كلية الحقوق
قسم القانون العام

الطبيعة القانونية للعلاقة بين الجهة الإدارية و المقاول من الباطن في نطاق العقود الإدارية

رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق

من الباحث

ناصر سيد أحمد محمد هلال

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

أ.د/ ربيع أنور فتح الباب (مشرفاً ورئيساً)

أستاذ القانون العام – وكيل كلية الحقوق الأسبق – جامعة عين شمس

أ.د/ فيصل زكى عبد الواحد (مشرفاً وعضواً)

أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى سابقاً – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ محمد السعيد رشدي (عضواً)

أستاذ القانون المدني – وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة بنها

أ.د/ صبري محمد السنوسي (عضواً)

أستاذ القانون العام – وكيل كلية الحقوق – جامعة القاهرة

١٤٣٨ هـ – ٢٠١٧ م

كلية الحقوق
قسم القانون العام

صفحة العنوان

اسم الباحث : ناصر سيد أحمد محمد هلال

عنوان الرسالة : الطبيعة القانونية للعلاقة بين الجهة الإدارية و المقاول من الباطن في نطاق العقود الإدارية

اسم الدرجة : الدكتوراه

القسم : القانون العام

الكلية: الحقوق.

الجامعة: جامعة عين شمس.

سنة التخرج:

سنة المنح: ٢٠١٧

كلية الحقوق
قسم القانون العام

رسالة دكتوراه

اسم الباحث : ناصر سيد أحمد محمد هلال
عنوان الرسالة : الطبيعة القانونية للعلاقة بين الجهة الإدارية و المقاول من الباطن في نطاق العقود الإدارية
اسم الدرجة : الدكتوراه

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

أ.د/ ربيع أنور فتح الباب (مشرفاً ورئيساً)
أستاذ القانون العام – وكيل كلية الحقوق الأسبق – جامعة عين شمس

أ.د/ فيصل زكى عبد الواحد (مشرفاً وعضواً)
أستاذ ورئيس قسم القانون المدنى سابقاً – كلية الحقوق – جامعة عين شمس

أ.د/ محمد السعيد رشدي (عضواً)
أستاذ القانون المدني – وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة بنها

أ.د/ صبري محمد السنوسي (عضواً)
أستاذ القانون العام – وكيل كلية الحقوق – جامعة القاهرة

الدراسات العليا

ختم الإجازة: **أُجيزت الرسالة:** **بتاريخ / /**

موافقة مجلس الكلية **موافقة مجلس الجامعة**

بسم الله الرحمن الرحيم
﴿ رَبِّ أَوْزِعْنِيٓ أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ ٱلَّتِيٓ
أَنْعَمْتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنْ أَعْمَلَ
صَٰلِحًا تَرْضَىٰهُ وَأَدْخِلْنِي بِرَحْمَتِكَ
فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ﴾
صدق الله العظيم
(سورة النمل – الآية ١٩)

اهداء

إلى روح أبي الطاهرة

الذي أنار الطريق أمامي لأحصد على أعلى الدرجات

العلمية والذي علمني بأن العلم ثمرة الجد والاجتهاد

والتحلي بالصبر والإيمان

إلى روح أمي الطاهرة ، ، ،

جزاها الله عني كل خير والتي لم تبخل علي يوماً بدعاء

أهدي لكما ثمرة هذا العمل المتواضع

داعياً المولى أن يرحمهما رحمة واسعه ، ، ،

إلى زوجتي وأبنائي و إخواني وزملائي

شكر وتقدير

الحمد والشكر لله أولاً وأخيراً، ومن باب قوله تعالى (ولا تنسوا الفضل بينكم).
ومن باب قول رسولنا الكريم(صلى الله عليه وسلم) (من صنع فيكم معروفاً فكافؤه، فإن لم تستطيعوا فادعوا له بالخير).
واعترافاً بالفضل وعرفاناً بالجميل لمن يستحقه فإني أتوجه بخالص دعائي وشكري وعظيم تقديري لاستاذي الكريمين الفاضلين

الاستاذ الدكتور/ ربيع أنور فتح الباب أستاذ القانون العام بكلية الحقوق- جامعة عين شمس، **والأستاذ الدكتور/ فيصل زكى عبد الواحد** أستاذ القانون المدني بكلية الحقوق جامعة عين شمس فقد تشرفت بقبولهما الإشراف على هذه الرسالة وكان لهما الفضل بعد الله عز وجل في توجيهي وإرشادي من بداية هذا العمل حتى منتهاه، وما كان لهذا العمل أن يصل لما هو عليه لولا تلك التوجيهات والإرشادات التي رسمت ملامحه وعبدت طريقه، وفضل أستاذي الكريمين لم يبدأ مع بداية تفضلهما بالإشراف على هذه الرسالة بل إن الفضل يعود لهما في نصحي وإرشادي قبل ذلك فقد تتلمذت على أيديهما وأشهد الله أني قد لمست حبهما لدى جميع أبناءهما من الطلاب لما يتصفان به من غزارة العلم وعظم الأخلاق وسعة الصدر ولا أملك إلا التوجه للمولى القدير أن يجزيهما عني وعن طلبة العلم خير الجزاء وأن يبارك لهما في علمهما وعملهما. وأن يمتعهما بموفور الصحة والعافية.

وإذا قدر لهذه الرسالة أن ترى النور فإنني كذلك أتقدم بالشكر والتقدير **للأستاذ الدكتور/ صبري محمد السنوسي** أستاذ القانون العام – وكيل كلية الحقوق – جامعة القاهرة ، وذلك لقبوله أن يكون عضواً في لجنة المناقشة والحكم على الرسالة وهذا شرف لي لأستفيد من علمه الواسع، وفكره المستفيض.

كما أتقدم بالشكر والتقدير **للأستاذ الدكتور/ محمد السعيد رشدي** أستاذ القانون المدني – وكيل كلية الحقوق سابقاً – جامعة بنها، لقبوله أن يكون عضواً في لجنة المناقشة فزادني شرفاً ومنحني الفرصة حتى أستفيد من علمه الواسع وفكره المستفيض .

الباحث

مقدمة

تسعى الإدارة في سبيل تسيير مرافقها العامة حفاظاً على الصالح العام، إلى إبرام العقود الإدارية، وذلك باتفاق الإدارة مع طرف آخر على تسيير مرفق عام من خلال مساهمته معها مباشرة في تسيير المرفق أو من خلال تضمين هذه العقود شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص.

ومن أهم ما أفرزته نظرية العقود الإدارية، ظاهرة المقاولة من الباطن. وحيث إن ظاهرة المقاولة من الباطن ظاهرة حديثة نسبياً، فقد كانت ولا تزال مثار خلاف في نطاق القانون بوجه عام، وفي نطاق العقود الإدارية بوجه خاص، إذ لا يكاد أن يخلو عقد إداري من وجود تعاقد من الباطن يجري بقصد تنفيذ عقد المقاولة الأصلي، خاصة منذ نهاية الحرب العالمية الثانية، وحلول الآلة محل الإنسان، وانتشار التخصص في العمل، فقد ازدادت الحاجة إلى التعاقد من الباطن مع أخصائيين، لا سيما في مجال المشروعات الكبرى.

وأصبح التعاقد من الباطن اليوم يلعب دوراً مهماً في مجال تنفيذ العقود الإدارية، وأصبح واقعاً ملموساً يستعصى على الإنكار.

وقد تنوعت آراء الفقه بين مؤيد ومعارض لهذه الظاهرة، كما تناولتها أحكام القضاء الإداري المصري بشيء من الحذر، والتشدد أحياناً.

كما نلحظ تفاوتاً في معالجة هذه الظاهرة بين القانون العام والقانون الخاص من جهة وبين الدول المتقدمة والنامية من جهة أخرى، حيث نلحظ بعض الاهتمام من فقه القانون الخاص بهذه الظاهرة يفوق اهتمام فقه القانون العام كما حظيت هذه الظاهرة باهتمام كبير في بعض الدول المتقدمة كفرنسا، سواء من الناحية التشريعية أو القضائية بعكس الحال في الدول النامية كمصر.

ففي فرنسا يُنظر إلى عملية التعاقد من الباطن على أنها حقيقة واقعية لابد من التعامل معها، وتنظيمها بما يحقق الصالح العام، فبات التعاقد من الباطن يتم تحت إشراف الإدارة، كما أنها تفرض المتعاقد من الباطن على المتعاقد الأصلي في الكثير من الأحيان.

وأصدرت من القوانين ما يحقق له الحماية القانونية، فشرعت له السداد المباشر والدعوى المباشرة وإن كان مجلس الدولة الفرنسي لا يزال ينظر إلى عملية

التعاقد من الباطن على أنها رابطة من روابط القانون الخاص ويشايعه في ذلك مجلس الدولة المصري، وذلك تطبيقاً للنظرية التقليدية في الالتزام. واستند في ذلك إلى تفسيره لمبدأ نسبية أثر العقود وإعلاء لمبدأ الاعتبار الشخصي في التعاقد، والذي ساد لفترة طويلة من الزمن.

لكن في ظل التغير الذي شهده العالم اليوم فقد تغيرت المفاهيم والاعتبارات إذ كيف يمكن لمتعاقد واحد، في ظل ما نشهده من أسواق مفتوحة والاتجاه نحو العالمية وما يشهده العالم من تطورات سياسية واقتصادية واجتماعية، كيف يمكن لمتعاقد واحد أن ينفذ بمفرده عقداً أبرمه مع الإدارة. فالمتعاقد الأصلي وإن كان قادراً من الناحية المالية على تنفيذ المشروع وإمداده بالسيولة اللازمة – وهي حالة نادرة الحدوث – خاصة بالنسبة لتنفيذ المشروعات العملاقة، كمترو الأنفاق، فهل من العقل والمنطق أن يقدم هذا المتعاقد على المخاطرة بأمواله وينفذ مثل تلك المشروعات، التي قد تأتي في حال فشل أحدها على كل ما يملك، فمثل هذه المشروعات العملاقة لا يمكن لواحد من المتعاقدين أياً كانت قدراته الفنية أو المالية أن ينفذها بمفرده دون مساعدة الغير له في هذا الخصوص.

ومن ثم فإن التعاقد من الباطن أصبح ضرورة لتسيير المرفق العام بانتظام واطراد تحقيقاً للصالح العام.

وقد نظم المشرع المصري عملية المقاولة من الباطن في نطاق القانون الخاص، حيث نص في المادة (٦٦١) من القانون المدني على أنه "يجوز للمقاول أن يوكل تنفيذ العمل في جملته أو في جزء منه إلى المقاول من الباطن إذا لم يمنعه من ذلك شرط في العقد أو لم تكن طبيعة العمل تفترض الاعتماد على كفايته الشخصية".

وينشأ عن المقاولة من الباطن – على الأقل – عقدان هما: عقد المقاولة الأصلي، وعقد المقاولة من الباطن وهذان العقدان يرتبطان برابطة موضوعية، فالعقد الثاني وسيلة لتنفيذ العقد الأول ويستعير العقد الثاني محله من العقد الأول على النحو الذي سنبينه.

وتنشأ عن عملية المقاولة من الباطن علاقات ثلاث:

الأولى: هي العلاقة بين جهة الإدارة والمقاول الأصلي، وهذه العلاقة نظمها المشرع سواء في فرنسا أو مصر في إطار قواعد المسئولية العقدية، وذلك لوجود رابطة عقدية مباشرة بينهما بمقتضى عقد المقاولة الأصلي، وهذه العلاقة لا يختلف الفقه أو القضاء بشأنها، حيث إن كلًّا من جهة الإدارة والمقاول الأصلي قد انصرفت إرادتاهما إلى تشييد عقد المقاولة الأصلي، وتنصرف إليهما آثاره ومن ثم فإن كلا منهما يعد طرفاً في هذا العقد بالمفهوم الشكلي والموضوعي .

الثانية: هي العلاقة بين المقاول الأصلي والمقاول من الباطن ومحلها عقد المقاولة من الباطن، اللذين شاركا في إبرامه وتنصرف إليهما آثاره وهذه العلاقة أيضاً ليست محلاً للخلاف في الفقه أو القضاء، حيث إن العلاقة بينهما من طبيعة عقدية.

الثالثة: هي العلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن، وهذه العلاقة هي محل الدراسة، فالإدارة لم تشترك مع المقاول من الباطن في إبرام عقد، وإنما اشتركت مع المقاول الأصلي في إبرام عقد المقاولة الأصلي واشترك المقاول الأصلي مع المقاول من الباطن في إبرام عقد المقاولة من الباطن.

ولم ينظم المشرع هذه العلاقة في نطاق القانون الإداري، وفي نطاق القانون الخاص فقد نظمها المشرع بنصوص غير كافية، لذا أثير التساؤل في الفقه والقضاء حول الطبيعة القانونية للعلاقة بين جهة الإدارة والمقاول من الباطن؟

وتحديد الطبيعة القانونية للعلاقة بين جهة الإدارة والمقاول من الباطن في نطاق العقود الإدارية – محل الدراسة – ليس هدفاً في ذاته وإنما هو وسيلة للوقوف على ما تحققه طبيعة هذه العلاقة من حماية لجهة الإدارة – بما يحقق الصالح العام – ومن حماية للمقاول من الباطن، وما يترتب على ذلك من تشجيع المقاولة من الباطن، والتي أصبحت في الوقت الحاضر ضرورة عملية وطريقاً مألوفاً لتنفيذ العقود الإدارية، بما يحقق دفعا للاقتصاد القومي خاصة في مجال مقاولات الأعمال وما يترتب على ذلك من خلق مناخ جاذب لتشجيع الاستثمار.

ولم يكن بحث الطبيعة القانونية للعلاقة بين جهة الإدارة والمقاول من الباطن في نطاق العقود الإدارية سهلاً وإنما أحيط بالعديد من الصعوبات؛ منها:

١- أن المشرع المصري فيما يتعلق بالقانون العام لم ينظم عملية المقاولة من الباطن، كما أنه عند تنظيمه لهذه العملية في نطاق القانون الخاص، وكذا المشرع الفرنسي عند تنظيمه لها في نطاقي القانون العام والخاص، نظمها بطريقة جعلت غالبية الفقه والقضاء يتناولون هذه العلاقة على أنها علاقة أغيار، وأن المشرع بوضعه للنصوص التى نظمت العلاقات المباشرة بين رب العمل والمقاول من الباطن، والمتمثلة فى السداد المباشر والدعوى المباشرة، جعل كثيراً من الفقه لا يبحث في حقيقة الروابط بين المقاول من الباطن ورب العمل وذلك للوقوف على الطبيعة القانونية للعلاقة بينهما، وهل يعد السداد المباشر والدعوى المباشرة، بما يخولانه من الرجوع مباشرة على رب العمل، استثناءً من قواعد المسئولية العقدية أم أنهما أحد تطبيقات الرابطة العقدية للعلاقة بينهما، أكدها المشرع بالنص عليها حماية للمقاول من الباطن.

٢- عدم وجود بحث متخصص يتناول بالدراسة والتحليل الطبيعة القانونية للعلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن في نطاق القانون العام [١].

ورغم ندرة المؤلفات التي تناولت فكرة المقاولة من الباطن، فلم يتناول أيٌّ منها البحث في الطبيعة القانونية للعلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن بالتحليل، حيث سلم مؤلفوها بوجهة نظر الاتجاه التقليدي الذي يرى أن العلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن علاقة غير عقدية. كما زاد الأمور صعوبة قلة الأحكام الصادرة بشأن الموضوع محل البحث من المحاكم المصرية على اختلاف أنواعها.

وسوف نتناول بالدراسة تحليل وتأصيل طبيعة الروابط بين جهة الإدارة والمقاول من الباطن ونحاول من خلال المنهج الاستقرائي، تفسير وتحليل وجهة

---

(١) أما بشأن القانون الخاص، فقد أعد د.أشرف عبد العظيم عبد القادر بحثاً متخصصاً في مجال الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن وانتهى سيادته إلى أن هذه العلاقة هي علاقة تعاقدية، راجع بالتفصيل د. أشرف عبد العظيم عبد القادر، الطبيعة القانونية للعلاقة بين رب العمل والمقاول من الباطن، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، ٢٠٠٧.

نظر الفقه التقليدي الذي يرى أن العلاقة بين الإدارة والمقاول من البـــاطن علاقـــة أغيار، وما يترتب على ذلك من وسائل رجوع متبادلة.

ونحاول تطبيق نفس المبدأ على دراسة وتحليل الاتجاه الـــذي يـــرى أن العلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن من طبيعة عقدية وما يترتب على ذلك من وسائل رجوع متبادلة.

خطة الدراسة:

نحن ندرك منذ البداية أن أساس الاختلاف حول الطبيعة القانونية للعلاقـــة بين الإدارة والمقاول من الباطن يكمن في اختلاف الفقه والقضاء حول تحديد مفهوم الطرف في العقد؛ وفقاً لتفسير مبدأ نسبية أثر العقود.

وقد يرى البعض انطلاقا من ذلك أن البحث يبدأ بدراسة هذا المبدأ وتحديد المفهوم الفني والقانوني للطرف في العقد وفقاً لهذا المبدأ، وتطبيق ما ينتهـــي إليـــه البحث على العلاقة محل الدراسة فيتضح ما إذا كانت طبيعة هذه العلاقـــة علاقـــة عقدية أم علاقة أغيار.

إلا أننا رأينا أن نبدأ باستعراض الرأي التقليدي الذي يرى أن العلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن علاقة أغيار، وما ترتب على هذا الرأي من وسائل للرجوع بين الإدارة والمقاول من الباطن ، وتقييم هذه الوسائل للوقوف على مدى كفايتها لحماية مصالحهما.

ثم نعرض بعد ذلك للاتجاه القائل أن العلاقة بين الإدارة والمقـــاول مـــن الباطن علاقة عقدية ومناقشة الحجج والأسانيد التي عرضها هذا الرأي وما ينـــتج عن ذلك من آليات للرجوع بينهما ومدى تحقيقه حماية كافية لمصالحهما من عدمه؟

ونظراً لأن كلا الرأيين السابقين يستند فيما انتهى إليه إلى تفسير مبدأ نسبية أثر العقود، وتحديد المفهوم الفني والقانوني للطرف وفقاً لهذا المبدأ.

لذا فإننا سنتناول هذا المبدأ بالدراسة بشيء من التفصيل، حتى يتسنى لنا تحديد الهدف منه، وتحديد المفهوم الفني والقانوني له، للوقوف على تحديد مفهوم الطرف وتطبيق هذا المفهوم على العلاقة محل البحث ليتضح أي الاتجاهين أولى بالاتباع. وقبل ذلك نتعرض للمفهوم الفني والقانوني للعقد الإداري وسلطات الإدارة بالنسبة لهذا العقد وضوابطها، وكذا المفهوم الفني والقانوني للمقاولة من الباطن، للوقوف

على تعريفها وخصائصها ومدى مشروعيتها، وتحديد المركز القانوني للمقاول من الباطن وتمييزه عن غيره من المراكز القانونية الأخرى.

وسوف نعرض لهذه الدراسة في ثلاثة أبواب:

نتناول في الباب الأول: ماهية التعاقد من الباطن فى العقود الإدارية.

ونقسم هذا الباب إلى فصلين:

نتناول فى **الفصل الأول:**المفهوم الفني والقانوني للعقد الإداري.

ونتناول فى **الفصل الثاني:**المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية

وفى الباب الثاني نتناول: أنصار عدم وجودرابطة عقدية بين الإدارة والمقاول من الباطن

ونقسم هذا الباب إلى فصلين:

نتناول فى **الفصل الأول:** حجج أنصار عدم وجود رابطة عقدية بين الإدارة و المقاول من الباطن و الوسائل غير المباشرة المقررة للرجوع بينهما.

ونتناول فى **الفصل الثاني:** الوسائل المقررة بنص القانون للرجوع المباشر بين الإدارة و المقاول من الباطن.

ونتناول فى **الباب الثالث:** أنصار الرابطة العقدية بين الإدارة و المقاول من الباطن.

ونقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول:

نتناول فى **الفصل الأول:** حجج و أسانيد أنصار الطبيعة العقدية بين الإدارة والمقاول من الباطن.

ونتناول فى **الفصل الثاني:** تحديد المفهوم الفني للطرف في ضوء التطور التاريخي لمبدأ نسبية أثر العقود.

ونتناول فى **الفصل الثالث:** أثر إعتبار العلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن علاقة عقدية وأثر ذلك.

الباب الأول
ماهية التعاقد من الباطن
فى العقود الإدارية

الباب الأول

ماهية التعاقد من الباطن فى العقود الإدارية

بالنظر إلى موضوع الدراسة والذي يتناول الطبيعة القانونية للعلاقة بين الإدارة والمقاول من الباطن فى العقود الإدارية، كان لزاما علينا أن نبدأ البحث بالوقوف على ماهية العقد الإداري وتمييزه عن غيره من العقود، وبيان صلاحية جهة الإدارة بشان العقد الإداري وضوابطها، ثم نتناول عملية التعاقد من الباطن فى العقود الإدارية وذلك للوقوف على المفهوم الفني والقانوني لها وبحث مدى مشروعيتها وبيان خصائصها وصورها وتمييزها عن غيرها، وعلى ذلك رأينا أن نقسم هذا الباب إلى فصلين وذلك على النحو التالي:

الفصل الأول: المفهوم الفني والقانوني للعقد الإداري.

الفصل الثاني: المقاولة من الباطن فى العقود الإدارية.