جامعة الموصل
كلية الحقوق

التعاقد من الباطن في العقود الادارية
دراسة مقارنة

فائز جمعة محمد الكيكي

رسالة ماجستير

القانون العام / القانون الاداري

بإشراف
الدكتور حســـن محمد علي البنـــان
استاذ القانون الاداري المساعد

١٤٤١ هـ ٢٠١٩ م

المستخلص

تناولت هذه الدراسة موضوع التعاقد من الباطن في العقود الادارية، هذا الموضوع الذي أضحى حقيقة قانونية وواقعية ولا سيما في مجال عقود المقاولات، ففي ظل التقسيم الدقيق للعمل ومبدأ سيادة التخصص الدقيق ، لم يعد بمقدور المتعاقد مع الادارة تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه لوحده، دون أن يستعين بغيره من أهل التخصص، وذلك من خلال ابرام عقود من الباطن لتنفيذ جزء من الالتزامات محل العقد الأصلي، فالتعاقد من الباطن وسيلة يلجأ اليها المتعاقد مع الادارة بهدف المساهمة في تنفيذ العقد الاداري الاصلي، والتعاقد من الباطن يفترض وجود عقدين وهما العقد الاصلي والعقد من الباطن، وعلى الرغم من استقلال كل من العقدين عن بعض الا انهما يشتركان من حيث وحدة محل العقد الأصلي وموضوعه، وعلى الرغم من الأهمية البالغة لظاهرة التعاقد من الباطن الا أنه هناك قصوراً تشريعياً واضحاً في تنظيم ومعالجة ظاهرة التعاقد من الباطن في كل من مصر والعراق، على العكس من فرنسا التي نظمت احكامه ومنحت المتعاقد من الباطن ضمانات كافية للحصول على مستحقاته.

والأصل في فرنسا هو اباحة التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية، فبعد صدور القانون رقم (٧٥/١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥ نظم المشرع الفرنسي احكام التعاقد من الباطن من خلال النص على جواز ذلك بشرط قبول الادارة للمتعاقد من الباطن، واعتمادها شروط السداد المباشر، أما في كل من مصر والعراق فان الاصل في التعاقد من الباطن في العقود الادارية هو الحظر من حيث المبدأ والاستثناء هو الجواز ، بشرط أن يقترن ذلك بموافقة الادارة المسبقة .

كما أن لفكرة الاعتبار الشخصي أثرها الواضح على تنفيذ العقد الاداري وذلك استناداً للمبدأ العام الذي يسود العقود الادارية وهو التزام المتعاقد مع الادارة بالتنفيذ الشخصي للعقد، لكون الادارة عندما اختارت المتعاقد معها راعت فيه توافر مجموعة من الصفات الجوهرية، كي تضمن تنفيذ العقد بصورة سليمة على نحو يحقق الصالح العام، ويعد التعاقد من الباطن من أبرز الاستثناءات المترتبة على فكرة الاعتبار الشخصي، وذلك من حيث أن فكرة الاعتبار الشخصي لا تعني التزام المتعاقد شخصياً بالتنفيذ بقدر ما يعني مسؤوليتة الشخصية عن ذلك التنفيذ، وهو بهذا المعنى يسمح بلا شك أمكانية التعاقد من الباطن طالما يبقى المتعاقد الاصلي ضامناً شخصياً ومسؤولاً امام الادارة عن تنفيذ العقد بأكمله.

ويتولد عن التعاقد من الباطن قيام علاقات متشعبة ومتعددة، فثمة علاقة بين المتعاقد الاصلي والادارة أساسها العقد الأصلي المبرم بينهما، واخرى بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن يحكمها اتفاق العقد من الباطن، وتكون خاضعة لأحكام القانون الخاص، وثالثة بين الادارة والمتعاقد من الباطن، وهذه الاخيرة تكون علاقة عقدية غير مباشرة، ويترتب على ذلك أن

كل من الادارة والمتعاقد من الباطن لا يجوز لاحدهما الرجوع على الأخر الا وفق الوسائل التي تقررها القواعد العامة .

كما أن الوسائل التي يستطيع بموجبها المتعاقد من الباطن الرجوع على كل من الادارة والمتعاقد الأصلي لضمان حقوقه، تختلف في حالة موافقة الادارة على التعاقد من الباطن عن حالة عدم موافقتها، ففي حالة التعاقد من الباطن المقترن بموافقة الادارة يمكن للمتعاقد من الباطن الرجوع على الادارة بموجب طريق السداد والدعوى المباشرة، اما في حالة التعاقد من الباطن غير المقترن بموافقة الادارة فان المشرع قد وفر له ضمانات اضافية أخرى للحصول على حقوقه، وتتمثل هذه الضمانات بدعوى الاثراء بلا سبب و مبدأ عدم الحجية، بالإضافة الى الدعوى غير المباشرة.

كل هذا تم بحثه في رسالتنا هذه والتي قدمت على ضوء اجزاء هذا العقد من اول بناءه الى انتهاءه .

Abstract

This study dealt with the subject of subcontracting in administrative contracts. This subject has become a legal and real fact especially in the field of construction contracts. Under the strict division of labor and the principle of strict specialization rule, the contractor with the administration can no longer fulfill the obligations entrusted to him alone. The subcontractor is a means to be used by the contractor with the administration in order to contribute to the implementation of the original administrative contract. Subcontracting assumes the existence of two contracts, namely the original contract and the contract. Despite the independence of each of the two contracts for some, but they share in terms of unity of the original contract and subject matter, and despite the importance of the phenomenon of subcontracting, but there is a clear legislative shortcomings in the organization and treatment of the phenomenon of subcontracting in Egypt and Iraq, Unlike France, which regulated its provisions and gave the subcontractor sufficient guarantees to obtain his entitlements.

The original in France is the permissibility of subcontracting in the scope of administrative contracts. After the promulgation of Act No. 1334/75 of 1975, the French legislator regulated the provisions of the subcontract by stipulating that it is permissible, provided that the administration accepts the subcontractor and approves the terms of direct payment. In both Egypt and Iraq, the origin of subcontracting in administrative contracts is the prohibition in principle and the exception is the passport, provided that this is accompanied by the prior approval of the administration.

The concept of personal consideration also has a clear impact on the implementation of the administrative contract, based on the general principle governing administrative contracts, which is the contractor's commitment to the personal implementation of the contract. The management, when choosing a contractor, has taken into account the

availability of a set of essential features to ensure proper implementation of the contract The subcontracting is one of the simplest exceptions to the idea of personal consideration, in that the idea of personal consideration does not mean the contractor's personal obligation to perform as much as the personal responsibility for that implementation, and in this sense, Sub-contract as long as the original contractor remains the guarantor personally responsible to the administration for the implementation of the entire decade.

Subcontracting is the result of multiple and multiple relationships. There is a relationship between the original contractor and the original contractor and contractor based on their original contract, and another between the original contractor and the subcontractor governed by the sub-contract agreement and subject to the provisions of the special law, and third between the administration and the subcontractor, The latter is an indirect contractual relationship, and it follows that both the administration and the subcontractor may not refer to each other except in accordance with the means prescribed by the general rules.

The means under which the subcontractor is able to subcontract both management and the original contractor to guarantee his or her rights are different if the administration agrees to subcontract its disapproval. In the case of subcontracting associated with management approval, the subcontractor may refer to the administration by way of reimbursement In the case of subcontracting not accompanied by the approval of the administration, the legislator has provided him with additional guarantees to obtain his rights. These guarantees are due to unjust enrichment and the principle of illegality, in addition to the indirect action.

All this has been discussed in our letter which has been made in the light of the parts of this decade from the first to the end of construction.

The Ministry of Higher Education

And Scientific Research

University of Mosul

College of Law

Subcontracting in administrative contracts

-A comparative study-

Faez Jummaa Mohamed Alkiki

M. A. Thesis
Public Law / Administrative Law

Supervised by
Dr. Hassan Mohamed Albnan

2019 A.D. **1440 A.H.**