من جراء العقد الأصلي، والذي يستند إلى وجوده ونطاقه ومدته إلى العقد الأصلي باعتباره أنه هو السبب المباشر في وجوده".

---

[1] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص599).

[2] الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية "دراسة مقارنة" (ص29).

[3] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص37 وما بعدها).

[4] ابن شعبان ، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص240).

ومن خلال التعريفات السابقة يمكن أن تستنتج العناصر[1] التي تتميز بها عقود الباطن:

- فالعقد الباطن هو عملية عقدية، تتكون من عقدين هما: العقد الأصلي والعقد من الباطن.
- يستند العقد الباطن في وجوده ونطاقه ومدته إلى العقد الأصلي، الذي يعد سبباً في وجوده.
- المتعاقد الأصلي لا يختفي في التعاقد من الباطن، بل على العكس يظل موجوداً كحلقة وصل بين العقد الأصلي والعقد من الباطن، ولا يترك المسرح التعاقدي شاغراً.

المطلب الثاني: خصائص التعاقد من الباطن.

يتسم التعاقد من الباطن بالعديد من الخصائص، سنقوم بتسليط الضوء عليها في التفصيل التالي:

1. التعاقد من الباطن عقد رضائي.

يعدّ التعاقد من الباطن من العقود القائمة على التراضي كونه من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد اتفاق إرادتي طرفيه –أي المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن– إذ يكفي لإنعقاده صحيحاً توافق الإيجاب والقبول بين هذين الطرفين، واتجاه هاتين الإرادتين نحو إحداث أثر قانوني معين، شريطة عدم توافر نص أو اتفاق يحول دون هذا التعاقد، فالمتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن لهما الحرية المطلقة في التعبير عن إرادتهما بالطريقة التي يرونها مناسبة، ما دامت هذه الإرادة متجهة نحو إحداث الآثار القانونية، ما لم يرد نص يقضي خلاف ذلك. فالتعاقد من الباطن تنطبق عليه قاعدة العقد شريعة المتعاقدين[2].

2. التعاقد من الباطن من عقود المعاوضة.

التعاقد من الباطن من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرع؛ لأنّ كل طرف يحصل على مقابل لما يعطيه أو يؤديه، فالمتعاقد من الباطن يؤدي عمله نظير المقابل المادي الذي يدفعه المتعاقد الأصلي له[3].

---

[1] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص40).

[2] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص113 وما بعدها).

[3] كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص599 وما بعدها).

3. التعاقد من الباطن من العقود الملزمة للجانبين.

التعاقد من الباطن من العقود الملزمة للجانبين، إذ إنه يرتب التزامات متبادلة على عاتق الطرفين، فيلتزم المتعاقد الأصلي كقاعدة عامة بتقديم مقابل مادي معلوم، نظير تعهد المتعاقد من الباطن بتقديم عمل أو صنع شيء ما[1].

4. أن يكون التعاقد من الباطن مسبوقاً بعقد أصلي.

لا بُدّ أن يكون التعاقد من الباطن مسبوقاً بعقد أصلي، حيث إنّ التعاقد من الباطن يفترض وجود عقدين متميزين يستقل كل منهما عن الآخر، وهما العقد الأصلي واتفاق التعاقد من الباطن، –أي أن تكون هناك علاقة تبعية بين العقد الأصلي والعقد من الباطن–. فوجود العقد من الباطن رهن بوجود العقد الأصلي، ولذا يوصف العقد من الباطن بأنه عقد تبعي، والذي يعرف بأنه العقد الذي لا كيان له إلا بصورة تبعية للعقد الأصلي، ومن ثم إذا زال العقد الأصلي زال معه العقد التبعي[2]، والحقيقة أن خاصية التبعية تؤدي إلى وحدة الهدف الذي ترجوه الجهة الإدارية المتعاقدة من تنفيذ العقد الإداري، –أي أنّ هدف العقد الإداري الأصلي والعقد من الباطن– يكون واحداً، وهو تحقيق المصلحة العامة، والمساهمة في تسيير المرفق العام، والتعاقد من الباطن يفترض وجود عقدين متميزين يستقل كل منهما عن الآخر، وهما العقد الأصلي واتفاق التعاقد من الباطن[3].

وعلى الرغم من هذا الاستقلال بين العقدين إلا أنّهما يشتركان معاً من حيث المحل والموضوع على أساس القيام بعمل معين لصالح صاحب العمل، هذا العمل يعهد بتنفيذه في النهاية إلى المتعاقد من الباطن، أمّا الأسبقية فتحدد هنا بتاريخ إبرام العقد، فالعقد المبرم أولاً هو العقد الأصلي، أما العقد من الباطن فيجب أن يكون لاحقاً في تاريخ انعقاده للعقد الأصلي على أساس علاقة التبعية بين العقد الأصلي والعقد من الباطن. أمّا بالنسبة للتنفيذ فلا مانع من أن يبدأ تنفيذ العقد الأصلي ثم يليه تنفيذ العقد من الباطن، إلا أنّه لا يجوز أن يكون العقد الأصلي قد نُفذ، لأن الغاية من التعاقد من الباطن في هذه الحالة قد انتفت. وتجدر الإشارة إلى أنّ هذه التبعية هي من جهة واحدة، فالعقد من الباطن يتبع العقد الأصلي، وليس العكس[4].

---

[1] كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص599 وما بعدها).

[2] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص112).

[3] مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية "دراسة مقارنة" (ص91).

[4] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص113).

5. انتفاء العلاقة العقدية المباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن.

عندما يتم إبرام العقد من الباطن بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن يترتب على ذلك عدم وجود علاقة تعاقدية مباشرة تربط بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، لعدم وجود أي عقد يربط بينهما، فأطراف التعاقد من الباطن هما المتعاقد مع الإدارة –أي المتعاقد الأصلي– والمتعاقد من الباطن، كذلك الحال بالنسبة للمتعاقد من الباطن فهو أيضاً يعد من الغير في العقد الأصلي الذي يربط بين الإدارة والمتعاقد الأصلي. وإذا وجدت علاقة تعاقدية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن فهنا نكون أمام عقد أصلي، وإذا تعدد المتعاقدين الذين أبرمت معهم الإدارة عقوداً فهنا نكون أمام حالة تعدد المتعاقدين وليس تعاقد من الباطن[1].

6. نشوء علاقة قانونية ثلاثية عن التعاقد من الباطن.

التعاقد من الباطن عملية عقدية تفترض وجود ثلاثة أطراف (الإدارة، المتعاقد الأصلي، المتعاقد من الباطن)، وعقدين ("العقد الأصلي" الذي يبرم بين طرفين هما الإدارة والمتعاقد الأصلي، و"التعاقد من الباطن" الذي يبرم بين المتعاقد الأصلي وشخص آخر أجنبي عن العقد الأصلي يطلق عليه المتعاقد من الباطن)، فالتعاقد من الباطن يؤدي إلى نشوء علاقة قانونية مركبة ذات أطراف ثلاثة، والفرق بينهما يتمثل أساساً بأن العلاقة القانونية ذات الأشخاص الثلاثية، ينشأ عنها ثلاث علاقات قانونية متميزة فالعلاقات التي تنشأ عن التعاقد من الباطن هي العلاقة بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، والعلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، وأخيراً العلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن (علاقة غير مباشرة)، أما العلاقة القانونية الثلاثية فتنشأ عنها علاقة قانونية واحدة ولكنها ملزمة لأطرافها الثلاثة كعقد الشركة[2].

المطلب الثالث: الشروط المتطلبة قانوناً لصحة العقد من الباطن.

إنّ العقد من الباطن ما هو إلا عقد يتمخض عن عقد سابق عليه، لذلك يلزم أن تتوافر فيه الشروط التي تتوافر في العقود بصفة عامة، فضلاً عن ذلك فإنّ هذا العقد ينشأ بالتبعية للعقد الأصلي، ولا يتصور وجوده بدون وجود العقد الأصلي؛ فقد يشترط أطراف العقد الأصلي

---

[1] العبادي، عقد المقاولة من الباطن في مقاولات البناء والمنشأة الثابتة (ص17).

[2] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص116).

شروطاً عقدية من شأنها أن تؤثر في وجود ونطاق العقد من الباطن، من هنا تتجلى أهمية العلاقة بين العقد الأصلي والعقد من الباطن[1].

فيشترط في العقد من الباطن، أن يتبع العقد من الباطن عقد أصلي سابق له، وأن تقبل الإدارة بالعقد من الباطن. لذلك سأتحدث بشيء من التفصيل في هذين الشرطين.

1- أن يتبع العقد من الباطن عقد أصلي سابق له.

تقتضي التبعية حتماً وجود العقد المتبوع أولاً، وبصفة أساسية ليلحق به العقد التابع وهو الأمر ذاته في العقد من الباطن، والذي يظهر مما يلي:

أ. **وجود عقد أصلي سابق:** يشترط لصحة العقد من الباطن ما يشترطه المشرع –عادة– من شروط في الاتفاقات العقدية. ففي المقاولة من الباطن مثلاً، إذا كان المشرع يشترط الأهلية في المقاول الأصلي، فيتعين توافرها في المقاول من الباطن. يضاف إلى ذلك أنه يلزم أن تكون إرادة كل من المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن حرة وسليمة وخالية من عيوب الإرادة؛ فضلاً عن ضرورة أن يكون محل العقد مشروعاً وممكناً ومعيناً[2]، غير أنّ هذه الإرادة غير قادرة لوحدها على إيجاد عقد من الباطن، إنما يشترط زيادة على ذلك وجود عقد أصلي، فلا وجود لعقد من الباطن في غياب عقد أصلي، ومن ثم لا وجود لمقاولة من الباطن في غياب عقد مقاولة أصلي[3].

كما أن وجود العقد الأصلي هو السبب في إضفاء صفة العقد من الباطن على العقد الثاني التابع له، وإلى جانب شرط الوجود يجب أن يبرم العقد الأصلي أولاً ليتبعه العقد المتصف بأنه من الباطن، أي أن الأسبقية في الانعقاد تكون وجوباً للعقد الأصلي، لكن لا يشترط أن تكون له الأسبقية في التنفيذ، فيجوز أن يشرع في تنفيذ العقد الأصلي قبل إبرام العقد من الباطن، شرط أن لا يكون التنفيذ قد تم، فإن أبرم العقد اللاحق بعد إتمام تنفيذ العقد الأول كنا بصدد عقد أصلي ثانٍ وليس عقداً من الباطن، فحتى يعتبر مقاولة من الباطن يجب أن يكون مسبوقاً بعقد مقاولة أصلي، وإلا كان عقداً أصلياً وارداً على ملك الغير[4].

---

[1] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص42).

[2] المرجع السابق، ص43.

[3] صليحة، المقاولة الفرعية (ص17 وما بعدها).

[4] المرجع السابق، ص18.

ب. أن يتبع العقد من الباطن العقد الأصلي: ليتحقق التعاقد من الباطن يجب أن يكون العقد من الباطن تابعاً للعقد الأصلي، والتبعية تكون من جانب واحد، أي أن العقد من الباطن يتبع العقد الأصلي وليس العكس.

ويترتب على تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي تشابه مركز الأطراف في العقدين، فالالتزامات وحقوق الطرفين للعقد من الباطن مشابهة لالتزامات وحقوق طرفي العقد الأصلي. كما أنّ طبيعة الالتزامات في العقد من الباطن تتحد مبدئياً تبعاً لطبيعة الالتزامات في العقد الأصلي، فإن كان التزام المتعاقد الأصلي في العقد الأصلي بتحقيق نتيجة تبعه التزام المتعاقد من الباطن اتجاه المتعاقد الأصلي، وكان التزاماً بتحقيق نتيجة كذلك. ومن نتائج التبعية أيضاً أنه لا يجوز للمتعاقد الأصلي أن يقر للمتعاقد من الباطن حقوقاً أكثر مما له في العقد الأصلي، ولا أن يلتزم في العقد من الباطن بالتزامات لا يمكنه تنفيذها لتعارضها مع أحكام العقد الأصلي، مثلاً لا يحق للمستأجر إذا تعاقد من الباطن أن يرخص للمتعاقد معه بتغيير الغرض الذي أعدت له الأماكن المستأجرة، ولا أن يزيد في مدة الإيجار من الباطن عن مدة الإيجار الأصلي، كما لا يجوز أن يلتزم المستأجر الأصلي في عقد الإيجار من الباطن بالقيام بإصلاحات الرئيسة كونها من الالتزامات الملقاة على عاتق المؤجر المالك[1].

وتؤدي تبعية العقد من الباطن للعقد الأصلي كذلك إلى أن العقد من الباطن يتبع مصير العقد الأصلي، فإذا انقضى العقد الأصلي لأي سبب انقضى تبعاً له العقد من الباطن لإستحالة تنفيذه[2].

والجدير بالذكر، أنّ العقد من الباطن يستعير محله من العقد الأصلي، ومن ثمّ فإنّه يستمد مشروعيته من محل العقد الأصلي، لذلك يكفي أن يكون محل العقد الأصلي مشروعاً، فيكون محل العقد من الباطن مشروعاً بالتبعية. بالإضافة إلى ذلك، فإنه يتعين ألا يكون التعاقد من الباطن محظوراً على الإدارة بنصّ القانون أو الاتفاق[3].

2- قَبُول الإدارة بالعقد من الباطن.

إنّ وجود العقد من الباطن لا يتوقف فقط على وجود عقدين يتبع أحدهما الأخر، إنّما يشترط كذلك قبول الإدارة بالعقد من الباطن، فبالرغم من أن المتعاقد الذي يلجأ إلى الغير لتنفيذ

---

[1] صليحة، المقاولة الفرعية (ص18).

[2] الجارحي، عقد المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي (ص9).

[3] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص43).

التزاماته لا يخرج من دائرة التعاقد ويبقى ملتزماً تجاه دائنه، فإنه من حق هذا الأخير معرفة الشخص الذي تولى مهمة التنفيذ والقبول به، ويتحدد شكل القبول بالعقد من الباطن وفقاً لطبيعة العقد الأصلي، فيؤخذ مبدئياً بالقبول الصريح في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، وبالقبول الضمني في العقود الأخرى[1].

أ. **القبول في العقود القائمة على الاعتبار الشخصي:** بالنسبة للعقود المتضمنة الشرط المانع من التعاقد من الباطن، فإنَ هذا الاتفاق يكون تارة منعاً مطلقاً، وتارةً أخرى مقيداً فقط له، كأن يتفق المتعاقدين على عدم جواز تعاقد المدين من الباطن، أو يتفقا فقط على تعليق استعمال هذا الحق على شرط معين كالحصول على ترخيص كتابي من المتعاقد الأصلي أو موافقته على شخص المتعاقد من الباطن، فالقبول الصريح شرط ضروري في هذه الحالة، إذ يعتبر بمثابة تنازل عن الشرط المانع.

وقد يجد منع التعاقد من الباطن مصدره في النصوص القانونية[2]، حيث يمنعه المشرع إذا لم يحصل المتعاقد على القبول الصريح للطرف الأخر.

وتجدر الإشارة إلى أن النص المانع من التعاقد قد يكون نصاً مكملاً أو نصاً آمراً، ففي الحالة الأولى فإن الاتفاق على ما يخالفه يجب أن يقع في العقد الأصلي، بمعنى أنه يجب أن يستند التعاقد من الباطن إلى إذن سابق، فإن تخلف هذا الإذن اعتبر النص المكمل جزء من العقد ويأخذ حكم الشرط المانع، أما وإن تعلق الأمر بنص آمر فإنّ الإذن بالتعاقد من الباطن يقع باطلاً، ومن باب أولى يقع باطلاً التعاقد من الباطن بدون إذن سابق، حتى أن الموافقة الصريحة للإدارة لا تجعل من التعاقد من الباطن حائزاً[3].

ونتيجة لذلك فإن جواز التعاقد من الباطن بالنسبة للعقود القائمة على الاعتبار الشخصي متوقف على إذن صريح من المتعاقد الأصلي، فإن لم يتعرض المتعاقدين لمسألة

---

[1] صليحة، المقاولة الفرعية (ص19).

[2] إنّ المشرع في حالات معينة يجعل من رضاء المتعاقد الأصلي شرطاً لصحة العقد من الباطن، كما هو الحال في المادة (652) من القانون المدني المصري التي اشترطت لصحة المزارعة من الباطن موافقة المؤجر، ويعتبر رضاء المتعاقد الأصلي هنا شرطاً لانعقاد العقد من الباطن. وقد تضمن قانون تنظيم التعاقد من الباطن الفرنسي مثل هذا الشرط، حيث تطلبت المادة الثالثة منه حصول المقاول الأصلي على رضاء رب العمل على المقاول أو المقاولين من الباطن الذين تعاقد معهم، وكذلك طرق الدفع التي تتم، وهذه الموافقة قد تكون صريحة أو ضمنية. وقد يكون قبول رب العمل وقت إبرام عقد المقاولة من الباطن، ومن الممكن أن يكون بعد ذلك. للمزيد: إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص45 وما بعدها).

[3] الجارحي، عقد المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي (ص14).

التعاقد من الباطن في العقد الأصلي لا يعتبر سكوتهما قبولاً. وإن لجوء المتعاقد الأصلي إلى إبرام عقد من الباطن رغم منعه من ذلك يشكل انتهاك للعقد الأصلي ومخالفة للالتزام بالامتناع الوارد فيه، وبالتالي يحق للإدارة مبدئياً طلب فسخ العقد الأصلي طبقاً للقواعد العامة[1].

ب. **القبول في العقود غير القائمة على الاعتبار الشخصي:** تعرف العقود التي لا يعتد فيها بالاعتبار الشخصي بأنها العقود التي لا تكون شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته محل اعتبار عند المتعاقد الآخر وقت إبرام العقد، وبالتالي لا تشكل شخصيته أو صفته سوى عناصر ثانوية، فالتعاقد في هذه الحالة يتم بصورة أساسية لأهداف اقتصادية ومالية ودون أن يتأثر بشخصية المتعاقد، كما لو تعهد صانع بصنع شيء معين يمكن لغيره أن يصنعه بنفس الطريقة والجودة، أو تعهد ناقل بنقل أشخاص أو أشياء يمكن لغيره أن يقوم بتنفيذ ذات الالتزام[2]. ومتى تحققت النتيجة المرجوة من التعاقد الأصلي لا يهم المستفيد منها بعد ذلك أن يكون منفذها المدين شخصياً أم أحد عماله أو مساعديه.

والخلاصة أن جميع العقود التي لا تقوم على شخصية المدين لا تتطلب تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها تدخل المدين شخصياً، إنّما يكون التنفيذ صحيحاً إذا ما قام به شخص آخر غيره[3].

وعلى ذلك فإنه يمكن القول بأنه طالما لم يكن هناك نص قانوني أو اتفاق يمنع التعاقد من الباطن، فإنّ الأصل هو جواز التعاقد من الباطن دون أن يتوقف ذلك على رضاء الإدارة، فالعقد من الباطن وإن كان يستند في وجوده إلى العقد الأصلي، فإنه يظل عقداً متميزاً بين طرفيه المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، فلا يكون المتعاقد الأصلي طرفاً فيه، ومن ثم فإن رضائه ليس شرطاً لصحة انعقاد العقد من الباطن[4].

وكما ذكرنا آنفاً إلى أنه قد يشترط في العقد الأصلي على عدم جواز التعاقد من الباطن، وحينئذٍ يتوجب الالتزام بذلك، لكن التساؤل هنا ماذا لو خالف المتعاقد المشترك –المتعاقد الأصلي– الشرط المانع وقام بالتعاقد من الباطن على الرغم من وجود الشرط المانع؟ ما هو الجزاء في مثل هذه الحالة؟

---

[1] صليحة، المقاولة الفرعية (ص21).

[2] الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني (ص120).

[3] صليحة، المقاولة الفرعية (ص21 وما بعدها).

[4] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص46).

الواقع من الأمر أنّ الجزاء في مثل هذه الحالة متنوع، إذ يكون من حق الإدارة بالخيار بين التنفيذ العيني أو الفسخ أو المطالبة بالتعويض.

ففي التنفيذ العيني يلزم الإدارة المتعاقد الأصلي بتنفيذ الالتزام عيناً، فمثلاً إذا كان العقد الأصلي عقد مقاولة، اشترط فيه رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه ولا يعهد به إلى مقاول من الباطن، وقام المقاول بمخالفة هذا الشرط وعهد بالعمل لمقاول من الباطن، فإنّ التنفيذ العيني يكون بأن يرفض رب العمل استلام العمل من المقاول من الباطن، ويلزم المقاول الأصلي بتنفيذ العمل بنفسه، وكذلك الحال في كافة تطبيقات العقد من الباطن.

وبالنسبة للفسخ، إذا خالف المتعاقد المشترك الشرط المانع وقام بالتعاقد من الباطن، كان للمتعاقد الأصلي أن يطلب فسخ العقد، ويرجع ذلك إلى أنّ العقد الأصلي يعتبر من العقود الملزمة للجانبين.

وفيما يتعلق بالتعويض، فيجوز للإدارة إذا ما لحقها ضرر من مخالفة الشرط المانع أن تطالب تعويضاً عن هذا الضرر[1].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنه الأصل جواز التعاقد من الباطن، والاستثناء هو المنع، إذ يصلح العقد الأصلي حتى ولو كان من عقود الاعتبار الشخصي لأن يتضمن عقداً من الباطن، طالما لم يتضمن شرطاً صريحاً تلزم فيه الإدارة المتعاقد الأصلي أن ينفذ العقد بنفسه، فإذا أرادت الإدارة أن ينفذ المتعاقد الأصلي العقد بنفسه شخصياً، فينبغي احترام إرادة الإدارة، ويمنع على المتعاقد الأصلي من اللجوء إلى التعاقد من الباطن.

أما إذا لم يتضمن العقد الأصلي صراحة ما يفيد وجوب أن يتم التنفيذ من المتعاقد الأصلي شخصياً، ولم ينص على حظر التعاقد من الباطن في العقد ولا في القانون، جاز للمتعاقد الأصلي التعاقد من الباطن، لأنّ الأصل هو الإباحة.

فطالما خلا العقد الأصلي أو النص القانوني من اشتراط أن يقوم المتعاقد الأصلي بالتنفيذ شخصياً، فإنّ هذا العقد يكون صريحاً لأن يتمخض عنه عقداً من الباطن.

وإذا اشترط القانون شروط معينة لجواز التعاقد من الباطن كأن يشترط الحصول على الموافقة المسبقة من الإدارة، فيتوجب احترام هذه الشروط وضرورة الأخذ بها، لجواز التعاقد من الباطن.

---

[1] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص51).

وفي حال مخالفة المتعاقد الأصلي لنص القانون أو للعقد الأصلي إذا تضمن عدم جواز التعاقد من الباطن، أو اشترط شروطاً ولم يلتزم بها المتعاقد الأصلي، جاز للإدارة أن تستعمل الصلاحيات التي خولها القانون إياها من فسخ العقد أو التعويض أو كلاهما أو حسب ما تراه مناسباً.

المطلب الرابع: التمييز بين التعاقد من الباطن وغيره من النظم القانونية الأخرى.

نظراً لأنّ التعاقد من الباطن يتميز بنظام قانوني خاص به، لذلك يتوجب علينا أن نميز بينه وبين غيره من النظم القانونية الأخرى الشبيهة فيه والتي قد تختلط به أو تتشابه معه، وفي ضوء ذلك سأتناول الحديث عن التمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد، والتمييز بين التعاقد من الباطن والعقود المشتركة، والتمييز بين التعاقد من الباطن ومستخدمي المتعاقد الأصلي، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: التمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد.

قبل الحديث عن معايير التمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد، أودّ أن ألقى لمحة سريعة عن مفهوم التنازل الكلي عن العقد، وموقف المشرع المصري والفلسطيني منه.

أولاً: مفهوم التنازل الكلي.

التنازل الكلي[1]: "هو تصرف قانوني بموجبه يحل المقاول المتعاقد مقاولاً آخر غيره يحل محله في تنفيذ العقد بكامله، أي استبدل المقاول الأصلي بمتعاقد آخر يصبح مسؤولاً عن تنفيذ العقد، مما يجعلنا أمام متعاقد جديد وعقد جديد"[2].

فالتنازل عن العقد يعني حلول طرف جديد محل المتعاقد الأصلي، وتحمل كافة الحقوق المتولدة عنه[3].

---

[1] التنازل الكلي عن العقد نوعان: الأول: قانوني، يفرضه المشرع بنص القانون، مثل ما نصت المادة (594/2) من التقنين المصري في نطاق عقد الإيجار، والنوع الثاني: اتفاقي، يتم باتفاق أطراف عقد التنازل، وهو الذي سنقوم بتمييزه مع التعاقد من الباطن، للمزيد: إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص54).

[2] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص229).

[3] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص692).

فهو إذن يشمل التخلي عن كل الالتزامات والحقوق المترتبة عن العقد من قبل المقاول المتعاقد الأصلي، وإحلال الغير في تنفيذ كامل العقد. ولا شك أن تصرفاً بهذه الصفة يعتبر إهداراً كلياً للاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة، الذي تهدف الإدارة من ورائه لتحقيق المصلحة العامة[1].

ثانياً: شروط صحة التنازل الكلي عن العقد.

يشترط لصحة التنازل الكلي عن العقد عدة شروط[2]، منها العام التي يجب توافرها فيه باعتباره اتفاقاً وبالأحرى عقداً، ومنها الخاص التي يلزم توافرها لصحة التنازل عن العقد، وفيما يتعلق بالشروط العامة فيلزم أن تكون إرادة طرفي الاتفاق حرة خالية من كافة عيوب الإرادة، وبالنسبة للشروط الخاصة فيمكن إجمالها فيما يلي:

أ. **ألا يكون العقد من عقود الاعتبار الشخصي:** فيشترط لصحة التنازل عن العقد ألا تكون شخصية المتنازل محل اعتبار في العقد، فإذا كانت كذلك فلا يصح التنازل إلا بموافقة الإدارة.

ب. **ألا يكون العقد قد تم تنفيذه:** وهذا شرط بديهي لصحة التنازل، أن لا يكون العقد قد نُفذ، لأنه إذا نُفذ انتهت المسألة من الحديث عن التنازل.

ثالثاً: موقف المشرع الفرنسي والمصري والفلسطيني من التنازل الكلي.

لقد حظر المشرع المصري التنازل الكلي عن العقد، فبين أنه لا يجوز للمتعاقد النزول عن العقد أو عن المبالغ المستحقة له كلها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك، ويكتفي في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد ... [3].

فلا يجوز التنازل للغير أو التعاقد من الباطن على التنفيذ، فيشترط قيام المتعاقد بالتنفيذ بنفسه وعدم جواز التنازل للغير، أو التعاقد معه من الباطن في هذا الشأن إلا بموافقة جهة الإدارة، وأنّ مخالفة ذلك الأمر يؤدي إلى اعتبار التنازل باطلاً، فلا يحتج به في مواجهتها، بل يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً شخصياً عن تنفيذ العقد أمامها[4].

---

[1] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص229).

[2] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص58 وما بعدها).

[3] انظر في ذلك نص المادة (76) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998.

[4] إسماعيل، العقود الإدارية والتعويضات ... (ص148).

وبناءً على نصوص قانون المناقصات والمزايدات فإنّ التنازل عن العقد الإداري محظور ما لم يتم بين الجهات العامة فيما بينها، فيجوز للجهات التي تسري عليها أحكام هذا القانون التعاقد فيما بينها بطريق الاتفاق المباشر، كما يجوز أن تنوب عن بعضها في مباشرة إجراءات التعاقد في مهمة معينة وفقاً للقواعد المعمول بها في الجهة طالبة التعاقد، ويحظر التنازل لغير هذه الجهات عن العقود التي تتم فيما بينها[1]، فنجد هنا أنّ المشرع المصري حظر التنازل الكلي عن العقد ما لم يتم بين الجهات العامة فيما بينها[2].

ولا يوجد في فرنسا نص يقيد موافقة الادارة على التنازل عن العقد بشكلية معينة[3].

أمّا عن المشرع الفلسطيني فنجده بأنّه أجاز التنازل الكلي عن العقد شريطة موافقة الإدارة المسبقة، "لا يجوز للمتعهد أن يتنازل لأي شخص آخر عن كل أو أي جزء من العقد دون الحصول على إذن خطي من لجنة العطاءات التي أحالت العطاء مع الإحتفاظ بكامل حقوق الدائرة وفقاً لقرار الإحالة والعقد الأصلي"[4].

وجاء أيضاً "لا يجوز للمتعاقد التنازل عن العقد أو عن مستحقاته بناءً على هذا العقد كلها أو بعضها، ومع ذلك يجوز أن يتنازل عن تلك المبالغ لأحد البنوك ويكتفى في هذه الحالة بتصديق البنك دون الإخلال بمسؤولية المتعاقد عن تنفيذ العقد، كما لا يخل قبول الجهة المشترية تنازله عن مستحقاته بما يكون لها من حقوق، ويجوز للمتعاقد التنازل عن العقد لمتعاقد آخر يلبي الشروط والمؤهلات المطلوبة والواردة في وثائق المناقصة"[5].

ونجد بأن قانون العطاءات الحكومية المنظم لعقد الأشغال العامة، وقرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام، لم ينظما مسألة التنازل الكلي ولا التنازل الجزئي (التعاقد من الباطن) في القانون، خلافاً لقانون اللوازم العامة، واللائحة التنفيذية لقانون الشراء العام.

ويترتب على التعاقد من الباطن أو التنازل عن العقد من دون موافقة الإدارة عدم مشروعية هذه التصرفات ومن ثم بطلانها، ويبقى المتعاقد الأصلي وحده مسؤولاً تجاه الإدارة

---

[1] انظر في ذلك نص المادة (38) من قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998.

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص 693).

[3] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص596).

[4] المادة (67) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة.

[5] المادة (167) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (5) لسنة 2014 بنظام الشراء العام.

عن تنفيذ كامل التزاماته، ولا تقوم أية علاقة بين الإدارة والمتعاقدين من الباطن أو المتنازل لهم عن العقد، ويكون باستطاعة الإدارة عدم تمكينهم من الإسهام في تنفيذ العقد استناداً إلى التزاماتهم تجاه المتعاقد الأصلي، وفي حالة قيام نزاع بين هذا الأخير وبين المتعاقد من الباطن، أو مع المتنازل له فإنّ هذا النزاع يعد من قبيل منازعات الأفراد التي تختص بنظرها المحاكم العادية لا الإدارية[1].

رابعاً: السلطة المختصة بالتنازل عن العقد.

القاعدة المسلّم بها في هذا الخصوص أنّ السلطة التي تملك الموافقة على التنازل عن العقد، هي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي، وهذا بطبيعة الحال ما لم ينص المشرع على غير ذلك[2]، وهذا على حدٍ سواء في التنازل الكلي أو التعاقد من الباطن.

وتجد هذه القاعدة أساسها في قاعدة (توازي الاختصاص) التي أنشأها القضاء الإداري في فرنسا، ومقتضى هذه القاعدة أنّه إذا حدّد المشرع بنص جهة مختصة بعمل ما وسكت عن تحديد الجهة المختصة بتعديله أو إلغائه، تكون الجهة الإدارية الأولى هي المختصة بذلك[3].

خامساً: مدى حرية الإدارة في رفض الموافقة على التنازل.

إنّ الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في الموافقة على التنازل عن العقد، غير أنّ هذه السلطة ليست على إطلاقها، فهي مقيدة بقيدين[4]:

أ. إنّ على الإدارة أن ترد على طلب المتعاقد الأصلي خلال مدة مناسبة، ومن ثم لا يجديها نفعاً أن تلزم جانب الصمت، وإلا عرضت نفسها للمسؤولية.

ب. لا تستطيع الإدارة أن ترفض الموافقة على التنازل عن العقد لمجرد الرفض، بل يجب أن تستند الإدارة في رفضها للطلب على أسباب معقولة تتصل بالصالح العام، كضعف الكفاية المالية أو الفنية للمتعاقد الجديد، وبخلافه يستطيع المتعاقد أن يطالب قاضي

---

[1] الحسين، عقد الأشغال العامة (موقع الكتروني).

[2] الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص438). المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص88). غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص733 وما بعدها).

[3] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص88).

[4] المرجع السابق، ص92.

العقد بإلغاء القرار الصادر من الإدارة برفض العقد أو المطالبة بفسخ العقد لخطأ الإدارة، أو الحكم بالتعويض عما يصيبه من ضرر جراء ذلك.

سادساً: التمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد.

إنّ المعيار الأساسي للتمييز بين التعاقد من الباطن والتنازل الكلي عن العقد يتمثل في النظر إلى إرادة الطرف القائم بعملية التنازل أو التعاقد من الباطن –المتعاقد الأصلي–، ففي التنازل عن العقد يخرج المتنازل من العملية العقدية برمتها، إذ يفصح عن رغبته في ترك المسرح التعاقدي، فيترك مركزه التعاقدي بما له من حقوق وما عليه من التزامات إلى المتنازل له[1].

فيلاحظ مما سبق، أنّ هناك فرق كبير بين حالتي التنازل عن العقد والتعاقد من الباطن، ففي التعاقد من الباطن يبقى الطرف الثاني في العلاقة الأصلية، والذي تعاقد مع غيره من الباطن دائناً أو مديناً للمتعاقد الأول –الإدارة– الذي يرتبط به بموجب العلاقة العقدية الأصلية، أو للغير المتعاقد معه من الباطن حيث يحتفظ بحقوقه ويتحمل التزاماته كافة تجاه كلا الطرفين، في حين يبقى غيره –المتعاقد من الباطن– غريباً عن الطرف الأول –الإدارة– في العقد الأصلي، حيث لا تقوم بينهما أية علاقة عقدية، وبالتالي فإنّه لا يسأل في مواجهته بل يبقى الطرف الثاني –المتعاقد الأصلي– في العلاقة الأصلية مسؤولاً عن تنفيذ التزامات من تعاقد معه من الباطن تجاه الطرف الأول –الإدارة– في العقد الأصلي.

أما في حالة التنازل الكلي عن العقد فإنّ الأمر مختلف في كل هذه النواحي، فطرفا عقد التنازل قصدا بعقدهما هذا حلول المتنازل له محل المتنازل عن العقد في جميع الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد المتنازل عنه، حيث تقوم علاقة مباشرة بين المتنازل له الإدارة بموجب هذا العقد، في حين يخرج المتنازل عن دائرة العقد ويصبح بالتالي أجنبياً عنه، حيث يصبح المتنازل له هو الدائن أو المدين حسب الأحوال[2].

كما أنّ الهدف من التعاقد من الباطن هو إما تنفيذ العقد الأصلي أو الحصول على منفعة من هذا العقد، أما التنازل عن العقد فإنّ المتنازل يهدف إلى ترك دائرة التعاقد أو ترك العملية العقدية برمتها[3].

---

[1] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص66).

[2] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص118).

[3] مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية "دراسة مقارنة" (ص97).

ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد في الطبيعة القانونية لكل منهما، فلا ينشأ عن التنازل عن العقد عقد جديد، فطبيعة العقد قبل التنازل لا تختلف عنها بعد التنازل؛ بينما يعدّ التعاقد من الباطن عقداً جديداً يضاف إلى العقد الأصلي، ويتميز بطبيعة خاصة[1].

فالتعاقد من الباطن يختلف عن التنازل عن العقد من جانب المساس بفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري.

حيث يهدف المتعاقد الأصلي في حالة التنازل عن العقد إلى ترك العملية التعاقدية برمتها للغير، وهذا بخلاف التعاقد من الباطن، والذي يقوم على التنفيذ الجزئي للعقد من قبل المتعاقد من الباطن تحت مسؤولية وإشراف المتعاقد الأصلي والذي يظل مسؤولاً أمام الإدارة عن تنفيذ العقد حتى بالنسبة للجزء المنفذ بواسطة المتعاقد من الباطن، لأنّه هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة، فالعلاقات التعاقدية لا تزال قائمة بين المتعاقد الأصلي والإدارة[2].

ويختلف التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد من حيث تحديد الحقوق والالتزامات في كل منهما، فالحقوق والالتزامات في العقد من الباطن يحددها أطراف العقد من الباطن، للمتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، شريطة ألا تتجاوز حدود العقد الأصلي؛ بينما تكون الحقوق والالتزامات في التنازل عن العقد محددة في العقد المتنازل عنه[3].

ويختلف من حيث إنّ العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن بالتعاقد من الباطن لا تنقطع، إذ تظل العلاقة مستمرة؛ بينما تنقطع العلاقة بين المتنازل والمتنازل لديه بمجرد رضاء الأخير بالتنازل عن العقد، التي يتم بموجبها نقل الحقوق والالتزامات من المتنازل إلى المتنازل له[4].

وعليه فإنّ التعاقد من الباطن لا يشكل إخلالاً بمبدأ الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية عموماً والتي منها عقد الأشغال العامة[5].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ التنازل الكلي عن العقد بالمعنى الذي ذكرناه يهدم ويلغي كلياً فكرة الاعتبار الشخصي التي يقوم عليها عقد الأشغال العامة، لذلك لا بُدّ من موافقة الإدارة

---

[1] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص68 وما بعدها).

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص705 وما بعدها).

[3] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص69).

[4] المرجع السابق، ص70.

[5] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص706).

على التنازل الكلي مسبقاً. وهذا خلافاً للتنازل الجزئي –التعاقد من الباطن– الذي لا يلغي فكرة الاعتبار الشخصي التي يقوم عليها عقد الأشغال العامة.

الفرع الثاني: التمييز بين التعاقد من الباطن والعقود المشتركة (تعدد العقود).

تعرف العقود المشتركة بأنها "المجموعة العقدية التي يلجأ فيها المتعاقد الأصلي إلى إبرام عدد من العقود مع أشخاص عدة في وقت واحد لتحقيق هدف مشترك".

كأن تتعاقد الإدارة –صاحب العمل– مع مجموعة من المقاولين لتنفيذ عمل معين سوية، وفي هذا الفرض يرتبط كل مقاول مع الإدارة –صاحب العمل– برابطة عقدية تسمح لأيّ منهم بالرجوع على الآخر[1].

فإذا كان العمل محل عقد المقاولة عبارة عن بناء عمارة مثلاً، فإنّ الإدارة تتعاقد مع مقاول للقيام بالأعمال الصحية، ومع مقاول ثانٍ للقيام بأعمال التدفئة والتبريد، ومع ثالث للقيام بأعمال النجارة وهكذا، وهذا ما يطلق عليه بعقد مقاولة مشتركة، إذ يوجد في هذه الصورة تعدد مقاولين لكن ليس من الباطن، وإنما تعدد مقاولين أصليين يلتزمون بتنفيذ العمل سوية، كل مقاول هو طرف في عقد مستقل عن العقود الأخرى المبرمة مع الإدارة –صاحب العمل–، ولا يعد أيّ منهم مسؤول تجاه الإدارة إلا بقدر الأعمال المعهودة إليه، ويتم اللجوء إلى هذا النظام من قبل الإدارة إمّا لرغبتها في تشغيل أكبر عدد من المقاولين أصحاب الكفاءة والخبرة المهنية، أو لغرض تنفيذ العمل على مراحل، وبالنظر لتعدد الملتزمين في هذه العقود، فإنهم يعينون أحدهم لتمثيلهم في علاقاتهم مع الإدارة وهو ما يطلق عليه (بالمقاول الرئيس)[2].

فإذا كانت العقود المشتركة تتفق وتتشابه مع التعاقد من الباطن في وجود أكثر من عقد واحد في كلا النظامين، إلا أن هذا التقارب بين النظامين لا يلغي الاختلاف القائم بينهما، إذ إنهما يختلفان في نقاط عدة تبرز خصوصية واستقلال كل نظام[3]، والتي يمكن إيجازها بالآتي:

أ. **من حيث شكل البناء التعاقدي:** يأخذ البناء التعاقدي في العقود المشتركة شكل البناء الأفقي أو الدائري؛ بينما في التعاقد من الباطن يأخذ الشكل الرأسي[4].

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص119).

[2] المرجع السابق، ص119 وما بعدها.

[3] المرجع نفسه، ص120.

[4] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص79).

ب. **من حيث التعاقب أو التزامن في إبرام العقود:** في التعاقد من الباطن لا بُدّ وأن يكون العقد الأصلي سابقاً في وجوده على وجود العقد من الباطن، لأنّ العقد الأخير –العقد من الباطن– يستعير وجوده من وجود الأول؛ بينما تتميز العقود المشتركة بأنها قد تبرم في وقت واحد، أي قد يكون هناك تزامن في وجود هذه العقود[1].

ت. **من حيث طبيعة العلاقات الناشئة عنهما:** التعاقد من الباطن لا يؤدي إلى نشوء علاقة مباشرة بين الإدارة –صاحب العمل– والمتعاقد من الباطن؛ بينما في العقود المشتركة ترتبط الإدارة بعلاقات عقدية مباشرة، فيرجع كل متعاقد على الإدارة وبالعكس مباشرة، استناداً إلى العقد المبرم بينهما[2].

ويختلف تعدد العقود عن التعاقد من الباطن، في أنه لا توجد إنابة في تعدد العقود، إذ نكون أمام أكثر من عقد وأكثر من متعاقد، فلا يحل أيّ من المتعاقدين محل الآخر في تنفيذ العقد؛ بينما تقوم فكرة التعاقد من الباطن على فكرة الإنابة، حيث ينيب المتعاقد الأصلي شخص من الغير –المتعاقد من الباطن– في تنفيذ العقد أو الحصول على منفعة ناشئة عن العقد.

فضلاً عن ذلك فإنّ الهدف المشترك يعد المعيار الرئيس في تعدد العقود، فليس لكل عقد هدف خاص به، وإنّما كل العقود سواء العقد الأول أو الأخير أو الأوسط، فكلها تهدف إلى تحقيق هدف واحد مشترك؛ بينما يجوز أن يكون الهدف من التعاقد من الباطن غير هدف العقد الأصلي[3].

الفرع الثالث: التمييز بين التعاقد من الباطن ومستخدمي المتعاقد الأصلي (العقود المكملة).

يقصد بالعقود المكملة "تلك العقود التي يبرمها أطراف العقد أنفسهم في فترة تالية لإبرام العقد الأصلي، وتلحق به بغية تكملة هذا العقد"[4].

ومن المعلوم أن تنفيذ العمل من المتعاقد الأصلي يستلزم عادة استخدام عمال، وفنيين، ومهندسين، وغيرهم لاسيما في المقاولة، ويطلق عليهم (مستخدمو المتعاقد الأصلي)، والأصل

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص119 وما بعدها).

[2] المرجع السابق، ص120.

[3] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص79).

[4] المرجع السابق، ص81.

أن المتعاقد الأصلي استخدم من يشاء من هؤلاء من دون حاجة للرجوع إلى الإدارة –صاحب العمل– ما لم يوجد شرط في العقد الأصلي يحظر عليه ذلك[1].

فتتشابه هذه العقود مع العقد من الباطن في أنّ كلاً منهما يولد في فترة تالية لإبرام العقد الأصلي، كما يتمثل الغرض في كل منهما في تنفيذ العقد الأصلي[2].

ومن أهم أوجه الاختلاف بين التعاقد من الباطن ومستخدمي المتعاقد الأصلي، من حيث العقد الذي يربط المتعاقد الأصلي بمستخدميه من عمال وفنيين ومهندسين هو عقد عمل، ولهذا لا يعد هؤلاء من قبيل المتعاقدين من الباطن؛ بينما في حالة التعاقد من الباطن فإنّ العقد الأصلي هو الذي يحدد طبيعة التعاقد من الباطن، كأن يكون عقد أشغال عامة أو عقد توريد.

أما من حيث المسؤولية التي يتحملها المتعاقد الأصلي عنهم، فإنّ مسؤولية المتعاقد الأصلي عن مستخدميه تكون طبقاً للقواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن أعمال تابعيه؛ لأنّ المستخدمين يمارسون عملهم تحت اشراف المتعاقد الأصلي وبتوجيه منه، أما في حال التعاقد من الباطن فإن التعاقد من الباطن لا يعمل تحت إشراف المتعاقد الأصلي أو بتوجيه منه، وإنّما يعمل مستقلاً عنه، ومن ثم فإنّ المتعاقد الأصلي لا يعد مسؤولاً عنه وفقاً للقواعد الخاصة بمسؤولية المتبوع عن التابع، بل من الممكن أن تثار بينهما قواعد المسؤولية العقدية، على أساس العقد المبرم بينهما[3].

أما من حيث حقهم في الرجوع على صاحب العمل –الإدارة–، فإنّ المتعاقد من الباطن ولعماله ولعمال المتعاقد الأصلي حق الرجوع على صاحب العمل بالدعوى المباشرة، وبالقدر الذي يكون الأخير مديناً به للمتعاقد الأصلي وقت رفع الدعوى، أمّا فيما يخص العلاقة بين صاحب العمل والمتعاقد من الباطن، إذ لا يجوز لأي منهم الرجوع على الآخر إلا عن طريق الدعوى غير المباشرة[4].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ هناك اختلاف بين التعاقد من الباطن وغيره من النظم القانونية الأخرى، فالتعاقد من الباطن يختلف عن التنازل الكلي عن العقد من حيث المساس بمبدأ وفكرة الاعتبار الشخصي، فالتنازل الكلي يهدم هذا المبدأ، وهذا بخلاف التعاقد من الباطن.

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص122).

[2] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص81).

[3] مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية "دراسة مقارنة" (ص60).

[4] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص122).

وكذلك يختلف التعاقد من الباطن عن العقود المشتركة في أنّ التعاقد من الباطن لا يؤدي إلى نشوء علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن؛ بينما في العقود المشتركة ترتبط الإدارة بعلاقات عقدية مباشرة، فيرجع كل متعاقد على الإدارة وبالعكس مباشرة، استناداً إلى العقد المبرم بينهم.

وكذلك يختلف التعاقد من الباطن عن مستخدمي المتعاقد الأصلي من حيث العقد الذي يربط المتعاقد الأصلي بمستخدميه من عمال وفنيين ومهندسين هو عقد عمل، ولهذا لا يعد هؤلاء من قبيل المتعاقدين من الباطن؛ بينما في حالة التعاقد من الباطن فإنّ العقد الأصلي هو الذي يحدد طبيعة التعاقد من الباطن، كأن يكون عقد أشغال عامة.

المبحث الثاني

الاعتبار الشخصي في نطاق عقود الأشغال العامة

سأتحدث في هذا المبحث عن مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي وأهميته، وبيان نطاق هذه الفكرة في عقود الأشغال العامة، وكذلك عن زوال فكرة الاعتبار الشخصي. وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي وأهميته.

سأتحدث في هذا المطلب عن مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي في كل من عقود القانون الخاص والعقود الإدارية، وأهميته. وسأبين ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مفهوم فكرة الاعتبار الشخصي.

عرّف العديد من فقهاء القانون الاعتبار الشخصي، فقد عرف البعض الاعتبار الشخصي أو (المؤهلات الشخصية) "هي كل صفات المتعاقد الشخصية التي تكون ذات تأثير في حسن تنفيذ العمل المتعاقد عليه، فيدخل في المؤهلات الشخصية سمعة المتعاقد من ناحية الكفاية الفنية والمالية والأمانة والثقة وحسن المعاملة، وتخصصه في نوع العمل محل العقد وما حصل عليه من الشهادات الفنية في هذا التخصص، وما قام به قبل ذلك من أعمال تكسبه تجربة عملية فيه"[1].

وعليه لكي يكون المتعاقد مؤهلاً من قبل الإدارة لإحالة العمل بعهدته لا بُدّ أن يكون حائزاً على سمعة وقابلية وخبرة وكادر مؤهل ووفرة في المعدات، وصافي الموجودات الجارية أو رأس مال عمل كافٍ ومناسب في رأي الإدارة لتنفيذ العقد الإداري والوفاء بالتزاماته بنجاح فيما لو أحيلت إليه[2].

وذهب البعض إلى أنه يقصد بالاعتبار الشخصي في التعاقد هو "أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصراً جوهرياً في التعاقد"[3].

---

[1] السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل (مج1/10).

[2] المفرجي: أحمد، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (ص141).

[3] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص45).

أما فيما يتعلق بماهية الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية فهي تعني "أن تكون شخصية المتعاقد مع الإدارة بذاتها أو صفة جوهرية من صفاته عنصراً جوهرياً في التعاقد"[1].

وقد أشار الفقيه الفرنسي جيز إلى الاعتبار الشخصي بقوله "إنّ الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقد يجب أن ينفذها بنفسه، وليس عن طريق شخص آخر، فالإدارة تختار شريكها في التعاقد بسبب صفات الشخصية؛ لأنه يتعاون معها في إدارة مرفق عام، وهذا التعاون له طابع شخصي". في حين ذهب بعض الفقه الإداري المصري إلى أنّ المقصود بالاعتبار الشخصي "أن تكون شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما عنصراً جوهرياً في التعاقد الإداري"[2].

ولقد حرص المشرع الفلسطيني والمصري على تأكيد هذا المبدأ، فلقد تضمن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري تأكيد مبدأ الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية، فنص "تمسك كل جهة –من الجهات– التي تسري عليها أحكام هذا القانون، سجلاً لقيد الأسماء والبيانات الكافية للموردين والمقاولين وبيوت الخبرة والاستشاريين الفنيين"[3]، وفي فلسطين نصّ قانون اللوازم العامة على أنه "للجنة العطاءات المركزية أو لجنة العطاءات الخاصة الاستعانة بالخبراء والفنيين من موظفي السلطة الفلسطينية وغيرهم للإفادة من خبراتهم في دراسة العروض المطروحة عليها وعلى جميع الدوائر التعامل الكامل مع هذه اللجان في ذلك ..." [4]، ونص قانون العطاءات الحكومية على أن "للجان العطاءات المركزية أو أية لجنة عطاءات أخرى وبعد موافقة الوزير أو المسؤول المختص أن تستعين بالخبراء والفنيين في الأمور المتعلقة بالعطاءات المعروضة عليها..." [5]. والغرض من دراسة هذه العروض معرفة مطابقتها للمواصفات، وهل يتمتع صاحبها بالمقدرة الفنية والكفاية المالية وحسن السمعة، وجميعها من مقومات الاعتبار الشخصي في التعاقد[6].

---

[1] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص682).

[2] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص587).

[3] المادة (14) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998.

[4] المادة (18) من قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998، وفي ذات المعنى نص المادة (48) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 بشأن الشراء العام.

[5] المادة (11) من قانون العطاءات الحكومية رقم (6) لسنة 1999، وفي ذات المعنى نص المادة (48) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 بشأن الشراء العام.

[6] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص686).

الفرع الثاني: أهمية الاعتبار الشخصي.

يعدّ الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية في مجال إبرام العقود بصفة عامة، سواء في نطاق العقود المدنية أم في نطاق العقود الإدارية، حيث نجد أنّ شخصية أحد المتعاقدين أو كلاهما تمثل عنصراً جوهرياً في التعاقد، أي إنها تكون محل اعتبار من جانب المتعاقد الآخر عند ابرام العقد[1].

فالاعتبار الشخصي يرتبط بالباعث إلى التعاقد، فإذا كانت شخصية المتعاقد هي الباعث إلى التعاقد فإنّ العقد يتسم بالاعتبار الشخصي، ففي عقد المقاولة نجد أن صاحب العمل يركز كثيراً على شخصية المقاول أو صفة من صفاته، في حين لا نجد مثل هذا التركيز من جانب المقاول، أي إنه في هذا العقد ينظر صاحب العمل إلى جملة من الصفات التي يجب توفرها في المقاول. ففكرة الاعتبار الشخصي من الأفكار الأساسية فيما يخص اختيار المتعاقد أو تنفيذ العقد، ونظراً لصلة العقد الإداري الدقيقة بالمرفق العام فإنّه من المسلّمات أن يقوم المتعاقد بنفسه بالتنفيذ، فالتزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية، لا يجوز أن يحلّ غيره فيها، غير أنّ ذلك يجوز في حالة التعاقد من الباطن، لأنّ ذلك لا يهدم فكرة الاعتبار الشخصي[2].

وأكدت محكمة النقض المصرية الصفة الشخصية لالتزامات المتعاقد مع الإدارة، وقد جاء في هذا الحكم "ومن المقرر في فقه القانون العام أنّ العقود الإدارية تحكمها قواعد خاصة بها تطبق عليها جميعاً حتى ولو لم ينص عليها في العقد، ومن هذه القواعد أنّ التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية أي أن المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً بنفسه، ولذلك يعتبر المتعاقد الأصلي هو المسؤول الوحيد أمام الإدارة ولها دائماً حق الرجوع عليه في حالة وقوع التقصير في التزاماته أيّاً كان المقصر، ومن ثمّ فليس للمتعاقد أن يتحلل من المسؤولية التي يرتبها عقد الأشغال العامة في ذمته متذرعاً بأن العمل الموجب للمسؤولية قد وقع دون علمه أو رضاه"[3].

وسائر العقود الإدارية تعد شخصية المتعاقد أو صفاته محلاً للاعتبار في مجال إبرام وتنفيذ العقد الإداري، فعقد الأشغال العامة تكون شخصية المتعاقد (المقاول) أو صفاته عنصراً مهماً وأساسي في هذا العقد، وكذلك في عقد الامتياز وعقد التوريد وسائر العقود الإدارية.

---

[1] أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها "دراسة مقارنة" (ص47).

[2] أكباشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية (ص279 وما بعدها).

[3] حكم محكمة النقض المصرية الصادر في 30/4/1964، نقض مدني السنة، 15، (ص619). مشار إليه في كتاب: المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" في الحاشية السفلية (ص46).

ففكرة الاعتبار الشخصي هي ليس نفسها في كافة العقود الإدارية، حيث تختلف من عقد لآخر حسب أهمية وصلة العقد بالمرفق العام الذي هو محل العقد، وعندما تكون هذه الصلة وثيقة بالمرفق العام كلما نضجت فكرة الاعتبار الشخصي للمتعاقد مع الإدارة[1]، لذلك فهي تظهر بصورة واضحة في عقد الإمتياز وعقد الأشغال العامة، ولا تظهر في عقد التوريد بإستثناء عقود التوريد الصناعية.

فللاعتبار الشخصي في مجال العقد الإداري مفهوماً مشابهاً الى حد ما لمفهومه في مجال عقود القانون الخاص، فهو فكرة مرنة ترتبط بإرادة التعاقد التي تتحدد في مجال العقد الإداري بإرادة الإدارة المتعاقدة دون إرادة المتعاقد معها، تلك الإرادة التي تستند على امتيازات السلطة العامة التي تمتلكها الإدارة في مجال العقد الإداري فضلاً عن تأثرها –أي الإدارة– بالغاية من العقود الإدارية، ألا وهي المصلحة العامة التي تدفع الإدارة إلى اختيار أشخاص معينين للتعاقد معهم أو تحديد صفات معينة يتوجب توافرها في الأشخاص المتعاقدين معها، أما في مجال عقود القانون الخاص فإنّ الاعتبار شخصي قد يرتبط بإرادة أحد المتعاقدين أو كلاهما، حيث إنّ التركيز والإهتمام قد يكون منصباً على شخصية أحد المتعاقدين كما هو الحال في عقد الوديعة وعقد الهبة وعقد التأمين وغيرها من العقود الأخرى، أو قد يكون الاعتبار الشخصي محل اهتمام كبير من جانب طرفي الرابطة العقدية أي أنّ شخصية المتعاقد أو أحد صفاته تكون محلاً للإهتمام من جانب كل طرف في العلاقة التعاقدية كما هو الحال مثلاً بالنسبة لعقود شركات التضامن وعقود الوكالة[2].

إذاً فإنّ من يريد التعاقد مع الإدارة عليه القيام بتنفيذ العقد شخصياً، وأن يتحمل المسؤولية التي تنجم من إجراء العقد المذكور، وأن يحسب احتمالات عديدة غير الربح والخسارة، منها على سبيل المثال: أنّه مهما قام به من أعمال قد لا يحقق الغرض الذي عقد من أجله العقد، فهنا تنشأ مسؤوليته عن مدى استجابة العقد لمتطلبات المرفق العام، وقد يتحقق ذلك الغرض أو قسم منه ولكن دون المستوى المطلوب، وهنا عليه أن يتحمل المسؤولية الناجمة عن ذلك، ولا يعفى المتعاقد من تلك المسؤولية الناجمة عن ذلك، ولا يعفى المتعاقد من تلك المسؤولية قيامه بإحالة قسم من الأعمال إلى متعاقد من الباطن، فالمتعاقد الأول يبقى مسؤولاً عما ارتبط به من أعمال

---

[1] أكباشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية (ص281 وما بعدها).

[2] كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص588).

عقدية مع الإدارة سواء من أعماله الشخصية أو من أعمال المتعاقد الآخر على أساس تحمل التبعية[1].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ للاعتبار الشخصي أهمية بالغة في كلا العقدين المدني والإداري لاسيما في عقد الأشغال العامة وذلك في مراحل عديدة مما يمر به العقد، بدءً من مرحلة اختيار المتعاقد إذ نرى الإدارة تسعى دائماً إلى اختيار أفضل المتعاقدين –المقاولين– ممن يتميزون بصفات معينة تجعلهم مؤهلين أكثر من غيرهم لأداء التزاماتهم التعاقدية ومنها الجنسية والكفاية المالية وغيرها، وكذلك الحال فيما يتعلق بتنفيذ العقد الإداري حيث يجب على المتعاقد–المقاول– أن يلتزم بتنفيذ العقد شخصياً، وأن يتحمل كافة المسؤولية التي تنجم عن العقد المبرم بينه وبين الإدارة، ولا يجوز له أن يتعذر بعدم مسؤوليته تجاه الأخطاء التي تنجم عن عمله.

المطلب الثاني: نطاق فكرة الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة.

سأتحدث في هذا المطلب عن نطاق فكرة الاعتبار الشخصي وعن الصفات الجوهرية التي قد تكون محلاً للاعتبار الشخصي في العقد الإداري، وكذلك زوال فكرة الاعتبار الشخصي. وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: نطاق فكرة الاعتبار الشخصي.

يقصد بنطاق فكرة الاعتبار الشخصي "الصفات الجوهرية التي قد تكون محلاً للاعتبار في التعاقد، وهي في الحقيقة تتسع لكافة الصفات المتعلقة بما يشتمل عليه العقد ويقتضيه حسن النية في تنفيذه"[2].

وهناك تساؤل يثار في نطاق فكرة الاعتبار الشخصي، في أنّه هل يتعين الالتزام بفكرة أو بقاعدة الاعتبار الشخصي في جميع أنواع العقود الإدارية بنفس المستوى أو الدرجة؟ أم أن هناك تفاوتا في مدى ومستوى أو درجة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية المختلفة؟.

إنّ الإجابة على التساؤل المذكور كانت محل خلاف فقهي ثار في فرنسا فيما يتعلق بمدى تفاوت درجة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية المختلفة، حيث ذهب جانب من الفقه

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص50).

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص688).

وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (جيز) بالقول: بأن فكرة الاعتبار الشخصي لا تكون على مستوى واحد بالنسبة لأنواع العقود الإدارية، وأن أساس فكرة الاعتبار الشخصي هو الصلة ما بين العقد والمرفق العام بأهمية كبيرة، كلما اشتدت صلة العقد بالمرفق العام فإن القضاء الفرنسي يولي اهتماماً بالغاً بفكرة الاعتبار الشخصي، ففي مجال عقود امتياز المرافق العامة نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولى إدارته[1]، ولذا يرى أصحاب هذا الرأي أن القضاء الإداري يلتزم بهذا المبدأ بغاية الصرامة في عقود الامتياز نظراً لهيمنة الملتزم التامة على المرفق العام الذي يتولى شؤون إدارته، وكما يظهر هذا المبدأ في عقود الأشغال العامة، فلا يستطيع المقاول أن يترك مكان عمله إلا بتعيين نائب له مزود بالصلاحيات الكافية ليحل محله في مكان العمل[2].

في حين يرى الفقيه (دي لوبادير) أنّ القضاء لا يؤكد الرأي السابق على الأقل فيما يتعلق بأعمال القاعدة في مجال تنفيذ العقود الإدارية وأنه –أي القضاء الإداري– يطبق قاعدة الالتزام الشخصي بالتنفيذ على كافة العقود الإدارية دون أن يميز أو يولي عقد الامتياز أو عقد الأشغال العامة أهمية خاصة[3].

أمّا الفقه المصري فقد ذهب رأي فيه إلى القول بأنّ رأي الفقيه (جيز) أجدر بالإتباع، وأنّ هناك تفاوتاً في مدى تطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة، وذلك لسببين، الأول: أنّ عقد الامتياز يضع المتعاقد في تعامل مباشر مع الجمهور من خلال إدارة مرفق عام يقوم بتقديم خدمة عامة لجمهور الأفراد، ومن ثم فإنّ شخصية المتعاقد (الملتزم) تكون محلاً للاعتبار من جانب الجهة الإدارية مانحة الالتزام فإذا أقدمت هذه الجهة على اختيار متعاقد ما دون التركيز على شخصيته، كما لو اختارت متعاقداً لا يحسن التعامل مع الجمهور، فإنّ ذلك سينعكس أثره بصورة سيئة على إدارة المرفق العام محل الامتياز، كما أن الجمهور قد ينفر من هذا المتعاقد لسوء معاملته لهم، وكل ذلك سيؤثر سلباً على سمعة الإدارة، الثاني: أنّ الاعتبار الشخصي ليس هدفاً بذاته، وإنما هو وسيلة تتمكن بها جهة الإدارة من ضمان تنفيذ العقد الإداري على نحو يحقق النفع العام ومصلحة المرفق، دون النظر إلى اعتبار آخر[4].

---

[1] أكباشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية (ص282).

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص683 وما بعدها).

[3] أكباشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية (ص283).

[4] كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص590).

لذلك فإنّ الاعتبار الشخصي يلعب دوراً كبيراً وأساسياً في العقود الإدارية، إذ يجب على الإدارة أن تأخذ بنظر الاعتبار المؤهلات الشخصية للمتعاقد، وذلك لصلة العقد الإداري بالمرفق العام، بيد أن الالتزام بتطبيق هذه الفكرة لا يكون على درجةٍ واحدةٍ بالنسبة لجميع العقود الإدارية، إذ يرتبط تطبيقها بمدى صلة العقد بالمرفق العام[1].

ويميل الباحث إلى رأي الكاتب بترجيح رأي الفقيه الفرنسي جيز؛ وذلك لأنّ جوهر فكرة الاعتبار الشخصي يؤكد وجود تفاوت في تطبيق هذه الفكرة بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة، وذلك لاختلاف هذه العقود فيما بينها من حيث قوة علاقتها بالمرفق العام، حيث إنّنا نجد بأنّ هناك عقود تكون شديدة الاتصال بالمرفق العام كعقد الامتياز ومقاولات الأشغال العامة التي تحتل مكانة مهمة بين العقود الإدارية، وهناك عقود تكون درجة الاتصال بالمرفق العام أخف من عقد الامتياز. لذا فإن هذه الصلة ليست على درجة واحدة وإنّما هي على درجات متفاوتة بحسب موضوع العقد. فمن غير المنطقي أن يتم الالتزام وتطبيق قاعدة الاعتبار الشخصي بنفس الدرجة والمستوى بالنسبة للعقود الإدارية المختلفة[2].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ هناك تفاوت في تطبيق فكرة الاعتبار الشخصي على العقود الإدارية، فكلما كانت علاقة العقد شديدة الاتصال بالمرفق العام كلما اشتدت فكرة الاعتبار الشخصي كما في عقد مقاولات الأشغال العامة التي تحتل مكانة بارزة بين العقود الإدارية.

الفرع الثاني: الصفات الجوهرية التي قد تكون محلاً للاعتبار الشخصي في العقد الإداري.

في الواقع إنّ هذه الصفات متعددة ومختلفة من شخص لآخر، كما إنّ طبائع الناس ورغباتهم وتقديرهم لهذه الصفات مختلفة، لذلك تثار صعوبة تحديد جميع هذه الصفات وتقديرها، فقد تكون صفة حسن الخلق والسمعة لشخص محل اعتبار عند شخص، وقد لا يقيم شخص آخر لها وزناً، كما إنّ هذه الصفات يختلف أثرها باختلاف نوع العقد، فقد يكون لنوع العقد أثره في تحديد الصفات المطلوبة ومدى أهميتها، كالكفاية المالية والمعرفة الفنية بالنسبة لعقود الأشغال العامة، وبالمقابل قد يكون لإرادة المتعاقدين أثر في ذلك، كما هو الحال في بعض العقود المهمة التي تعقدها الإدارة والتي تفضل فيها متعاقد يحمل جنسية الدولة.

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص55).

[2] المرجع السابق، ص55.

كما إنّ الاعتبار الشخصي يتسع ليشمل كافة الصفات المتعلقة بما يشتمل عليه العقد، ويتطلبه مبدأ حسن النية في التنفيذ، وفي مجال العقود الإدارية إنّ أساس الاعتبار الشخصي هو صلة العقد الإداري بالمرفق العام، وكلما اشتدت هذه الصلة زاد الاهتمام والتركيز على الاعتبار الشخصي، ولما كان الهدف من المرفق العام هو تحقيق المصلحة العامة وتحقيق النفع العام، فإنّ هذه الغاية يكون لها أثرها الكبير والواضح في تحديد هذه الصفات التي ينبغي على الإدارة مراعاة توافرها في المتعاقد معها، وذلك لكي تضمن الإدارة التنفيذ السليم والجيد للعقد الإداري، وكفالة سير المرفق العام بانتظام وإطراد[1].

ويتحدد نطاق فكرة الاعتبار الشخصي بمجموعة من الصفات الجوهرية التي تكون محلاً للاعتبار في التعاقد، إذ يتسع هذا النطاق ليشمل كافة الصفات الجوهرية للمتعاقد بما يشتمل عليه العقد ويقتضيه حسن النية في تنفيذه، والصفات الجوهرية التي تكون محلاً للاعتبار في التعاقد متعددة، ومِنْ هذه الصفات:

1) **السنّ:** إنّ للسنّ دوراً هاماً في العقود بشكل عام، فتكتمل أهلية الشخص الطبيعي بتمام بلوغه سن الرشد (ما لم يكن محجوراً عليه)[2]، كما أن له دوراً آخر في العقود ذات الطابع الشخصي بوجه خاص، اذ يعد سِن أو عمر المتعاقد عنصراً جوهرياً في الكثير من هذه العقود، فبلوغ المتعاقد هذا السنّ يعد شرطاً عاماً في مختلف العقود الإدارية[3].
2) **الحالة الصحية:** وهذه صفة أخرى تكون محل اعتبار من جانب الإدارة في كثير من العقود لاسيما العقود الواردة على العمل، حيث تفضل الجهة الإدارية المتعاقدة في مثل هذا النوع من العقود الملتزم ذي الصحة الجيدة، إذ إن تنفيذه للالتزامات المنوطة به، يتطلب أن يكون صحيح البنية، لأنّ مرضه قد يترتب عليه توقف العمل[4].
3) **الجنسية:** قد تشكل جنسية المتعاقد مع الإدارة صفة جوهرية تكون محلاً للاعتبار من جانب هذه الأخيرة عند قيامها بإختيار المتعاقد معها، خاصة العقود المتصلة بمرافق عامة ذات طابع سري كعقود التوريد الحربية التي تتصل بمرفق الدفاع الوطني وأمن وسلامة الدولة، وفي بعض الأحيان قد يتدخل المشرع في إبرام العقد الإداري ويجعل من الجنسية

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص61 وما بعدها).

[2] انظر المادة (53) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

[3] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص591).

[4] أكباشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية (ص289).

شرطاً للتقدم للمناقصة، إذ يكون الاشتراك في المناقصة قاصراً على الوطنيين فقط[1] –أي من حملة جنسية البلد الذي أعلنت فيه المناقصة– سواء كانوا أفراداً أم جماعات، وفي أحيان أخرى قد تعطي بعض التشريعات أفضلية للمقاولين الوطنيين بنسبة معينة عندما يبدون رغبتهم في الإشتراك في المناقصة. وجدير بالذكر أنّ الصفات التي تشترط الإدارة وتتأكد من وجودها في المتعاقد غير مطلوبة لذاتها بقدر ما هي وسيلة لتحقيق هدف المرفق وخدمة المنتفعين، وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على هذا المعنى حيث قضت " بأنّ المشرع تقديراً منه لطبيعة العقود الإدارية وصلتها بالمرافق العامة أكد على الجانب الشخصي للمتعاقد مع الإدارة وحسن سمعته ومقدرته المالية والفنية بحيث إذا حدث ما يمس تلك الاعتبارات كان للإدارة فسخ العقد..."[2].

وفي فلسطين اشترط المشرع على المقاول جنسية المقاولين من الباطن، وذلك بنصها في اللوائح والقوانين المنظمة لذلك، وخاصة إذا كان المقاول أجنبياً[3]. ونص المشرع على أن "تعطى الأولوية في مشاريع الأشغال الحكومية للمقاولين المحليين، إذا توافرت فيهم الشروط المطلوبة"[4]. وأوجبت المملكة العربية السعودية على التعاقد من الباطن بشركات سعودية بنسبة 30% من الأعمال محل العقد[5].

4) الديانة :الأصل أن لا يكون للمعتقدات أثر في المعاملات المالية للأفراد، فحرية الأديان والمعتقدات وممارسة الشعائر الدينية مكفولة قانوناً، إلا أنه يمكن أن يعتد بها في بعض

---

[1] نصت المادة (42/2) من القانون المدني الفلسطيني على أن "المواطن هو كل من ثبتت له الجنسية الفلسطينية".

[2] كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص592).

[3] حيث نصت المادة (45/3) من لائحة الأشغال العامة في فلسطين بأنه "يستخدم المقاول مقاولين من الباطن وشركات استشارية ومالية وشركات الخدمات الرئيسية والقانونية الفلسطينية على الإطلاق إلا بإستثناء" أي المشرع حدد جنسية المقاولين من الباطن بالفلسطينية. مشار إليه في مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة (ص34).

[4] المادة (5) من قانون العطاءات الحكومية رقم (6) لسنة 1999، وجاء موافقاً لها نص المادة (8) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 بشأن الشراء العام "... إعطاء الأفضلية للمنتج والمقاول والمستشار الفلسطيني المحلي، شريطة مراعاة متطلبات الجودة الفنية"،

[5] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة (ص34).

الحالات، كالعقد الذي يبرم مع جمعية دينية، وكذلك الحال عندما تتعاقد إدارة كلية الشريعة مع مدرس لأجل التدريس في الكلية فإنها تضع بعين الاعتبار ديانة المدرس[1].

5) **حسن الأخلاق والسمعة:** تهتم الإدارة بحسن سيرة المتعاقد وسمعته وبالذات فيما يتعلق بمدى حرصه على الوفاء بالتزاماته بيسر وسهولة، ودون مماطلة، وتنفيذها وبحسن نية فضلاً عن ثقته وأمانته وصدقه في التعامل، حيث تعد كل هذه الصفات من أخلاق الشخص ودليلاً على سمعته الطيبة[2].

6) **الكفاية المالية:** وتعني درجة يسار وملائمة من الناحية المالية، وقد عرف بعضهم اليسار بأنه: "ما يكون ضد الإعسار القانوني الصادر به حكم ذلك لأن حالة المتعاقد المالية تختلف من عقد لآخر ومن شخص لآخر تبعاً للالتزامات الناشئة عن كل عقد، وتبعاً لما يكون على كل عاقد من ديون"، ولا شك أن هذه الصفة تشكل ضمانة هامة لتنفيذ العقد الإداري وتحقيق النفع العام، وخاصة في العقود الإدارية التي يتطلب تنفيذها إمكانيات مالية ضخمة مثل عقود الامتياز التي تؤدي دوراً مباشراً في خدمة المنتفعين من المرفق العام محل العقد[3]، وكذلك تمثل هذه الصفة ضمانة هامة لتنفيذ العقد الإداري وتحقيق النفع العام، وخاصة في عقود الأشغال العامة التي يطول تنفيذها إمكانيات مالية ضخمة، مثل: تنفيذ الأنفاق والجسور والأبنية ومشاريع الطرق وغيرها[4].

وقد نص المشرع الفلسطيني على أن "تؤخذ بعين الاعتبار كفاءة المناقص من الناحيتين المالية والفنية ومقدرته على الوفاء بالتزامات العطاء"[5].

7) **المعرفة والمقدرة الفنية:** ويقصد بها مؤهلات المتعاقد وخبراته الفنية، وقد وردت تعريفات عدة للمعرفة الفنية، حيث عرفها البعض بأنها "المعارف التطبيقية اللازمة لاستخدام فعال لتطبيقات صناعية لوضعها موضوع الممارسة" وبذلك يكون قد ضيق من مفهومها وحصرها في مجال التطبيقات الصناعية، كما عرفها البعض الآخر بأنها "خبرة ومهارة يدوية غير محسومة وطرق فنية". وتعد المعرفة الفنية صفة شخصية تجعل من العقد الإداري عقداً قائماً على الاعتبار الشخصي وذلك إذا ما روعيت من قبل الإدارة عند إبرامه، حيث تكون خبرات المتعاقد وسابقة أعماله ومؤهلاته الفنية محل تقدير للإدارة عند

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص66).

[2] كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص592).

[3] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص63 وما بعدها).

[4] أكباشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية (ص289).

[5] المادة (47/2) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة.

اختيارها له لاسيما اذا كان تنفيذ العقد يستلزم تقنية عالية من ناحية التنفيذ أو التشغيل أو الصيانة[1]. وقد اشترط المشرع الفلسطيني توافر مثل هذه الكفاءة[2].

ومن جهة نظرنا نرى بأنّه من الضرورة أن تتوافر في المتعاقد مع الإدارة – المقاول– صفات جوهرية، ولا بُدّ أيضا الإدارة من أن تتحقق من قدرات المقاول اللازمة لتنفيذ العقد حفاظاً على سير المرفق العام بإنتظام وإطراد تحقيقاً للمصلحة العامة، ذلك أنّ عدم توفر القدرات المادية والتقنية اللازمة لتنفيذ العقد سيؤدي حتماً إلى تعثر المتعاقد – المقاول– في التنفيذ، مما ينعكس سلباً على حسن سير المرفق العام محل العقد وبالتالي يلحق ضرراً بالمصلحة العامة وحاجات الجمهور. وبالتالي نجد بأنّ هذه الصفات جوهرية وتؤثر على عقد الأشغال العامة لاسيما فيما يتعلق بالجنسية، والكفاية المالية، والمعرفة والمقدرة الفنية.

الفرع الثالث: زوال الاعتبار الشخصي للمتعاقد.

تعتبر عقود الأشغال العامة ذات طابع شخصي، يتمتع المتعاقد مع الإدارة بمواصفات شخصية وفنية معينة تحددها الإدارة[3]، ويكون المتعاقد مع الإدارة ملزماً بتنفيذ التزاماته التعاقدية شخصياً خلال المدة المذكورة في العقد، إلا أنه قد يطرأ أثناء تنفيذ العقد ما يحول دون ذلك – التنفيذ– كما في حالتي وفاة المتعاقد، أو إفلاسه وإعساره[4].

لكل ذلك سأبين أثر زوال فكرة الاعتبار الشخصي في تلك الحالتين، على النحو التالي:

أولاً: حالة وفاة المتعاقد.

لقد جرى في فرنسا بأن يعتمد مجلس الدولة الفرنسي على الشروط الخاصة بالعقد أو دفاتر الشروط هي التي تعالج هذه الحالة إما الإستمرار أو انقضاء الرابطة العقدية، وهذه تختلف من عقد لآخر في العقود الإدارية[5]، ففي مجال عقود الاشغال العامة تنص المادة (37) من دفاتر الشروط العامة على أنه "في حالة وفاة المقاول، فان العقد يعد مفسوخاً بقوة القانون ودون

---

[1] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص591 وما بعدها).

[2] انظر المادة (47/2) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة.

[3] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة (ص34).

[4] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص607).

[5] أكباشي، فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية (ص289).

تعويض، إلا اذا قبلت الجهة الادارية المتعاقدة العرض المقدّم من ورثة المقاول بالإستمرار في تنفيذ الاشغال العامة[1].

أما المشرع المصري والفلسطيني فقد حسم تنفيذ أو فسخ العقد في حالة موت المتعاقد مع الإدارة، ولم يترك ذلك للفقه أو القضاء حيث نص كلاً منهما على ذلك[2].

حيث نص المشرع المصري على أنه "إذا توفي المتعاقد جاز لجهة الإدارة فسخ العقد مع رد التأمين إذا لم تكن لها مطالبات قبل المتعاقد أو السماح للورثة بالإستمرار في تنفيذ العقد شرط أن يعينوا عنهم وكيلاً بتوكيل مصدق على التوقيعات فيه توافق عليه السلطة المختصة وإذا كان العقد مبرماً مع أكثر من متعاقد وتوفي أحدهم فيكون للجهة الإدارية الحق في إنهاء العقد مع رد التأمين أو مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذه. ويحصل الإنهاء في جميع هذه الحالات بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول دون حاجة إلى اتخاذ أية إجراءات أخرى أو الالتجاء إلى القضاء"[3].

كما نص المشرع الفلسطيني على أنه "إذا توفي المتعاقد جاز للجهة المتعاقدة فسخ العقد مع رد التأمين ما لم يكن للجهة الطالبة استحقاقات قبل المتعاقد أو السماح للورثة بالاستمرار في تنفيذ العقد بشرط أن يعينوا عنهم وكيلاً توافق عليه الجهة المختصة. وإذا كان العقد المبرم مع أكثر من متعاقد أو متعهد متآلفين أو متشاركين وتوفي أحدهم فيكون للجهة المتعاقدة الحق في مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذ العقد"[4].

وإذا كان العقد المبرم مع أكثر من متعاقد أو متعهد متألفين أو متشاركين وتوفي أحدهم فيكون للجهة المتعاقدة الحق في مطالبة باقي المتعاقدين بالاستمرار في تنفيذ العقد، التشريع المصري من خلال المادة 77 والتشريع الفلسطيني من خلال المادة 33 من القانونين السابقين أجمعوا على حرية الإدارة الكاملة وضمن سلطاتها أن تفسخ العقد أو تسمح للورثة في الاستمرار

---

[1] كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص607).

[2] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة (ص34).

[3] المادة (77) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات، مشار إليه في مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة (ص43 وما بعدها).

[4] المادة (33) من القانون رقم (6) لسنة 1999 بشأن العطاءات للأشغال الحكومية.

في تنفيذ العقد إذا كان المتعاقد شخص واحد. ولكن المشرع الفلسطيني قيد الإدارة إذا كانوا شركاء حيث سمح لهم مباشرة تنفيذ العقد بدون موافقة الإدارة، على عكس المشرع المصري الذي أعطى الحرية أيضا للإدارة في الإختيار، وجميع التشريعات اتفقت على ضرورة اتخاذ إجراءات معينة لإبلاغ الورثة[1].

ثانياً: إفلاس أو إعسار المتعاقد.

في فرنسا بالنسبة للعقود الادارية تطرح مسألة اعلان إفلاس المتعاقد أو إعساره مصير تنفيذ العقد في ظل غل يد المفلس أو المعسر عن إدارة أمواله، وفي هذه الحالة يرجع مجلس الدولة الفرنسي أيضاً إلى دفاتر الشروط العامة لمعرفة أثر الحالة الجديدة على استمرار العقد ويطبق تلك الشروط. ويلاحظ في هذا الصدد أن دفاتر الشروط لا تنص على حكم واحد يتم تطبيقه في حالة إفلاس المتعاقد أو إعساره، وانما يختلف الحكم باختلاف نوع العقد الاداري، حيث نجد أن بعض هذه الدفاتر ينص على وجوب فسخ العقد بقوة القانون في حالة إفلاس المتعاقد، في حين ينص البعض الآخر على أنّ الفسخ رخصة جوازية للإدارة تستخدمها بموجب سلطتها التقديرية. وقد ورد في المادة (٣٧) من دفتر الشروط العامة، الخاص بعقود أشغال الطرق والمباني في فرنسا فسخ العقد بقوة القانون في حالة إفلاس المقاول إلا إذا رأت الإدارة قبول العرض المقدم من دائني المتعاقد المفلس بالإستمرار في التنفيذ، كما قررت المادة السابقة أن التصفية القضائية للمقاول ترتب بذاتها إنهاء العقد طالما أنّ المحكمة لم تأذن للمقاول بالإستمرار في مزاولة نشاطه[2].

واختلف المشرع المصري والفلسطيني مع القانون الفرنسي[3] حيث نص المشرع المصري على أن "يفسخ العقد تلقائياً في الحالتين الآتيتين: إذا أفلس المتعاقد أو أعسر"[4].

وكذلك نص المشرع الفلسطيني على أن "يفسخ العقد ويصادر التأمين النهائي في الحالات التالية " ... إذا أفلس المتعاقد أو أعسر إعساراً لا يمكنه من تنفيذ العطاء" [5].

---

[1] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة (ص43 وما بعدها).

[2] كريل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص610).

[3] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة (ص45).

[4] المادة (24) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998.

[5] المادة (30) من قانون رقم (6) لسنة 1999 بشأن العطاءات للأشغال الحكومية. وانظر المادة (73) من قرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 بشأن الشراء العام.

المبحث الثالث

التنظيم التشريعي للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة

اتفق التشريع مع الفقه والقضاء الإداري على عدم جواز التنازل عن العقد كلياً، وعدم جواز التعاقد من الباطن بدون علم وموافقة الإدارة، وفي حالة تم ذلك يتم تطبيق أقصى العقوبات على المتعاقد، وهي فسخ العقد[1] وعدم ترتيب أي آثار قانونية، ولا يمكن أن يحتج به في مواجهة الإدارة. والإدارة لها الحرية الكاملة في التعاقد من الباطن، حيث يخضع ذلك لسلطتها التقديرية، حسب ما تراه مناسباً لتحقيق النفع العام. ولقد قامت بعض التشريعات المقارنة بالنص صراحة في قوانينها ولوائحها على تنظيم التعاقد من الباطن ووضع شروطه، والبعض الآخر ترك تلك المهمة للفقه والقضاء[2].

لكلّ ذلك سأتحدث في هذا المبحث عن موقف الفقه الإسلامي من التعاقد من الباطن ومن عقد الأشغال العامة باعتباره عقداً إدارياً، والتنظيم القانوني للتعاقد من الباطن وبيان المصادر القانونية لعقد الأشغال العامة، على النحو التالي:

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من التعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة.

سأتحدث في هذا المطلب عن موقف الفقه الإسلامي من عقود الأشغال العامة باعتباره عقداً إدارياً، وموقف الفقه الإسلامي من التعاقد من الباطن، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: موقف الفقه الإسلامي من عقود الأشغال العامة.

إنّ عقود الأشغال العامة من العقود المعاصرة التي لم يبحثها الفقهاء المتقدمون، ومن ثَم فحكمها هو الحكم الراجح في المسألة الخلافية القائمة على (هل الأصل في العقود الصحة

---

[1] في مجالِ العقود الإدارية يعد فسخ العقد أشد وأخطر الجزاءات التي يمكن أن توقعها الإدارة بإرادتها المنفردة على المتعاقد معها الذي يخل إخلالاً خطيراً بإلتزاماته. وهو يختلف عن سلطة الإرادة في إنهاء العقد بإرادتها المنفردة بدون خطأ من جانب المتعاقد ولاعتبارات تتعلق بالصالح العام. وتملك الإرادة تقدير مدى خطورة المخالفة التي ارتكبها المتعاقد وأثرها على المرفق العام، وهي تستمد ذلك الحق من امتيازات السلطة العامة، ولو لم يرد نص في العقد، وبدون حاجة إلى اللجوء المسبق للقضاء. كما يتعين على الإدارة إخطار المتعاقد قبل فسخ العقد، والالتزام بالمدة المتفق عليها بين الإخطار والفسخ متى نص العقد على ذلك، وإلا تلتزم الإدارة بتعويض المتعاقد عما أصابه من أضرار من جراء مخالفتها لهذين الشرطين. للمزيد: غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية" (ص156).

[2] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص40).

والجواز إلا ما نصّ الشارع على بطلانه، أو الأصل فيها الحظر والبطلان إلا ما نصّ الشارع على صحته)، وليس هنا موضع بحثها، حيث رجّح أن الأصل في العقود الصحة والجواز إلا ما نص الشارع على بطلانه، وعليه فإن عقود الأشغال العامة تُعتبر عقوداً مشروعة[1].

ولقد عبّر علماء الفقه الإسلامي عن مسألة الأصل في العقود في الفقه الإسلامي، بعدة عبارات، فتارة يعبرون عنها (الأصل في المعاملات)، وتارة (الأصل في العقود) وتارة (الأصل في العقود والشروط فيه). وقد ذكروا أن الأصل في العقود في الفقه الإسلامي الجواز والصحة والإباحة، وعلى ذلك فالأفراد والأشخاص المعنوية لهم الحرية الكاملة في إنشاء ما يشاؤون من العقود ما دامت لا تخالف أحكام الشريعة الإسلامية[2].

وفي هذا الصدد يقول أبو زهرة: "يقصد بحرية التعاقد، إطلاق الحرية للناس في أن يعقدوا من العقود ما يرون ... غير مقيدين إلا بقيد واحد وهو ألا تشتمل على ما قد نهى عنها الشارع وحرمها، كأن يشتمل العقد على ربا ونحوه مما حرمه الشرع الإسلامي"[3].

وقال ابن تيمية: "الأصل في عقود المسلمين الصحة"، وقال: "إنّ تصرفات العباد من الأقوال والأفعال نوعان: عبادات يصلح بها دينهم، وعادات يحتاجون إليها في دنياهم، فبإستقراء أصول الشريعة نعلم أنّ العبادات التي أوجبها الله أو أحبها لا يثبت الأمر بها إلا بالشرع، وأما العادات فهي ما اعتاده الناس في دنياهم مما يحتاجون إليه، والأصل فيه عدم الحظر فلا يحظر منه إلا ما حظره الله سبحانه وتعالى... . والعادات الأصل فيها العفو فلا يحظر منها إلا ما حرمه و إلا دخلنا في قوله تعالى: ﴿ قُلْ أَرَءَيْتُم مَّآ أَنزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَامًا وَحَلَٰلًا قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴾[4].

فالناس يتبايعون ويستأجرون كيف شاؤوا ما لم تحرم الشريعة، كما يأكلون ويشربون كيف شاؤوا ما لم تحرم الشريعة، وإن كان بعض ذلك قد يستحب أو يكون مكروها، وما لم تحد الشريعة في ذلك حداً فيبقون فيه على الإطلاق الأصلي".

---

(1) شويدح وأبو هربيد، عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة "رؤية شرعية" (ص1239 و1243).

(2) الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي (ص174).

(3) أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية (ص232).

(4) [يونس: 59].

فالعقود في الفقه الإسلامي؛ أيّ عقود بغض النظر عن محلها، الأصل فيها الإباحة، وللأفراد أن يتعاقدوا بما شاؤوا من عقود بشرط أن لا تشتمل على ما نهى عنه الشارع الحكيم[1].

فمتى أراد الأفراد أن يتعاقدوا فلهم ذلك، وليس لهم بحث هل هذا العقد محرم أو غير محرم؟ إلا إذا اشتمل على شيء جاء تحريمه في كتاب الله وسنة نبيه ﷺ. وأمّا عن مشروعية العقد الإداري، فنستدل على مشروعيته من الكتاب والسنة والعقل، وذلك على النحو التالي:

أولاً: مشروعية العقد الإداري من القرآن الكريم.

وردت عدة آيات من كتاب الله عز وجل تدل على مشروعية إبرام العقد الإداري.

منها ما جاء في قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[2]وقوله تعالى: ﴿وَأَوۡفُواْ بِٱلۡعَهۡدِۖ إِنَّ ٱلۡعَهۡدَ كَانَ مَسۡـُٔولٗا﴾[3].

وجه الإستدلال: جاء الأمر بالآيتين بالوفاء بالعقود والعهود، والأمر إذا أطلق يدل على الوجوب، فتكون الآيتان دلتا على وجوب الوفاء بالعقود والعهود، كما أن لفظ العقود والعهود جاءتا بصيغة العموم دون تخصيص. وبالتالي فيكون ما أمرنا بالوفاء به من الأمور المباحة، وإذا كانت مباحة فهي صحيحة، ولو كان الأصل فيها الحظر لم يجز أن نؤمر بها مطلقاً[4].

وعلى هذا فإن جميع أنواع العقود، والتي منها عقد الأشغال العامة والذي هو إحدى أنواع العقود الإدارية يعتبر من الأمور المباحة إلا ما خص بدليل.

وقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[5].

وجه الإستدلال بالآية الكريمة: أنّها أمرت بالوفاء بالعقود أمراً عاماً وبإطلاق، دون تعيين لنوع العقد، فشملت العهود التي عقدها الله علينا وألزمنا بها، والعقود التي تقع بين الناس بعضهم مع بعض، كالبيع والإجارة والزواج وغيرها، وبكل عقد يتعارفه الناس، ويحقق مصالحهم، ما دام

---

[1] الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي (ص175 وما بعدها).

[2] [المائدة: 1].

[3] [الإسراء: 34].

[4] الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي (ص176).

[5] [المائدة: 1].

لا يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية وأصولها، والعقد الإداري –عقد الاشغال العامة– يندرج تحت هذا الأصل التشريعي العام[1].

وقال محمد رشيد رضا عند تفسيره قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[2] "... وقد تجدد لأهل هذا العصر أنواع من المعاملات، تبعها أنواع من العقود يذكرونها في كتب القوانين المستحدثة؛ منها ما يجيزه فقهاء المذاهب الإسلامية المدونة، ومنها ما لا يجيزونه، لمخالفته شروطهم التي يشترطونها، كإشتراط بعضهم الإيجاب والقبول قولاً... وقد يصبغونه بصبغة الدين، فيجعلون التزام المتعاقدين لمباح، وإيفائهما به محرماً، معصية لله تعالى لعدم صحة العقد. ويشترطون في بعض العقود شروطاً، منها ما يستند على حديث صحيح، أو غير صحيح، ومنها ما لا يستند إلا على اجتهاد مشترطه، ورأيه، ويجيزون بعض الشروط التي يتعاقد عليها الناس، ويمنعون بعضها، حتى بالرأي..."

وأساس العقود الثابت في الإسلام هو هذه الجملة البليغة، المختصرة، المفيدة (أوفوا بالعقود) وهي تفيد أنّه يجب على كل مؤمن أن يفي بما عقده، وارتبط به، وليس لأحد أن يقيد ما أطلقه الشارع، إلا ببيّنة عنه... فكلّ قول أو فعل يعدّه الناس عقداً، فهو عقد يجب أن يوفوا به، كما أمر الله تعالى، ما لم يتضمن تحريم حلال، أو تحليل حرام، ممّا ثبت في الشرع كالعقد بالإكراه، أو فعل الفاحشة، أو أكل شيء من أموال الناس بالباطل كالربا...إلخ. ومن الأصول التي بنوا عليها معظم تشديداتهم في ذلك، ذهاب بعضهم إلى أنَّ الأصل في العقود والشروط الحظر، فلا يصح منها إلاّ ما دلّ الشرع على صحته، وأنّ كل شرط يخالف مقتضى العقد باطل، وعدوا من هذا ما يمكن أن يقال: إنّه ليس منه، وإطلاق الوفاء بالعقود يدلّ على أن الأصل فيها الإباحة، كذلك الشروط، ولاسيما العقود، والشروط في أمور الدنيا، والحظر لا يثبت إلا بدليل"[3].

وفي قوله تعالى (العقود) لفظ عام ليس هناك مخصص له، فيشمل جميع أنواع العقود والتي منها العقود الإدارية[4] –والتي منها عقد الأشغال العامة– .

---

[1] القرطبي، الجامع لأحكام القرآن (ج6/5).

[2] [المائدة: 1].

[3] الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي (ص178 وما بعدها).

[4] المرجع السابق، ص179.

فالعقود الإدارية داخلة في هذه الآية، بل إنّ ولي الأمر يتعاقد كممثل للدولة أو للإدارة هو أولى بالإمتثال للأمر من الطرف الآخر ليكون قدوة في تنفيذ أوامر الله جل شأنه[1].

ثانياً: مشروعية العقد الإداري من السنة.

ما يدل على مشروعية العقد الإداري من السنة النبوية، ما ورد في الصحيحين عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه قال: قال رسول الله ﷺ: (أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً، ومن كانت فيه خصلة منهن كان فيه خصلة من النفاق حتى يدعها إذا اؤتمن خان، وإذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر)[2].

فلفظ (عاهد) الوارد في الحديث عام يشمل جميع أنواع العهود التي يتعاهد أو يتعاقد عليها المسلم، وأي عهد عهده المسلم فإن الحديث نهى عن الغدر فيه، وإذا كان الأمر منهيًّا عنه فإنه ما نهي عنه يلزم الوفاء به، وما لزم الوفاء به فإن أصله يكون مباحاً مما يدل على أن جميع أنواع العهود أو العقود، والتي منها العقود الإدارية الأصل فيها الإباحة[3].

وفي قوله ﷺ: (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً بين المسلمين أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً والمسلمون على شروطهم)[4].

فالحديث أبان لنا إلزامية التمسك بالشروط التي يتعاقد عليها المسلمون، ولم يبين لنا رسول الله ﷺ طبيعة هذه الشروط، فدلت على أن أيّ شرط يشترطه الطرفان فهو صحيح، ولما كان العقد هو مجموعة من العقود كان أي عقد يعقده الطرفان فهو صحيح بناء على أن الأصل في العقود الصحة.

ونجد تأصيل عقد الأشغال العامة من حديث النبي ﷺ ، روى عباس بن سهل عن أبيه أن النبي ﷺ أتى بني ساعدة فقال: (إني جئتكم في حاجة، تعطوني مكان مقابركم، فأجعلها سوقاً، وكانت مقابرهم ما حازت دار ابن ذئب إلى دار زيد بن ثابت، فأعطاه بعض القوم، ومنعه بعضهم، وقالوا: مقابرنا ومخرج نساءنا ثم تلاوموا، فلحقوه وأعطوه إياه، فجعله سوقاً).

---

[1] الحلو، العقود الإدارية والتحكيم (ص158).

[2] أخرجه البخاري (34)، (3178) ومسلم (58) وأبو داوود (4688) عن عبد الله بن عمرو.

[3] الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي (ص180).

[4] أخرجه أبو داوود (3594)، وصححه ابن حبان (5091) والحاكم (2/49) عن أبي هريرة، والترمذي (1352) وابن ماجه (2353) عن عمرو بن عوف.

وجه الإستدلال: بنو ساعدة عاقدوا مع رسول الله ﷺ على تقديم المعاونة للمسلمين بالتنازل عن مقابرهم لمرفق عام، وهو السوق. فالعقد الذي نشأ بين رسول الله ﷺ وبني ساعدة عقد إداري، وذلك للأسباب التالية[1]:

1. أن العقد أبرم بين رسول الله ﷺ وبني ساعدة، باعتباره ﷺ رئيساً وممثلاً للدولة الإسلامية، وليس بصفته الشخصية، فطرفه الإدارة.
2. محل هذا العقد مرفق عام هو سوق للمسلمين، أي مرفق عام من المرافق الاقتصادية.
3. أنه لم يشتمل هذا العقد على الركن الثالث من أركان العقد الإداري –وهو وجود شروط غير مألوفة أو استثنائية في العقد–، لأنّ هذا يدخل ضمن عقد الأشغال العامة المعروف في القانون الإداري.

ثالثاً: مشروعية العقد الإداري من العقل.

يمكن الإستدلال بمشروعية العقد الإداري من العقل بالأمور التالية[2]:

1- إنّ القول بعدم مشروعية العقد الإداري، إبطال لكثير من تعاملات الجهات الإدارية والتي يحتاجها الناس، وتضييق دون دليل، وهذا يخالف القواعد العامة في الشريعة الإسلامية التي جاءت بالتيسير وليس التضييق.
2- تعتبر العقود الإدارية في هذا العصر من الأمور الحياتية التي يحتاجها الناس بشكل يومي سواء على مستوى الأفراد أو الشخصيات العامة، فمصالح الناس مرتبطة بهذه العقود الإدارية ارتباطاً وثيقاً، والقول بعدم شرعيتها يفضي إلى مفسدة، والإسلام أمر بجلب المصالح ودرء المفاسد.
3- إنّ في منع إبرام العقد الإداري لعدم مشروعيتة، تحريم لشيء لم يحرمه الله عز وجل، والله تعالى يقول: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾[3] ، فالآية عامة في الأعيان والأفعال فإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة، لأنّ الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة، وليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس من العقود أو الشروط إلا ما

---

[1] الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي (ص188 وما بعدها).

[2] المرجع السابق، ص181 وما بعدها.

[3] [الأنعام: 119].

ثبت تحريمه بعينه، فتبقى العقود الإدارية على الأصل وهو الإباحة، وبالتالي فهي مشروعة.

قال ابن القيم: "الخطأ الرابع اعتقادهم أنّ عقود المسلمين وشروطهم ومعاملاتهم كلّها على البطلان حتى يقوم دليل على الصحة، فإذا لم يقم عندهم دليل على صحة شرط أو عقد أو معاملة استصحبوا بطلانه، فأفسدوا بذلك كثيراً من معاملات الناس وعقودهم وشروطهم بلا برهان من الله تعالى، بناءً على هذا الأصل وجمهور المسلمين على خلافه، وأنّ الأصل في العقود والشروط والصحة إلا ما أبطله الشارع أو نهى عنه، وهذا القول هو الصحيح".

وابن القيم (رحمه الله) يرد على من قال بأنّ الأصل في العقود والشروط فيها ونحو ذلك الحظر؛ إلا ما ورد الشرع بإجازته فهم "لم يصححوا لا عقداً ولا شرطاً إلا ما ثبت جوازه بنص أو إجماع وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه"، وهؤلاء هم أصحاب المذهب الظاهري، فرأيهم يستلزم القول بعدم مشروعية إبرام العقود الإدارية[1].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّه من خلال استقراء النصوص الواردة في كلٍ من القرآن الكريم، والسنة النبوية، يتبين أنّ العقود الإدارية حكمها هو الحكم الراجح في المسألة الخلافية القائمة على (هل الأصل في العقود الصحة والجواز إلا ما نصّ الشارع على بطلانه، أو الأصل فيها الحظر والبطلان إلا ما نصّ الشارع على صحته)، والمتبين من خلال الاستقراء لنصوص الكتاب والسنة والذي أرجحه أن الأصل في العقود الصحة والجواز إلا ما نص الشارع على بطلانه، وعليه فإن عقود الأشغال العامة تُعتبر عقوداً مشروعة. والعقود الإدارية تعتبر من الأمور الحياتية التي يحتاجها الناس بشكل يومي سواء على مستوى الأفراد أو الشخصيات العامة، فمصالح الناس مرتبطة بهذه العقود الإدارية ارتباطاً وثيقاً، والقول بعدم شرعيتها يفضي إلى مفسدة، والإسلام أمر بجلب المصالح ودرء المفاسد، والقول بعدم مشروعية العقد الإداري، إبطال لكثير من تعاملات الجهات الإدارية والتي يحتاجها الناس.

---

[1] الخضير، مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي (ص182).

الفرع الثاني: موقف الفقه الإسلامي من التعاقد من الباطن.

أولاً: مفهوم التعاقد من الباطن وصورها.

ويقصد بالتعاقد من الباطن "قيام المتعاقد الأصلي بالتعاقد مع طرف ثالث بغية تنفيذ جزء من العقد، شريطة بقاء مسؤوليته، وضمان الطرف الثالث"[1].

والمقاولة من الباطن هي "اتفاق بين المقاول الأصلي ومقاول آخر على أن يقوم الثاني بتنفيذ الأعمال المسندة إلى الأول أو جزء منها مقابل أجر"[2].

أما عن صور التعاقد من الباطن فتقع في الغالب في مقاولات المباني والمنشآت والمشاريع الكبيرة، حيث تتشعب الأعمال وتحتاج للقيام بها إلى خبرات عديدة من فنيين ومهندسين، وجهود كبيرة، لا يستطيع المتعاقد الأصلي –المقاول الأصلي– القيام بها وحده، فيلجأ إلى الاتفاق مع متعاقد آخر –مقاول آخر أو أكثر–، للقيام بتنفيذ جزء من العمل، فمثلاً: قد يعهد ببناء أساس العمارة إلى شخص، وأعمال بناء الهيكل والجدران وعقد السقوف إلى آخر، وأعمال المياه والكهرباء والتدفئة إلى ثالث ...، وهكذا. ويسمى المقاول الذي تعاقد مع صاحب العمل بالمقاول الأصلي أو الأول، ويسمى الشخص الذي عُهد إليه للقيام ببعض الأعمال بالمقاول الثاني أو المقاول من الباطن[3].

ثانياً: التكييف الشرعي للتعاقد من الباطن.

يسري على عقد المقاولة من الباطن أنه إذا التزم المقاول الثاني –المقاول من الباطن– بتقديم العمل والمواد لتنفيذ ما تم إسناده إليه؛ كمقاولة الكهرباء أو مقاولة التكييف أو مقاولة الإنشاءات الصحية في المبنى الذي تم إنشاؤه، يكون العقد الذي أبرم مع المقاول الأصلي عقد استصناع، ولا مانع من تسميته عقد مقاولة من الباطن، أما إذا كان المقاول الثاني قد التزم بتقديم العمل فقط –كإجراء التركيبات المختلفة– فإن العقد الذي بينه وبين المقاول الأصلي يسبغ عليه صفة الأجير المشترك، إلا إذا كان يخضع طوال مدة العقد لإشراف المقاول الأصلي،

---

[1] عمر، هل يجوز شرعاً للمتعاقد مع جهة الإدارة التعاقد من الباطن؟ (موقع الكتروني).

[2] العمار، الإجارة على الإجارة وتطبيقاتها المعاصر (ص65).

[3] قرارية، عقد المقاولة في الفقه الاسلامي وما يقابله في القانون المدني (ص75).

ويستحق الأجر بمجرد تسليم نفسه، فإنه حينئذ يكون أجيرًا خاصًّا لدى المقاول الأول، ولا مانع من تسمية العقد في الحالتين: عقد مقاولة من الباطن.[1]

ونجد أنّ الفقهاء لم يجيزوا التعاقد من الباطن بإطلاق، بل ذكروا بأنّ التعاقد من الباطن جائز بشروط مقيدة، وهي:

الشرط الأول: ألا يشترط ربّ العمل (كالحكومة مثلاً) على الأجير –المتعاقد الأصلي– أن يعمل العمل بنفسه: فإن اشترط ذلك ربّ العمل، كان شرطاً صحيحاً ولازماً، ويتحمل الطرف المتعاقد مسؤولية مخالفة ذلك الشرط[2]، أما إذا اشترط صاحب العمل في العقد أن ينفذ المقاول العمل بنفسه، أو كانت طبيعة العقد تقتضي ذلك، كأن يكون محل العقد عملاً فنياً، وعهد إليه لمهارته، وإتقان عمله، وسمعته الحسنة، فلا يجوز عندئذٍ للمقاول أن يعهد لشخص آخر بتنفيذ العمل كله أو جزء منه، وهذا ما أكدته القوانين المدنية المعاصرة في موادها[3]، فقد جاء في القانون المدني الفلسطيني على أنه "يجوز للمقاول أن يكلّ تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه"[4]. وهي مطابقة لنص المادة في القانون المدني المصري[5].

وهذا مأخوذ من فقه المذهب الحنفي الذي يجيز للأجير أن يستعمل غيره لو أطلق العقد فلم يرد فيه شرط مانع، فقد نصت مجلة الأحكام العدلية على أنه "لو أطلق العقد حين الاستئجار فللأجير أن يستعمل غيره"[6]، "الأجير الذي استؤجر على أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره"[7].

---

[1] الألفي، حكم عقد المقاولة من الباطن (موقع الكتروني).

[2] القاسم، عقود الباطن هل هي شرعية؟ (موقع الكتروني).

[3] قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني (ص75 وما بعدها).

[4] المادة (756/1) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

[5] المادة (661) من القانون المدني المصري.

[6] المادة (572) من مجلة الأحكام العدلية.

[7] المادة (571) من مجلة الأحكام العدلية.

ومع ذلك يبقى المتعاقد مسؤولاً بالتضامن مع المتنازل إليه أو المقاول من الباطن عن تنفيذ العقد، وهذا ما أكده القانون المدني الفلسطيني على أنه "يبقى المقاول في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول من الباطن قبل صاحب العمل"[1].

وإن لم يكن هناك شرط مانع أو كانت طبيعة العمل لا تقتضي أن يعمل المقاول بنفسه، ولجأ المقاول إلى آخر لتنفيذ العمل، تبقى مسؤولية المقاول الأصلي قائمة قبل صاحب العمل وكأنه صادر منه. فإذا أخلّ المقاول الثاني بإنجاز العمل أو بالتزامه في تسليمه في الموعد المحدد، أو ظهر في عمله عيب، كان المقاول الأصلي مسؤولاً[2] عن ذلك تجاه رب العمل[3]. ولا يجوز للمقاول الثاني –المقاول من الباطن– أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل[4].

وقد قرّر مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي أنه اذا اشترط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه، فلا يجوز له أن يتفق مع مقاول آخر من الباطن. وإذا لم يشترط رب العمل على المقاول أن يقوم بالعمل بنفسه جاز له أن يتفق مع مقاول من الباطن، ما لم يكن العمل بعينه مقصوداً أداؤه من المقاول نفسه لوصف مميز فيه مما يختلف بإختلاف الإجراء. وعلى أن يبقى المقاول مسؤول عن عمل مقاوليه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصلي تجاه ربّ العمل قائمة وفق العقد [5].

الشرط الثاني: ألا يكون العمل المعقود عليه مما يختلف باختلاف الأجير: وهذا الشرط يكشف عن قضية مهمة جداً، وهي أن العقد من الباطن يجب أن يكون مع شخص يتوافر فيه أو جهة تتوافر فيها القدرة والأهلية الكاملة على تنفيذه، أما إذا كان المتعاقد من الباطن ليس لديه القدرات الكافية، ولا التخصص المطلوب للقيام بالعمل، فإن إجراء العقد معه حينئذ يكون محرماً، ويكون المال الناتج عنه من الأموال المأكولة بالباطل.

---

[1] المادة (2/756) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

[2] المادة (756/1) من القانون المدني الفلسطيني تنص على أنه" يبقى المقاول في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول من الباطن قبل صاحب العمل ".

[3] قرارية، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني (ص76).

[4] شاشو، عقد المقاولة في الفقه الإسلامي (ص750).

[5] مجمع الفقه الإسلامي الدولي، عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره (موقع الكتروني).

ولئن كان التعاقد من الباطن جائزاً شرعاً، ومسموحاً نظاماً، فإنه يجب أن يكون ذلك في ظل رقابة صارمة لتنفيذ المشاريع الحكومية، وإلا فإن حسم هذا الباب هو ما تقتضيه السياسة الشرعية والمصلحة المرعية في ظل الأوضاع القائمة الآن[1].

فالتعاقد من الباطن جائز بشروط بإتفاق الفقهاء، ومبنى اتفاقهم أنّ للأجير على عمل موصوف بالذمة أن يعمله بذاته أو بغيره، فغاية الأمر حصول العمل، أياً كان عامله، كالحال في إيفاء الدين، سواء أكان من خلال المدين أو متبرع غيره.

وشروطهم في جواز ذلك انتفاء الشرط على عمل الأجير العمل بذاته، وألا يكون العمل مما فيه اعتبار شخصي للمتعاقد، وبالأحرى ألا يكون العمل مما يختلف فيه باختلاف الأجير.

وأساس ذلك القياس على عقد السلم، فإذا أسلم في نوع فأعطاه خلاف ما اتفق عليه، لا يجوز، فهو عقد على موصوف في الذمة نقل لغيره، فكذلك هنا، لا يقبل التعاقد من الباطن؛ لأن شخصية المتعاقد محل اعتبار عند التعاقد.

وعليه، فلا يجوز –حال وجود أحد الشرطين السابقين– التعاقد من الباطن، فالغرض هو الاعتبار الشخصي للمتعاقد في هذه الحالة، فإن حدث فعلى المتعاقد الأصلي الضمان[2].

وقرر الفقهاء المعاصرون أنه لا ربطَ بين عقد المقاولة الأول وعقد المقاولة من الباطن من جهة الالتزامات، فالمقاولُ من الباطن لا يرتبط مع صاحب المشروع، وإنما علاقته مع المقاول الأول فقط، وهو المسؤول عن أي تقصيرٍ أو عيبٍ في تنفيذ الأعمال. وورد في قرار المجمع السابق "المقاول مسؤولٌ عن عمل مقاوليه من الباطن، وتظل مسؤولية المقاول الأصلية تجاه ربِّ العمل قائمةً وفق العقد"، وقال د.وهبة الزحيلي: ويلاحظ أن مسؤولية المقاول الأصلي عن أعمال المقاول من الباطن هي مسؤوليةٌ عقديةٌ، تنشأ من عقد المقاولة الأصلي، وليست مسؤولية متبوع عن تابعه، فالمقاول من الباطن يعمل مستقلاً عن المقاول الأصلي ولا يعتبر تابعاً له. وتقوم هذه المسؤولية على افتراض أن كل أعمال المقاول من الباطن تعتبر بالنسبة إلى ربِّ العمل أعمالاً صادرةً من المقاول الأصلي، ومن ثَمَّ يكون مسؤولاً قِبله عنها، والأصلُ ألا تقوم علاقةٌ مباشرةٌ بين ربِّ العمل وبين المقاول من الباطن إذ لا يربطهما أيُّ تعاقدٍ، فلا يطالب أيهما الآخر مباشرةً بتنفيذ التزاماته، وإنما يكون للمقاول من الباطن طبقاً للقواعد العامة

---

[1] القاسم، عقود الباطن هل هي شرعية؟ (موقع الكتروني).

[2] عمر، هل يجوز شرعاً للمتعاقد مع جهة الإدارة التعاقد من الباطن؟ (موقع الكتروني).

أن يرجع على ربِّ العمل في خصوص البدل أو المقابل المستحق له قِبَل المقاول الأصلي، بطريق الدعوى غير المباشرة.

والخلاصة أن القوانين الإسلامية أجازت للمقاول أن يقاول من الباطن في كل العمل أو في جزءٍ منه ما لم يمنعه من ذلك شرطٌ في العقد، أو تكون طبيعةُ العمل تتطلب الاعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول، كأن يكون العملُ محلَّ المقاولة عملاً فنياً، اعتمد فيه صاحبُ العمل على كفاية المقاول الشخصية في هذا العمل أو ما اشتهر عنه في أدائه، فعندئذٍ يتحتمُ أن يقوم المقاولُ بالعمل شخصياً[1].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ الفقه الإسلامي أجاز التعاقد من الباطن، ولكن لم يجزه على إطلاقه –سواء أكان التعاقد من الباطن من العقود الخاصة فيما بين الأفراد فيما بينهم أو كان من العقود الإدارية التي تكون الدولة طرفاً فيها– ، بل أجازه بشروط: أولها: ألا تشترط الإدارة على المتعاقد الأصلي مباشرة العمل بنفسه، ثانيها: ألا تكون شخصية المتعاقد الأصلي محل اعتبار عند الإدارة.

على أنه في حال الإجازة –أي للتعاقد من الباطن– فإنّ ذلك لا يعني منع الإدارة من الرقابة والتوجيه، وأنه تبقى مسؤولية المتعاقد الأصلي قائمةً ويكون هو الضامن للعقد كاملاً وعما ينجم من أخطاء منه ومن المتعاقد من الباطن.

المطلب الثاني: التنظيم القانوني للتعاقد من الباطن في عقود الأشغال العامة.

سأتحدث في هذا المطلب عن المصادر القانونية لعقد الأشغال العامة، وعن موقف المشرع الفرنسي والمصري والفلسطيني من تنظيم التعاقد من الباطن، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: المصادر القانونية لعقد الأشغال العامة.

سأتناول في هذا الفرع الحديث عن المصادر القانونية لعقد الأشغال العامة والمتمثلة بالقوانين واللوائح، والوثائق الملحقة بالعقد، والقضاء الإداري، وأحكام التحكيم الدولي، والنماذج الدولية لعقد الأشغال العامة، وذلك على النحو التالي:

---

[1] عفانة، عقد المقاولة من الباطن (موقع الكتروني).

أولاً: القوانين واللوائح.

تعتبر القوانين واللوائح الصادرة عن السلطة التشريعية أو التنفيذية هي المرجع الأول لعقد الأشغال العامة، وأهمها في فلسطين قانون العطاءات الحكومية رقم 6 لسنة 1999، ونص قانون العطاءات على أن يصدر مجلس الوزراء اللوائح المكملة له والأنظمة اللازمة، لتنفيذ أحكام هذا القانون وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ سريانه[1]، وباشرت وزارة الإسكان والأشغال العامة بإبرام عقود الأشغال بدون وجود اللوائح المكملة للقانون، ولكن الوزارة قامت وبإجتهاد منها، وباعتبارها الجهة المسؤولة عن عقد الأشغال العامة أكثر من سواها، وكعلاج للمشكلة بصورة مؤقتة وحتى صدور اللوائح اللازمة، بتبني وتطبيق لائحة بعنوان "لائحة الشروط العامة لعقود الأعمال المدنية لسنة 1994" ونموذج العقد الموحد بين المالك والمقاول لسنة 1996، ودعوة الاشتراك في مناقصة عامة وتعليمات للمناقصين، ودفتر عقد المقاولة للمشاريع الإنشائية والشروط الخاصة لسنة 1996 وجميعها في الأصل هي تعليمات فرعية لقوانين وعقود الأشغال العامة في المملكة الأردنية الهاشمية[2].

أما في مصر[3] فقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 ولائحته التنفيذية[4]، هو القانون المنظم لعقد الأشغال العامة.

أما في فرنسا فالقانون رقم (75 – 1334)، الصادر في 31 ديسمبر 1975، والمتعلق بتنظيم فكرة المقاولة من الباطن في فرنسا سواء في مجال القانون الخاص أو القانون العام.

---

[1] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص20).

[2] أبو عمارة ، تنظيم عقد الأشغال العامة في فلسطين (ص46).

[3] لم تعرف مصر نظرية العقود الإدارية إلا بعد إنشاء مجلس الدولة في مصر سنة 1946، لأنه قبل هذا التاريخ لم يكن بمصر قضاء إداري، وكانت المنازعات المتعلقة بالعقود التي تكون الإدارة طرفاً فيها تفصل فيها المحاكم المدنية، وتطبق عليها القانون المدني أسوة بالعقود التي يبرمها الأفراد في تعاملاتهم الخاصة، ويستثنى من ذلك حالة وجود نص خاص بتعاقد الإدراة، فإن القضاء كان يطبقه باعتبار أن النص الخاص يقيد العام، وحين أنشئ مجلس الدولة في مصر سنة 1946، وكان يوجد به محكمة واحدة هي محكمة القضاء الإداري تم تحديد اختصاصها على سبيل الحصر، ولم يكن من بين الاختصاصات العقود الإدارية، فظل الاختصاص بمنازعات عقود الإدارة منعقداً للقضاء العادي، واستمر ذلك الوضع حتى عام 1949 حيث صدر قانون جديد لمجلس الدولة هو القانون رقم (9) لسنة 1949، وقد تضمن هذا القانون في مادته الخامسة اختصاصات محكمة القضاء الإداري، ومن بينها المنازعات الخاصة بعقود الإلتزام والأشغال العامة وعقود التوريد التي تنشأ بين الحكومة والطرف الآخر في العقد. للمزيد: جعفر، العقود الإدارية ... (ص115).

[4] جعفر، العقود الإدارية ... (ص117).

وهو البنيان الأساسي لنظام المقاولة من الباطن في فرنسا إلى جانب مرسومي 31/3/1976، 7/10/1976 المتعلقين بإصلاح نظام المقاولة من الباطن في عقود الأشغال العامة، فضلاً عما ورد من نصوص متفرقة بالمراسيم: 14 مارس 1973، 21 يناير 1976، 3 ديسمبر 1985 (المعدل لتقنين العقود الإدارية)[1]. وفي فرنسا فإنّ كراسة الشروط الإدارية العامة الصادرة في 21 يناير 1976م (C.C.A..G) والتعديلات التي طرأت عليها، وآخرها مرسوم 7 مارس 2001 والذي أصبح سارياً من 8 سبتمبر 2001، والتي عمل المشرع الفرنسي على توحيدها لجميع الإدارات والهيئات والوحدات المحلية في فرنسا هي المنظمة لعقد الأشغال الدولية[2].

ونجد أنّ الطبيعة القانونية لهذه الكراسات معقدة طبقاً للقواعد التي تحتويها كراسات الشروط، حيث تصبح للقواعد قيمة عقدية لو كانت معدة من قبل أطراف العقد، فإنّه من الضروري معرفة طبيعة النظام القانوني الذي تخضع له هذه المقاولة[3]، لذلك يجب التمييز بين مرحلتين:

1. تعتبر كراسات الشروط العامة غير ملزمة للمقاول، إلا إذا أشير إليها صراحة في العقد، أو أحال العقد إليها، وإذا أشار العقد إلى بعض الشروط الواردة في كراسة الشروط العامة فإنّ هذه الشروط هي التي تكون ملزمة وتطبق، وأكد مجلس الدولة المصري على هذا المعنى بقوله "لا تعتبر لائحة المناقصات والمزايدات مكملة للعقد بحيث يمكن تطبيق الجزاءات المبينة بها، ما لم يتضمن العقد أحكامها، أو الإحالة عليها باعتبارها جزء مكمل له"[4].

2. يوجد نصوص واردة في كراسة الشروط العامة متعلقة بشروط وإجراءات إبرام العقد فقط، فهذه الشروط تعتبر ذات طبيعة لائحية ملزمة للإدارة، وينتهي دورها عند إبرام العقد وتنفيذه.

---

[1] للمزيد راجع: إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص34 وما بعدها).

[2] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص20).

[3] الشرقاوي، العقود الإدارية (ص343). مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص343).

[4] المحكمة الإدارية العليا، 1ديسمبر، 1973م س 19، (ص28) . مشار إليه في رسالة مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص21).

وتعتبر كراسات الشروط العامة في فرنسا المصدر الأساسي لعقد الأشغال العامة، وهي التي تحدد الأحكام (النصوص) الإدارية المطبقة على كل أنواع الاتفاقيات وعقود الأشغال[1].

و توجد وثائق أخرى مكملة لها وهي[2]:

أ.كراسة الشروط الفنية العامة.

تأخذ كراسة الشروط الفنية العامة التي يرمز لها بـ (C. C. T.G) في فرنسا نفس الطبيعة القانونية لكراسات الشروط العامة الإدارية بمجرد إدخالها في العقد والإشارة إليها، وهي تتضمن النصوص الفنية التي تطبق على نوع معين من عقود الأشغال العامة، وتحتوي أحياناً على شروط فنية خاصة لعقد الأشغال.

ب.كراسة الشروط الإدارية الخاصة.

تحتوي كراسة الشروط الإدارية الخاصة والتي يرمز إليها (C.C.A.P) على الشروط الإدارية الخاصة بعقد الأشغال، وهي تكمل النقص الوارد في كراسة الشروط العامة، وتعدل أحكامها بما يتناسب وطبيعة كل عقد. حيث شاركت اللجنة المركزية منذ بضع سنوات في تحضير مجموعة متجانسة من كراسات الشروط الإدارية الخاصة، حيث حددت بمرسوم 21 يناير 1976 الذي أقر كراسة ليطبق على عقود الشغال العامة.

ثانياً: الوثائق الملحقة في العقد.

تعتبر كراسات الشروط التي تم ذكرها، الوثائق الأساسية للعقد وشروطه، ولكن غالباً ما يصاحب عقد الأشغال العامة وثائق خاصة مكملة للعقد، وتعتبر شروط ملزمة لطرفي العقد لأنها تتعلق بالتفصيلات الجزئية لعملية التعاقد[3] وأهمها[4]:

1.جدول الأسعار: يحدد جدول الأسعار الأثمان الواجب تطبيقها، ويعتبر وثيقة هامة للمقاول المتعاقد مع الإدارة لأنها تحدد حقوقه قبل الإدارة.

---

[1] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص21).

[2] المرجع السابق، ص22.

[3] الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة" (ص382).

[4] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص22).

2.جدول الكميات: يتضمن هذا الجدول الكميات المتعلقة بكل عملية أو إنشاء يتم تنفيذه "يجوز النص على أن جدول الكميات ملزم أو تقريبي يتم حسابه على أساس جدول الأسعار".

3.جدول المقايسات والمواصفات: يتعين فيه مقايسات الأعمال المطلوب إنجازها، والمواصفات والرسوم لحفظ البيانات المفضلة المتعلقة بتنفيذ الأشغال موضوع العقد.

أما في فلسطين جرى العمل والعرف لدينا، على أنّ عقد الأشغال العامة يشمل علي عدة ملاحق أبرزها[1]:

أ. وثائق ومستندات المناقصة والعقد: وتشمل إعلان طرح العطاء ودعوة المؤهلين للمشاركة فيه، وصيغة التراضي بين أطرافه.

ب. لائحة الشروط العامة الموحدة، والشروط الخاصة للعقد: ولائحة الشروط العامة هي لائحة فرعية تبين تفصيلاً ماهية الالتزامات التي يرتبها تنفيذ عقد الأشغال العامة؛ بينما الشروط الخاصة هي إضافات أو تعديلات على هذه الشروط العامة، وبداهة أن تتقدم في تطبيقها على الشروط العامة "ويتم الأخذ بها لوقوع الاتفاق عليها وليس لأن المشرع أقرها".

ت. المواصفات العامة والمواصفات الخاصة للعمل أو النشاط: وهي قيود موضوعية على محل العقد تشمل مواصفات ضمان الجودة في المواد وصناعتها وتتولى بيانها الجهات الفنية المصممة للعمل محل العقد.

ث. المخططات والتصاميم والمراسلات المتبادلة بين الإدارة والمتعاقد معها: وهي الرسومات والنماذج والأشغال المزمع تنفيذها وما يستجد من تفاهمات بين الأطراف أثناء التنفيذ.

ثالثاً: القضاء الإداري.

يعتبر القانون الإداري ذو صفة قضائية، ويعترف لمجلس الدولة الفرنسي على وجه التحديد بدور إنشائي في خلق قواعد القانون الإداري وعقد الأشغال العامة، من خلال تعريفه وبيان عناصره، وبذلك وهو بهذه الصفة قضاء إنشائي يختلف عن القضاء العادي الذي لا يتجاوز دوره تطبيق القاعدة القانونية المعمول بها. ويرجع الدور الإنشائي المميز للقضاء الإداري كمصدر لعقد الأشغال العامة، لأن أصل القانون الإداري غير مقنن، لهذا كثيراً ما يلجأ القاضي الإداري إلى وضع المبادىء العامة للقانون الإداري. ورغم الدور الإنشائي الذي يقوم به في ابتداع القواعد القانونية الواجب التطبيق على المنازعات المعروضة أمامه عند غياب

[1] أبو عمارة، تنظيم عقد الأشغال العامة في فلسطين (ص48).

النصوص التشريعية، بحيث تصبح أحكامه المصدر الرسمي للقانون بشأن المنازعات. وإذا كان مجلس الدولة الفرنسي هو الرائد في القيام بهذا الدور الإنشائي للقانون الإداري فقد تبعه مجلس الدولة المصري في هذا الطريق بعد إنشائه عام 1946[1].

وقضت المحكمة الإدارية في مصر في السنة الأولى من إنشائها "إنّ القضاء الإداري ليس مجرد قضاء تطبيقي مهماته تطبيق نصوص مقننة مقدماً بل هو على الأغلب إنشائي من خلق الحل المناسب ولهذا أرسى القواعد لنظام قانوني قائم بذاته، ينبثق من طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات حسن سيرها وإيجاد مركز التوازن والمواءمة بين ذلك وبين المصالح الفردية، فاقترح نظرياته التي انتقل بها في هذا الشأن أو سبق بها القانون المدني"[2].

وطبقاً لذلك فإن القاضي الإداري ملزم بتطبيق شروط العقد المنصوص عليها في كراسة الشروط الخاصة والعامة، والوثائق الملحقة بالعقد، ولكن عندما كانت المصلحة العامة التي تقصدها الإدارة من تصرفاتها وتطور واتساع مفهوم الأشغال العامة، فإنّه لا مناص من أن تنشأ مشاكل عملية وقانونية أثناء تنفيذ العقد غير منصوص عليها في الكراسات الملحقة بها، يظهر الدور الإنشائي للقاضي الإداري في حل الإشكاليات المختلفة، لا تثور مشاكل قانونية عندما لا توجد أي اختلاف بين العقد والكراسات المختلفة، ولكن في حالة وجود تناقض بين نصوص العقد والوثائق المكملة له، لمن تكون الأولوية في التطبيق؟ أجاب على تلك التساؤل كراسة الشروط العامة الفرنسية ونصت على "يأتي على رأس وثائق العقد المبرم والموقع مع الطرفين، يليه الوثائق الخاصة وتأتي الشروط العامة في آخر القائمة[3].

أما دور القضاء في فلسطين، فإنّه لم يتح للقضاء الفلسطيني في عهد السلطة الوطنية أن يرسى مبادئ وأحكام عقد الأشغال العامة، نظراً للظروف المحيطة بمرفق القضاء والوطن، علماً بأن تطور جهاز القضاء العادي لدينا أوجد محكمة العدل العليا التي يشمل اختصاصها إلغاء

---

[1] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص23).

[2] المحكمة الإدارية العليا، القضية رقم 157 لسنة 3ق، مجموعة المبادئ التي أقرت محكمة العدل العليا، السنة الأولى، العدل الثالث، ص 807. مشار إليه في رسالة: مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص24).

[3] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص23).

القرارات الإدارية المخالفة لمبدأ المشروعية دون التعويض عنها[1]، ومع ذلك وجدت محاولات حثيثة لإنشاء قضاء إداري مستقل ممثل بمجلس دولة، حيث جرى عمل مسودة لمشروع قانون مجلس الدولة الفلسطيني[2] الذي من شأنه أن يسد الفجوة القانونية الموجودة، ويحل جميع الإشكاليات المطروحة أمام القضاء الموحد وخاصة المتعلقة بعقود الأشغال العامة[3].

وأما سند هذه المحاكم الإدارية المقترحة من المشروعية فيبدو فيما يلي:

أ- من المستقر في نظامنا القانوني وجود محكمة العدل العليا بموجب مرسوم دستور فلسطين لسنة 1922م، تطورت اختصاصاتها بموجب قانون أصول المحاكمات المدنية

والتجارية رقم (2) لسنة 2001م، ولقد آن الأوان لتطوير هذه المحكمة إلى قضاء إداري يلبي حاجة المجتمع أسوة بالمجتمعات المتقدمة الأخرى، وبذلك تكون هذه المحكمة نواة للمحاكم الإدارية.

ب-لقد نص المشرع الدستوري الفلسطيني في المادة (102) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م على جواز إنشاء محاكم إدارية تنظر في المنازعات الإدارية والدعاوى التأديبية، ويحدد القانون اختصاصاتها الأخرى والإجراءات التي تتبع أمامها، فهذه إشارة صريحة إلى ولوج هذا الباب من جانب المشرعين الدستوريين.

ت- ثم إن المادة 37 من قانون تشكيل المحاكم رقم (5) لسنة 2001م نصت على أن "تتولى المحكمة العليا مؤقتا كل المهام المسندة للمحاكم الإدارية والمحكمة الدستورية العليا

---

[1] أبو عمارة، تنظيم عقد الأشغال العامة في فلسطين (ص490).

[2] في عام 1995 صدر القرار الرئاسي رقم (286) بشأن تشكيل ديوان الفتوى والتشريع، والذي أخذ علي عاتقه عملية تطوير وتحديث النظام القانوني والقضائي في فلسطين ومنذ اللحظة الأولى بادر الديوان إلى دعوة إنشاء مجلس الدولة الفلسطيني "بمعني استقلال القضاء العادي عن القضاء الإداري، والدخول إلى نظام القضاء المزدوج الذي يقوم على وجود نوعين من المحاكم، محاكم عادية تختص بالفصل في المنازعات التي تنشأ بين الأفراد بعضهم البعض، ومحاكم إدارية تتولي الفصل في المنازعات الإدارية التي تثور بين الأفراد والإدارة . الشامي، نحو استحداث مجلس الدولة الفلسطيني (موقع الكتروني).

[3] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص24).

لحين تشكيلها بقانون ..." وهنا التقى المشرع البرلماني مع المشرع الدستورى في وجوب معالجة القصور الموجود وإنشاء المحاكم الإدارية.

وظل هذا الأمر إلى أن صدر قانون بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، فشهدت فلسطين في الآونة الأخيرة تطوراً ملحوظاً في نظامها القانوني، وذلك إثر صدور قانون بشأن الفصل في المنازعات الإدارية[1] والمطبق في قطاع غزة فقط، والذي بدوره بيّن أنّ المحكمة الإدارية

بصفتها أول درجة هي المختصة بنظر العقود الإدارية. وهذا شيءٌ حَسَن، حيث جاء في القانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، "تُنظر المنازعات الإدارية في فلسطين على درجتين:

1- المحكمة الإدارية.

2- محكمة العدل العليا"[2].

وقد أسند المشرع الفلسطيني مهمة نظر منازعات العقود الإدارية إلى المحكمة الإدارية بصفتها محكمة أول درجة[3].

---

[1] وبناءً على مطالبات شريحة واسعة من الحقوقيين وخبراء القانون والمختصين في هذا الحقل فقد انبرى المشرع لدراسة مقترح لإعادة تنظيم القضاء الإداري في فلسطين، مستلهماً في ذلك العديد من التجارب التشريعية المقارنة وبما يراعي خصوصية الواقع الفلسطيني، حيث عقدت عدة ورش عمل لإنضاج الفكرة، واستضافت اللجنة القانونية كوكبة من القضاة والمستشارين وخبراء القانون للإستئناس بآرائهم، والوقوف على الإشكاليات العملية للقضاء الإداري للعمل على استدراكها، كما ساهم المعهد الأعلى للقضاء ولجنة الصياغة التشريعية في بلورة الملامح الرئيسة للقانون من خلال الإجتماع بمستشارين من المحكمة العليا والإستعانة بأكاديميين مختصين في القضاء الإداري في الجامعات الفلسطينية. ولعل إطلالة سريعة على قانون الفصل في المنازعات الإدارية سيلاحظ أنه يتميز بالبساطة والإختصار، ووضوح المنهجية حيث يرتكز على إنشاء "محكمة إدارية" يتألف قضاتها من محاكم الإستئناف النظامية وتنظر في النزاعات الإدارية كدرجة أولى ويطعن على أحكامها لدى محكمة العدل العليا (الموجودة أساساً ضمن تركيبة المحكمة العليا)، وبالتالي سينظم القانون الأصول الخاصة بالنزاع الإداري لكل درجة، حيث يتناغم المقترح مع توجه العديد من التشريعات العربية المقارنة التي تبنت صيغة قانون القضاء الإداري بقانون خاص. للمزيد: الأغا، قانون الفصل في المنازعات الإدارية نقطة مضيئة في السياسة التشريعية الفلسطينية (موقع الكتروني).

[2] المادة (1) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

[3] المادة (3) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

وبيّن أنّ محكمة العدل العليا تختص بالنظر في الطعون التي ترفع إليها في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية، وتنظر في الطعون من الناحيتين الموضوعية والقانونية[1].

وأما كيف يكون هذا القضاء وما عوامل نجاحه؟ فنقول: أنه بعد وضوح الأهداف تحدد الوسائل وخاصة مع توافرها، وعوامل النجاح تبدو في تلافي عوامل الفشل، وتجارب الآخرين ممن هم في ظروفنا ماثلة ومن الصواب أن نبدأ من حيث انتهو[2].

رابعاً: أحكام التحكيم الدولي

تعتبر الأحكام الدولية الصادرة من غرف التجارة الدولية، كغرفة التجارة بباريس، ومحكمة التحكيم بلندن، ومركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، مصدرا استثنائيا لعقود الأشغال الدولية. حيث أجاز قانون الأشغال العامة في فرنسا المادة 32 من إحالة النزاع المتعلق بتسوية نفقات الأشغال العامة أو أي إشكاليات تتعلق بالعقد، الاتفاق مع المقاول اللجوء الى التحكيم.
أجاز القانون بأنه في حالة وجود مقاول أجنبي يجوز للدولة الاتفاق مع المقاول الأجنبي اللجوء إلى التحكيم الدولي[3].

خامساً: النماذج الدولية لعقد الأشغال

تعتبر أعراف النماذج لعقود الأشغال الدوليةمصدرا مهما لعقود الأشغال الدولية، ونذكر منها عقد الفيدك الذي وضعه الاتحاد الدولي للمهندسين الاستشاريين، حيث لعب دورا مهما في إرساء معالم العقود[4].

ومن وجهة نظرنا قد أحسن المشرع الفلسطيني في إصدار قانون متخصص في الفصل في المنازعات الإدارية، حيث بيّن في ثناياه نظر المحكمة الإدارية في المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية؛ لأنّ بإستحداثه ذلك يعتبر خطوة متقدمة ونقلة نوعية في إصلاح النظام القضائي الفلسطيني، وسيمثل حصن للحريات العامة من خلال دورة الحفاظ على مبدأ

---

[1] المادة (17) من قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

[2] أبو عمارة، مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية (ص159).

[3] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص25).

[4] المرجع السابق، ص25.

المشروعية في الدولة الفلسطينية، برقابته على أعمال الإدارة، ونأمل أن يُطبق هذا القانون في كافة أرجاء الوطن.

الفرع الثاني: موقف المشرع الفرنسي والمصري والفلسطيني من التعاقد من الباطن.

سأتناول في هذا الفرع الحديث عن موقف المشرع الفرنسي والمصري والفلسطيني من التعاقد من الباطن، وذلك على النحو التالي:

أولاً: موقف المشرع الفرنسي من التعاقد من الباطن.

إنّ مدونة العقود الإدارية في فرنسا وكذلك دفاتر الشروط العامة قد كرست مبدأ حرية التعاقد من الباطن، تحت تحفظ قبول الإدارة المتعاقدة للتعاقد من الباطن، واعتماد شروط السداد المباشر له[1].

ولقد نظم المشرع الفرنسي التعاقد من الباطن سواء في نطاق العقود الإدارية أم الخاصة بموجب القانون الصادر في 31/12/1975[2]، حيث عرفته المادة الأولى من هذا القانون بأنه "تلك العملية التي يعهد بموجبها المتعاقد، وتحت مسؤوليته، إلى شخص آخر يطلق عليه اسم المتعاقد من الباطن، بتنفيذ كل أو جزء من المشروع أو العقد المبرم مع صاحب العمل".

على أنه "يستطيع الطرف الأصيل في عقد الأشغال العامة، أو عقد الخدمات العامة، أو العقد الصناعي العام أن يتعاقد من الباطن لأداء أو تنفيذ أجزاء معينة من عقده، شريطة الحصول على قبول من جهة الإدارة المتعاقدة لكل عقد من الباطن، والموافقة على شروط السداد له، والعقد الصناعي هو بحسب موضوعه عقد لتوريد معدات أو النماذج التي صممت وصنعت خصيصاً لتلبية احتياجات السلطة المتعاقدة"[3].

---

[1] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص709 وما بعدها).

[2] القانون رقم (75 –1334)، الصادر في 31 ديسمبر 1975، والمتعلق بتنظيم فكرة المقاولة من الباطن في فرنسا سواء في مجال القانون الخاص أو القانون العام، والمنشور بالجريدة الرسمية (j.o) بتاريخ 3/1/1976. ثم عدل هذا القانون عدة مرات كان آخرها القانون رقم 2005– 245 الصادر في 26 يونيو 2005 للمزيد: إبراهيم، النظرية العامة للعقود من الباطن (ص34 وما بعدها).

[3] المادة (112) من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم (975) لسنة 2006.

وفي حالة التعاقد من الباطن يظلّ صاحب الحق –المتعاقد الأصلي– مسؤولاً بصفة شخصية عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد"[1].

وهنا يتبين مسؤولية المتعاقد الأصلي عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد، ويتحمل كامل المسؤولية، فمسؤوليته مسؤولية شخصية أمام الإدارة، وليس له أن يتذرع بعد مسؤوليته لقيام الغير بالعمل.

كما أنّ القانون الخاص بالتعاقد من الباطن قد أوجب في المادة الثالثة منه على المتعاقد الأصلي أن يقدم المتعاقد من الباطن إلى صاحب العمل من خلال إبرام العقد أو تنفيذه، لمعرفة مدى قبوله، وحتى يعتمد شروط السداد الخاصة به[2].

كذلك جاء في القانون الفرنسي المتعلق بتنظيم التعاقد من الباطن سواء في نطاق العقود الإدارية أم الخاصة على "أن المقاول الذي يشرع في تنفيذ عقد باللجوء إلى واحد أو أكثر من المتعاقدين من الباطن يلتزم –خلال إبرام العقد، أو من خلال زمن تنفيذ العقد– بتقديم طلب إلى رب العمل بغية الحصول على قبوله وإقراره لشروط الدفع لكل واحد من المتعاقدين من الباطن، كما يلتزم المقاول الأساسي بإطلاع رب العمل على عقد أو عقود من الباطن، متى طلب منه ذلك"[3].

والمتتبع إلى النصوص القانونية السابقة من قبل المشرع الفرنسي ليجد أنّ المشرع الفرنسي أجاز التعاقد من الباطن ولكن شريطة أن توافق الإدارة على ذلك مسبقاً.

وذهب جانب من الفقه الفرنسي إلى أنّ التعاقد من الباطن يقتصر على عقود الأشغال العامة وعقود الخدمات[4].

وفي القانون الفرنسي جرى العرف على جواز المقاولة من الباطن، على الرغم من أنه من المقرر أنّ المقاولة من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، ثم صدر قانون رقم 13344 الصادر في 31 ديسمبر 1975 الذي أكد شرعيتها، وأتى بتنظيم بعض أحكامها، ومن هذه الأحكام: أنه يجب أن يحصل المقاول الأصلي على موافقة رب العمل على المقاولة من الباطن

---

[1] المادة (113) من قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم (975) لسنة 2006.

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص710).

[3] المادة (3) من قانون تنظيم التعاقد من الباطن رقم (75 /1234).

[4] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص712).

وعلى شروط الدفع الواردة في عقد المقاولة من الباطن، ويجب على المقاول الأصلي أن يقدم لرب العمل العقد بناء على طلبه، فإذا لم يقبل رب العمل المقاول من الباطن أو شرط الدفع فإنّ عقد المقاولة من الباطن لا يقع باطلاً، وإنما يكون غير نافذ في حق رب العمل، أما فيما بين أطرافه فإنّ المقاول من الباطن له أن يتمسك به قبل المقاول الأصلي الذي يظل ملتزماً أمامه به، أما المقاول الأصلي لا يجوز له التمسك به قِبل رب العمل، وموافقة رب العمل ليست شرطاً لانعقاده؛ لأنه يجوز أن تصدر تلك الموافقة إما عند إبرام عقد المقاولة من الباطن أو أثناء تنفيذ المقاولة من الباطن[1].

ثانياً: موقف المشرع المصري من التعاقد من الباطن.

إنّ نصوص القانون والقواعد العامة تجيز التعاقد من الباطن من حيث المبدأ، باعتباره أحد أساليب الفن التعاقدي، ما لم ينص على خلاف ذلك، فلو لم يكن هذا الأسلوب جائزاً ما نصّ عليه المشرع وأورد له تطبيقات عدة في فروع القانون المختلفة، فقد أجاز القانون المدني الايجار من الباطن[2]، والمقاولة من الباطن[3]، والوكالة من الباطن[4]؛ لذلك فقد اتفق الفقه على مبدأ هام وهو إباحة التعاقد من الباطن، فيجوز أن يتمخض عن العقد الأصلي عقداً من الباطن، طالما لا يوجد نص قانوني أو اتفاق يمنع التعاقد من الباطن[5].

فجاء في القانون المدني المصري "يجوز للمقاول أن يكلّ تنفيذ العمل في جملته أو في جزءٍ منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية، والنص يعتبر أنّ الأصل هو إباحة المقاولة من الباطن وأنّ الاستثناء هو المنع، ومصدر هذا المنع إما شرط في عقد المقاولة الأصلية وإما طبيعة العمل، إذا كان يعتمد على كفاية المدين الشخصية، ولا يكفي أن تكون شخصية المقاول محل اعتبار، إنما يجب أن تكون طبيعة العمل تفترض الإعتماد على كفايته الشخصية"[6].

---

[1] الجارحي، عقد المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي" (ص33 وما بعدها).

[2] المادة (593) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

[3] المادة (661) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

[4] المادة (708) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

[5] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص41 وما بعدها).

[6] المادة (661) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

ويذهب الفقه المصري أنه في حالة ما إذا كانت طبيعة العمل تفترض الإعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول فإنّ التعاقد يكون محظوراً دون حاجة إلى شرط، حيث إنّ النص لم يتطلب سوى توفر أحد السببين للمنع، ودليلهم على ذلك أن المشرع استخدم لفظ وهو للتخيير[1].

ويذهب غالبية الفقه المصري إلى أنه إذا كانت طبيعة العمل تفترض الإعتماد على الكفاية الشخصية للمقاول فإنّ المنع يستند إلى شرط ضمني، والذي يدعو للإستغراب ما ذهب إليه الفقه من أنه إذا ثار شك حول عنصر الكفاية الشخصية للمقاول أي قام شك حول وجود الشرط المانع الضمني، فإنه يجب أن يفسر لصالح المنع، فعند الشك يجب أن نعود إلى الأصل وهو الاباحة، ويجب الأخذ بما جاء في المادة (151) من أنّه عند الشك يجب أن يفسر لصالح المدين، والمقاول هو المدين، ومما يضيره منعه من المقاولة من الباطن، ويستند الرأي الذي يرفضه الكاتب على ما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني، "على أنه عند قيام الشك يحرم المقاول من حق المقاولة من الباطن إلا إذا أذن له رب العمل بذلك". ولكن نتساءل هل يجوز التمسك بما جاء في المذكرة الإيضاحية على عكس ما جاء في النص؟ إنّ هذا ما ترفضه قواعد التفسير عامة، وإذا كانت المقاولة من الباطن محظورة فإنها تكون إخلالاً بالالتزام العقدي[2].

وذهب رأي آخر إلى أنّه في ظل الفراغ التشريعي لفكرة التعاقد من الباطن في العقود الإدارية لا تستطيع الإدارة الموافقة للمقاول الأصلي على إبرام تعاقد من الباطن مع الغير. وهذا الرأي جانبه الصواب؛ لأنّ الأصل أن التعاقد من الباطن بموافقة الإدارة أمر جائز، ومن المسلمات في الفقه والقضاء الإداريين، فإن المستقر هو جواز التنازل الكلي عن العقد الإداري بموافقة الإدارة، رغم الحظر التشريعي للتنازل الكلي الوارد في المادة (76) من اللائحة التنفيذية للقانون الحالي، على الرغم أنّ التنازل الكلي يلغي تماماً فكرة الاعتبار الشخصي التي يقوم عليها تنفيذ العقد الإداري، وعليه فمن باب أولى أن يكون التعاقد من الباطن مسموحاً به، وإذا ما أخذنا بالحسبان أن المتعاقد الأصلي يظل مسؤولاً عن تنفيذ العقد برمته حتى بالنسبة للجزء المنفذ بواسطة المتعاقد من الباطن، فالإدارة تعلم أن المتعاقد الأصلي لم يعد بإمكانه أن يتولى

---

[1] الجارحي، عقد المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي" (ص31 وما بعدها).

[2] المرجع السابق، ص32.

تنفيذ العقد بمفرده دون الاستعانة بجهود الآخرين، وهذا ما يتطلبه التقدم الفني والتكنولوجي وتقسيم العمل في الوقت الراهن[1].

ويتبين من خلال الآراء السابقة حجية أنه لا يوجد فراغ تشريعي بخصوص التعاقد من الباطن[2]، حيث جاء في اللائحة التنفيذية لقانون المزايدات والمناقصات على أنه "يجب أن تتضمن شروط الطرح –بيانات كاملة عن الشركات التي قد يستند إليها جزء من التنفيذ ..." [3] فليس من المتصور أن يتم ترك المتعاقد الأصلي يتعاقد مع من يشاء دون موافقة الإدارة؛ لأنّ ذلك يضر بضمان تنفيذ العقد والمصلحة العامة، وإن كانت العوامل الإقتصادية والفنية تبرر إباحة التعاقد من الباطن، فمن الأولى أخذ مقتضيات الصالح العام بعين الاعتبار، فلا يمكن الإستناد إلى فكرة الأصل في الأشياء الإباحة، ومبدأ الحرية التعاقدية في مجال العقود الإدارية، لأن المشرع لو أراد إباحة التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة لما أعوزه النص على ذلك صراحة[4].

ولكن ماذا لو قام المتعاقد (المقاول) من الباطن بالتعاقد من الباطن مرةً أخرى؟

يجمع الفقه سواء في مصر أم في فرنسا على أنّ للمقاول من الباطن أن يقاول من الباطن مرة أخرى، إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد، والمقصود عقد المقاولة من الباطن الأول، والغرض أنه لا يوجد منع من المقاولة من الباطن في العقد الأصلي، فإذا كانت جائزة فقد تكون مقيدة، فيجب على المقاول من الباطن مراعاة هذه القيود، فإذا راعاها ولكن لم يفرضها على المقاول من الباطن، فإن للمقاول من الباطن أن يتقاول مرة ثانية دون مراعاة لهذه القيود، ولا يصح الإدعاء بأنّ المقاول الأصلي لا يجوز له أن يرتب حقوقاً أكثر مما له، لأن رب العمل بموافقته الأولى أظهر أن المقاولة من الباطن لا تضر مصالحه[5].

---

[1] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص714 وما بعدها).

[2] وهذا ما رجحه أستاذنا الدكتور هاني غانم، وغيره من الفقهاء.

[3] المادة (8) من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم (98) لسنة 1998.

[4] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص716).

[5] الجارحي، عقد المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي" (ص33).

ثالثاً: موقف المشرع الفلسطيني من التعاقد من الباطن.

نجد أنّ المشرع الفلسطيني أجاز المقاولة من الباطن في نصوصه بالقانون المدني، فبين أنه يجوز للمقاول أن يكلّ تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى مقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي أن يقوم به بنفسه[1]. على أن يبقى المقاول في هذه الحالة مسؤولاً عن المقاول من الباطن قِبل صاحب العمل[2].

وفيما يتعلق بالتعاقد من الباطن في العقود الإدارية التي تكون الإدارة طرفاً فيها بيّن أنّه "لا يجوز للمتعاقد أن يتنازل لأي شخص آخر عن كلّ أو أي جزء من العقد دون الحصول على إذن خطي من لجنة العطاءات التي أحالت العطاء، مع الإحتفاظ بكامل حقوق الدائرة وفقاً لقرار الإحالة والعقد الأصلي"[3].

يتبين لنا من نص المادة السابقة أنّ المشرع الفلسطيني أجاز التعاقد من الباطن وحتى التنازل الكلي عن العقد شريطة موافقة لجنة العطاءات التي أحالت العطاء، وعلى أن يبقى المتعاقد الأصلي ضامناً للعقد من قبل جهة الإدارة.

وعليه فإننا نجد المشرع الفلسطيني أباحه –التعاقد من الباطن– ولكن قيده بالموافقة المبدئية للإدارة مع التعاقد مع شركات فلسطينية، إذا كان المتعاقد الأصلي أجنبي[4].

ويكون المقاول الأصلي مسؤولاً عن المقاولين من الباطن من الناحية الإدارية والإشرافية، فقد جاء في نص القانون "يعمل المقاول الرئيسي في عقود الإدارة على تنفيذ الأشغال من خلال عدد من مقاولي الباطن، ويكون مسؤولاً عنهم من النواحي الإدارية والإشرافية"[5].

وعلى أنّ مسؤولية المتعاقد الأصلي –المقاول الأصلي– تكون كاملةً عن الأعمال التي تنتج عن التنفيذ، وكذلك عن الجزء الذي ينفذه المتعاقدين من الباطن –المقاولين من الباطن–، فقد جاء في القانون على أن "يتحمل المقاول الرئيسي المسؤولية القانونية والتعاقدية الكاملة عن

---

[1] المادة (756/1) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

[2] المادة (756/2) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

[3] المادة (67) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة في فلسطين.

[4] المادة (45/3) من لائحة الأشغال العامة في فلسطين، مشار إليه في مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة (ص36).

[5] المادة (43/1) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (5) لسنة 2014 بنظام الشراء العام.

كافة أعمال المقاولين من الباطن نتيجة تنفيذهم الأشغال المتفق عليها، بما في ذلك توقيت ونوعية وجودة الأشغال"[1].

ولم ينظم قانون العطاءات الحكومية مسألة التعاقد من الباطن، وكان الأولى أن يتم تنظيمها في مثل هذا القانون لعنايته بالمقاولين ولكثرة حدوث المقاولة من الباطن في المقاولات.

ولم أجد أيضاً في نظام البلديات ما يعتنى بتنظيم مسألة المقاولة من الباطن علماً بأن البلديات تكثر فيها صور التعاقد من الباطن من غيرها، وكان الأجدر تنظيم المسائل التي تتناول المقاولة من الباطن؛ حتى لا يقع المقاولين في حرج ولا يكون هناك أيّ اشكاليات تجاهها.

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ هناك قصور من جانب المشرع الفلسطيني في تنظيم مسألة التعاقد من الباطن والمقاولة من الباطن، وأنه لا بُدّ من أن يتبنى تنظيماً دقيقاً للتعاقد من الباطن أسوةً بالمشرع الفرنسي لحماية المتعاقد من الباطن والإدارة. وينبغي أن يتم صدور قانون موحد يوحد جميع المسائل المتعلقة بالمقاولة من الباطن حماية للإدارة والمقاول، ومنعاً من حدوث أيّ أمور تكون شائكةً أمامهما.

[1] المادة (43/2) من قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (5) لسنة 2014 بنظام الشراء العام.

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن

في نطاق عقود الأشغال العامة

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة

يترتب عن التنازل الجزئي –التعاقد من الباطن– عن عقد الأشغال العامة، بشأن جزء من التزامات العقد، نتائج تختلف بحسب ما إذا تم ذلك دون موافقة الإدارة، أم كان بناء على موافقتها.

لذا سأبين في هذا الفصل هذه الآثار في الحالتين حال موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن وحال عدم الموافقة، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة.

المبحث الثاني: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن غير النقترن بموافقة الإدارة.

المبحث الأول

الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة

نجد أنّ التشريعات والفقه والقضاء أجازوا فكرة التعاقد من الباطن، أي التنازل عن تنفيذ جزء من العقد وليس كله، وذلك بعد موافقة الإدارة المسبقة حتى ينتج التنازل آثاره القانونية[1].

فالتعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة تترتب عليه عدة آثار قانونية هامة، سواء في علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي، أم في علاقتها بالمتعاقد من الباطن، فضلاً عن آثار التعاقد من الباطن على علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن.

لكل ذلك سأتحدث في هذا المبحث عن آثار التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة، على طرفي العقد الأصلي، وكذلك آثار التعاقد من الباطن على علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن، وكذلك آثار التعاقد من الباطن على طرفيه –المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن–. وسأبين ذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: آثار التعاقد من الباطن على طرفي العقد الأصلي.

تبقى العلاقة التعاقدية بين المتعاقد الأصلي والإدارة قائمة في حالة موافقة الإدارة على المتعاقد من الباطن، ولا يصبح المتعاقد من الباطن طرفاً في العقد، وعلى هذا الأساس لا تنشأ أي علاقة تعاقدية بين المتعاقد من الباطن والإدارة، ولا يحل محل المتعاقد الأصلي في تنفيذ العقد، ويبقى المقاول الأصلي مسؤولاً مسؤولية شخصية أمام الإدارة، حتى عن الجزء الذي ينفذه المتعاقد من الباطن، ويطلق عليه في فرنسا مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي في حالة التعاقد من الباطن، ولا يحتاج للنص على ذلك في العقد، حيث نصت على ذلك أغلب القوانين والتشريعات المنظمة لذلك. فنصّت كراسة الشروط العامة الفرنسية على أنه في حالة التعاقد من الباطن يبقى المقاول الأصلي مسؤولاً مسؤولية شخصية عن كل الالتزامات الناشئة عن العقد تجاه الإدارة[2].

---

[1] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص36).

[2] المرجع السابق، ص37.

وفي التعاقد من الباطن يظل صاحب الحق –المتعاقد الأصلي– مسؤولاً بصفة شخصية عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد[1].

وقد أكدّ المشرع المصري على مبدأ استمرارية ومسؤولية المتعاقد الأصلي عن العقد في حالة التنازل عن بعض المبالغ المستحقة لأحد البنوك[2].

والأحكام القضائية استقرت في فرنسا ومصر على مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي في حالة التعاقد من الباطن المرخص به والمقترن بموافقة الإدارة، وذلك عن تنفيذ العقد بأكمله حتى بالنسبة للجزء الذي تم تنفيذه عن طريق المتعاقد من الباطن، فالمتعاقد من الباطن المرخص به لا يؤدي إلى حلول المتعاقد من الباطن محل المتعاقد الأصلي، ولا تنشأ عنه أية علاقة عقدية جديدة بين المتعاقد من الباطن والجهة الإدارية المتعاقدة[3].

وقد أكد أيضاً المشرع الفلسطيني على استمرارية المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي في حالة التعاقد من الباطن حيث نص في اللائحة التنفيذية على أن "يبقى المقاول مسؤولاً عن كافة أعمال المقاولين والموردين من الباطن وعن التنسيق فيما بينهم[4].

ولا يجوز للمتعاقد أن يتنازل لأي شخص آخر عن كلّ أو أي جزء من العقد دون الحصول على إذن خطي من لجنة العطاءات التي أحالت العطاء، مع الإحتفاظ بكامل حقوق الدائرة وفقاً لقرار الإحالة والعقد الأصلي[5].

ويتحمل المقاول الرئيسي المسؤولية القانونية والتعاقدية الكاملة عن كافة أعمال المقاولين من الباطن نتيجة تنفيذهم الأشغال المتفق عليها، بما في ذلك توقيت ونوعية وجودة الأشغال [6].

ويكون المقاول الأصلي مسؤولاً عن المقاولين من الباطن من الناحية الإدارية والإشرافية، فقد جاء في نصوص القانون على أن يعمل المقاول الرئيسي في عقود الإدارة على تنفيذ

---

[1] المادة (113) من قانون المشتريات العامة رقم 975 / 2006. المادة (42) من كراسة الشروط العامة الفرنسية عام 1976.

[2] المادة (76) من لائحة القانون رقم (98) لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات.

[3] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص717).

[4] المادة (37) من لائحة الشروط العامة لوزارة الأشغال.

[5] المادة (67) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة.

[6] المادة (43/2) من قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 بنظام الشراء العام.

الأشغال من خلال عدد من مقاولي الباطن، ويكون مسؤولاً عنهم من النواحي الإدارية والإشرافية[1].

ولم ينظم قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999 ولا القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 بشأن الشراء العام هذه الآثار.

لذلك فإنه تنطبق على العلاقة بين ربّ العمل والمتعاقد الأصلي قاعدتين أساسيتين:

القاعدة الأولى: بقاء المقاول الأصلي ملتزماً بتنفيذ عقده مع الإدارة .

القاعدة الثانية: بقاء المقاول الأصلي مسؤولاً عن المقاول من الباطن[2].

فيبقى المقاول الأصلي مسؤولاً في مواجهة الإدارة عن تنفيذ الأعمال الموكولة إليه والقيام بتسليمها إلى الإدارة، وإن تم التنفيذ عن طريق المقاول من الباطن، فعلى المقاول الأصلي أن يتسلم الأعمال من المقاول من الباطن ويسلمها إلى الإدارة، إذ لا يعتد سوى بهذا التسليم الأخير، فالمقاول من الباطن يظل ملتزماً في مواجهة الإدارة بكل الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي، وبصفة عامة يُسأل المقاول الأصلي عن تنفيذ كل الالتزامات التي تنشأ عن عقد المقاولة الأصلي.

وليس للإدارة سوى أن تطالب المتعاقد الأصلي بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن عقد المقاولة الأصلي، فلا رجوع للإدارة على المقاول من الباطن، وإن كان هناك تنفيذ سيء فيرجع على المتعاقد الأصلي، حتى وإن كان المقاول من الباطن هو القائم بالتنفيذ، كما تلتزم الإدارة بدفع الأجر للمقاول الأصلي لا للمتعاقد من الباطن[3].

---

[1] المادة (43/1) من قرار مجلس الوزراء رقم (5) لسنة 2014 بنظام الشراء العام.

[2] الجارحي، عقد المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي" (ص75).

[3] نشير هنا إلى أنّ هناك حالات استثنائية وردت في نص المادة (662) في القانون المدني المصري، وهي:
1- يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرةً بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى. ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الأصلي ورب العمل.
2- ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يدّ 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 مباشرةً.

فعقد المقاولة من الباطن لا يكسب الإدارة حقاً، ولا يرتب في ذمته التزاماً، لأنه لم تكن طرفاً فيه، وإنّما هو طرف في عقد المقاولة الأصلي، وهذا هو الذي ينظم العلاقة بينه وبين المقاول الأصلي[1].

وبناءً عليه، لا يكون للإدارة ولا المتعاقد الأصلي الحق في الدفع بمضمون التعاقد من الباطن في سبيل التنصل من التزاماتهم، فالتعاقد من الباطن يظل بلا أثر يذكر على علاقتهما، ما لم يرد نص صريح يقضي خلاف ذلك.

ومسؤولية المتعاقد الأصلي تجاه الإدارة تتوافر حتى ولو لم ينص عليها في العقد، ما لم يكن هناك شرط عقدي مخالف لذلك، وتمتد مسؤولية المتعاقد الأصلي إلى حالات الخطأ في التنفيذ أو عدم القيام به أو التأخير فيه، والذي يكون مصدره المتعاقد من الباطن، وفي هذه الحالات تفرض الجزاءات على المتعاقد الأصلي وليس على المتعاقدين من الباطن لإنتفاء أية رابطة تعاقدية بين الإدارة والمتعاقد من الباطن[2].

والمتعاقد الأصلي يكون مسؤولاً عن الأضرار التي قد تصيب الغير أثناء تنفيذ المتعاقد من الباطن للالتزامات المنوطة به، وليس للمتعاقد الأصلي الحق في دفع المسؤولية عنه بحجة أن المتعاقد من الباطن هو الذي تسبب بالضرر. أما في الحالات التي يكون فيها المتعاقد من الباطن مفروضاً على المتعاقد من الباطن، بنص في العقد أو القانون أو اللوائح، فإنّ المتعاقد الأصلي يمكنه أن يدرأ مسؤوليته عن التأخير في التنفيذ أو في الأضرار التي تصيب الغير إن كانت ترجع لفعل المتعاقد من الباطن أو بسببه[3].

إذن إنّ العلاقة بين طرفي العقد الأصلي يحكمها مبدآن، وهما:

1. عدم جواز إعفاء المتعاقد الأصلي من التزاماته تجاه الإدارة: إذا لجأ المتعاقد الأصلي إلى التعاقد من الباطن لتنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه بمقتضى العقد الأصلي، أو للحصول على منفعة ناشئة عن هذا العقد، فإنه يظل ملتزماً في مواجهة الإدارة بتنفيذ

3- وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقررة بمقتضى هذه المادة، مقدّمة على حقوق من ينزل له المقاول عن دينه قبل رب العمل.

[1] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص173 وما بعدها).

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص717 وما بعدها).

[3] المرجع السابق، ص718 وما بعدها.

التزاماته، وكأنه لم يلجأ إلى التعاقد من الباطن من أساسه. فالعقد الأصلي يظل باقياً كاملاً لا يحدث له تغيير أو تعديل بوجود العقد من الباطن[1].

2. عدم جواز تعديل أو تغيير التزامات الإدارة مع المتعاقد الأصلي: فلا يتنازل المتعاقد الأصلي بلجوئه إلى التعاقد من الباطن عن مركزه التعاقدي، ولا عن الحقوق التي تنشأ له بمقتضى عقده الأول مع الإدارة، ومن ثم فله أن يلجأ إلى الإدارة طالباً منها تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقها بمقتضى العقد المبرم بينهما.

ويميز هذا المبدأ بكل وضوح بين التعاقد من الباطن والتنازل عن العقد، إذ يخرج المتنازل –في التنازل عن العقد– من المسرح التعاقدي، ولا يرجع على المتنازل لديه بأي شيء، وتنشأ علاقة مباشرة بين المتنازل له والمتنازل لديه، بينما يظل مركز المتعاقد الأصلي –في التعاقد من الباطن– موجوداً ولا يختفي بدخول المتعاقد من الباطن في العملية العقدية، فلا يحدث تغيير في الروابط العقدية بين أطراف العقد الأصلي[2].

ولكن ماذا عن الآثار المترتبة في التعاقد من الباطن على طرفي العقد الأصلي من الناحية الفقهية الشرعية؟.

هذه الصورة التي يتم فيها إبرام العقد مباشرة بين المقاول الأصلي والإدارة هي الصورة المعتادة، وفيها تعرض الإدارة على المقاول ما تريد إنشاؤه أو تعميره، بوصف محله وبيان نوعه وقدره، وطريقة أدائه، ومدة إنجازه، وتحديد ما يقابله من بدل، فإذا قَبِل المقاول بذلك، التزم بإنجاز العمل وفقًا لشروط العقد، والتزمت الإدارة بتسلمه ودفع البدل بالقدر والكيفية المتفق عليها، وهذه العلاقة تحكمها نصوص العقد الذي أبرم بين الإدارة والمقاول الأصلي[3].

من وجهة نظرنا نجد بأنه في حال موافقة الإدارة على المتعاقد من الباطن تبقى العلاقة التعاقدية قائمة بين المتعاقد الأصلي والإدارة، ولا يصبح المتعاقد من الباطن طرفاً في العقد، وبالتالي يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً مسؤولية كاملة وحده أمام الإدارة، فمسؤوليته تكون مسؤولية شخصية عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد. وبالتالي فإنّ مبدأ التنفيذ الشخصي التي تضعه فكرة الاعتبار الشخصي في عقد الأشغال العامة يبقى قائماً بكل مدلولاته.

---

[1] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص171 وما بعدها).

[2] المرجع السابق، ص174 وما بعدها.

[3] عمر، هل يجوز شرعاً للمتعاقد مع جهة الإدارة التعاقد من الباطن؟ (موقع الكتروني).

المطلب الثاني: آثار التعاقد من الباطن على علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن.

لا توجد علاقة تعاقدية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، فطرفي العقد الأصلي هما: الإدارة والمتعاقد الأصلي، وطرفي العقد من الباطن هما: المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، ويتمخض عن ذلك نتيجة هامة مؤداها أنه لا يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن بتنفيذ التزاماته المحددة في العقد من الباطن، لأنّ الأول –الإدارة– لم تكن طرفاً في العقد الأخير، كما لا يجوز للمتعاقد من الباطن أن يطالب الإدارة بتنفيذ التزاماتها الواردة في العقد الأصلي، وذلك لأنّ المتعاقد من الباطن لم يكن طرفاً في العقد الأخير. وانتفاء العلاقة المباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن يتفق والقواعد العامة في القانون المدني[1].

وإنّ قبول الإدارة للمتعاقد من الباطن يعدّ شرطاً أساسياً لصحة عملية التعاقد من الباطن، إذ يمكن القول أن موافقة الإدارة على الباطن ومن ثم فإنّ هذا الأخير لا يكون طرفاً في العقد الأصلي، وكل ما يترتب على موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن من أثر هو أنّ هذا التعاقد يكون مشروعاً، ومن ثم فإنّ الإدارة لا تستطيع أن تتنكر له بعد ذلك وإلا ارتكبت خطأ تعاقدياً يوجب مسؤوليتها بالتعويض أمام المتعاقد الأصلي[2].

فيبقى المقاول المتعاقد الأصلي هو المسؤول وحده أمام الإدارة صاحبة المشروع، وهي لا تعرف سواه في كل ما يتعلق بتنفيذ الأشغال وكل الالتزامات العقدي، كما أنه المسؤول الوحيد أمام عماله ومستخدميه، بل والمسؤول أمام الغير ممن يمكن أن تكون له صلة بمحل العقد.

أما موافقة الإدارة فهي لإضفاء الشرعية والصبغة القانونية على تصرفه المتمثل في التعاقد من الباطن دون أن يجعل ذلك منها طرفاً فيه، بل تبقى من الغير بالنسبة لهذا العقد، والذي لا تنشأ عنه أي علاقة عقدية مباشرة بينها وبين المتعاقد من الباطن، وهذا بحسب ما يراه جانب كبير من الفقه.

ومؤدى إنتفاء أي علاقة بين الطرفين، أن المتعاقد من الباطن لا يملك أن يعود على الإدارة صاحبة المشروع بأي دعوى مباشرة، كما لو امتنعت مثلاً عن قبول تسلم الأشغال بعد إنجازها، وبالمقابل لا يمكن للإدارة أيضاً أن ترجع عليه بأي دعوى مباشرة فيما لو ارتكب خطأً جسيماً مثلاً في التنفيذ.

---

[1] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص177).

[2] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة"، (ص128).

وإنما لكل منهما أن يعود على الآخر وفقا للقواعد العامة عن طريق "الدعوى البوليصية"، بالنسبة للمتعاقد من الباطن عن طريق استخدام حقوق مدينه، وعن طريق دعوى المسؤولية التقصيرية بالنسبة للإدارة صاحبة المشروع[1].

إذن الأصل أن لا تقوم ثمة علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، إذ لا يربطهما أي عقد، فالتعاقد إنما يربط الإدارة بالمتعاقد الأصلي، ويربط المتعاقد من الباطن بالمتعاقد الأصلي من جهةٍ أخرى، وهكذا تكون العلاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن علاقة غير مباشرة، حيث إنّ الإدارة لا تطالب المتعاقد من الباطن مباشرة التزاماته، بل الذي يطالب بها المتعاقد الأصلي، وأيضاً في المقابل لا يطالب المتعاقد من الباطن الإدارة مباشرة بالتزاماتها، وإنّما يطالب بها المتعاقد الأصلي.

فالالتزام بإنجاز العمل يطالب به المتعاقد الأصلي المتعاقد من الباطن بموجب العقد من الباطن، ولا تستطيع الإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن بهذا الالتزام بصورة مباشرة، ومع ذلك تستطيع الإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن بهذا الالتزام بدعوى غير مباشرة، ترفعها بإسم مدينها المتعاقد الأصلي.

وأيضاً لا تستطيع الإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن بتسليم العمل بصورة مباشرة وإنما تستطيع ذلك بدعوى غير مباشرة، تستعمل فيها حق مدينها المتعاقد الأصلي قبل مدين مدينها المتعاقد من الباطن، كما لا يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن مباشرة بالضمان، وإن كانت تستطيع بالدعوى غير المباشرة أن تستعمل حق مدينها المتعاقد الأصلي في الضمان قبل مدين مدينها المتعاقد من الباطن.

أمّا بالنسبة للمتعاقد من الباطن، فلا يستطيع أن يطالب الإدارة عن طريق الدعوى المباشرة بأية مطالبات قضائية، ولكن هذا لا يمنعه من أن يلجأ إلى إجراءات الدعوى غير المباشرة، مستعملاً حقوق مدينه (المتعاقد الأصلي) لدى الإدارة.

ولكن يملك المتعاقد من الباطن اختصام جهة الإدارة عن طريقة الدعوى غير المباشرة، مستخدماً حقوق المقاول الأصلي طبقاً للقواعد العامة المقررة في القانون المدني[2]، وليس القانون الإداري الذي لم يرتب أي علاقة بين المتعاقد من الباطن والإدارة مباشرة إلا ما يرد به

---

[1] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه ... (ص245 وما بعدها).

[2] أمين، المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية، (ص81).

نص صريح في القوانين واللوائح[1]. طبقاً للقانون المصري والفلسطيني، لا تمتلك الإدارة الرجوع على المتعاقد من الباطن بالدعوى المباشرة.

ولا يجوز له أيضاً أن يتظلم من الإجراءات الجزائية التي تتخذها الإدارة ضد المتعاقد الأصلي، حتى فيما يتعلق بجزء العقد الذي التزم بتنفيذه، إلا إنه في جميع الحالات، تكون الإدارة مسؤولة إذا استبعدت المتعاقد من الباطن من دون أسباب مشروعة وخارج الشروط المنصوص عليها في العقد، ويقدّر التعويض بمثل هذه الحالة على أساس الأعمال التي يتضمنها التعاقد من الباطن فقط، وبالمقابل لذلك فإنّ الفسخ الصحيح للعقد الأصلي الذي يحرم التعاقد من الباطن من تنفيذ عقده لا يرتب أي مسؤولية على الإدارة[2].

كما يمكن للجهة الإدارية المتعاقدة أن تمارس نوعاً من الرقابة[3] الفنية أو المالية على المتعاقد من الباطن، بهدف التأكد من مطابقة الأعمال أو الأصناف المتعاقدة عليها للشروط الواردة في العقد أو دفاتر الشروط، وتمارس الإدارة هذه الرقابة حتى ولو لم ينص على ذلك صراحة في متن العقد الأصلي، لأنّ سلطة الرقابة مستمدة من احتياجات المرفق العام وضرورة سيره بصفة منتظمة ودائمة، ويقع باطلاً كل شرط يرد في العقد يكون من شأنه إلغاء سلطة الإدارة في الرقابة أو الانتقاص منه.

وتكون مسؤولية المتعاقد من الباطن في مواجهة الجهة الإدارية المتعاقدة، تعد مسؤولية تقصيرية، نظراً لإنتفاء الرابطة التعاقدية المباشرة بينهما، وذلك في الحالات التي يرتكب فيها المتعاقد من الباطن خطأ جسيم في التنفيذ، ينم عن جهل واضح بالأصول الفنية الواجب مراعاتها[4].

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي 21 يونيو لسنة 1929 مشار إليه في كتاب: مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص42).

[2] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص128 وما بعدها).

[3] وتتسع سلطة الرقابة في عقد الأشغال العامة إلى أبعد مدى، فمهندس الإدارة هو الموجه والمدير الحقيقي للعمل، وما المقاول إلا منفذ لتعليمات الإدارة في هذا الشأن، ومن ثم تثبت للإدارة سلطة الرقابة كاملة في مواجهة مقاول الأشغال العامة، سواء أكانت سلطة إشراف أو سلطة توجيه. للمزيد: غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية" (ص62).

[4] مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية (ص134).

كما قرّر مجلس الدولة الفرنسي وأكد في أحكامه على تطبيق مبدأ دفع الثمن مباشرة إلى المتعاقد من الباطن الثاني –المتعاقد من الباطن– الذي نفذ جزءً من العقد الذي تعاقد عليه مع متعاقد من الباطن الزمه بدوره أو تعاقد عليه مع المتعاقد الأصلي، وكذلك بموافقة الإدارة[1].

فالعلاقة إذن – طبقاً للقوانين الفرنسية الحديثة– بين الإدارة والمتعاقد من الباطن وطبقاً للإجتهاد الحديث في فرنسا هي علاقة مالية تتمثل بالدفع المباشر من الإدارة إلى المتعاقد من الباطن، وذلك كي تتم حماية المتعاقد من الباطن من إفلاس المتعاقد الأساسي[2].

وقد منح التشريع الفرنسي الحديث الإدارة رفع دعوى مباشرة على المتعاقدين من الباطن، والمقاول من الباطن له الدفع المباشر على الإدارة، وذلك طبقاً للقانون (31) ديسمبر 1975. ونصت كراسة الشروط العامة على ذلك، ووضعت عدة شروط لحصول المقاول من الباطن على الدفع المباشر وهي:

أ. تجاوز المبلغ المستحق للمقاول من الباطن أربعة آلاف فرنك فرنسي فأكثر.

ب. تحديد العقد من الباطن لشروط الدفع المباشر بدقة.

ج. تقديم المستندات المؤيدة للدفع المباشر خلال 15 يوماً.

كما منح قانون (31) ديسمبر1975 المقاول من الباطن رفع دعوى مباشرة على الإدارة للحصول على المبالغ المستحقة له عند امتناع المقاول الأصلي الدفع له خلال شهر من تاريخ إعداده[3].

وتجدر الإشارة إلى أنّ مجلس الدولة الفرنسي قد قرّر في حكم حديث له بأنّ المتعاقد من الباطن حتى يتمتع بميزة السداد المباشر له من قبل الإدارة المتعاقدة، لا بُدّ وأن يُبادر بتقديم طلب السداد المباشر إلى ربّ العمل –الإدارة– خلال فترة زمنية ملائمة وهي الفترة التي تسبق سداد القيمة الإجمالية للمتعاقد الأصلي، فإذا قدّم الطلب بعد تحقق موجبات هذه الحالة وامتنعت الإدارة عن السداد للمتعاقد من الباطن فلا ثمة تثريب عليها[4].

---

[1] حكم مجلس الدولة في 10 فبراير 1997.

[2] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري (ص605).

[3] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص42).

[4] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص724).

وهذا الإجتهاد من مجلس الدولة الفرنسي تأكيداً لنص المادة (116) من قانون المشتريات العامة الحالي، والذي ينص على أنه يوجه المتعاقد من الباطن طلبه بالسداد بإسم الإدارة المتعاقدة إلى الطرف الأصيل في العقد العام، بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول، أو إيداعه لدى هذا الأخير مع ضرورة الحصول على إيصال بهذا الإيداع، وللمتعاقد الأصيل مهلة خمسة عشر يوماً من تاريخ التوقيع على ايصال الخطاب لتقرير القبول، أو الشخص المفوض منها في العقد العام[1].

كذلك فإنّ المتعاقد من الباطن يوجه طلبه بالسداد المباشر إلى الإدارة المتعاقدة، أو إلى أي الشخص المفوض منها في العقد، حيث يكون هذا الطلب مصحوباً بالفواتير وإيصال الوصول بما يشهد على أنّ المتعاقد الأصيل قد تسلم الطلب، ومن ناحية الإدارة المتعاقدة فإنها تبادر بإرسال نسخة من الفواتير المقدمة من المتعاقد من الباطن إلى الطرف الأصيل في العقد العام. وتقوم بالسداد المباشر للمتعاقد من الباطن في المهلة المنصوص عليها في المادة (98)، وتسري هذه المهلة من تاريخ استلام الإدارة المتعاقدة لقبول المتعاقد الأصيل معها للسداد بصورة جزئية أو كلية، أو من تاريخ انقضاء المهلة المنصوص عليها في الفقرة الثانية، متى لم يبادر المتعاقد الأصيل مع الإدارة بالإعلان عن أي قبول أو رفض للسداد خلال هذه المهلة. كذلك تبادر الإدارة المتعاقدة اعلان المتعاقد معها بالسداد الذي قامت به للمتعاقد من الباطن[2].

أما عن الحالات الإستثنائية التي توجد فيها علاقة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، أجاز المشرع المصري والفلسطيني في حالات استثنائية –وردت على سبيل الحصر لا المثال– إمكانية أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، وتعتبر هذه الحالات من تطبيقات الدعوى المباشرة. فمنح المتعاقد من الباطن دعوى مباشرة في مواجهة الإدارة دون أن يكون للأخير دعوى مباشرة في مواجهة الأول كما هو الحال في المقاولة من الباطن، فبين المشرع المصري والفلسطيني على أنه "1– يكون للمقاولين من الباطن وللعمال الذين يشتغلون لحساب المقاول في تنفيذ العمل، حق مطالبة رب العمل مباشرة بما لا يجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الأصلي من وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاولين من الباطن مثل هذا الحق قبل كل من المتعاقد الأصلي ورب العمل. 2– ولهم في حالة توقيع الحجز من أحدهم تحت يد رب العمل أو المقاول الأصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الأصلي أو

---

[1] انظر في ذلك نص المادة (116) من قانون المشتريات العامة رقم (975) لسنة 2006. مشار إليه غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص724 وما بعدها).

[2] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص724 وما بعدها).

للمقاول من الباطن وقت توقيع الحجز. ويكون الإمتياز لكل منهم بنسبة حقه. ويجوز أداء هذه المبالغ إليهم مباشرة 3 –وحقوق المقاولين من الباطن والعمال المقدرة بمقتضى هذه المادة، مقدمة على حقوق من ينزله له المقاول عن دين قبل رب العمل[1].

يتضح من النصوص السابقة أنّ المشرع المصري والفلسطيني اعترفا بنشوء علاقة مباشرة بين المقاول أو المقاولين من الباطن وبين رب العمل، وهذه العلاقة محددة، فالمقاول من الباطن أو المقاولين من الباطن لا يكون لهم الرجوع على ربّ العمل إلا بالقدر الذي يكون فيه رب العمل مديناً للمقاول الأصلي[2].

وقبل رفع هذه الدعوى المباشرة على رب العمل، فإنّ المقاول الأصلي يملك التصرف في حقه الثابت في ذمة رب العمل بكل أنواع التصرفات، ويكون هذا التصرف سارياً في حق المقاول من الباطن وعمال المقاولة الأصلي، كذلك يملك المقاول الأصلي أن يستوفي حقه من رب العمل قبل رفع الدعوى، ويسري هذا الوفاء في حق المقاول من الباطن وعمال المقاول الأصلي. ومتى رفعت الدعوى المباشرة على رب العمل، فيحصل المقاول أو المقاولين من الباطن على ما يكون ثابتاً للمقاول الأصلي في ذمة رب العمل وقت الإنذار، ويثبت هذا الحق للمقاول من الباطن، ولا يشاركه فيه دائنو المقاول الأصلي، ومن هنا تظهر أهمية الدعوى المباشرة للمقاول من الباطن، وتمنحه أفضلية في مواجهة رب العمل.

ونجد بأنّ المتعاقد من الباطن في فرنسا يحظى بحماية مؤكدة، ولعل الأخذ بمبدأ السداد المباشر في نطاق العقود الإدارية، وذلك بتولي الإدارة مهمة السداد المباشر إلى المتعاقد من الباطن خير دليل على ذلك[3].

وعليه وختاماً لما سبق أصبحت فكرة المقاولة من الباطن حقيقة ثابتة في ظل التطور الإداري المعاصر، فقد قررت القوانين حماية المقاول من الباطن من خلال وسيلتين من وسائل الحماية وهما الدفع المباشر والدعوى المباشرة، وإذا استغلقت الطرق أمام المقاول من الباطن في اقتضاء حقه بأي من هاتين الطريقتين، فهناك أيضاً ضمانات إضافية قد تقررت للمتعاقد من الباطن للحصول على جزء من حقوقه كفلها وخولها له القانون، وهي ما تعرف بوسائل الحماية

---

[1] ظهرت هذه الفكرة في قانون (31) ديسمبر لسنة 1975.

[2] المادة (757) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012. ويقابله نص المادة (662) في القانون المدني المصري.

[3] الأحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية "دراسة مقارنة" (ص5).

الاحتياطية أو الضمانات الإضافية؛ لأنّ المقاول من الباطن لا يلجأ إليها إلا عند استغلاق جميع السبل السابقة أمامه، وهي بالطبع لا تمنحه إلا حماية جزئية، ومن هذه الوسائل هي دعوى الإثراء بلا سبب، شريطة أن يقوم المقاول من الباطن ببعض الاجراءات التحفظية التي تسمح له بالتقدم على الدائنين الآخرين، إضافة إلى ضمانة أخرى قررها القانون الفرنسي للمقاول من الباطن تعرف بمبدأ (عدم الحجية)، حيث جعل التعاقد من الباطن حجة على المتعاقد الأصلي لا حجة له، كما قرر للمتعاقد من الباطن وسيلة الدعوى غير المباشرة والمسؤولية عن خطأ الإدارة[1].

ولكن ماذا عن الآثار المترتبة في التعاقد من الباطن على علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن من الناحية الفقهية الشرعية؟.

إنّ المقاول من الباطن –المتعاقد من الباطن– يعتبر من الغير بالنسبة للإدارة؛ لأنه لا تربط بينهما أيَّة علاقة عَقْدية، وبالتالي فلا يجوز للإدارة أن تطالبه بتنفيذ ما اتفق عليه مع المقاول الأصلي –المتعاقد الأصلي–، كما لا يحق للمقاول من الباطن مطالبة الإدارة بالأجر المتفق عليه مع المقاول الأصلي، ومع ذلك فإن المقاول من الباطن له تعلق بالعين المملوكة للمستفيد، وقام بالعمل فيها بناءً على الإذن الضمني الذي خوَّله إياه تعاقده مع المقاول الأصلي، وله الحق في حبس العين التي اشتغل بالصنعة فيها حتى يحصل على أجره، كل هذا وغيره يجيز للمقاول من الباطن –إذا لم يتمكن من الحصول على أجره المعين في عقد المقاولة من الباطن– أن يرجع على الإدارة الذي لا تربطه بها علاقة عقدية ليحصل على أجره، بناءً على قاعدة "أن من تصرف في ملك غيره بما يعود بالنفع على هذا الغير، فإن ما فعله يعتبر ملزمًا للمستفيد، دون حاجة إلى إذن سابق أو إجازة لاحقة".

وإذا ثبت ذلك، فإنّ العدالة التي كانت رائدة القوانين المحلية والدولية –في هذه المسألة– هي التي أملت نصوص المواد التي تعطي المقاول من الباطن حق الرجوع على الإدارة مباشرة، بما لا يجاوز القدر الذي يكون الإدارة مدينًا به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى، في حدود المستحق للمقاول من الباطن في مواجهة المقاول الأصلي؛ تطبيقًا لحق الدائن في مطالبة مدين مدينه.

وبالمقابل يحق للإدارة أن تسأل المقاول من الباطن عما يكون قد ارتكب من أخطاء في تنفيذ العقد الذي لم يكن طرفًا فيه، ولكنه يتعلق بالعين المملوكة له، وفي تحديد طبيعة هذه

---

[1] المكراد، التعاقد من الباطن في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية مقارنة" (ص1 وما بعدها).

المسؤولية، قضت الدائرة المدنية الأولى في محكمة النقض الفرنسية بأنها مسؤولية عقدية، في حين قضت الدائرة الثالثة في نفس المحكمة بأنها مسؤولية تقصيرية، لعدم وجود علاقة تعاقدية بين المستفيد والمقاول من الباطن، وإزاء هذا التناقص قررت الجمعية العمومية لمحكمة النقض حسم هذا النزاع باعتبار أن المسؤولية هنا ليست مسؤولية عقدية[1].

من وجهة نظرنا نرى بضرورة تعديل القوانين التي تنكر وتتنصل من أي علاقة قانونية عن المتعاقد من الباطن ومن الإدارة صاحبة المشروع، فلا بُدّ من أن تكون مسؤولية المتعاقد من الباطن بالتضامن مع المتعاقد الأصلي جراء تقصيره أو تأخيره في إنجاز المهام المطلوبة منه على الأقل أن يكون مسؤول بالتضامن مع المتعاقد الأصلي؛ لأنه ليس من العدل أن يتحمل المتعاقد الأصلي المسؤولية كاملة لوحده، ويعفى منها المقاول من الباطن بالرغم من ضمان الإدارة لحقوقه المالية له، فعدم تحمله المسئولية –المتعاقد من الباطن– أمام الإدارة قد يشجعه ذلك إلى عدم إعطاء أهمية للتنفيذ ما دام لا يسأل عن ذلك. وخير ما فعل المشرع الفرنسي الحديث حيث منح الإدارة رفع دعوى مباشرة على المتعاقد من الباطن بالدعوى المباشرة.

المطلب الثالث: آثار التعاقد من الباطن على طرفيه.

من الثابت والمستقر عليه أنّه تبقى العلاقة بين المقاول الأصلي –المتعاقد الأصلي– والمقاول من الباطن –المتعاقد من الباطن– ، علاقة عقدية خاصة أنشئت بين شخصين من أشخاص القانون الخاص، وبالتالي فإنها تخضع لقواعد القانون الخاص وليس لقواعد القانون العام[2]، سواء في طريقة إبرامه أو في ترتيب الآثار الناجمة عنه[3]، كما يختص بالنظر بالمنازعات التي تنشأ بخصوص العقد من الباطن القضاء العادي وليس القضاء الإداري[4].

فالعقد من الباطن هو الذي يحكم العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، ولما كان العقد من الباطن يستعير محله من العقد الأصلي فإنّ العقد من الباطن يأتي متفقاً في

---

[1] عمر، هل يجوز شرعاً للمتعاقد مع جهة الإدارة التعاقد من الباطن؟ (موقع الكتروني).

[2] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص38).

[3] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص134).

[4] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص38).

طبيعته مع العقد الأصلي، ففي المقاولة من الباطن نصبح أمام عقد مقاولة يشغل فيه المقاول الأصلي مركز الإدارة، والمقاول من الباطن مركز المقاول الأصلي[1].

ويلتزم المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي في عقد المقاولة من الباطن بما يلتزم به المقاول الأصلي تجاه الإدارة في عقد المقاولة الأصلي، فيلتزم المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي بإنجاز العمل، وتسليم العمل والضمان.

فالمقاول من الباطن يلتزم تجاه المقاول الأصلي بإنجاز العمل المتفق عليه في عقد المقاولة من الباطن، لا العمل المتفق عليه في عقد المقاولة الأصلية[2].

كما ويلتزم المقاول من الباطن بتسليم العمل الذي أنجزه إلى المقاول الأصلي، ولا يعد المقاول من الباطن منفذاً لالتزامه، ولو قام بتسليم العمل مباشرة إلى الإدراة في المقاولة الأصلية، حيث إنّ الأخير –الإدارة– غير متعاقد معه، وإنّما المقاول الأصلي هو الذي تعاقد معه، لذلك يكون التسليم للمقاول الأصلي لا للإدارة. ويجب أن يكون التسليم في الميعاد المحدد في عقد المقاولة من الباطن[3].

كما ويلتزم المقاول من الباطن تجاه المقاول الأصلي بالضمان للمواد المستخدمة في العمل، وبضمان سلامة البناء[4].

وأحياناً قد يتفق الطرفان –المقاول الأصلي والمقاول من الباطن–، إلى إحالة ما لم يرد نص به في العقد إلى كراسة الشروط العامة. فالفقه الفرنسي لا يمانع من الإحالة على أن تسرى أحكام كراسة الشروط العامة على الجزء الخاص بتسوية المستحقات المالية للمقاول من الباطن مع المقاول الأصلي، ويشترط أن يتم النص صراحة على ذلك في عقد المقاولة، وفي حالة عدم وجود نص يمكن تنظيم العلاقة وتسوية المستحقات المالية بينهما حسب قواعد القانون المدني[5].

---

[1] إبراهيم، النظرية العامة لعقود الباطن (ص234).

[2] المرجع السابق، ص241 وما بعدها.

[3] المرجع نفسه، ص245.

[4] المرجع نفسه، ص246.

[5] مزهر، التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة" (ص43).

وإننا نجد أنه من القواعد المعروفة في هذا الفرع من القانون "قاعدة العقد شريعة المتعاقدين" والمنصوص عليها في القانون المدني الفلسطيني[1].

وإذا علمنا أيضاً بأنّ من المسلم به أن من مصادر عقد الأشغال العامة وثائقه، دفاتر الشروط العامة، هذا الدفتر الذي يحتوي على أحكام عامة تطبق على كل العقود، وهي في مجموعها عبارة عن مبادئ تبرز فيها خصائص العقد الإداري والوضع المتميز للإدارة المتعاقدة بالنسبة للمقاول المتعاقد معها.

فهذه المسلمات التي يمكن أن تطرح بعض الإشكالات من الناحية العملية أثناء تنفيذ العقد من حيث حقوق وواجبات المتعاقدين، المتعاقد الأصلي مع الإدارة الذي يرتبط مع هذه الأخيرة بالأحكام المنصوص عليها خاصة في دفتر الشروط العامة من جهة، ومرتبط بالعقد الذي أبرمه مع المقاول المتعاقد من الباطن من جهة أخرى[2].

وتثير هنا تسائل مؤداه أنه هل يجوز للمتعاقد الأصلي الإستناد إلى القواعد الحاكمة للعقد المبرم بينه وبين جهة الإدارة وهو عقد إداري، وتطبيقها على العلاقة بينه وبين المتعاقد من الباطن وهي علاقة يحكمها القانون الخاص؟.

في الواقع الذي يمكن استنتاجه من اتجاهات الفقه في هذا الشأن إلى أنّ القول الفصل في مدى إمكانية تطبيق قواعد العقد الإداري على العقد المبرم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن مرده إلى الاتفاق الصريح بين طرفي التعاقد من الباطن[3].

وتطبيقاً لذلك يلزم الإتفاق صراحة على التزام المتعاقد من الباطن بتقديم ضمان مالي للمتعاقد الأصلي على غرار علاقة الأخير بجهة الإدارة، كما يمكن للمتعاقد الأصلي تضمين عقده مع المتعاقد من الباطن شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص، وذلك إذا ما خشي المتعاقد الأصلي لأسباب معقولة تتصل بالصالح العام احتمال تقاعس المتعاقد من الباطن عن الوفاء بالتزاماته في الموعد المحدّد، وستكون تلك الشروط منتجة لآثارها طالما أنها صادفت قبولاً من المتعاقد من الباطن عند إبرام الاتفاق.

---

[1] انظر المادة (147) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

[2] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص248).

[3] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص134).

وبناءً على ما تقدم يمكن تطبيق الشروط العامة لأعمال الهندسة المدنية على علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن، وذلك بمقتضى الإتفاق الصريح بينهما، وبالقدر الذي لا يتنافى مع ما ورد في الإتفاق من شروط تفصيلية[1].

وهناك بعض الإشكاليات التي يمكن أن تعتري العقد بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، وفق الآتي[2]:

1- **الإشكالية الأولى: ما مدى تأثر الإتفاق المبرم بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن بالنصوص الواردة في دفاتر الشروط المنظمة لعلاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي؟**

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول بأنّ مجرد الإحالة إلى العقد الإداري المبرم بين الجهة الإدارية المتعاقدة والمتعاقد الأصلي لا يعني إمكانية تطبيق النصوص الواردة في دفتر الشروط العامة كما هو دون أي تعديل[3].

ويكون المتعاقد من الباطن مسؤولاً في مواجهة المتعاقد الأصلي اذا لم يقم بتنفيذ العمل المعهود اليه وفقاً للأصول الفنية الواجب مراعاتها، فهو مكلف بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، فضلاً عن تسليم العمل في الوقت المحدد مع وجوب أن يكون العمل المنفذ خاليا من العيوب[4].

2- **الإشكالية الثانية: في موضوع الضمان:** حيث يلتزم المتعاقد الأصلي بتقديم الضمان، بل وتحرص الإدارة على أن يمكنها من المبالغ المالية التي تمثل مختلف أنواع الضمان وسداد مبلغ التأمين، وهذا وفقاً لما تنص عليه دفاتر الشروط.

فالسؤال هنا هل يلتزم المتعاقد من الباطن لمجرد الإحالة على دفتر الشروط، القيام بهذا الإجراء، وتقديم الضمانات للمتعاقد الأصلي؟ وبعبارة أخرى هل يستطيع المتعاقد الأصلي أن يطالب المتعاقد من الباطن بأن يدفع له مبالغ كضمان لقيامه بتنفيذ التزامات العقد، وهذا بالرغم من عدم النص على ذلك صراحة في العقد؟

وهنا تجدر الإشارة إلى أنّ دفاتر الشروط تتضمن شروطاً جزائية بموجبها توقع الإدارة على المتعاقد الذي يخل بالتزاماته جزاءات متنوعة، فإذا تأخر وأخل المتعاقد من الباطن في تنفيذ

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص135).

[2] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه ... (ص249 وما بعدها).

[3] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري (ص606).

[4] مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية (ص139).

التزاماته، فهل يستطيع المتعاقد الأصلي أن يوقع تلك الجزاءات المنصوص عليها في دفتر الشروط الذي يحيل إليه العقد تماما مثلما تفعل الإدارة في مواجهته هو ؟.

وفي هذا الإطار يقدم الفقه حلولاً لبعض من هذه المسائل كتقديم الضمانات للمقاول الأصلي وأسلوب دفع الثمن وإمكانية مراجعة الأسعار وكذا إجراءات تسليم الأشغال. ويمكن القول بأنّه لا تسري على مثل هذه المسائل الأحكام الواردة بكراسات الشروط العامة إلا إذ وجد نص صريح بشأنها في الإتفاق المتضمن التعاقد من الباطن يحيل إلى كراسة الشروط العامة.

أمّا إذا كان الأمر يقتصر على مجرد الإحالة بشكل عام، فإنه لا يمكن تطبيق الأحكام الواردة بدفتر الشروط العامة على علاقة المقاول الأصلي بالمقاول المتعاقد من الباطن، وحتى الجزاءات المالية لا يمكن للمقاول الأصلي توقيعها على المتعاقد من الباطن إذا تأخر في التنفيذ بالكيفية التي تطبقها الإدارة عليه هو، وإنّما يملك فقط مطالبته بدفع غرامة مقابل ما لحقه من ضرر جراء ذلك التأخير، ما عدا حالة وجود نص صريح بشأن تلك الجزاءات المالية يحيل كراسة الشروط العامة[1].

3- **الإشكالية الثالثة:** ويبقى الإشكال الأكثر حساسية، هو حال وجود نص بالإتفاق المتضمن التعاقد من الباطن يحيل إلى دفتر الشروط العامة يتعلق بالشروط الإستثنائية المتعلقة خاصة بممارسة امتيازات السلطة العامة من طرف الإدارة في مواجهة المقاول المتعاقد معها، كسلطة التعديل مثلاً أو سلطة توقيع جزاءات ضاغطة لإنهاء التعاقد من الباطن دون اللجوء إلى القضاء بداعي المصلحة العامة.

وهنا يمكن القول بأنّ مبدأ حرية التعاقد يضمن للمتعاقدين، المقاول الأصلي والمتعاقد من الباطن أن يضمّنوا عقد المقاولة من الباطن ما يشاؤون من أحكام طالما كانت لا تتعارض مع النّظام العام، هذا من حيث المبدأ.

ولكن في الواقع فإنّ المشرع يمنح الإدارة تلك السلطات الإستثنائية باعتبار أنها تسهر على تحقيق المصلحة العامة، وهي المكلفة بتقديرها، والمهتمة بتوجيهها وتنظيمها وتحقيقها.

والمقاول المتعاقد الأصلي معها فإنه يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق مصلحته الخاصة، وهو في تعاقده مع المقاول من الباطن إنما يسعى لتحقيق مصلحته بالدرجة الأولى، وبالتالي يسعى ليتضمن العقد الأحكام التي يراها كفيلة بذلك.

ولكن ماذا عن الآثار المترتبة في التعاقد من الباطن على علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن من الناحية الفقهية الشرعية؟.

---

[1] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه ... (ص249 وما بعدها).

نجد بأنه تحكم هذه العلاقةَ نصوص عقد المقاولة من الباطن، الذي تم إبرامه بين المقاول الأصلي والمقاول الثاني؛ حيث يلتزم المقاول الثاني بإنجاز العمل الذي أسند إليه في المدة المتفق عليها، وتسليم العمل بعد إنجازه للمقاول الأصلي، كما يلتزم بأحكام الضمان التي قررها الفقه، ونصت عليها النظم، أما المقاول الأصلي فإنه يلتزم بتسلم العمل محل العقد، وبدفع الأجر المتفق عليه مع المقاول الثاني، وللمقاول من الباطن الحق في حبس المعقود عليه حتى يستوفي أجره[1].

ومن وجهة نظرنا نجد بأنّ العلاقة التعاقدية بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن علاقة عقدية خاصة تخضع لقواعد القانون الخاص، فالعقد من الباطن هو الذي يحكم العلاقة القائمة بينهما، فالمقاول من الباطن يلتزم تجاه المقاول الأصلي بإنجاز العمل المتفق عليه في عقد المقاولة من الباطن لا العمل المتفق عليه في عقد المقاولة الأصلي، وكذلك تسليم العمل الذي أنجزه.

[1] عمر، هل يجوز شرعاً للمتعاقد مع جهة الإدارة التعاقد من الباطن؟ (موقع الكتروني).

المبحث الثاني

الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة

بعد أن تحدثنا عن الآثار القانونية للتعاقد من الباطن حال موافقة الإدارة، والتي من الطبيعي أن تختلف عن الآثار القانونية غير المقترن بموافقة الإدارة، سواء أكانت علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي أو المتعاقد من الباطن، أو علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن.

لكلّ ذلك سأتحدث في هذا المبحث عن الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة، مع تبيان الآثار المترتبة على علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي، وعلى علاقتها بالمتعاقد من الباطن، وعلى علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن، وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: آثار التعاقد من الباطن على طرفي العقد الأصلي.

نشير في البداية وقبل الحديث عن الآثار المترتبة على طرفي العقد الأصلي حال عدم الموافقة، إلى أن التعاقد من الباطن بدون موافقة الإدارة يقع باطلاً وفقاً لنص القانون، وهو ما انتهى إليه الفقه والقضاء، وبالتالي فهو لا يسري في مواجهة الإدارة، فهو يعتبر خطأ تعاقدي من قِبل المقاول يعرضه لأقصى العقوبات لمخالفته لمبدأ التنفيذ الشخصي، والتي تصل إلى فسخ العقد على نفقة المقاول، وتملك الإدارة[1] بحسب غالبية الفقه كل السلطة التقديرية في منح الموافقة من عدمها وبدون معقب[2].

فالمستقر عليه في الفقه الفرنسي والمصري والفلسطيني أنّ التعاقد من الباطن إذا تم بدون موافقة الإدارة فإنه لا يحتج به في مواجهتها، ولا ينشئ عنه أية علاقة مباشرة بين المقاول من الباطن والإدارة ومن ثم يبقى المقاول الأصلي مسؤولاً مسؤولية شخصية وكاملة أمام الإدارة عن تنفيذ العقد[3].

---

[1] أكد القضاء الإداري على أنّ الإدارة لا تلزم بقبول المتعاقد من الباطن المقترح، وبالمقابل لا يمكنها أن تفرض متعاقد من الباطن –متعاقد ثانوي– على المتعاقد الأصلي، ويلاحظ أنّ الإدارة هنا تتمتع بسلطة تقديرية بشأن الموافقة على التعاقد من الباطن لكن هذه السلطة ليست مطلقة، وإنما هي مقيدة بعدم التعسف بإستعمال السلطة، واستهداف تحقيق المصلحة العامة. للمزيد: المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص125).

[2] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص243).

[3] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص730 وما بعدها).

وبناءً عليه فإن التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة لا ينشأ عنه أي علاقة عقدية بين الإدارة صاحبة المشروع وهذا المقاول الجديد –المقاول من الباطن– وبالتالي فلا يمكن له أن يطالبها بأي حقوق عقدية، وإن كان له من مطالبات في مواجهة الإدارة فله أن يطلبها وفقاً للقواعد العامة لأحكام القانون المدني، خاصة تلك التي تنظم (الإثراء بلا سبب) وقواعد المطالبة من قبل الدائن بحقوق مدنية لدى الغير، وهذا طبقا لما أجمع عليه الفقهاء[1].

أما عن آثار التعاقد من الباطن على طرفي العقد الأصلي حال عدم موافقة الإدارة.

وصورة ذلك أن ينوي المتعاقد مع الإدارة التعاقد من الباطن لغرض تنفيذ العقد المبرم بينهما، فيتعاقد من الباطن من دون أن يأخذ موافقة الجهة الإدارية، أو قد يقدم طلب إلى الجهة الإدارية ولم يجابه بقبول من جانب الإدارة المتعاقدة، ففي هذه الحالة ربّ سائل يسأل عن الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة، وهل يسري بمواجهة الإدارة المتعاقدة؟

للإجابة عن هذا التساؤل يمكن القول، إنّ التعاقد من الباطن غير المرخص به لا يمكن أن يحتجّ به في مواجهة الإدارة، وهذا يعني عدم وجود رابطة عقدية بين المتعاقد من الباطن وبين الإدارة، ويبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً تجاه الإدارة عن تنفيذ العقد، ويتحمل كافة النتائج المترتبة عن الأضرار التي قد يسببها المتعاقد من الباطن، ومن جهةٍ أخرى فإنّ التعاقد من الباطن من دون ترخيص سابق من قبل الإدارة، يعد ذاته خطأ عقدياً وإخلالاً بالالتزامات الذي يبرر توقيع أقصى الجزاءات عليه، وأهمها فسخ العقد[2] وإنهاؤه، وذلك سواء نص على هذا الجزاء في العقد أم لم ينص، كون حق الإدارة في الفسخ بهذه الحالة ينتج من طبيعة العقد الإداري ذاته، ولإستبعاده يجب أن ينص العقد صراحةً على ذلك[3].

ففي حالة لجوء المتعاقد الأصلي إلى إبرام اتفاق التعاقد من الباطن دون أخذ موافقة الإدارة فإنه يقع في خطأ تعاقدي خطير.

---

[1] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه ... (ص243 وما بعدها).

[2] الإدارة تملك فسخ العقد الإداري إذا ثبت لديها تنازل المتعاقد معها عن العقد لغيره، إذ أنّه لا يجوز للمتعاقد أن يحل غيره في تنفيذ التزاماته أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن، فتنازل المتعاقد عن العقد الإداري يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً لتعلقه بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع جزاء الفسخ بقوة القانون، دون أن تملك الإدارة سلطة تقديرية في شأن قبول هذا التنازل أو فسخ العقد. للمزيد: غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية" (ص162).

[3] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص137 وما بعدها).

وإنّ المبدأ المستقر به في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري أنّ التعاقد من الباطن إذا تم من غير موافقة الإدارة فإنه لا يحتج به في مواجهتها، ولا ينشئ عنه أية علاقة مباشرة بين المتعاقد من الباطن والإدارة، ومن ثم يبقى المتعاقد الأصلي مسؤولاً مسؤولية شخصية وكاملة أمام الإدارة عن تنفيذ العقد، وعن الأخطاء التي تقع من المتعاقد من الباطن[1].

وكذلك نجد أنّ المشرع الفلسطيني يحظر التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة، وعلى أنّ المتعاقد الأصلي يتحمل كامل المسؤولية الشخصية والكاملة، ويكون ضامناً لهذا العقد[2].

فالتعاقد من الباطن لا يسري في مواجهة الإدارة ولا يحتج به عليها ولا تنشأ عنه أية علاقات عقدية بين المتعاقد من الباطن والإدارة، ومن ثم يبقى المتعاقد الأصلي وحده مسؤولاً مسؤولية كاملة عن تنفيذ العقد في مواجهة الإدارة، والخطأ العقدي بسبب التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة يرتب مسؤولية المتعاقد الأصلي عن الأضرار الناجمة عنه كما أنّه يبرر توقيع أشد الجزاءات عليه، ألا وهو فسخ العقد على مسؤولية المتعاقد الأصلي[3]، وسواء نص على هذا الجزاء في العقد أم لم ينص بإعتبار أنّ حق الإدارة في الفسخ في هذه الحالة ينتج عن طبيعة العقد الإداري ذاته، ولإستبعاده يجب أن ينص صراحة على ذلك.

وزيادةً على حقها في توقيع جزاء الفسخ وعلى نفقته، فلها أيضاً أن تطالبه بالتعويض[4] عن أي ضرر يلحق بها جراء هذه المخالفة الجسيمة التي ارتكبها[5].

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بأنّ تنازل الملتزم عن عقد للغير أو تعاقده من الباطن مع الغير بدون تصريح مسبق من السلطة مانحة الالتزام يعدّ من الأخطاء الجسيمة التي تبرر جزاء الإسقاط[6].

---

[1] غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص730 وما بعدها).

[2] انظر المادة (67) من التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة.

[3] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري (ص606).

[4] وهو المبلغ الذي يحقّ للإدارة أن تحصل عليه من المتعاقد معها لجبر الأضرار الناجمة عن إخلاله بالتزاماته التعاقدية، وقد رود النصّ على حقّ الإدارة في الحصول على التعويضات من المتعاقد المقصّر في المادة (26) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998، والمواد (83)، (94) من اللائحة التنفيذية. للمزيد: غازي، سلطات الإدارة في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية" (ص107).

[5] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص244).

[6] كربل، الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري (ص607 وما بعدها).

من وجهة نظرنا نجد بأنه في حال عدم موافقة الإدارة على المتعاقد من الباطن فإنّ ذلك يعني عدم وجود أي علاقة بين المتعاقد من الباطن والإدارة، حيث تكون هناك علاقة تعاقدية خاصة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن تخضع لأحكام القانون الخاص بكل ما يتعلق منها بعقد المقاولة من الباطن، وبالتالي تبقى مسسؤولية المتعاقد الأصلي تجاه الإدارة مسؤولية كاملة عن تنفيذ العقد فلا يسري في مواجهة الإدارة هذا التعاقد ولا يُحتج به عليها، وهذا يسمح للإدارة بتوقيع أشد الجزاءات عليه، كفسخ العقد على مسؤولية المتعاقد الأصلي ولها أيضاً أن تطالبه بالتعويض عن أي ضرر يلحق بها جراء هذه المخالفة الجسيمة.

المطلب الثاني: آثار التعاقد من الباطن على علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن.

بالنسبة للمتعاقد من الباطن يكون هناك انعدام للرابطة التعاقدية بينه وبين الإدارة، فلا تقوم المسؤولية العقدية بينهما فضلاً عن أنّ الإدارة ليست طرفاً في اتفاق التعاقد من الباطن.

وقد أكد القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر على عدم وجود علاقة مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن[1]. وبالتالي فلا يمكن له أن يطالبها بأي حقوق عقدية، وإن كان له من مطالبات في مواجهة الإدارة فله أن يطلبها وفقاً للقواعد العامة لأحكام القانون المدني، خاصة تلك التي تنظم (الإثراء بلا سبب)[2]، وقواعد المطالبة من قبل الدائن بحقوق مدينه لدى الغير وهذا طبقاً لما أجمع عليه الفقهاء[3].

حيث تظل العلاقة العقدية المباشرة قائمة فقط بين الإدارة والمتعاقد الأصلي، وبالتالي يبقى هذا الأخير –المتعاقد الأصلي– وحده مسؤولاً عن تنفيذ العقد بأكمله[4]. وذلك بسبب انتفاء العلاقة العقدية المباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للإدارة أن تطالب المتعاقد من الباطن مباشرة بتنفيذ ما يقع من التزامات قبل المتعاقد الأصلي تتعلق بتنفيذ العمل محل التعاقد من الباطن، وترتيباً على ذلك لا تملك الإدارة مطالبة المتعاقد من

---

[1] حكم مجلس الدولة الفرنسي في 22 يونيو 1989، وكذلك حكم محكمة القضاء الإداري في 27 يناير 1957، وحكم المحكمة الإدارية العليا في 11/25/ 1975.

[2] نصت المادة (200) من القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2014 على أنّ "كل شخص، ولو غير مميز، يثري دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما أثري به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام ولو زال الإثراء فيما بعد".

[3] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه ... (ص243 وما بعدها).

[4] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص140).

الباطن بإنجاز العمل محل العقد الأصلي، لأنّ المتعاقد من الباطن لم يكن طرفاً في هذا العقد، كما أنها لا تملك ذلك استناداً إلى اتفاق التعاقد من الباطن، لأنها ليست طرفاً فيه، وهذا الحكم يسري بالنسبة لباقي التزامات المتعاقد من الباطن، كالالتزام بتسليم العمل، والالتزام بالضمان كأصل عام[1].

لكن كما أسلفنا فإنّ التعاقد من الباطن يستطيع بصفته دائناً للمتعاقد الأصلي، أن يطالب الإدارة بحقوق مدينه وفقاً للقواعد العامة المقررة في هذا الخصوص، وعلى ذلك يمكن للمتعاقد من الباطن أن يستفيد بالحقوق والدعاوي المعترف بها للدائنين في القانون المدني، وعلى الأخص الدعوة غير المباشرة وحوالة الحق[2].

وفي سبيل الحد من التعاقد من الباطن المستتر نص القانون[3] على إلزام ربّ العمل الذي تحقق له العلم بوجود متعاقد من الباطن بإنذار المتعاقد الأساسي بأن يسارع بتقديم طلب له بقبوله. ومن ثم من الممكن أن تنعقد مسؤولية رب العمل متى امتنع برغم علمه بوجود متعاقد من الباطن، عن التدخل لإلزام المتعاقد الأصلي بالالتزامات المفروضة عليه المتمثل في تقديم طلب لجهة الإدارة بخصوص قبول المتعاقد من الباطن[4].

من وجهة نظرنا نجد بأنه لا توجد رابطة تعاقدية بين المتعاقد من الباطن والإدارة، فليس له أن يطالب الإدارة بأيّ حقوق عقدية إلا وفق ما جاء في القواعد العامة لأحكام القانون المدني، وليس للإدارة أن تطالبه مباشرة بتنفيذ العقد.

---

[1] مشرف، فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية (ص145 وما بعدها).

[2] الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (ص443). المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص140).

[3] قانون 6 يناير 1986 المكمل لقانون 31 ديسمبر 1975.

[4] وفي ذات المعنى تنص المادة/11- 1 من قانون التعاقد من الباطن (المعدلة بالقانون رقم/2005- 845 الصادر في 26 يوليو 2005)، فيما يتعلق بعقود الأشغال العامة، والأشغال الخاصة بالمنشئات متى تحقق لرب العمل العلم بأن المتعاقد من الباطن لم يكن قد أوفى بالالتزامات المنصوص عليها في المادة (3) أو المادة (6)، وكذلك الالتزامات المنصوص عليها في المادة (5)، فإنّ عليه أن يبادر بتوجيه إنذار إلى المتعاقد الأساسي، أو المتعاقد من الباطن بالوفاء بهذه الالتزامات، هذه النصوص واجبة التطبيق على العقود العامة والخاصة. للمزيد: غانم، النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة" (ص732).

المطلب الثالث: آثار التعاقد من الباطن على طرفيه.

إنّ آثار التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة لا تختلف عن تلك الآثار التي تترتب على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة، فيما يخص المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن، وترتيباً على ما تقدم فإنّ العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن تعتبر علاقة عقدية مباشرة، وسبب ذلك قيام الطرفين بإبرام اتفاق التعاقد من الباطن فيما بينهما، وهذه العلاقة تعد رابطة من روابط القانون الخاص، ويترتب على ذلك خضوعها لأحكام القانون الخاص، واختصاص القضاء العادي بالفصل في المنازعات الناشئة عنها، وعلى ذلك فإنّ مسؤولية المتعاقد من الباطن في مواجهة المتعاقد الأصلي، تخضع للقواعد العامة التي تحكم المسؤولية العقدية في القانون المدني، سواء في ذلك المسؤولية عن التنفيذ أو الأضرار أو العيوب الخفية[1].

فالعلاقة بين المقاول من الباطن والمقاول الأصلي علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص كأي علاقة عقدية أخرى ينظمها هذا القانون، خاصة ما تعلق منها بعقد المقاولة من الباطن[2].

ومن وجهة نظرنا نرى بأنّ آثار التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة لا تختلف عن آثار التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة، فالعلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن علاقة تعاقدية تخضع لأحكام القانون الخاص.

---

[1] المفرجي: كنعان، الاعتبار الشخصي في العقد الإداري "دراسة مقارنة" (ص139).

[2] ابن شعبان، آثار عقد الأشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري "دراسة مقارنة" (ص244).

النتائج والتوصيات

الحمد لله الذي يسّر لي إتمام هذا البحث، فله الحمد أولاً وآخراً، وله الحمد على كل حال.
لقد خلص الباحث في ختام بحثه ((التعاقد من الباطن في نطاق عقود الأشغال العامة في فلسطين "دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون"))، بجملة من النتائج، وألحقها بجملةٍ أخرى من المقترحات التي يمكن أخذها كتوصيات، وذلك كما يلي:

أولاً: النتائج.

خرجت الرسالة بالعديد من النتائج، والتي تَكْمُن في:

1- هناك توافق نوعاً ما بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من حيث المفهوم للعقد الإداري وعناصره ومفهوم عقد الأشغال العامة وخصائصه.
2- لقد أحسن المشرع الفلسطيني بإصدار قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية، والمطبق في قطاع غزة، حيث جعل منازعات العقود الإدارية من اختصاص المحكمة الإدارية بصفتها محكمة أول درجة، وعلى أن تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطعون التي ترفع إليها في الأحكام الصادرة عن المحكمة الإدارية، وتنظر في الطعون من الناحيتين الموضوعية والقانونية.
3- الطبيعة القانونية لعقد الأشغال العامة تستمد من العناصر المكونة له، فمتى توافرت هذه العناصر مجتمعةً وهي (أن يكون موضوع العقد عقاراً، وأن يكون العمل لحساب شخص معنوي عام، وأن يهدف إلى تحقيق النفع العام)، كنا أمام عقد أشغال عامة.
4- هناك اختلاف بين عقد الأشغال العامة وغيره من العقود الإدارية، كعقد الامتياز، وعقد التوريد، وعقد المعاونة.
5- إنّ الاعتبار الشخصي في التعاقد يمثل شخصية المتعاقد أو صفة من صفاته كونها عنصراً جوهرياً في التعاقد، ويندرج العقد في طائفة العقود ذات الطابع الشخصي، والتي تتميز عن طائفة العقود ذات الطابع الموضوعي من حيث انعقاد العقد وتنفيذه وانتقاله وانقضاؤه.
6- يعدّ التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقود الإدارية.

7- هناك قصور تشريعي واضح في معالجة ظاهرة التعاقد من الباطن، ففي مصر وفلسطين لم نجد نصوصاً تشريعية أو تنظيمية محددة المعالم تعالج الظاهرة المذكورة؛ بينما في فرنسا بات المتعاقد من الباطن يحظى بحماية مؤكدة، ولعل الأخذ بمبدأ السداد المباشر في نطاق العقود الإدارية، وذلك بتولي الإدارة مهمة السداد المباشر إلى المتعاقد من الباطن خير دليل على ذلك.

8- الفقهاء لم يجيزوا قاعدة التعاقد من الباطن على إطلاقها بل ذكروا شروطاً لإجازتها متمثلةً في: أ- ألا تشترط الإدارة على المتعاقد الأصلي مباشرة العمل بنفسه، ب- ألا تكون شخصية المتعاقد الأصلي محل اعتبار عند الإدارة.

9- لم ينظم قانون العطاءات للأشغال الحكومية رقم (6) لسنة 1999 ولا القرار بقانون رقم (8) لسنة 2014 بشأن الشراء العام مسألة التعاقد من الباطن –المقاولة من الباطن-.

10- إنّ السلطة التي تملك الموافقة على التعاقد من الباطن أو التنازل الكلي عن العقد، هي السلطة التي تملك إبرام العقد الأصلي، ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك، وهذه السلطة تجد أساسها في قاعدة توازي الاختصاص التي أوجدها القضاء الفرنسي، وأنّ السلطة المختصة تملك حق الموافقة أو الرفض، بَيْدَ أنّه في حال رفضها يجب أن تستند إلى أسباب معقولة تتصل بالصالح العام، وإلا خضع قرارها لرقابة القضاء الإداري.

11- إنّ التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة أو غير المقترن بموافقتها، تترتب عليه آثار قانونية هامة سواء في علاقة الإدارة بالمتعاقد الأصلي، أو علاقتها بالمتعاقد من الباطن، أو علاقة المتعاقد الأصلي بالمتعاقد من الباطن.

12- إنّ التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة أمر غير جائز، ويترتب عليه آثار قد تمتد فيها سلطة الإدارة إلى فسخ العقد، والرجوع على المتعاقد الأصلي بالتعويض.

13- يتمتع التعاقد من الباطن بالعديد من الخصائص، في أنها تعتبر من العقود الرضائية، والمعاوضة، وأنها ملزمة للطرفين، ولا بُدّ وان تكون مسبوقة بعقد أصلي، وغيرها من الخصائص.

14- يتميز التعاقد من الباطن عن التنازل عن العقد من جانب المساس بفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ العقد الإداري، حيث يهدف المتعاقد الأصلي في حالة التنازل عن العقد إلى ترك العملية العقدية برمتها للغير؛ بخلاف التعاقد من الباطن والذي يقوم على التنفيذ الجزئي للعقد من قبل المتعاقد من الباطن تحت مسؤولية وإشراف المتعاقد

الأصلي، وتبقى مسؤوليته أمام الإدارة عن تنفيذ العقد، وحتى بالنسبة للجزء المنفذ بواسطة المتعاقد من الباطن.

15- الشريعة الإسلامية نظمت التعاقد من الباطن في أحكامها، حيث أجاز الفقهاء التعاقد من الباطن وقيدوه بشروط منها: أ-ألا تشترط الإدارة على المتعاقد الأصلي أن يعمل العمل بنفسه ب- ألا تكون شخصية المتعاقد الأصلي محل اعتبار عند الإدارة.

ثانياً: التوصيات.

نقترح التوصيات التالية:

1. ضرورة عناية فقهاء وعلماء الشريعة من البحث في مجال القانون الإداري، ولاسيما العقود الإدارية منها، وبيان أحكامها، وتكييفها الشرعي والفقهي، واستنباط الأدلة الشرعية التي تدل على جوازها من عدمه؛ وذلك لقلة المراجع في هذا الجانب، وندرة الأبحاث الفقهية، وقلة المتحدثين عن العقود الإدارية والأمور المتعلقة بنشاط الإدارة؛ وذلك من أجل مساعدة طلاب العلم للإستفادة من هذه المعلومات لإثرائها في بحوثهم.
2. نوصي المشرع الفلسطيني بضرورة تطبيق قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية في كافة أرجاء الوطن.
3. نوصي المشرع بضرورة النص في قانون العطاءات للأشغال الحكومية وقانون الشراء العام على مسألة التعاقد من الباطنة –المقاولة من الباطن- لمنع النزاع ووجود الاشكاليات التي قد تعتري المقاول أو الإدارة.
4. لما كانت الدولة ترصد أموالاً ضخمة من أجل تنفيذ مشاريع إنمائية في المجال الاقتصادي والخدماتي عن طريق إبرام عقود الأشغال العامة، التي تعتبر من أهم العقود الإدارية، فإنه كان لزاماً تأطيرها بأحكام قانونية تضمن تحقيق الهدف المنشود منها، وذلك من خلال تحديد الشروط المتعلقة بسلطات الإدارة وخاصة تعديل ومراقبة الأشغال وفسخ العقد؛ حتى لا تتوسع الإدارة في تفسيرها.
5. نقترح على المشرع الفلسطيني بوجود نص يُبيّن فيه مسؤولية المتعاقد من الباطن من الجزء الذي ينفذه من المشروع، على الأقل يكون مسؤوليته تضامنية مع المتعاقد الأصلي،

ولا يؤثر ذلك على وحدة الضمان، كما نوصيه بوضع نص يقرر فيه للإدارة حقها في مقاضاة المتعاقد من الباطن بدعوى مباشرة.

6. نقترح على المشرع الفلسطيني بوجود نص يُحدّد فيه إجراءات الموافقة على التعاقد من الباطن، وشكل طلب الموافقة، ومن يُقدّم هذا الطلب (المتعاقد الأصلي أو الراغب في التعاقد من الباطن)، كما عليه أن يضع ضوابط للسلطة التقديرية للإدارة، كما نوصيه بضرورة تحديد إجرءات الموافقة على التعاقد من الباطن سواء في مرحلة تقديم العروض والترشيحات أم في مرحلة تنفيذ العقد، وأن يتم الأخذ بمبدأ الموافقة الضمنية في حال عدم رد الإدارة على طلب المتعاقد الأصلي خلال مدة 21 يوم من تقديم الطلب الذي يفيد رغبة المتعاقد الأصلي في التعاقد من الباطن، وحماية المصلحة العامة.

7. نوصي المشرع المصري والفلسطيني ضرورة أن يتبنيا تنظيماً دقيقاً للتعاقد من الباطن أسوةً بالمشرع الفرنسي لحماية المتعاقد من الباطن.

8. نوصي على المشرع الفلسطيني بالأخذ بمبدأ الدفع المباشر للمتعاقد من الباطن في حال اعتماد شروط السداد له، بحيث يحصل على مستحقاته عن الجزء المنفذ من قبله من العقد الأصلي مباشرة، كما نوصيه بتضمين نص في القانون يجيز تحريك الدعوة المباشرة ضد الإدارة للمتعاقد من الباطن للحصول على مستحقاته المالية.

9. نقترح على المشرع الفلسطيني بوضع قاعدة هامة في القانون يسمح بموجبها التعاقد من الباطن، بحيث يكون الأصل هو الإباحة –أي جواز التعاقد من الباطن– والاستثناء هو عدم الجواز، ويتم ذلك عن طريق قيام المتعاقد الأصلي بتقديم المتعاقد من الباطن إلى الإدارة حتى تتمكن من دراسة موقفه، والتأكد من مدى قدراته المالية وكفائته الفنية اللازمة لتنفيذ العقد، تحقيقاً لمبدأ الاعتبار الشخصي في العقد الإداري.

10. نوصي المشرع الفلسطيني بالعمل على توحيد القوانين التي تنظم مسألة التعاقد من الباطن –المقاولة من الباطن–.

المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: الكتب العربية.

إبراهيم، أسامة محمد. (2007/2008). *النظرية العامة لعقود الباطن*. (د.ط). القاهرة: (د.ن).

إسماعيل، خميس السيد. (2003/2004). *العقود الإدارية والتعويضات "طبقاً لقانون المناقصات والمزايدات الجديد رقم 89 لسنة 1998، وأحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوي الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة والأحكام الحديثة لمحكمة النقض"*. (د.ط). (د.م): دار محمود للنشر والتوزيع.

أمين، محمد سعيد. (1995). *المبادئ العامة في تنفيذ العقود الإدارية وتطبيقاتها "دراسة مقارنة"*. (د.ط). (د.ن): دار الثقافة الجامعية.

أوهاب، نذير محمد. (1427هـ). *نظرية العقد الإداري "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون"*. (د.ط). (د.م): (د.ن).

الأحمد، نجم حمد. (2001م). *التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية "دراسة مقارنة"* (رسالة دكتوراة غير منشورة). جامعة عين شمس، مصر.

أكباشي، شاكر. فكرة الاعتبار الشخصي في العقود الإدارية، *مجلة الكوفية*، (14).

الأصفهاني، الحسين بن محمد. (د.ت). *المفردات في غريب القرآن*. (د.ط). (د.م): نزار مصطفى الباز.

الأغا، أمجد نعيم. (2016، 14 مارس). قانون الفصل في المنازعات الإدارية نقطة مضيئة في السياسة التشريعية الفلسطينية. تاريخ الإطلاع: 17 مايو 2017م، الموقع: دنيا الوطن (https://pulpit.alwatanvoice.com).

الألفي، محمد جبر. (2017، 1 مايو). حكم *عقد المقاولة من الباطن*. تاريخ الاطلاع: 7 مايو 2017م، الموقع: الألوكة الشرعية (http://www.alukah.net).

بشناق، باسم. (1435هـ/2014م). *محاضرات في القانون الإداري*، ط 1. غزة: مكتبة القدس.

البوشواري، محمد. (2010). *الوجيز في النظرية العامة للالتزام*. ط 1. (د.م). (د.ن).

البخاري، محمد بن إسماعيل.(1407هـ -1987م) *الجامع الصحيح المختصر*. تحقيق: د. مصطفى ديب البغا. ط 3. بيروت: دار ابن كثير.

البدوي، ثروت (1957). المعيار المميز للعقد الإداري. *مجلة القانون والإقتصاد*، 2 (3.4).

البوسعيدي، طارق بن هلال. (2008). الطبيعة القانونية لعقود الامتياز والاستثمار التي تبرمها الدولة وفقاً لنظام B.O.T. *مجلة الشريعة والقانون*، (36).

برغوثي، معين. (2004). عقود الامتياز "حالة شركة الاتصالات الفلسطينية"، *الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن*، سلسلة تقارير قانونية (35).

التعليمات الخاصة بقانون اللوازم العامة.

ثابت، سناء جميل إبراهيم. (2011/2012م). *أثر الظروف الطارئة على تنفيذ العقود الإدارية في فلسطين "دراسة تحليلية"* (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الأزهر، غزة.

جعفر، أنس. (2002). *العقود الإدارية "دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون 89 لعام 1998 الخاص بالمزايدات والمناقصات في مصر ولائحته التنفيذية مع دراسة لعقود ال B.O.T*. (د.ط). القاهرة: دار النهضة العربية.

الجارحي، مصطفى عبد السيد. (1988). عقد *المقاولة من الباطن "دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي"*. ط 1. القاهرة: دار النهضة العربية.1988.

الجبوري، محمود خلف. (1998). *العقود الإدارية*. الطبعة الثانية. (د.م): دار الثقافة.

الجبوري، ياسين محمد. (د.ت). *المبسوط في شرح القانون المدني، الجزء الأول مصادر الحقوق الشخصية، المجلد الأول نظرية العقد، القسم الأول: انعقاد العقد، دراسة موازية في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي مع الاشارة إلى القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي*. (د.ط). عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.

جامعة بيرزيت. (د.ت). *النظام القضائي الفلسطيني – مراحل التطور التاريخي للنظام القانوني الفلسطيني-*. تاريخ الاطلاع: 23 ابريل 2017م، الموقع: (http://lawcenter.birzeit.edu).

الحاكم، محمد بن عبدالله. (1990-1411هـ). *المستدرك على الصحيحين*. تحقيق: مصطفى عبدالقادر عطا. ط1. بيروت: دار الكتب العلمية.

الحنفي، كمال الدين محمد. (د.ت). *شرح فتح القدير*. ط 3. لبنان: دار الفكر.

حمادة، محمد أنور. (2003). قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية. (د. ط). الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

الحلو، ماجد راغب. (2004). *العقود الإدارية والتحكيم*. (د.ط). الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

الحلو، ماجد راغب. (2012). *العقود الإدارية "تحديد العقد الإداري- تكوين العقد الإداري- تفسير العقد الإداري- أنواع العقد الإداري- آثار العقد الإداري- شرعية العقد الإداري- التحكيم والعقد الإداري- التصالح والعقد الإداري- العقد الإداري الاكتروني- العقد الإداري البريطاني"*. (د.ط). الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

الحلو، ماجد راغب. (1994). *القانون الإداري*. (د.ط). الإسكندرية: دار المطبوعات الجديدة.

أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا. (د.ت). معجم مقاييس اللغة. (د.ط). (د.م): دار الفكر.

ابن حبان، محمد.(1414هـ – 1993م). *صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان*. تحقيق: شعيب الأرنؤوط. ط2.، بيروت: مؤسسة الرسالة.

الحسين، محمد. (د.ت). عقد الأشغال العامة. تاريخ الإطلاع: 20 مايو 2017م، الموقع: المكتبة القانونية (WWW.LAW-DZ.NEET).

خليفة، عبد العزيز عبد المنعم. (2004). *الأسس العامة للعقود الإدارية*. (د.ط). (د.م): (د.ن).

خوجة، عز الدين محمد. (1414هـ/1993م). نظرية *العقد في الفقه الإسلامي*. مراجعة د.عبد الستار أبو غدة. ط 1. (د.م): (د.ن).

الخلايلة، محمد علي. (2012م– 1433هـ). *القانون الإداري الكتاب الثاني "الوظيفة العامة– القرارات الإدارية– العقود الإدارية– الأموال العامة"*. ط 1. (د.م): دار الثقافة للنشر والتوزيع.

الخضير، خالد بن عبد الله. (1432هـ). مشروعية وتأصيل العقد الإداري من الفقه الإسلامي، *مجلة العدل*، (49).

أبو داود، سليمان بن الأشعث. (202 –275هـ). *سنن أبي داود*. تحقيق: محمد محيي الدين عبدالحميد. (د.ط). بيروت: دار الفكر.

الذنيبات، محمد جمال. (1432هـ/2011م). *الوجيز في القانون الإداري*. ط 2. (د.م): دار الثقافة للنشر.

راضي، مازن ليلو. (د.ت). *الوجيز في القانون الإداري*. (د.ط). (د.م): (د.ن).

أبو راس، محمد الشافعي. (د.ت). *العقود الإدارية*. تاريخ الإطلاع: 2 فبراير 2017م، الموقع: (http://www.pdffactory.com).

الزرقا، مصطفى أحمد. (1967). *الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد المدخل الفقهي العام*. ط 3. دمشق: دار الفكر.

الزحيلي، وهبة. (1987). *العقود المسماة*. ط 1. دمشق: دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر.

الزحيلي، وهبة. (1418هـ/ 1997م). *الفقه الإسلامي وأدلته*. ط 4. لبنان: دار الفكر بيروت.

الزهيري، رياض. (1976). *مظاهر السلطة الإدارة في تنفيذ مقاولات الأشغال العامة* (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة بغداد، العراق.

أبو زهرة، محمد. (د.ت). *الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لمحمد أبي زهرة*. (د.ط). (د.م): مطبعة دار الفكر العربي.

أبو زيد، محمد عبد الحميد. (1999). *المرجع في القانون الإداري*. (د.ط). القاهرة: دار النهضة العربية.

السنهوري، عبد الرازق أحمد. (1964). *الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على العمل، المجلد (1)*. (د.ط). (د.م): (د.ت).

السنهوري، عبد الرازق أحمد. (2004). *الوجيز في النظرية العامة للالتزام*، تنقيح المستشار: أحمد مدحت المراغي. (د.ط). (د.م): منشأة المعارف.

السنهوري، عبد الرازق أحمد. (د.ت). *الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري*. (د.ط). لبنان: المجمع العلمي العربي الإسلامي.

السنهوري، عبد الرازق أحمد. *الوسيط في شرح القانون المدني. الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام*. (د.ط). لبنان: دار احياء التراث العربي.

سمارة، عادل عبد العزيز عبد الحميد. (2007). *مسئولية المقاول والمهندس عن ضمان متانة البناء في القانون المدني الأردني "دراسة مقارنة"* (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح، نابلس.

آل سلمان، حسن حسين حسن. (1432هـ/2011م). *التحكيم في العقود الإدارية في النظام السعودي والفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"* (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الملك خالد، السعودية.

شويدح، أحمد ذياب. والسوسي ماهر أحمد. (1431هـ/2010م). *فقه المعاملات المالية*. الجزء الأول. ط 3. (د.م): (د.ن).

شويدح، أحمد ذياب. (1433هـ/ 2012م). *المعاملات المالية المعاصرة في الشريعة الإسلامية*. ط4. غزة: المركز الدولي.

شويدح، أحمد دياب، و أبو هربيد، عاطف. (2007، 2-3 إبريل). *عقد التوريد والمقاولة في ضوء التحديات الاقتصادية المعاصرة "رؤية شرعية"*، بحث مقدم إلى مؤتمر "الإسلام والتحديات المعاصرة"، غزة: كلية أصول الدين في الجامعة الإسلامية.

شاشو، إبراهيم. (2010). عقد المقاولة في الفقه الإسلامي، *مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية*، 26 (2).

الشاعر، أنور حمدان. (1437هـ/ 2016م). الوجيز في القانون الإداري. ط 1. غزة: مكتبة نيسان.

الشاعر، أنور حمدان. (1430هـ/ 2009م). *النظرية العامة للالتزامات "المصادر – الأحكام"*. ط 1. غزة: (د.ن).

ابن شعبان، علي. (2011/2012م). *آثار عقد الاشغال العامة على طرفيه في التشريع الجزائري* (رسالة دكتوراة غير منشورة) .جامعة منتوري/ قسنطينة، الجزائر.

شحادة، موسى. (1996). *القانون الإداري*. ط 1. (د.م): منشورات جامعة القدس المفتوحة.

الشرقاوي، سعاد. (1998/1999). *العقود الإدارية*. (د.ط). القاهرة: دار النهضة العربية.

الشامي، عبد الكريم خالد. (2016، 15 يوليو). *نحو استحداث مجلس الدولة الفلسطيني*. تاريخ الإطلاع: 14 مايو 2017. الموقع: دنيا الوطن (https://pulpit.alwatanvoice.com).

صادق، موريس. (1999). *قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في العقود الإدارية*. (د.ط). (د.م): دار محمود للنشر والتوزيع.

صليحة، برجم. (2009/2008). *المقاولة الفرعية* (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الجزائر، الجزائر.

الصرايرة، مصلح. (د.ت). *الأحكام الخاصة بالعقود الإدارية الخاضعة لنظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986*. تاريخ الإطلاع: 20 يناير 2017م، الموقع: (www.osamabahar.com).

الطماوي، سليمان. (1975). *الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة"*. ط 3. القاهرة: دار الفكر العربي.

الطماوي، سليمان. (1991). *الأسس العامة للعقود الإدارية "دراسة مقارنة"*. ط 3. القاهرة: دار الفكر العربي.

الطماوي، سليمان محمد. (1950). *نظرية التعسف في استعمال السلطة*. ط 1. (د.م): (د.ن).

الظاهر، خالد خليل. (1997- 1417هـ). *القانون الإداري "دراسة مقارنة"، الكتاب الثاني "المرفق العام- الضبط الإداري- العقود الإدارية- الأموال العامة"*. ط 1. عمان: دار المسيرة.

عمرو، عدنان. (2002). *مبادئ القانون الإداري الفلسطيني (نشاط الإدارة ووسائلها)*. (د.ط). القدس: المطبعة العربية الحديثة.

العمار، عبد الله بن موسى. (1423هـ). *الإجارة على الإجارة وتطبيقاتها المعاصر*. (د.ط). (د.م): (د.ن).

عبد الله، عبد الغني بسيوني. (1986). *القانون الإداري "دراسة مقارنة لأسس ومبادئ القانون الإداري وتطبيقها في لبنان"*. (د.ط). (د.م): الدار الجامعية.

أبو عمارة، محمد علي. (1997/1998). *القانون الإداري الجزء الثاني "نشاط الإدارة العامة في فلسطين وقطاع غزة"*. ط 2. (د.م): (د.ن).

أبو عمارة، محمد علي محمد. (1412/1991هـ). *النظام القانوني للمرفق العام في قطاع غزة "دراسة تطبيقية لنظام الإدارة المحلية والتعليم العالي"* (رسالة دكتوراة غير منشورة). جامعة عين شمس، مصر.

أبو عمارة، محمد. (1995). تنظيم عقد الأشغال العامة في فلسطين، *مجلة القضاء والقانون*، (30).

أبو عمارة، محمد علي. (2006). مدى تطور مفهوم العقد الإداري في فلسطين في عهد السلطة الوطنية. *مجلة المنارة*، 12(3).

عبد، لؤي كريم. (2011). الأسس القانونية اللازمة لمشروعية العقد الإداري وأهميتها في أداء السلطة العامة لواجباتها. *مجلة ديالى*، (53).

العايد، عبد الرحمن بن عايد بن خالد. (1425هـ/2004م). عقد المقاولة، سلسلة مشروع وزارة التعليم العالي لنشر ألف رسالة علمية (51)، جامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية وزارة التعليم العالي، الإدارة العامة للنشر.

العبادي، هديل سعد أحمد. (2007). *عقد المقاولة من الباطن في مقاولات البناء والمنشأة الثابتة* (رسالة ماجستير غير منشورة). الجامعة المستنصرية، العراق.

العيوني، ثورية. (1978). معيار تمييز العقد الإداري (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة عين شمس، مصر.

عفانة، حسام الدين. (2017، 6 يناير). *عقد المقاولة من الباطن*. تاريخ الإطلاع: 23 ابريل 2017، الموقع: يسألونك الإسلامية (http://yasaloonak.net).

عمر، خالد. (2014، 22 يناير). *هل يجوز شرعاً للمتعاقد مع جهة الإدارة التعاقد من الباطن؟*. تاريخ الإطلاع: 23 ابريل 2017، الموقع: الملتقى الفقهي (http://www.alukah.net).

عبد الحفيظ، زروق. (2015، 22 مارس). *عقد الأشغال العامة وخصائصه وفق الإجتهاد القضائي*. تاريخ الإطلاع: 15 يناير 2017م، الموقع: المكتبة القانونية (WWW.LAW-DZ.NEET).

غازي، هيثم حليم. (2014). *سلطات الإدارة في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية"*. ط 1. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.

غانم، هاني عبد الرحمن إسماعيل. (2014). القضاء الإداري الرقابة على أعمال السلطة الإدارية في فلسطين "دراسة تحليلية مقارنة". ط 1. ج1. غزة: (د.م)

غانم، هاني عبد الرحمن إسماعيل. (2012). *النظام القانوني لعقد التوريد الإداري "دراسة مقارنة"* (رسالة دكتوراة غير منشورة). جامعة الاسكندرية، مصر.

فودة، رأفت. (1994). *دروس في قضاء المسؤولية الإدارية*. (د.ط). القاهرة: دار العربية.

الفراهيدي، الخليل بن أحمد. (2003). كتاب العين مرتباً على حروف المعجم. ط 1. بيروت: دار الكتب العلمي، بيروت.

القرطبي، محمد بن أحمد. (2003). *الجامع لأحكام القرآن*. ط 4. لبنان: دار الفكر.

القيسي، إعاد علي حمود. (1998). *الوجيز في القانون الإداري "ذاتية القانون الإداري- التنظيم الإداري- النشاط الإداري- عمال وأعمال السلطة الإدارية- أموال السلطة الإدارية"*. ط 1. الأردن: دار وائل للنشر.

قطيش، عبد اللطيف. (2013). *الإدارة العامة من النظرية إلى التطبيق "دراسة مقارنة"*. ط 1. بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.

قرارية، زياد شفيق حسن. (2004). *عقد المقاولة في الفقه الإسلامي وما يقابله في القانون المدني* (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية، نابلس.

القانون الأساسي الفلسطيني المعدل رقم (2) لسنة 2005.

قانون أصول المحاكم المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 1997.

قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم (5) لسنة 2001.

قانون اللوازم العامة رقم (9) لسنة 1998.

القانون المدني الفلسطيني رقم (4) لسنة 2012.

قانون الاتصالات الفلسطيني رقم (3) لسنة 1996.

قانون رقم (3) لسنة 2016 بشأن الفصل في المنازعات الإدارية.

قانون الهيئات المحلية الفلسطينية رقم (1) لسنة 1997.

قانون العطاءات الحكومية رقم (6) لسنة 1999م.

قرار بقانون رقم (8) لسنة 2014م بشأن الشراء العام.

قرار مجلس الوزراء الفلسطيني رقم (5) لسنة 2014 بنظام الشراء العام.

قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998م.

القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948م.

القانون المدني السوري.

القانون المدني الليبي.

القانون المدني العراقي.

القانون المدني الأردني.

القانون المدني الفرنسي.

قانون المشتريات العامة الفرنسي رقم (975) لسنة 2006.

القاسم، يوسف أحمد. (2017، 9 مايو). *عقود الباطن هل هي شرعية؟*. تاريخ الإطلاع: 10 مايو 2017، الموقع: الإقتصادية (http://www.aleqt.com).

كنعان، نواف. (1431/2010هـ). *القانون الإداري الكتاب الأول "ماهية القانون الإداري- التنظيم الإداري- النشاط الإداري"*. ط 4. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.

كربل، رفاه كريم رزوقي. (2016) الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري "دراسة مقارنة". *مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية*، (3).

ابن كثير. إسماعيل. (1422هـ). *تفسير القرآن العظيم*. ط 1. القاهرة: دار الفجر للتراث.

لائحة الأشغال العامة في فلسطين.

لائحة القانون رقم (98) لسنة 1998 بشأن المناقصات والمزايدات.

مسلم، الحجاج القشيري مسلم النيسابوري، (206 –261هـ)، *صحيح مسلم*، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي. (د.ط). بيروت: دار إحياء التراث العربي.

مروة، هيام. (1423هـ/2003م). *القانون الإداري الخاص "المرافق العامة الكبرى وطرق إدارتها– الاستملاك– الأشغال العامة– التنظيم المدني"*. ط 1. بيروت: المؤسسة الجامعية.

المفرجي، كنعان محمد محمود. (2014). *الاعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة)*. ط 1. الاسكندرية: دار الفكر الجامعي.

مغبغب، نعيم. (2001). *عقود البناء والأشغال الخاصة والعامة "دراسة في القانون المقارن"*. ط 3. (د.م): (د.ن).

مشرف، عبد العليم عبد المجيد. (2003). *فكرة الاعتبار الشخصي في مجال العقود الإدارية "دراسة مقارنة"*. (د.ط). القاهرة: دار النهضة العربية.

محمد، عباس حسني. (1413هـ/1993م). *العقد في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة بالقانون الوضعي تكشف تفصيلاً عن تفوق التشريع الإسلامي"*. الجزء الأول، ط 1. (د.م): (د.ن).

مزهر، وليد عبد الرحمن إسماعيل. (1427هـ/2006). *التزامات وحقوق المتعاقدين في تنفيذ عقد الأشغال العامة "دراسة مقارنة"* (رسالة دكتوراة غير منشورة). جامعة الدول العربية، القاهرة.

المكراد، فيصل خالد، (2013). التعاقد من الباطن في العقود الإدارية "دراسة تطبيقية مقارنة" (رسالة دكتوراة غير منشورة). جامعة القاهرة، مصر.

مجمع اللغة العربية. (2004). المعجم الوسيط. ط 4. (د.م): مكتبة الشروق الدولية.

محمد، نبيل محمد الهادي. (د.ت). العقود الإدارية خصائصها– مميزاتها– شروطها (عقود الأشغال العامة) (عقود التوريدات) (عقود BOT)، ورقة مقدمة إلى المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت: جامعة الدول العربية– مجلس وزراء العدل العرب.

المفرجي، أحمد خورشيد حميدي. (1999). الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، *مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية*، 6 (4).

مجلة الأحكام العدلية.

مسودة الدستور المقترح لدولة فلسطين.

ابن منظور، جمال الدين.(2004). *لسان العرب*. (د.ط). بيروت: دار إحياء التراث العربي.

المرشدي، أمل. (2016، 17 ديسمبر). *تعريف المرفق العام وعناصره*. تاريخ الإطلاع: 24 ابريل 2017، الموقع: المحاماة نت (http://www.mohamah.net).

مجمع الفقه الإسلامي الدولي، (2003، 13-11 يناير). قرار رقم 129 (3/14) بشأن عقد المقاولة والتعمير: حقيقته، تكييفه، صوره. تاريخ الإطلاع: 16 مايو 2017، الموقع: مجمع الفقه الإسلامي الدولي (http://www.iifa-aifi.org).

منتدى ماستر القضاء الإداري. (2013، 21 يناير). *معيار العقد الإداري*. تاريخ الإطلاع: 1 يناير 2017م، الموقع: (http://contadmin.forumaroc.net).

نصار، جابر جاد. (2000). *الوجيز في العقود الإدارية*. (د.ط). القاهرة: دار النهضة العربية.

نظام الاتصالات الفلسطيني رقم (1) لسنة 1996.

أبو يونس، محمد باهي. (1996). *أحكام القانون الإداري "القسم الخاص"*. (د.ط). الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.

اليمني، محمد بن عبد العزيز بن سعد. (142/1425هـ). *الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة "دراسة فقهية مقارنة"* (رسالة دكتوراة غير منشورة). جاممعة الملك سعود، السعودية.