مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية

اسم المقال: التعاقد من الباطن في نطاق عقد الأشغال العامة – دراسة مقارنة
اسم الكاتب: حمدي القبيلات، محمد نشأت الطراونة
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/8588
تاريخ الاسترداد: 2026/05/13 09:33 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة – Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الشارقة للعلوم القانونية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

جامعة الشارقة
UNIVERSITY OF SHARJAH

مجلة جامعة الشارقة

مجلة علمية محكمة

للعلوم القانونية

المجلد 20، العدد 2
ذو القعدة 1444 هـ / يونيو2023م

الترقيم الدولي المعياري للدوريات 2616-6526

https//:doi.org/10.36394/jls.v20.i2.12

التعاقد من الباطن في نطاق عقد الأشغال العامة: دراسة مقارنة

حمدي القبيلات[1]

محمد نشأت الطراونة[2]

تاريخ الاستلام: 13-04-2021 **تاريخ القبول: 15-08-2021**

الملخص:

تناولت هذه الدراسة موضوعا مهما وحيويا وله تطبيقات عملية عديدة، ألا وهو التعاقد من الباطن في نطاق عقد الأشغال العامة – دراسة مقارنة، ذلك أن اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة يخضع لإجراءات دقيقة وضوابط صارمة، يؤدي الاعتبار الشخصي دورًا رئيسًا في تحديد شخص المتعاقد مع الإدارة، مما يعني ضرورة قيام هذا المتعاقد بتنفيذ التزاماته بمقتضى عقد الأشغال العامة بشكل شخصي، كأصل عام، إلا أن طبيعة الأشغال العامة محل هذا النوع من العقود تستدعي في كثير من الأحيان وجود أشخاص آخرين إلى جانب المتعاقد الأصلي يتولون تنفيذ جزء من هذه الأشغال، خاصة في المشاريع الضخمة وذات الطابع الفني، وتم تناول هذا الموضوع من خلال مطلبين هما: ماهية التعاقد من الباطن، آثار التعاقد من الباطن. وخلص البحث إلى أنّ المعالجة التشريعية على الصعيد الأردني لهذا الموضوع غير كافية وغير دقيقة مما يستدعي تدخل المشرع للنص على مزيد من الأحكام حول هذا الموضوع.

الكلمات الدالة: أشغال عامة، اعتبار شخصي، تعاقد من الباطن، تنفيذ شخصي، عقد إداري، مقاول فرعي.

---

(1) كلية الشيخ نوح القضاة للشريعة والقانون - جامعة العلوم الإسلامية العالمية (عَمَّان - الأردن)
drhamdi1970@gmail.com

(2) هيئة تنظيم قطاع الاتصالات (عَمَّان - الأردن)

المقدمة

يخضع اختيار المقاول في عقد الأشغال العامة لإجراءات دقيقة، الغرض منها الوصول للشخص الذي تتوافر لديه قدرة مالية وفنية للقيام بأعباء هذا العقد، ومن ثم يتعين على المقاول إذا ما تم احالة المناقصة عليه، أن يقوم بتنفيذ الأشغال بنفسه كقاعدة من القواعد العامة في العقود الإدارية، بما لديه من قدرات مالية وفنية وتقنية كانت محل اعتبار عند اختياره للتعاقد، إلا أنه هناك استثناء على هذا الأصل يتمثل في التعاقد من الباطن في عقد الأشغال العامة. إذ يعد التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ عقد الأشغال العامة، فقد يتطلب تنفيذ المشاريع العامة مثل مترو الأنفاق أو مشروع الباص السريع تعاون العديد من المقاولين من أجل إنجازه على الوجه الأكمل، كما أنه قد يطرأ أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة ظروف معينة تؤثر بشكل ملحوظ على قدرة المقاول في تنفيذ التزاماته سواء تعلقت هذه الظروف بالمقدرة المالية له أم بالكفاءة الفنية، الأمر الذي جعل من الصعب قيام المقاول بإنجاز التزاماته دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع مقاولين آخرين؛ لذلك أصبح التعاقد من الباطن أسلوبا مألوفا لتنفيذ عقود الأشغال العامة.

أهمية الدراسة:

تأتي أهمية هذه الدراسة من أهمية موضوعها ذاته؛ إذ أصبح التعاقد من الباطن من المسلمات في العقود الإدارية، لا سيما الكبرى منها، وفي نطاق عقد الأشغال العامة تحديدا، ومع تزايد لجوء الإدارة لعقود الأشغال العامة لتنفيذ العديد من المشاريع الخدمية الضخمة التي يعجز عن القيام بها مقاول واحد بنفسه، برزت الحاجة ماسة لوجود مقاولين فرعيين من الباطن، ولما لهذه التعاقدات من الباطن من أهمية وانعكاس على عقد الأشغال العامة الأصلي، تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع من الناحية القانونية، لا سيما في ضوء تشريعات حديثة تحكم هذا الموضوع في دول الدراسة.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة بشكل رئيس إلى بيان مدى تأثير الاعتبار الشخصي في المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة على التعاقدات من الباطن التي يحتاجها المتعاقد الأصلي للوفاء بالتزاماته تجاه الإدارة بموجب عقد الأشغال العامة الأصلي، مع ما يترتب على ذلك من تداعيات قانونية بخصوص العلاقات القانونية بين اطراف هذه العقود سواء الأصلية منها أو الفرعية.

مشكلة الدراسة:

تتمثل مشكلة الدراسة في أن اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة يخضع لإجراءات دقيقة وضوابط صارمة، يؤدي الاعتبار الشخصي دورا رئيسا في تحديد شخص المتعاقد مع الإدارة، مما يعني ضرورة قيام هذا المتعاقد بتنفيذ التزاماته بمقتضى عقد الأشغال العامة بشكل شخصي، إلا أن طبيعة الأشغال العامة محل هذا النوع من العقود تستدعي وجود أشخاص آخرين إلى جانب المتعاقد الأصلي يتولون تنفيذ جزء من هذه الأشغال لخروجها عن نطاق اختصاص المتعاقد الأصلي أحيانا، أو عدم قدرته على تنفيذ هذا الجزء من الأشغال من حيث المبدأ، مما يستدعي الخروج على قاعدة التنفيذ الشخصي لعقد الأشغال العامة، والسماح بالتعاقد من الباطن مع مقاولين فرعيين، ولكن بما يتناسب مع طبيعة عقد الأشغال العامة كعقد إداري.

أسئلة الدراسة:

- هل يترتب على الاعتبار الشخصي في المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة تنفيذه للالتزامات بشخصه دون الاستعانة بمتعاقدين فرعيين؟
- هل يترتب على التعاقد من الباطن علاقة مباشرة ما بين المتعاقد الفرعي والإدارة العامة صاحبة العمل؟
- هل يخلي التعاقد من الباطن المتعاقد الأصلي من المسؤولية عن الأشغال التي نفذها المقاول الفرعي؟
- هل يستطيع المتعاقد من الباطن مطالبة الإدارة صاحبة العمل بمستحقاته المالية لدى المقاول الأصلي؟
- هل يخضع التعاقد من الباطن في عقد الأشغال العامة لأحكام القانون المدني؟

منهج الدراسة:

اتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي ضبطا للواقع الذي يقوم عليه التعاقد من الباطن في نطاق عقد الأشغال العامة، من خلال وصف النصوص القانونية والاجتهادات القضائية والفقهية في هذا الشأن، والمنهج التحليلي فيما يتعلق بتحليل النصوص القانونية المعتمد عليها والتعليق عليه، والمنهج الاستنباطي القائم على إبداء وجهة نظر الباحث ورأيه في ما يطرح البحث من اشكالات قانونية، والمنهج المقارن من خلال الاستعانة بقوانين مقارنة وتحديدا القانونين الفرنسي والمصري للوقوف على موقفهما من موضوع البحث ومقارنة ذلك بالقانون الأردني.

الدراسات السابقة:

رغم التطرق لهذا الموضوع بشكل جزئي في عدد من الدراسات السابقة المتعلقة بالعقود الإدارية عموما وعقد الأشغال العامة على وجه الخصوص، إلا أن هذه الدراسة تناولت الموضوع بشكل مقارن بين قوانين ثلاث دول اتسمت بالحداثة، إذ صدرت هذه القوانين في العامين 2018 و2019 في كل من الاردن ومصر وفرنسا.

خطة الدراسة:

للإحاطة بهذا الموضوع من جوانبه المختلفة دون إسهاب ممل أو إيجاز مخل، فقد تم تقسيم هذا البحث إلى مطلبين، وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية التعاقد من الباطن في نطاق عقد الأشغال العامة.

المطلب الثاني: آثار التعاقد من الباطن في نطاق عقد الأشغال العامة.

المطلب الأول: ماهية التعاقد من الباطن

ينظر لعقد الأشغال العامة بأنه "عقد إداري تبرمه الإدارة مع احد المتعهدين، - فردا كان أو شركة - لبناء عقارات أو ترميمها أو صيانتها لحساب شخص معنوي عام بغية تحقيق منفعة عامة، وذلك لقاء ثمن محدد متفق عليه ضمن شروط التعاقد" (القبيلات، 2016، ص108). كما أن القاعدة في العقود الإدارية، أن على المتعاقد أن يقوم بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد بصفة شخصية، أي بنفسه، وليس عن طريق شخص آخر. على اعتبار أن اختيار الإدارة قد وقع عليه للتعاقد معه بالنظر إلي صفاته الشخصية، للتعاون معها في تدبير مرفق عام، فهذا التعاون يتسم في حد ذاته بالطابع الشخصي، فالالتزام هنا من الخصوصية بحيث لا يمكن لشخص أن يؤديه عن شخص آخر، ولهذه القاعدة مكانة هامة في العقود الإدارية.

إلا أن التعاقد من الباطن أصبح يعد من أبرز الاستثناءات المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ عقد الأشغال العامة (أمين، ص 78) ، إذ قد يتطلب تنفيذ المشاريع العامة مثل مترو الأنفاق أو مشروع الباص السريع أو بناء المطارات تعاون العديد من المقاولين من أجل إنجازها على الوجه الأكمل، كما أنه قد يطرأ أثناء تنفيذ عقد الأشغال العامة ظروف معينة تؤثر بشكل ملحوظ على قدرة المقاول في تنفيذ التزاماته سواء تعلقت هذه الظروف بالمقدرة المالية له أم بالكفاءة الفنية (Jamal, Ibrahim 1996, p490)، الأمر الذي قد يجعل من الصعب قيام المقاول بإنجاز التزاماته دون اللجوء إلى التعاقد من الباطن مع مقاولين آخرين؛ لذلك أصبح التعاقد من الباطن أسلوبًا مألوفا لتنفيذ عقود

الأشغال العامة، إذ يعد التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ عقد الأشغال العامة (أمين ، ص 78).

فالتعاقد من الباطن يعد من أبرز النتائج المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي، كونه الوسيلة التي تيسّر مهمة كل من الجهة الإدارية والمتعاقد، إذ من دون التعاقد من الباطن تجد الإدارة نفسها مجبرة على إبرام عدة عقود لتنفيذ مشروع واحد مع عدة شركات، وهو ما يكلفها ماليا ويتطلب وقتا طويلا للإنجاز(العزاوي، 2016، ص 120).

الفرع الاول: التعاقد من الباطن في القانون الفرنسي

وفقاً لرأي بعض الفقه الفرنسي فإن التعاقد من الباطن عامة هو تصرف قانوني يقوم من خلاله المتعاقد بالتعاون مع شخص آخر في تنفيذ التزامه المتعلق بالتوريد أو النقل أو الأشغال العامة أو التصنيع (De Laubadère,1984,p12) ، في حين ذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه " عقد يدخل بموجبه المقاول الأصلي في علاقة مع طرف ثالث ، يتعلق بأداء جزء معين من الالتزامات المنصوص عليها في العقد"(Romain, 2014,p12,- Malaurie,1997,p403). أو هو "عملية تتطلب على الأقل وجود ثلاثة أشخاص وعقدين اثنين، عقد أصلي قائم بين المتعاقد الأصلي الأول والمتعاقد الأصلي الثاني، وعقد ثانٍ تابع يكون بين المتعاقد الأصلي الثاني، ومتعاقد آخر يسمى متعاقد فرعي، والذي بموجبه يتم إحلال هذا الأخير إحلالاً غير كامل من الطرف المشترك في تنفيذ العقد الأصلي أو في المنفعة (Néret, 1979, p9).

وقد عرف المشرع الفرنسي التعاقد من الباطن في القانون رقم 1334-75 المؤرخ 31 ديسمبر 1975على 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 المبرم مع رب العمل.

(Article 1, Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous traitance,Version consolidée au 02 septembre 2019)

ويتضح أن المشرع الفرنسي قد ذهب إلى أن التعاقد من الباطن يشمل التنفيذ الكلي أو الجزئي للعقد الأصلي (ونّا،2019، ص11)، 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 الملغى رقم 2006-975 في المادة (112) منه وجهة نظر الفقه، والتي تنص على أنه يستطيع الطرف الأصيل في عقد الأشغال العامة أو عقد الخدمات العامة أو العقد الصناعي أن يتعاقد من الباطن بغية تنفيذ بعض

أجزاء من عقده، شريطة أن يكون قد حصل من السلطة المتعاقدة معه على القبول لكل واحد من المتعاقدين من الباطن ولشروط السداد المباشر[1].

والتي تقابلها المادة L2193-2 من قانون التعاقدات العامة الحالي الصادر بالقانون رقم 1074 لسنة 2018 والذي نص على " أن التعاقد من الباطن عملية يتنازل بمقتضاها المتعاقد الأصلي وتحت مسئوليته لشخص آخر يطلق عليه المتعاقد من الباطن، وذلك لتنفيذ جزء من التعاقد[2].

ونصت المادة L2193-3 من ذات القانون على أن للمتعاقد مع الجهة الإدارية وتحت مسئوليته أن يتعاقد على تنفيذ جزء من التزاماته التعاقدية. ومع ذلك فللجهة الطارحة أن تطالب المقاول بأداء بعض الأعمال بنفسه دون أن يكون له الحق في التعاقد على تنفيذها من الباطن. ويقع باطلاً أي شرط ولا يترتب عليه أي آثار أي اتفاق يلغي الأحكام الواردة بهذا الباب[3].

وفي عام 2019 أدخل المشرع الفرنسي تعديلاً على اللائحة التنفيذية بموجب المرسوم رقم 259 والخاص بإدراج التعاقد من الباطن ضمن العرض الذي يقدمه المقاول عند التقدم بعطائه. فعلى مقدم العطاء الإفصاح للجهة الإدارية عن الأعمال التي سوف تخضع للتعاقد من الباطن، وكذلك عنوان المقاول من الباطن، وكذلك الحد الأقصى من الأموال التي يمكن أداؤها للمتعاقد من الباطن، وشروط أداء ودفع هذه الأموال وكذلك كفاءة هذا

(1) Art 112 du code de marché public " Le titulaire d'un marché public de travaux, d'un marché public de services ou d'un marché industriel peut sous-traiter l'exécution de certaines parties de son marché à condition d'avoir obtenu du pouvoir adjudicateur l'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement)

(2) Art L2193-2 du code de commande public " Au sens du présent chapitre, la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur).

(3) Art L2193-3 " Le titulaire d'un marché peut, sous sa responsabilité, sous-traiter l'exécution d'une partie des prestations de son marché, dans les conditions fixées par le présent chapitre.

Toutefois, l'acheteur peut exiger que certaines tâches essentielles du marché soient effectuées directement par le titulaire.

Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre)

المقـاول[1].

فقد نصـت المـادة 2-2193 مـن هـذه اللائحـة علـى أنـه وفـى حالـة إخطـار مقدم العطـاء بقبـول العطـاء يلـزم أن يتضمـن الإخطـار بقبـول التعاقـد مـن الباطـن[2].

ثـم نصـت المـادة 3-2193 مـن ذات اللائحـة علـى أنـه إذ تـم الإفصـاح عـن التعاقـد مـن الباطـن بعـد الترسـية وقـام المقـاول فـي وقـت لاحـق بإعـلان أنـه سـوف يقـوم بتنفيـذ بعـض الأعمـال مـن خـلال مقاوليـن مـن الباطـن، فإنـه يلـزم أن يخطـر بذلـك الجهـة طارحـة العمليـة، علـى أن يتضمـن هـذا الإعـلان اسـتيفاء البيانـات الخاصـة بالمقـاول مـن الباطـن الـواردة فـي المـادة 1-2193 مـن اللائحـة التنفيذيـة[3].

وتنـاول أيضًـا المشـرع الفرنسـي بالتنظيـم اللائحـي مـن خـلال كراسـة الشـروط العامـة الإداريـة للمقـاولات فـي المـادة الثالثـة منهـا أحـكام المقاولـة مـن الباطـن[4].

---

(1) Art 2193-1 du code de commande public " Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre, le soumissionnaire fournit à l'acheteur une déclaration mentionnant l'ensemble des informations suivantes:

La nature des prestations sous-traitées;

Le nom, la raison ou la dénomination sociale et l'adresse du sous-traitant proposé;

Le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant;

Les conditions de paiement prévues par le projet de contrat de sous-traitance et, le cas échéant, les modalités de variation des prix;

Le cas échéant, les capacités du sous-traitant sur lesquelles le candidat s'appuie).

(2) Art R 2193-2 " La notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement).

(3) Art 2193-3 du code de commande public "Lorsque la déclaration de sous-traitance intervient après la notification du marché, le titulaire remet à l'acheteur contre récépissé ou lui adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, un acte spécial de sous-traitance contenant les renseignements mentionnés à l'article R. 2193-1.

Le titulaire établit en outre qu'aucune cession ni aucun nantissement de créances résultant du marché ne font obstacle au paiement direct du sous-traitant, en produisant, lorsque les dispositions du chapitre Ier du présent titre s'appliquent, soit l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité du marché qui lui a été délivré, soit).

(4) Le CCAG travaux explicite dans cet article certaines dispositions de la loi n° 75-

الفرع الثاني: التعاقد من الباطن في القانون المصري

أما المشرع المصري فقد نص على التعاقد من الباطن في المادة (661) من القانون المدني بقوله " يجوز للمقاول أن يكِل 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 تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية، ولكن يبقى في هذه الحالة مسؤولا عن المقاول من الباطن قبل رب العمل". في حين أجاز القانون رقم 182 لسنة 2018 الخاص بتنظيم التعاقدات مع الجهات الحكومية لمقدم العطاء بأن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن وعلى أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم، وما سيتم إسناده إليهم من بنود وذلك وفقا للمحددات وأي اشتراطات تضمّنها الجهة الإدارية بكراسة الشروط، ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الإدارة المتعاقدة، وفي جميع الأحوال يبقى المتعاقد دون غيره مسئولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد.

وهكذا فقد عالج المشرع المصري في قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة الجديد مسألة التعاقد من الباطن حيث أجاز في المادة 25 منه لمقدم العطاء أن يعهد ببعض بنود العملية محل التعاقد إلى غيره من الباطن على أن يتضمن عطاؤه بياناتهم وخبراتهم، وما سيتم إسناده إليهم من بنود، ولا يجوز للمتعاقد تغيير أي منهم دون موافقة الإدارة المتعاقدة، أي بعد انتهاء إجراءات التعاقد والبدء في تنفيذ العقد لا يجوز للمقاول أن يغير أي من المقاولين من الباطن الذين تم ذكرهم في عطائه، إلا بعد أخذ موافقة الإدارة، ويبقى المتعاقد الأصلي دون غيره مسؤولاً أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد. (المادة 25 من قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018).

وذلك بخلاف قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 الملغى ولائحته التنفيذية، فقد خلا كل منهما من الإشارة إلى التعاقد من الباطن، مما أوجد حالة من الخلاف بين الفقهاء حول تعريف التعاقد من الباطن ومشروعيته.

كما نجد أن المشرع المصري أجاز في اللائحة التنفيذية للقانون الجديد لجهة الإدارة

1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance modifiée.

Un sous-traitant ne peut commencer à intervenir sur un chantier que sous réserve, d'une part, que le représentant du pouvoir adjudicateur l'ait accepté et ait agréé ses conditions de paiement et, d'autre part, que ce sous-traitant ait adressé au coordonnateur de sécurité et protection de la santé des travailleurs, lorsque celui-ci est exigé par la loi, un plan particulier de sécurité et de protection de la santé, conformément à l'article L. 4532-9 du code du travail.).

أن تسمح لصاحب العطاء أن يتعاقد مع الغير من الباطن، شريطة ألا تمثل تلك البنود الجانب الأكبر أو الجوهري من العملية (المادة 56 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018). كما نصت اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 على عدة شروط ومحددات يتوجب على صاحب العطاء التقيّد بها في حال أراد التعاقد من الباطن وذلك على النحو الآتي:

1. أن يرفق البيانات والمستندات الدالة على خبرات مقاولي الباطن، وما سيتم إسناده إليهم من بنود.
2. تحديد ما إذا كانوا من المشروعات المتوسطة أو الصغيرة أو المتناهية الصغر، مع تقديم ما يثبت ذلك.
3. ألا يكون قد صدر ضدهم حكم نهائي في إحدى جرائم الباب الرابع من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، أو في جرائم التهرب الضريبي أو الجمركي.
4. أن يكونوا من المصرح لهم بمزاولة العمل محل التعاقد (المادة 57 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018).

ونؤيد ما ذهب اليه المشرع المصري بالنص على التعاقد من الباطن، والتفصيل في احكامه، وذلك لما له من دور في تمكين الشركات الصغيرة من المساهمة في تنفيذ الأشغال مما يكسبها الخبرة وتحقيق الأرباح، ورفع مستوى التشغيل، الأمر الذي ينعكس بشكل إيجابي على الاقتصاد الوطني بشكل عام.

الفرع الثالث: التعاقد من الباطن في القانون الأردني

التزم المشرع الأردني في القانون المدني بذات النص الذي أخذ به المشرع المصري، فجاء في المادة (798) من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 "1. يجوز للمقاول ان يكِل تنفيذ العمل كله او بعضه إلى مقاول آخر إذا لم يمنعه شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تقتضي ان يقوم به بنفسه.2. وتبقى مسؤولية المقاول الاول قائمة قبل صاحب العمل" .

في حين حظر المشرع الأردني التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية إلا بعد أخذ موافقة الإدارة، إذ نص في نظام المشتريات الحكومية رقم 28 لسنة 2019 على أنه "لا يجوز التعاقد مع متعهد فرعي على تنفيذ أي جزء من الالتزامات المترتبة على المتعهد الرئيس بموجب عقد الشراء إلا بعد الحصول على موافقة خطية مسبقة من لجنة الشراء لكل عقد فرعي، شريطة أن يكون المتعهد الفرعي مؤهلا لتنفيذ بنود عقد الشراء، ولا يعفي

التعاقد الفرعي المتعهد من مسؤولية تنفيذ عقد الشراء". (المادة 92 من نظام المشتريات الحكومية رقم 28 لسنة 2019).

ومن جهتها تطرقت تعليمات تنظيم المشتريات الحكومية لكفاءة المتنافس للتعاقد مع الإدارة في المادة 91 منها بقولها" ... المعلومات والوثائق التي يتوجب على المشارك تقديمها ضمن عرضه للتأهيل المسبق على أن تتضمن كحد أدنى ما يلي:

أ. الوضع المؤسسي للمشارك .

ب. رسالة نوايا الائتلاف أو اتفاقية الائتلاف إن وجدت.

ج. الكوادر الإدارية والفنية العاملة لديه بشكل دائم ، والكوادر الفنية المؤهلة المطلوب توفيرها لموضوع التأهيل .

د. المعدات والآليات والأجهزة المتوفرة لديه والضرورية لإنجاز العمل المطلوب .

ه. خبراته السابقة في مجال العمل المطلوب.

و. الوضع المالي للمشارك .

ز. حجم الالتزامات التعاقدية المستحقة عليه الحالية والمتوقعة.

ح. الإفصاح عن القضايا المنظورة أو المفصولة لدى المحاكم أو التحكيم للعطاءات التي نفذها أو التي تحت التنفيذ...." . الا أن هذا النص لم يتطرق للتعاقد من الباطن او مدى احتياج المتعاقد الأصلي لذلك.

ومن جهتها نظمت الشروط العامة لعقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية إجراءات التعاقد من الباطن، حيث عرفت التعاقد من الباطن على أنه عقد فرعي يقوم بموجبه المقاول الرئيس بتسمية مقاول آخر لتنفيذ جزء من الأشغال، ويبقى المقاول الرئيس مسؤولاً عن أفعال وأخطاء أي مقاول فرعي، كما لو كانت تلك الأفعال صادرة عن المقاول نفسه، وأنّ لا يتجاوز مجموع المقاولات الفرعية التي يسمح للمقاول الرئيس إيكالها إلى المقاولين الفرعيين 33% من قيمة العقد، ونجد أن عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية قد بين حالتين للتعاقد من الباطن، وذلك على النحو الآتي:

الحالة الأولى: تتمثل بقيام المقاول الرئيس بتسمية المقاول الفرعي في العقد أو الذي يقوم المهندس بإصدار تعليمات إلى المقاول لاستخدامه كمقاول فرعي، وهو ما يسمى بالمقاول الفرعي المسمى، وفي هذه الحالة لا يتطلب من المقاول الرئيس أخذ موافقة الإدارة، لأنها تعتبر قد تحصلت بمجرد ذكر اسمه في العقد.

والحالة الثانية: قيام المقاول الرئيس بعد توقيع العقد مع الإدارة، بالاتفاق مع مقاول آخر غير مسمى في العقد لتنفيذ جزء من الأشغال، وفي هذه الحالة يتوجب على المقاول الرئيس الحصول على موافقة الإدارة (المواد (4/4) (5/1) من عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية في الأردن لسنة 2013)، إذ يلتزم المقاول بإرسال إشعار إلى المهندس قبل (28) يومًا من تاريخ مباشرة عمل المقاول الفرعي.

ومما يلاحظ على تنظيم المشرع الأردني للتعاقد من الباطن ما يأتي:

1. لم يشر إلى موضوع تسمية المتعاقدين من الباطن في عرض التقدم للعطاء على غرار المشرع الفرنسي، الذي أمر بإدراج التعاقد من الباطن ضمن العرض الذي يقدمه المقاول عند التقدم بعطائه. إذ على مقدم العطاء الإفصاح للجهة الإدارية عن الأعمال التي سوف تخضع للتعاقد من الباطن، وكذلك عنوان المقاول من الباطن، وكذلك الحد الأقصى من الأموال التي يمكن أداؤها للمتعاقد من الباطن، وشروط أداء ودفع هذه الأموال، وكذلك كفاءة هذا المقاول.
2. لم يشترط المشرع الأردني عندما اجاز التعاقد من الباطن على غرار المشرع المصري، ألا تمثل تلك البنود (المتعاقد عليها من الباطن) الجانب الأكبر أو الجوهري من العملية، ولم يحدد نسبة معينة كحد اقصى للأشغال التي يجوز التعاقد عليها من الباطن .

وفي ختام هذا المطلب نجد أن التعاقد من الباطن، هو العمل الذي من خلاله يفوض المتعاقد الأصلي شخصاً آخر بواسطة عقد للحلول مكانه من أجل تنفيذ جزء من التزاماته في العقد، ويعدّ هذا النوع من التعاقد أمراً مألوفاً عندما يجد المتعاقد الأصلي نفسه عاجزاً عن تنفيذ عقد الأشغال كما يجب؛ بقصد تسهيل مهمته في تنفيذ التزاماته التعاقدية، ويعدّ مثل هذا التعاقد جائزاً إذا ما اقترن بموفقة الإدارة المتعاقدة، علماً أن هذا الأمر تنظمه الشروط العامة للعقود الإدارية عادة، ومهما يكن من أمر؛ فإن إبرام المقاول الأصلي لمثل هذه العقود يوجب عليه الحصول على الموافقة المسبّقة من قبل الإدارة؛ لأنه في حال خلاف ذلك لا يترتب على هذا التعاقد أي أثر قانوني، وهذا يعني أن المقاول من الباطن لا يستطيع الاحتجاج أمام الإدارة؛ لأنه ليس له وجود قانوني بنظرها. (Gaston, p222).

ومن الناحية القانونية فإن المقاول من الباطن لا تربطه بجهة الإدارة علاقة تعاقدية على الرغم من موافقتها عليه، إذ يبقى المقاول الأساسي مسؤولاً شخصيًّا عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد، ويبقى هو المسؤول الأول والأخير عن جميع الأخطاء التي ترتكب من قبل المقاول من الباطن، إضافة إلى أن أي نزاع يحصل بين المقاول الأساسي والمقاول الفرعي يخضع لرقابة القضاء العادي لكونها منازعات بين أفراد تحكمها القوانين الخاصة. (عبد اللطيف، 2014، ص 189).

المطلب الثاني: آثار التعاقد من الباطن في نطاق عقد الأشغال العامة

تختلف الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن في حالة موافقة الإدارة من عدمها على هذا التعاقد، وهو الامر الذي سنناقشه في الفرعين الآتيين تباعا.

الفرع الاول: الآثار المترتبة على التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة

لاحظنا أن التشريعات والفقه والقضاء أجازوا فكرة التعاقد من الباطن، وذلك بعد موافقة الإدارة المسبقة على هذا التعاقد، ويعد قبول الإدارة شرطاً أساسياً لصحة عملية التعاقد من الباطن (المفرجي، 2014، ص 128)، وأن التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة تترتب عليه آثار قانونية مهمة، سواء في علاقة الإدارة بالمقاول الأصلي، أو في علاقتها بالمقاول من الباطن، أو في علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن، ونفصل ذلك فيما يلي:

1. آثار التعاقد من الباطن على طرفي العقد الأصلي:

أكد المشرع الفرنسي في المادة 1-2193 من قانون التعاقدات الجديد رقم 1074 لسنة 2018 على مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للمتعاقد الأصلي في حالة التعاقد من الباطن، إذ نص قانون المشتريات العامة الفرنسي على أنه " في حالة التعاقد من الباطن يبقى صاحب الحق-المتعاقد الأصلي- مسؤولا بصفة شخصية عن تنفيذ جميع الالتزامات الناشئة عن العقد[1].

ووفقاً لرأي الفقه فإنه لا يحق للمتعاقد الأصلي دفع المسؤولية بحجة أن المتعاقد من الباطن هو الذي تسبب بالضرر، حيث تبقى المسؤولية الكاملة على المتعاقد الأصلي عن تنفيذ العقد حتى في الجزء الذي تعاقد عليه من الباطن، وتتواجد مسؤولية المتعاقد الأصلي في حالة التعاقد من الباطن حتى ولو لم ينص عليها في العقد، ما لم يكن هناك شرط عقدي مخالف، فالمتعاقد من الباطن يعد بمثابة شخص ثالث بالنسبة للإدارة. (Richer, 2006, p501-513).

وفي نفس الاتجاه ذهب المشرع المصري في قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة إذ نص على بقاء المتعاقد دون غيره مسؤولا أمام الجهة الإدارية المتعاقدة عن تنفيذ العقد (المادة 25 من قانون تنظيم تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018)، كما نص في

(1) Art 2193-1 du code de commande public " Au sens du présent chapitre, la sous-traitance est l'opération par laquelle un opérateur économique confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant, l'exécution d'une partie des prestations du marché conclu avec l'acheteur.).

اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 على " أن المتعاقد لا يعفى من مسؤوليته التعاقدية ويظل مسؤولاً وحده عن أية أفعال أو أعمال أو أخطاء في تنفيذ العقد".(المادة 57 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018).

وقد أكد أيضًا المشرع الأردني على ذلك في نظام المشتريات الحكومية رقم 28 لسنة 2019 حيث نص على أنه لا يعفي التعاقد الفرعي المتعهد من مسؤولية تنفيذ عقد الشراء(المادة 92 من نظام المشتريات الحكومية رقم 28 لسنة 2019)، وقد نصت الشروط العامة لعقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية على استمرارية المسؤولية الشخصية للمقاول الأصلي في حالة التعاقد من الباطن، حيث نص على أن يبقى المقاول مسؤولا عن كافة أعمال المقاولين الفرعيين. (المادة (4/4) من عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية في الأردن لسنة 2013).

واستقرت الأحكام القضائية في فرنسا ومصر، على مبدأ استمرار المسؤولية الشخصية للمقاول الأصلي في حالة التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الإدارة، وذلك عن تنفيذ العقد بأكمله حتى بالنسبة للجزء الذي تم تنفيذه عن طريق المقاول من الباطن.

(COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL DE LYON, 4ème chambre -formation à 3, 14/01/2019, 16LY04384, Inédit aurecueil Lebon)

إذا يبقى المقاول الأصلي هو المسؤول في مواجهة الإدارة عن تنفيذ عقد الأشغال العامة، فعقد المقاولة من الباطن لا يُكسب الإدارة حقًّا، ولا يرتب في ذمتها التزاماً، لأنها لم تكن طرفًا فيه، وإنما هي طرف في العقد الأصلي الذي ينظم العلاقة بينها وبين المقاول الأصلي، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية، إذ قضت " أن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يحكمها عقد المقاولة من الباطن، ويترتب على ذلك ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل في عقد الأشغال العامة ومقاول الباطن (المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 26745 - لسنة 54 قضائية - تاريخ الجلسة 2017-4-18).

وبناء عليه لا يكون للإدارة ولا للمقاول الأصلي الحق في الدفع بمضمون التعاقد من الباطن سببًا للتنصل من التزاماتهم، فالتعاقد من الباطن يظل بلا أثر يذكر على علاقتهما، ما لم يرد نص صريح بخلاف ذلك، ومسؤولية المقاول 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 المقاول من الباطن، وفي هذه الحالات تفرض الجزاءات على المقاول الأصلي وليس المقاول من الباطن، لانتفاء أي رابطة تعاقدية بين الإدارة والمقاول من الباطن. (ابراهيم، 2008، 173).

ولا يعفي التعاقد من الباطن المقاول الأصلي من التزاماته اتجاه الإدارة، إذ يبقى ملتزما في مواجهة الإدارة بتنفيذ العقد، وكأنه لم يلجأ إلى التعاقد من الباطن من أساسه، فالعقد الأصلي يستمر دون أي تغيير أو تعديل بوجود العقد من الباطن، ومن ناحية أخرى لا يجوز للإدارة أن تعدل من التزاماتها اتجاه المقاول الأصلي، في حال لجوء المقاول الأصلي إلى التعاقد من الباطن مع مقاول آخر، إذ تستمر المراكز القانونية التي نشأت عن العقد الأصلي وما ترتبت عليها من حقوق والتزامات بين طرفي العقد.

فقد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمسؤولية المتعاقد مع جهة الإدارة عن الأضرار التي لحقت بإحدى القناطر، ولا يرفع عنه المسؤولية كون المتعاقد من الباطن قد تصرف من دون الرجوع إليه في تنفيذ بعض الأعمال التي ترتب على تنفيذها زيادة الأحمال على جسد القنطرة مما أدى إلى انهيار جزء منها[1].

وهذا ما أكده القضاء الإداري الفرنسي بقوله " إن تنفيذ الهياكل في الخرسانة المغمورة وما شابها من عيوب تم التعاقد عليه من الباطن مع شركة Birukoff لا يعفي المقاول الأصلي شركة Verdino من مسئوليتها اتجاه جهة الإدارة.

(CAA de MARSEILLE, 6ème chambre - formation à 3, 12/06/2017, 09MA04654, Inédit au recueil Lebon)

2. آثار التعاقد من الباطن على علاقة الإدارة بالمتعاقد من الباطن

يرى الفقه أن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن هي فقط لإضفاء الشرعية القانونية على هذا التعاقد، إذ يبقى المتعاقد من الباطن من الغير بالنسبة لهذا العقد (فلام، ص 249)، حيث لا تنشأ أية علاقة قانونية مباشرة بين الطرفين: الإدارة والمقاول من الباطن، ويتم دفع الثمن للمقاول الأصلي حتى بالنسبة لجزء الأعمال المنفذة من المقاول من الباطن. (De Laubadere,1956,14) ، وعلى الرغم من ذلك نجد القوانين الفرنسية الحديثة سمحت بوجود تسوية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن، مما يؤدي إلى قيام علاقة قانونية مباشرة بينهما، وإن كانت هذه العلاقة تقتصر على تسوية الثمن فقط[2].

(1) Conseil d'Etat, 23 octobre 2017, n°410235, Société Colas Ile de France Normandie (Pour obtenir le paiement direct, le sous-traitant régulièrement agréé doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, titulaire du marché, et au maître d'ouvrage).

(2) Article R2193-14Lorsque le sous-traitant a obtenu la preuve ou le récépissé attestant que le titulaire a bien reçu la demande de paiement dans les conditions fixées à l'article R. 2193-11 ou qu'il dispose de l'avis postal attestant que le pli a été refusé ou

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ دفع الثمن مباشرة إلى المتعاقد من الباطن الذي نفذ جزءاً من العقد الذي تعاقد عليه مع المتعاقد الأصلي، وذلك كي تتم حماية المتعاقد من الباطن من إفلاس المتعاقد الأصلي (Richer,2014, p513).

إذن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا توجد أي علاقة مباشرة بينها وبين المقاول من الباطن، وذلك لأن طرفي العقد الأصلي هما الإدارة والمقاول الأصلي، وطرفي العقد من الباطن، هما المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للإدارة أن تطالب المقاول من الباطن بتنفيذ التزاماته المحددة في العقد من الباطن، كما أنه لا يجوز للمقاول من الباطن أن يطالب الإدارة بتنفيذ التزاماتها الواردة في العقد الأصلي. (ابراهيم، ص 177).

وأن التعاقد من الباطن، وإن كان يفترض بالضرورة توافر عقدين أولهما العقد الأصلي الذي يربط الإدارة بالمقاول الأصلي، ومع هذا العقد يكون المقاول من الباطن غيراً، أي أجنبياً عنه، فلا يكسب حقاً من حقوقه، ولا يتحمل أياً من التزاماته، والعقد الثاني هو العقد من الباطن الذي يربط المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن ، ومع هذا العقد تكون الإدارة أجنبياً عنه.

وفي مصر فإن موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن لا يترتب عليها أن يصبح المتعاقد من الباطن متعاقداً مع الإدارة، وذلك لانتفاء الرابطة التعاقدية بين الإدارة والمقاول من الباطن، فلا يستطيع أحدهما الرجوع إلى الآخر مباشرة، فالإدارة لا تملك مطالبة المقاول من الباطن مباشرة بتنفيذ التزاماته، بل الذي يطالب بها المقاول الأصلي، وبالمقابل لا يملك المقاول من الباطن مطالبة الإدارة مباشرة بتنفيذ التزاماتها، وإنما يطالب بها المقاول الأصلي، فالالتزام بإنجاز الأشغال وتسليمها يطالب به المقاول الأصلي المقاول من الباطن بموجب العقد من الباطن، ولا تستطيع الإدارة أن تطالب المقاول من الباطن بهذا الالتزام بصورة مباشرة، ومع ذلك تملك الإدارة ذلك بدعوى غير مباشرة ترفعها باسم مدينها المقاول الأصلي. (الشهاوي، 2006، ص 247-246)، واستناداً إلى الدعوى غير المباشرة تستطيع الإدارة أن تطالب باسم المقاول الأصلي من مقاول الباطن تنفيذ التزاماته، فإذا كان المقاول من الباطن قد أخل بالتزاماته نحو المقاول الأصلي الأمر الذي ترتب عليه مسئوليته، يكون للإدارة، بمقتضى الدعوى غير المباشرة، وبشرط توافر شروطها، أن

---

n’a pas été réclamé par le titulaire, le sous-traitant adresse sa demande de paiement à l’acheteur accompagnée de cette preuve, du récépissé ou de l’avis postal.

L’acheteur adresse sans délai au titulaire une copie des factures produites par le sous-traitant).

تقاضي المقاول من الباطن نيابة عن المقاول الأصلي، أما بالنسبة للمقاول من الباطن، فأنه لا يستطيع أن يطالب الإدارة عن طريق الدعوى المباشرة بأية مطالبات قضائية، إلا أنه يملك الحق بمطالبته الإدارة عن طريق الدعوى غير المباشرة، مستخدما حقوق المقاول الأصلي طبقا للقواعد العامة المقررة في القانون المدني (امين، ص81)، إذ يكون للمقاول من الباطن أن يطالب باسم المقاول الأصلي ونيابة عنه، وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا المصرية في حكمها حيث قضت " أن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن يحكمها عقد المقاولة من الباطن، ويترتب على ذلك ألا تقوم علاقة مباشرة بين رب العمل في عقد الأشغال العامة ومقاول الباطن، إذ لا يربطهما أي تعاقد قد يسمح لأيهما بمطالبة الآخر مباشرة بتنفيذ التزامه، فمقاول الباطن ليس طرفًا في عقد الأشغال العامة، فلا يطالب رب العمل مباشرة بالتزاماته ، وليس من سبيل أمام المقاول من الباطن – طبقاً لهذا الأصل – سوى الدعوى غير المباشرة لمطالبة رب العمل بما هو مستحق في ذمته للمقاول الأصلي، ما لم يتضمن عقد الأشغال العامة ما يفيد التزام رب العمل بالوفاء بمستحقات مقاول الباطن طبقا لقواعد الاشتراط لمصلحة الغير، وهذه الدعوى غير المباشرة التي يرجع بها مقاول الباطن على رب العمل إنما يستعملها باسم مدينه (المقاول الأصلي) باعتباره نائباً عنه، فإن رفعها باسمه شخصياً وجب إدخاله فيها، وإلا كانت الدعوى غير مقبولة ، ويترتب على استعمال هذا الحق إذا حكم في الدعوى لمصلحة المدين (المقاول الأصلي) فإن ما حكم به يدخل في ذمة المدين ولا يستأثر به الدائن (مقاول الباطن) الذي رفع الدعوى، ومن ثم فإن هذه الدعوى تسمح لدائني المقاول الأصلي بمزاحمة المقاول من الباطن فيما قد يحكم به ويدخل في ذمة المقاول الأصلي. (المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 26745 - لسنة 54 قضائية - تاريخ الجلسة 2017-4-18).

وفي الأردن ووفقا لقواعد القانون المدني (المادة 799) لا يجوز للمقاول الثاني ان يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الاول الا إذا احاله على رب العمل. وفي هذا تأكيد على عدم وجود علاقة بين رب العمل ممثل هنا بالإدارة المتعاقدة، والمقاول الفرعي أو المقاول من الباطن. في حين أكتفى نظام المشتريات الحكومية رقم (9) لسنة 2019 في المادة (92/ب) بالنص على انه " لا يعفي التعاقد الفرعي المتعهد من مسؤولية تنفيذ عقد الشراء ". في حين نص عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية على أن علاقة الجهة الإدارية فيما يتعلق بالمقاول الفرعي المسمى هو تثبّت الإدارة من أن حقوق هذا المقاول قد تم دفعها من قبل المقاول الأصلي. (المادة 5/4 من عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية في الأردن لسنة 2013)، في حين لم يتطرق القضاء الإداري الأردني لذلك على الاطلاق باعتبار ان منازعات العقود الإدارية تخرج عن اختصاصه، وفقا للمادة (5) من قانون القضاء الإداري رقم (27) لسنة 2014، وبالتالي يكون الاختصاص بذلك للقضاء العادي، وهذا ما أكدته محكمة التمييز الأردنية (الحكم رقم 2490 لسنة 2005)،

إذ قضت أنه " ... بخصوص الحقوق المالية للمقاول الفرعي المسمى فقد تضمنتها المادة 59/5 من هذه الشروط، ومؤدى هذا النص أن ما يقع على عاتق صاحب العمل فيما يتعلق بالمقاول الفرعي المسمى هو التثبت من أن حقوق هذا المقاول قد تم دفعها من قبل المقاول الأصلي، وذلك قبل أن يقوم المهندس المعيّن من صاحب العمل بإصدار شهادة دفع تتضمن أعمالاً لذلك المقاول الفرعي المسمى".

وبالرغم من عدم وجود أي علاقة مباشرة بين الإدارة والمقاول من الباطن، إلا أن القانون الفرنسي أوجد بين الإدارة والمقاول من الباطن صلة مالية من خلال آلية السداد المباشر، والتي تهدف في المقام الأول إلى تحقيق الحماية للمقاول من الباطن ضد عجز المقاول الأصلي عن السداد، فالعلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن وفقا للقوانين الحديثة في فرنسا هي علاقة مالية تتمثل بالدفع المباشر من الإدارة إلى المقاول من الباطن، وذلك لحماية المقاول من الباطن من إفلاس المقاول الأصلي.(نابلسي، 2012، ص91). إذ منح قانون 31/12/1975 المقاول من الباطن رفع دعوى مباشرة على الإدارة للحصول على المبالغ المستحقة له عند امتناع المقاول الأصلي عن الدفع له خلال شهر من تاريخ إعداده. (مزهر،2006، ص42) ، وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي (CE, 27 janv. 2017, n° 397311, Société Baudin Châteauneuf Dervaux) ، إذ أكد في أحكامه على تطبيق مبدأ دفع الثمن مباشرة إلى المقاول من الباطن الذي نفذ جزءًا من العقد الذي تعاقد عليه مع المقاول الأصلي، بموافقة الإدارة.

وقد منح المشرع المصري في المادة 662 من القانون المدني المقاول من الباطن حق الرجوع مباشرة على صاحب العمل، اذ نصت المادة (662) من القانون المدني المصري على أنه "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". وهذا ما أكده القضاء الإداري المصري إذ حكمت المحكمة الإدارية العليا (الطعن رقم 2050 - لسنة 30 قضائية - تاريخ الجلسة -5-29 2007)، بأنه " ومن حيث إن مبنى الطعن هو مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه، ذلك أن ما جاء بالحكم من أنه ليس في الأوراق ما يفيد موافقة الجهة الإدارية المختصة صراحة على إسناد العملية للطاعنين من الجهاز، وبالتالي لا شأن للمطعون ضدهما بأي إهمال أو تقصير ارتكبه الجهاز في حقهما، وهذا مخالف للقانون باعتبار أن المطعون ضدهما هما رب عمل ومسئوليتهما طبقاً للمادة 662 من القانون المدني، التي تمنح المقاول من الباطن حق الرجوع مباشرة على رب العمل فيما له من حقوق لدى المقاول الأصلي، دون حاجة إلي موافقة رب العمل على عقد الباطن".

وفي حكم آخر أيضًا قضت المحكمة الإدارية العليا (الطعن رقم 26745 - لسنة 54 قضائية - تاريخ الجلسة 2017-4-18)، بأنه "من المقرر أنه يترتب على رفع مقاول الباطن الدعوى المباشرة ضد رب العمل هو أنه يمتنع على الأخير من تاريخ رفع الدعوى الوفاء للمقاول الأصلي بما هو مستحق له في ذمته حتى تاريخ رفع الدعوى، فإذا وفَّى له رغم ذلك كل أو بعض حقه فلا يسرى هذا الوفاء في حق المقاول من الباطن، الذي يكون له في هذه الحالة أن يستوفى حقه من رب العمل، وفى حدود ما كان مستحقاً في ذمته للمقاول الأصلي. ذلك أن المقاول من الباطن، يكون طرفاً في المقاولة، وهو دائن يطالب في حدود الأجر المستحق له في ذمة المقاول الأصلي وما يتبع الأجر من نفقات وثمن مهمات وأدوات وفوائد، والطرف الآخر في هذه المطالبة أي الطرف المدين هو رب العمل بما يكون مستحقاً للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى. ولما كان مصدر التزام رب العمل بدفع مستحقات مقاول الباطن الذي لا تربطه به علاقة عقدية هو القانون (المادة 662) متى كان مدينا للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى المباشرة، وكان مصدر التزام المقاول الأصلي بسداد مستحقات مقاول الباطن هو عقد مقاولة الباطن الذي يربط بينهما، وبذلك يصبح لمقاول الباطن مدينون بمستحقاته وكلاهما مدين بدين واحد له مصدران مختلفان، ومن ثم تتضامم ذمتاهما في هذا الدين، وللدائن أن يوجه مطالبته إلى من يختاره منهما على انفراد أو إليهما مجتمعين، بما يعنى أن الالتزام في هذه الحالة يكون التزاماً تضاممياً يقوم على تعدد واستقلال الروابط التي تربط المدينين بالدائن. وتقضى المحكمة بإلزامهما بالدين المقضي به بالتضامم بينهما، ووفاء أحدهما بالدين مبرئ لذمة الآخر".

أما المشرع الأردني فلم يمنح المقاول الفرعي دعوى مباشرة في مواجهة صاحب العمل، إلا أنه أجاز له الرجوع عليه ومطالبته بما يستحقه المقاول الأصلي إذا أحاله هذا الأخير على صاحب العمل، وفقا للمادة (799) من القانون المدني الأردني" لا يجوز للمقاول الثاني أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأول إلا إذا أحاله على رب العمل".

وقد أكدت ذلك محكمة التمييز الأردنية (الحكم رقم 1236 لسنة 2018 - بتاريخ -05 2018-03)، حيث قضت أنه "يجوز للمقاول الفرعي أن يطالب صاحب العمل بشيء مما يستحقه المقاول الأصلي، إذا أحاله على صاحب العمل وفقاً لنص المادة (799) من القانون المدني، وبذلك فإن مطالبة المميز ضدها لصاحب العمل جامعة الحسين بمستحقاتها تتفق مع القانون" .وفي حكم اخر تؤكد محكمة التمييز (الحكم رقم 579 لسنة 2020 ، تاريخ 17 / 6 / 2020)، على عدم وجود علاقة بين المقاول من الباطن في عقد الأشغال العامة والإدارة المتعاقدة بقولها " وحيث إن الثابت أن المقاول من الباطن كان يعمل تحت إشراف ورقابة المقاول الأصلي وينفذ تعليماته، وإنه لم يكن يعمل تحت إشراف المدعى عليها

وزارة الأشغال العامة والإسكان، وغير خاضع لرقابتها ومنفذاً لتعليماتها، الأمر الذي ينبني عليه أن تكون العلاقة بينهما ليست علاقة عامل بصاحب عمل، وإنه لا علاقة مباشرة بين المدعى عليها وزارة الأشغال العامة والإسكان بصفتها صاحبة المشروع مع المقاول في الباطن مؤسسة إنارة الأردن للتجارة، والتي علاقتها تكون مع المقاول الأصلي، وبالتالي فإن وزارة الأشغال العامة غير مسؤولة عن حادث وفاة المرحوم محمود مما يترتب عليه رد الدعوى عنها".

3. آثار التعاقد من الباطن على علاقة المقاول الأصلي بالمقاول من الباطن

من الثابت والمستقر عليه في فرنسا ومصر والأردن أن العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن هي علاقة عقدية مباشرة من عقود القانون الخاص، ومن ثم فإنها تخضع لقواعد القانون الخاص، وينعقد الاختصاص بالفصل في المنازعات الناشئة عنها للقضاء للعادي، ويطبق في شأنها موضوعيا قواعد القانون الخاص. (مزهر، 2006،ص42). فالمقاول من الباطن يتحمل أي خطأ أو عيب أو أي شيء يغاير المواصفات المتعاقد عليها في عقد المقاولة من الباطن، ولا علاقة له بما يوجد من مواصفات في العقد الأساسي قد تم بخطأ من المقاول الأصلي كوضع شروط على المقاول الثاني تتعارض مع ما ورد في العقد الأصلي، فإن الذي يتحمل تلك المسؤولية هو المقاول الأصلي، ولا علاقة للمقاول من الباطن مع رب العمل (الشطناوي، العزام، 2020، ص 27). وهذا ما قضت به محكمة احدى محاكم الاستئناف الفرنسية بأن المسؤول المباشر امام رب العمل هو المقاول الأصلي ((Cass.3e eiv., Janvier 2015, n13-24.283. ويستشف من نص المادة (1384) من القانون المدني الفرنسي ألا يمكن أن نعدّ هذه المسؤولية، مسؤولية متبوع عن أعمال تابعه، إذ حتى تتحقّق قواعد هذه الأخيرة، لا بدّ أن يتبيّن من ظروف الحال، أنّ المقاول الفرعي يخضع لإشراف وتبعيّة المقاول الأصلي[1].

فالعلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، تحكمها نصوص عقد المقاولة من الباطن، الذي تم إبرامه بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، حيث يلتزم المقاول من الباطن بإنجاز العمل الذي أسند إليه في المدة المتفق عليها، وتسليم العمل بعد إنجازه للمقاول الأصلي، أما المقاول الأصلي فإنه يلتزم بتسلم الأشغال محل العقد، وبدفع الأجر المتفق عليه مع المقاول الثاني، وبالتالي أصبحت العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن الناتجة عن التعاقد من الباطن هي علاقة رب عمل بمقاول، ينظمها عقد المقاولة

(1) Art 1384 C civ (modifié par Loi n°2002-305) du 4 mars 2002 "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait ،mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ،ou des choses que l'on a sous sa garde".

المحرر بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن. (فريج،2011، ص570).

وقد يتفق كل من المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، على إحالة ما لم يرد نص به في العقد من الباطن إلى القواعد التي تضمنها العقد المبرم بين الإدارة والمقاول الأصلي، إلا أن هذه الإحالة خاصة إلى الشروط العامة في العقد الأصلي، لا تعني إمكانية تطبيق النصوص الواردة فيه كما هي دون أي تعديل، بمعنى أنه لا يمكن إخضاع المقاول من الباطن إلى نفس القواعد التي تحكم المقاول الأصلي في تنفيذ التزاماته العقدية، سواء من حيث طريقة التنفيذ أو مدته أو الجزاءات التي يمكن توقيعها في حالة الإخلال بالتنفيذ، وعلى أية حال يمكن القول بأن هذا الاتجاه لا يؤخذ على إطلاقه، ومن الممكن تطبيق المبادئ الواردة في العقد الأصلي، وذلك بالقدر الذي لا يتنافى مع الشروط التفصيلية الواردة في الاتفاق المبرم بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن، والفصل في ذلك إلى الاتفاق الصريح بين طرفي التعاقد من الباطن، وتطبيقا لذلك يلزم الاتفاق صراحة المقاول من الباطن بتقديم ضمان مالي للمقاول الأصلي، وفي حالة التأخير في التنفيذ من قبل المقاول من الباطن فإن المقاول الأصلي لا يستطيع فرض شروط جزائية عليه على النحو الذي تملك الإدارة ممارستها في مواجهة المتعاقد الأصلي، وكل ما لهذا الأخير مطالبة المقاول من الباطن بغرامات التأخير التي توازي الضرر الذي أصابه من جراء ذلك التأخير. (الاحمد، 2016).

وقد أقر القضاء الإداري المصري هذا الاتجاه حيث قضت المحكمة الإدارية العليا(الطعن رقم 15194 - لسنة 57 قضائية - تاريخ الجلسة 2017-5-23)، بأنه "وبموجب هذا العقد تعتبر العقود أو الأوامر بين الطرف الأول وبين المتعاقد الأصلي الجهة صاحبة العملية بمثابة جزء متمم ومكمل لهذا العقد، يتعهد الطرف الثاني باحترامه وتنفيذه والخضوع لأحكامه، وتعتبر هذا البند بالنسبة للطرف الثاني تعهدا مباشرا وأصليًّا باحترام أحكام وقواعد التعاقد الأصلي فيما بين الجهة صاحبة العملية والطرف الأول، ولا يحق له التحلل من هذا الالتزام بأي حجة أو تحت أي ظرف، كما يقر أنه اطلع على كافة العقود وأحيط بمضمونها تفصيليا، وحيث إن البيّن من نصوص العقد أن المواد أو الأعمال التي ينفذها مقاول الباطن يلزم قبولها واعتمادها من الجهة الإدارية المتعاقدة مع المقاول الأصلي، فإذا رفضتها هذه الجهة التزم مقاول الباطن بإعادة تنفيذها على نفقته بطريقة ترضى الجهة الإدارية".

ولم يتطرق نظام المشتريات الحكومية الأردني لأي احكام بخصوص علاقة الإدارة المتعاقدة بالمقاول الفرعي، واكتفى بالنص بان عقد المقاولة الفرعي لا يعفي المقاول الأصلي من مسؤوليته في تنفيذ العقد.

ومن جهتها اعتبرت محكمة التمييز (الحكم رقم 4796 لسنة 2020 - الصادر بتاريخ 13/12/2020)، أن العلاقة بين المقاول الفرعي والمقاول الأصلي هي علاقة تابع بمتبوع، إذ قالت " ... وفي هذه الدعوى توصلت محكمة الاستئناف كمحكمة موضوع أن المدعى عليها مرتبطة باعتبارها صاحبة عمل في المشروع الذي وقعت الأضرار المدعى بها أثناء تنفيذه بعقد مقاولة فرعي مع المقاول الفرعي عصام سفيان، وتضمن عقد المقاولة الفرعي أن المقاول الفرعي يتلقى تعليمات من المقاول الأصلي، الأمر الذي يفيد توافر الرقابة والإشراف والتبعية، وبالتالي فإن المميزة مسؤولة عن فعل المقاول الفرعي مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعه بمقتضى المادة 288 مدني، وقد جاءت هذه النتيجة مستمدة بصورة صحيحة من عقد المقاولة المبرم فيما بين المميزة والمقاول الفرعي ....".

ونخلص مما تقدم إلى أن العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن تحكمها روابط القانون الخاص، وتخضع للقضاء العادي وليس القضاء الإداري، ويلتزم المتعاقد من الباطن أمام المتعاقد الأصلي بنفس التزامات الأخير أمام الإدارة لجهة التنفيذ، كما يجوز لهما إحالة ما لم يرد فيه نص في العقد من الباطن إلى دفتر الشروط العامة.

الفرع الثاني: الآثار القانونية المترتبة على التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة

يرى الفقه الفرنسي أن إبرام المتعاقد الأصلي عقدا من الباطن دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة يشكل خطأً تعاقدياً كبيرا (Riche, 2006,p512)، ويعد من الأخطاء الجسيمة التي تتيح للسلطة مانحة الالتزام توقيع جزاء الإسقاط، وعلاوة على حق الإدارة في توقيع هذا الجزاء فإن لها الحق في مطالبة المتعاقد بالتعويض عن أي ضرر يلحق بها جراء هذه المخالفة الجسيمة التي ارتكبها، وكذلك الحال في مصر فإن التعاقد من الباطن يعتبر خطأً عقديا وإخلالا بالالتزامات مما يبرر توقيع أقصى الجزاءات وأهمها فسخ العقد، وإنهاؤه وذلك سواء نص على هذا الجزاء في العقد، أو لم ينص كون حق الإدارة في الفسخ في هذه الحالة ينتج عن طبيعة العقد الإداري ذاته (غازي، 2014، ص162)، ولاستبعاده يجب أن ينص على ذلك صراحة في العقد(المفرجي، 2014، ص 137). وقد اعتبرت محكمة القضاء الإداري المصرية " أن العقود الإدارية تحكمها قواعد عامة تطبق عليها جميعاً، ولو لم ينص عليها في العقد ومن هذه القواعد أن التزامات المتعاقد مع الإدارة التزامات شخصية أي المتعاقد يجب أن ينفذها شخصياً فلا يجوز له أن يحل غيره فيها، أو أن يتعاقد بشأنها من الباطن إلا بموافقة الإدارة، فإذا حصل التنازل عن العقد الإداري بدون موافقة الإدارة، فإن التنازل يعد باطلاً بطلانا يتعلق بالنظام العام، ويكون خطأ من جانب المتعاقد يترتب عليه توقيع الجزاءات المنصوص عليها في العقد أو إلغاؤه، اعتباراً بأن الخطأ المذكور خطأ جسيم، وكذلك الحال في شأن التعاقد من الباطن، فليس للمتعاقد أن يعهد بتنفيذ الأعمال المطلوبة أو الالتزامات التي ارتبط بها إلى شخص آخر."(حكم

محكمة القضاء الإداري المصرية في 27 يناير سنة 1957 قضية رقم 198 لسنة 11 ق رقم 116). فمن المسلّم به فقهًا وقضاء في كل من فرنسا ومصر هو أن التعاقد من الباطن إذا تم بدون موافقة الإدارة فإنه لا يحتج به في مواجهتها، ولا تنشئ أي علاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن، ومن ثم يبقى المقاول الأصلي مسؤولا مسؤولية شخصية وكاملة أمام الإدارة عن تنفيذ العقد، وعن الأخطاء التي تقع من المقاول من الباطن. (محمد، 2016، ص241).

وقد تضمنت كراسة الشروط الإدارية العامة الفرنسية في تعديلات 2019 نص صريح يمنح جهة الإدارة الحق في فسخ العقد في حالة التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة، أو في حال تقديم معلومات غير دقيقة بخصوصها[1].

وهذا ما أكده مجلس الدولة الفرنسي حيث قضى أنه يتوجب على المتعاقد الإفصاح عن رغبته في تنفيذ بعض الأعمال عن طريق التعاقد من الباطن، وإن عدم الإفصاح يعتبر بمثابة إخلال من المتعاقد بالالتزام بالضوابط اللائحية، ويجعل من عرضه الذي قدمه متضمنا للغش[2].

كذلك نجد أن عقد المقاولة الموحد للمشاريع الإنشائية في الأردن (المادة (15/12) يحظر التعاقد من الباطن من دون موافقة الإدارة، واعتبر قيام المقاول الأصلي بالتعاقد من الباطن بدون موافقة الإدارة المسبقة، خطأً عقديًّا يبرر للإدارة توقيع الجزاءات عليه وإنهاء العقد.

فالتعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الإدارة لا ينشئ أي علاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن، وعليه لا يستطيع المقاول من الباطن الاستفادة من السداد المباشر له، كما لا يستفيد من الدعوى المباشرة اتجاه الإدارة، كما أن التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة يعد خطأ عقديًّا جسيمًا من جانب المقاول الأصلي، ويكون للإدارة فسخ العقد كجزاء

(1) Le CCAG Travaux : 3.6.1.4. Le recours à la sous-traitance, sans acceptation préalable du sous-traitant et sans agrément préalable des conditions de paiement, expose le titulaire à l'application des mesures prévues à l'article 46.3. Il en est de même si le titulaire a fourni, en connaissance de cause, des renseignements inexacts à l'appui de sa demande de sous-traitance).

(2) CAA Lyon, 21 mars 2019, n°16LY03350, Société MDTP (Une offre qui ne mentionne pas la nature des prestations qu'une entreprise envisage de sous-traiter alors que les stipulations du règlement de consultation le demandait sans ambigüité, ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation et s'avère irrégulière. Ceci, même si la société a dans son mémoire technique de travaux, présenté le sous-traitant).

على هذا الخطأ سواء تم النص على هذا الجزاء في العقد أو لم يتم النص عليه، باعتبار أن حق الإدارة في الفسخ في هذه الحالة ناتج من طبيعة عقود الأشغال العامة كونها من العقود الإدارية. (كربل،2016، ص606) وذلك لأن التعاقد من الباطن إهدار لفكرة الاعتبار الشخصي في مجال تنفيذ عقد الأشغال العامة، وتجدر الإشارة إلى أن قرار الإدارة بفسخ العقد يخضع لرقابة القضاء الإداري (Auby, Bon, 2016, p224)

الخاتمة

أولا- النتائج:

1. يؤدي الاعتبار الشخصي دورًا رئيسًا في اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة؛ وذلك لأن سخصية المتعاقد تكون محلاً للاعتبار من جانب الإدارة عند اختياره، حتى تضمن تنفيذ العقد بصورة سليمة، وبما يحقق مصلحة المرفق العام الذي ارتبط به عقد الأشغال العامة. ورغم أن النتيجة لأثر الاعتبار الشخصي في اختيار المتعاقد مع الإدارة في عقد الأشغال العامة تتمثل بالتنفيذ الشخصي للعقد من المتعاقد الأصلي نفسه، إلا أن طبيعة هذا النوع من العقود تحتم السماح بالاستعانة بمقاولين فرعيين لمساعدة المتعاقد الأصلي في التنفيذ.

2. لم يتطرق المشرع الأردني للنص على ان التعاقد من الباطن دون موافقة الإدارة المتعاقدة يعد خطأ جسيما يبرر فسخ هذا العقد. الأمر الذي قد يوقع الجهة الإدارية المتعاقدة في نزاع قانوني مع المتعاقد معها إذا ما أرادت فسخ العقد في مثل هذه الحالة لغياب النص القانوني الواضح والصريح.

3. أجازت تشريعات دول الدراسة ومنها الاردن التعاقد من الباطن في عقد الأشغال العامة، دون الدخول في تفاصيل الآثار المترتبة على ذلك، لا سيما علاقة المتعاقد من الباطن بالإدارة العامة صاحبة العمل. كما لم يشر المشرع الأردني إلى موضوع تسمية المتعاقدين من الباطن في عرض التقدم للعطاء على غرار المشرع الفرنسي، الذي أمر بإدراج التعاقد من الباطن ضمن العرض الذي يقدمه المقاول عند التقدم بعطائه. إذ على مقدم العطاء الإفصاح للجهة الإدارية عن الأعمال التي سوف تخضع للتعاقد من الباطن، وكذلك عنوان المقاول من الباطن، وكذلك الحد الأقصى من الأموال التي يمكن أداؤها للمتعاقد من الباطن، وشروط أداء ودفع هذه الأموال وكذلك كفاءة هذا المقاول. كما لم يشترط المشرع الأردني عندما اجاز التعاقد من الباطن على غرار المشرع المصري، ألا تمثل تلك البنود (المتعاقد عليها من الباطن) الجانب الأكبر أو الجوهري من العملية، ولم يحددها بنسبة معينة .

4. يبقى المتعاقد الأصلي في حالة موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن مسؤولاً أمام الإدارة عن تنفيذ الالتزام من النواحي الفنية، والإدارية، والجزائية، والحقوقية وتكون مسؤوليته شخصية، ولا تنشئ أي حقوق أو روابط قانونية مباشرة بين الإدارة والمتعاقد من الباطن باستثناء ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من إجازته للإدارة دفع ثمن الأعمال التي نفذها المتعاقد من الباطن، إليه مباشرة. وتخضع العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن لروابط القانون الخاص، ويختص النظر في المنازعات الناشئة عنها القضاء العادي وليس القضاء الإداري.

ثانيا- التوصيات:

1. ضرورة النص بشكل واضح وصريح في التشريعات التي تحكم عقود الأشغال العامة على جواز التعاقد من الباطن، ولكن ضمن نسب محددة لا يجوز تجاوزها. على أن يتم الاشتراط في نظام المشتريات الحكومية الأردني ، ألا تمثل البنود (المتعاقد عليها من الباطن) في عقد الأشغال العامة الجانب الأكبر أو الجوهري من العملية العقدية. وبما يحافظ على جوهر عقد الأشغال العامة الأصلي ويراعي الاعتبار الشخصي الذي قام عليه اختيار المتعاقد في هذا العقد.

2. على المشرع في دول الدراسة وخاصة الأردني أن يحدد بشكل واضح الاثار المترتبة على التعاقد من الباطن في عقد الأشغال العامة، ولا سيما حقوق المقاول الفرعي تجاه الإدارة المتعاقدة. مستلهمًا ما ذهب إليه القضاء الفرنسي من إجازته للإدارة دفع ثمن الأعمال التي نفذها المتعاقد من الباطن، إليه مباشرة.

3. النص في تشريعات عقود الأشغال العام او نماذج هذه العقود، على ان التعاقد من الباطن دون موافقة الجهة الإدارية المتعاقدة يعد خطأ جسيما يبرر فسخ هذا العقد من قبل الجهة الإدارية المتعاقدة. وكذلك تضمين نماذج عقود الأشغال العامة أحكاما مفصلة بخصوص حقوق المقاول الفرعي المالية تجاه الإدارة في حال موافقتها المسبقة على التعاقد من الباطن .

4. النص في نظام المشتريات الحكومية الأردني على الطلب من المتقدم لمناقصة اشغال عامة تسمية المتعاقدين من الباطن في عرض التقدم للعطاء على غرار المشرع الفرنسي، الذي أمر بإدراج التعاقد من الباطن ضمن العرض الذي يقدمه المقاول عند التقدم بعطائه، على ان يتم الإفصاح للجهة الإدارية عن الأعمال التي سوف تخضع للتعاقد من الباطن، وكذلك عنوان المقاول من الباطن، وكذلك الحد الأقصى من الأموال التي يمكن أداؤها للمتعاقد من الباطن، وشروط أداء ودفع هذه الأموال وكذلك كفاءة هذا المقاول.

قائمة المصادر والمراجع:

أولاً: المراجع العربية:

إبراهيم، أسامة محمد (2008). النظرية العامة لعقود الباطن. دار النهضة العربية.

الأحمد، نجم حمد (د.ت.). التعاقد من الباطن في نطاق العقود الإدارية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس.

أمين، محمد سعيد (د.ت.). الأسس العامة لالتزامات وحقوق المتعاقد مع الإدارة.

الشطناوي، سنان والعزام، محمد (2020)، عقد المقاولة من الباطن في القانونين (الإماراتي والفرنسي). مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، (71).

الشهاوي، قدري عبد الفتاح (2014). أحكام عقد المقاولة (مناطها، ضوابطها، أطرها في التشريع المصري، العربي، الأجنبي) دراسة مقارنة. دار النهضة العربية.

عبد اللطيف، محمد (2014). القانون الإداري للأموال، الكتاب الثاني، الأشغال العامة. دار النهضة العربية.

العزاوي، شامل هادي (2016). التزامات المتعاقد في عقود التشييد ونقل الملكية *B.O.T*: دراسة مقارنة. المركز القومي للإصدارات القانونية.

فريج، سامي محمد (2011). إدارة العقود الهندسية وعقود التشييد، الكتاب الأول. دار النشر للجامعات.

فلام، موريس أندريه (د.ت.). عقود الأشغال الإدارية. مجلة العلوم الإدارية.

القبيلات، حمدي (2016). القانون الإداري- الجزء الثاني (ط2). دار وائل للنشر.

المفرجي، كنعان محمد محمود (2014). الاعتبار الشخصي في العقد الإداري، دراسة مقارنة. دار الفكر الجامعي.

كربل، رفاه رزوقي (2016). الاعتبار الشخصي وأثره في تنفيذ العقد الإداري. مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، (3). https://doi.org/10.36528/1150-008-003-014

محمد، سامح عبدالله (2016). سحب العمل من المقاول في عقود الأشغال العامة. مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع.

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

نابلسي، نصري منصور (2012). العقود الإدارية (ط2). منشورات زين الحقوقية، بيروت.

ونّا، لارا مارون (2019). المقاولة من الباطن [رسالة ماجستير، الجامعة اللبنانية كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية].

غازي، هيثم حليم (2014). سلطات الإدارة في العقود الإدارية، دراسة تطبيقية. دار الفكر الجامعي.

ثانياً: المراجع الأجنبية:

AUBY (J)-Marie, BON(P).(2016). Droit administratif des biens domaine travaux public, expropriation, 7e éd ,Dalloz.

De Laubadère(A),(1984). Modern(F) ,Delvolvé,(P) Traité des contrats administratifs, L.G.D.J., Paris, T.2.

De Laubadere. (A).(1956). Des contrats administratifs, T.2, Paris.

Jamal(J) et Ibrahim(A).(1996). Les contrats administratifs, El Manoufia, Egypte.

Néret(J).(1979).Le sous-contrat, L.G.D.J, N°05.

Gaston(J), Les contrats administratifs.

Malaurie (Ph) et.aynes (L).(1997). droit civil, les obligations, tome 5, 7eme édition, N° 690.

Richer,(L).(2014). Manuel de droit des contrats administratifs , LGDJ.

Richer(L).(2006). Droit contrat administratife , parise .

Romain(V).(2014). Le droit de la sous-traitance et la nouvelle organisation industrielle aéronautique, Thèse, Université de Toulouse 1 Capitole.

Romanized Arabic References: **الترجمة الصوتية لمصادر ومراجع اللغة العربية:**

ʾibrāhym ʾasāmmata muḥammada 2008). al-nnaẓariyyata al‘āmmata li‘uqūda albāṭini dāru al-nnahḍati al‘arabiyyati

al-ʾāḥmd najma ḥamdi d t). al-tta‘āqudu mina albāṭini fī niṭāqi al‘uqūdi al’idāriyyati risālata duktūrātin jāmi‘atan ‘ayna shamsin

ʾamynun muḥammada sa’īda d t). al’ususu al‘āmmatu lil-tizāmātin waḥuqwqi almuta‘āqidi ma‘a al’idārati

al-shṭnāʾī sinānun wa-al-‘azzāmu muḥammada 2020) ،‘aqada almuqāwilatu mina albāṭini fī alqānūnayni al-ʾimārāty wa-al-faransiyya majallata albuḥwthi alqānūniyyati wa-al-iqtiṣādiyyati 71).

al-sshahāwiyyu qudriyya ‘abdi alfattāḥi 2014). ʾaḥukkāma ‘aqdi almuqāwilati manāṭahā ḍawābiṭahā ʾaṭurhā fī al-ttashrī‘i almiṣriyyi al‘arabiyya al’ajnabiyya dirāsata muqāranatin dāru al-nnahḍati al‘arabiyyati

‘abdu al-llaṭīfi muḥammada 2014). alqānūna al’idāriyya lil-ʾāmwāla alkitāba al-tthānī al’ashghāla al‘āmmata dāru al-nnahḍati al‘arabiyyati

al‘azzāwiyyu shāmila hāddī 2016). iltizāmāti almuta‘āqidi fī ‘uqūdi al-ttashyīdi wanaqala almilkiyyata B. O. T: dirāsatu muqāranatin almarkazu alqawmiyyu lil-ʾiṣdārāti alqānūniyyati

furayjun sāmmay muḥammadu 2011). ʾidārata al‘uqūdi alhandasiyyati wa‘uqūdi al-ttashyīdi alkitāba al’awwala dāru al-nnashri lil-jāmi‘āti

falāamun mūrīsan ʾanadrīhi d t). ‘uqūdu al’ashghāli al’idāriyyati majallatu al‘ulūmi al’idāriyyati

alqabīlātu ḥamday 2016). alqānūna al’idāriyya- aljuz’a al-tthānī ṭ dārun wi’ila lil-nnashra

almufarrijiyyu kan‘āna muḥammada maḥmūda 2014). ali‘tibāra al-sshakhṣiyya fī al‘aqdi al’idāriyyi dirāsata muqāranatin dāru alfikri aljāmi‘iyyi

karablin raffāhu rzwqy 2016). ali‘tibāra al-sshakhṣiyya wa’atharahu fī tanfīdhi al‘aqdi al’idāriyyi majallatu almuḥaqqiqi alḥalliyyi lil-‘ulūma alqānūniyyata wa-al-ssīāsiyyata 3). https:// doi. org / 10. 36528 / 1150- 008- 003- 014

muḥammadun sāmaḥa ‘abdālllahu 2016). saḥba al‘amali mina almuqāwili fī ‘uqūdi al’ashghāli al‘āmmati markazu al-ddirāsāti al‘arabiyyati lil-nnashra wa-al-ttawzī‘a

mizharun waliyada ‘abdi al-Raḥmāni 2006). iltizāmātin waḥuqwqi almuta‘āqidīna fī tanfīdhi

‘aqdi al’ashghāli al‘āmmati dirāsata muqāranatin jāmi‘atu al-ddū’ali al‘arabiyyati

nābulusiyyun naṣriyya manṣūri 2012). al‘uqūda al’idāriyyata ṭ manshūrāti zayni alḥuqūqiyyati bayrūta

wannā lārā mārrūna 2019). almuqāwilata mina albāṭini risālata mājistīrin aljāmi‘ata al-llubnāniyyata kulliyyatu alḥuqwqi wa-al-‘ulūmi al-ssīāsiyyati wa-al-’idāriyyati

ghāziyyun haythama ḥalīma 2014). sulṭāti al’idārati fī al‘uqūdi al’idāriyyati dirāsata taṭbīqiyyata dāru alfikri aljāmi‘iyyi

Subcontracting within the context of a public works contract: A comparative study

Hamdi Al-Qubilat[1]
Mohammad Nashaat Altarawneh[2]

Abstract:

This study deals with an important and vital topic that has many practical applications, namely, subcontracting within the context of the public works contract: A comparative Study. In other words, the choice of the contractor with the administration in the public works contract is subject to precise procedures and strict controls. Personal consideration plays a major role in determining the person contracting with the administration, which means the need for this contractor to implement his obligations under the public works contract personally, as a general asset. However, the nature of public works subject to this type of contract often calls for the presence of other people beside the original contractor to take over the executing part of these works, especially in large and technical projects. This issue was addressed through two topics: the nature of subcontracting and the implications of subcontracting. The research concluded that the Jordanian legislative handling of this issue is inadequate and imprecise, which necessitates the intervention of the legislator to stipulate more provisions on this issue.

Keywords: Public works, personal consideration, subcontracting, personal execution, administrative contract, sub-contractor.

(1) Law of Sheikh Noah College of Sharia and Law - International Islamic Sciences University (Amman - Jordan)
drhamdi1970@gmail.com

(2) Telecommunications Regulatory Commission (Amman - Jordan)