

السداد المباشر كضمانة من ضمانات المتعاقد من الباطن-^(*)

الباحث فائز جمعة محمد الكيكي **د. حسن محمد علي البنان**
أستاذ القانون الإداري المساعد
كلية الحقوق/ جامعة الموصل

أستخلص

يمنح المتعاقد من الباطن ضمانات تمكنه من انجاز التزاماته في تنفيذ العقد وهو مطمئن للحصول على مستحقاته المالية، وتنقسم هذه الضمانات الى ضمانات مقررة بنص القانون لرجوع المتعاقد من الباطن على الادارة مباشرة، و ضمانات غير مباشرة لرجوع المتعاقد من الباطن على الادارة، ومن الضمانات المباشرة التي نص عليها القانون هي السداد المباشر، وهو موضوع دراستنا لهذا البحث، وتقوم على أساس فكرة تولي الادارة مهمة السداد الى المتعاقد من الباطن مباشرة، وتعتبر من الضمانات الاساسية والمهمة التي نص عليها كل من المشرع الفرنسي والعراقي ولم ينظم احكامها المشرع المصري. وعلى الرغم من ان المتعاقد من الباطن يمكنه الرجوع على الادارة مباشرة للحصول على مستحقاته المالية، ويخلق رابطة مباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن، الا ان ذلك لا يعني قيام رابطة عقدية بينهما وفقاً للاتجاه الشائع في فقه القانون العام. الكلمات المفتاحية: السداد المباشر، الضمانات، الدعوى المباشرة.

Abstract

The sub-contractor shall be granted guarantees to enable him to fulfill his obligations in the execution of the contract and he is assured of obtaining his financial dues. The law is the direct payment, which is the subject of our study of this research, and is based on the idea of the administration to pay the task of subcontractor directly, and is one of the basic guarantees and important stipulated by

(*) أستلم البحث في ٢٥/٨/٢٠١٩ *** قبل للنشر في ١٠/١٠/٢٠١٩.

both the French and Iraqi legislator did not regulate its provisions Egyptian law.

Although the subcontractor can refer directly to the administration for its financial dues and create a direct link between the administration and the subcontractor, this does not mean a contractual association between them in accordance with the common trend under common law jurisprudence.

Key words: Direct payment, Safeguards, Direct action.

أقدمية

أولاً : التعريف بأهمية موضوع البحث :

تقوم فكرة السداد المباشر^(١) على أساس تولي الجهة الادارية المتعاقدة مهمة السداد المباشر الى المتعاقد من الباطن، وكان المشرع الفرنسي هو أول من ابتدع فكرة السداد المباشر، فهي ليست حديثة العهد في القانون الفرنسي، اذ تم اقرارها منذ سنة ١٩٥٣، وتم التأكيد عليها بالمرسوم رقم (٣٢٩ / ٧٣) الصادر في فرنسا بتاريخ ١٤ مارس سنة ١٩٧٣، الى أنه أخفق في تحقيق الاهداف التي صدر من أجلها، وقبل انتهاء العمل بهذا المرسوم اخذت السلطات الفرنسية تشعر بحالة المتعاقد من الباطن السيئة، لذا اخذت على عاتقها تحسين الحالة المادية للمتعاقد من الباطن^(٢)، لذلك فقد اصدر المشرع القانون المدني الفرنسي رقم (١٣٣٤ / ٧٥) في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥، وهو القانون المتعلق بالتعاقد من الباطن سواء في نطاق العقود الادارية أم في نطاق العقود الخاصة، والذي تضمن على تنظيم

(١) أطلق بعض الفقه على هذه الضمانة مسمى السداد المباشر، ومنهم د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاوله من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨، ص ١٠٦، وأطلق عليها البعض الآخر مسمى الدفع المباشر، ومنهم د. عادل عبد الرحمن خليل، الاسس العامة لآثار وتنفيذ العقود الادارية، مطبعة الايمان، بدون مكان نشر، بدون سنة طبع، ص ١٤٨، ونحن بدورنا نؤيد مصطلح السداد المباشر.

(2) Taffo(RENE) Universite of paris x – nanterr. MAI. 1981. p. 285.

حقيقي وفعال للسداد المباشر لحماية حقوق المتعاقد من الباطن والمحافظة عليها، واعطى بموجبه للمتعاقد من الباطن الحق في الرجوع الى الجهة الادارية بصورة مباشرة للحصول على مستحقاته المالية عن الاعمال التي قام بتنفيذها بموجب اتفاق العقد من الباطن، لان السداد يعتبر وسيلة من وسائل الحماية للغير التي تمكنه من الحصول على حقوقه المالية المستحقة لدى الادارة^(١)، وحق السداد المباشر منصوص عليه في المادة السادسة من القانون رقم (٧٥ / ١٣٣٤) والذي اشرنا اليه سابقاً، وذلك في الحالات التي لا يمكن اللجوء فيها الى الدعوى المباشرة.

ولم يتطرق المشرع المصري الى نظام السداد المباشر، ولم ينظم القانون الخاص بالمناقصات والمزايدات رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية التعاقد من الباطن أساساً^(٢)، وكذا الحال بالنسبة لموقف القضاء المصري والذي أصدر العديد من الأحكام التي أقرت بعدم مشروعية التعاقد من الباطن مالم يتضمن على موافقة الادارة المسبقة، أما في العراق فلم يشر قانون العقود الحكومية رقم(٨٧) لسنة ٢٠٠٤، ولا تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم(٢) لسنة ٢٠١٤ على حق السداد المباشر للمتعاقد من الباطن، وقد ورد ذكره فقط في شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة ١٩٨٨ في المادة(٦٠) منها.

وتأتي أهمية البحث في موضوع السداد المباشر من حيث أن المتعاقد من الباطن قد يتعرض لمخاطر محققة تتسبب في عدم حصوله على مستحقاته المالية، نتيجة لتعرض المتعاقد الأصلي الى الافلاس أو توقفه عن ممارسة نشاطه لأي سبب من الأسباب، لان المقاول من الباطن هو المنفذ الفعلي للأعمال التي تعاقدت الادارة مع المتعاقد الأصلي لإنجازها، والادارة هي المستفيد الفعلي من هذه الاعمال، وأي خلل في التنفيذ سيعود بالسلب على الادارة، ومن هنا تأتي أهمية السداد المباشر بالنسبة للجهة الادارية، اذ تستطيع من خلاله ممارسة الرقابة والاشراف على من يتولى المساهمة في تنفيذ العقد، وذلك عن طريق الموافقة على شخص المقاول من الباطن للتأكد من مدى توفر الاعتبارات

(١) د. عادل عبد الرحمن خليل، المصدر السابق، ص ١٤٨.

(٢) للمزيد من التفصيل حول موضوع التعاقد من الباطن في العقود الادارية، ينظر د . ايلي مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنازع الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة

الشخصية التي راعتها الادارة عند التعاقد، كما الادارة تستطيع من خلال السداد المباشر أن تحقق نوعاً من التوازن بين شروط العقد الأصلي وشروط العقد من الباطن، لتحقيق نوع من التوازن الاقتصادي بينهما.

ومن أجل كل الاعتبارات المتقدمة وغيرها من الاعتبارات التي دفعنا الى تسليط الضوء على موضوع السداد المباشر، رغم قلة مصادره نظراً لحدائته، وذلك لما له من أهمية واضحة على عملية التعاقد، لما توفره من حماية للمتعاقد من الباطن، وكذلك المصلحة العامة التي تتأثر بمدى الحماية المحققة لهذه الطائفة التي تتولى تنفيذ العقود الادارية مما يعود بالأثر على المصلحة العامة.

ثانياً: مشكلة البحث :

نظم القانون الفرنسي رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥ فكرة السداد المباشر تنظيمياً مبتكراً، يحقق من خلاله مصلحة أطراف العلاقة الثلاثة، وهم كل من الادارة والمتعاقد الاصيلي والمتعاقد من الباطن، وأدى هذا التنظيم الى القضاء على أغلب حالات التعاقد من الباطن الخفي، الا اننا لا نجد مثل هذا التنظيم الدقيق والمفصل للسداد المباشر من قبل المشرع العراقي للمحافظة على حقوق المتعاقد من الباطن.

ثالثاً: نطاق البحث :

بهدف حماية حقوق المتعاقد من الباطن والمتمثلة بمستحققاته المالية، وخشية من تعرضه لمخاطر اقتصادية واجراءات مرهقة وطويلة، وهو بصدد الحصول على مستحققاته في حالة تعرض المتعاقد الاصيلي للإفلاس أو توقفه عن ممارسة نشاطه لأي سبب من الأسباب، ومن أجل ذلك فقد منح المشرع في كل من فرنسا ومصر والعراق ضمانات عدة للمتعاقد من الباطن من أجل حماية حقوقه من الضياع، وعليه فإننا نحدد نطاق دراستنا في البحث عن السداد المباشر كإحدى الضمانات المهمة والفعالة للمتعاقد من الباطن للحصول على مستحققاته بشكل مباشر من الادارة.

رابعاً: هدف البحث:

يهدف البحث الى لفت نظر المشرع العراقي الى الأهمية القانونية لنظام لسداد المباشر وتنظيمه بنصوص قانونية خاصة في قانون العقود الحكومية، نظراً لحدائته الموضوع، وقلة الابحاث والدراسات التي تناولته، ولما له من أهمية في الحفاظ على الصالح العام، ولما يوفره من ضمان حقيقي وفعال لحماية حقوق المتعاقد من الباطن.

رابعاً: منهجية البحث:

جاءت هذه الدراسة تحليلية مقارنة، وذلك من خلال تحليل النصوص التشريعية الخاصة بنظام السداد المباشر، من أجل استخلاص احكام وقواعد عامة تتعلق بالسداد المباشر للمتعاقد من الباطن وكذلك الاحكام القضائية والآراء الفقهية ، كما أن منهجية هذه الدراسة تتجسد بالمقارنة بين القانون الفرنسي رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥ والخاص بالتعاقد من الباطن، وقانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية، وقانون العقود الحكومية العراقي رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤ وكذلك شروط المقاوله لأعمال الهندسة لمدينة لسنة ١٩٨٨.

خامساً: هيكلية البحث:

من أجل الاحاطة بجميع الجوانب القانونية المتعلقة بموضوع هذا البحث فلقد

اعتمدنا الهيكلية التالية :-

المبحث الأول/ ماهية السداد المباشر ونطاق تطبيقه .

المطلب الأول/ ماهية السداد المباشر .

الفرع الأول/ مفهوم السداد المباشر .

الفرع الثاني/ الطبيعة القانونية للسداد المباشر .

المطلب الثاني/ نطاق تطبيق السداد المباشر .

الفرع الأول/ الوضع السابق على صدور القانون (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥.

الفرع الثاني/السداد المباشر في ظل قانون (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥.

المبحث الثاني/ شروط السداد المباشر واجراءاته .

المطلب الأول/ شروط السداد المباشر .

الفرع الأول/ موافقة الادارة على التعاقد من الباطن .

الفرع الثاني/ قبول الادارة على شرط السداد المباشر .

الفرع الثالث/ تجاوز قيمة العقد من الباطن حداً مالياً معين .

المطلب الثاني/ اجراءات السداد المباشر .

الفرع الأول/المسؤول عن تقديم طلب الموافقة والقبول .

الفرع الثاني/ الجهة المختصة بمنح الموافقة والقبول .

الفرع الثالث/ ميعاد تقديم طلبات الموافقة والقبول .

الفرع الرابع/ مظاهر الموافقة والقبول.

البحث الأول

ماهية السداد المباشر

لقد نظم القانون الفرنسي رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥ فكرة السداد المباشر انطلاقاً من أسس جديدة تسمح بتحقيق مصلحة اطراف العلاقة الثلاثة، فهو يحقق مصلحة الادارة من خلال تمكينها من متابعة الاشراف والرقابة على من يتولى المساهمة في تنفيذ العقد الاداري، كما انه يحقق مصلحة المقاول الاصلي بأن رفع عن عاتقه مسؤولية دفع المستحقات المالية للمقاول من الباطن مقابل ما قام به من اعمال، كما و يحقق مصلحة المقاول من الباطن من خلال منحه وسيلة قانونية للحصول على مستحقاته المالية من الادارة بصورة مباشرة لقاء ما نفذه من التزامات، بصورة تجعله مطمئناً للحصول على مستحقاته، وذلك انطلاقاً من مقدرة الادارة على السداد المباشر، وتجدر الاشارة الى ان السداد المباشر نظام اخذ به المشرع الفرنسي والعراقي، ولم يأخذ به المشرع المصري، وعلى ضوء ما تقدم سنقسم هذا المبحث الى على النحو التالي :

الفرع الأول

ماهية السداد المباشر

لدراسة موضوع ماهية السداد المباشر يتعين علينا أن نبين مفهومه وكذلك تحديد الطبيعة القانونية للسداد المباشر، والتي يمكن من خلالها معرفة فيما اذا كان من شأن السداد المباشر أن ينشئ علاقة عقدية مباشرة بين الادارة والمقاول من الباطن، أم أنها تنشئ علاقة مباشرة لكنها ليست ذات طبيعة عقدية، وعلى النحو التالي :

أولاً: مفهوم السداد المباشر :

تقوم فكرة السداد المباشر كما ذكرنا سابقاً على اساس تولي الجهة الادارية مهمة الدفع المباشر للمقاول من الباطن، فهو وكما يدل عليه اسمه اجراء يسمح للمقاول من

الباطن بالاتصال بشكل مباشر بالإدارة بغية الحصول على المقابل المالي لما قام به من التزام، بموجب اتفاق العقد من الباطن^(١).

والسداد المباشر ليس جديداً في القانون الفرنسي، حيث لم ينشأ لأول مرة بالقانون رقم (٧٥ / ١٣٣٤) الصادر في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥، إذ جاء النص عليه في المرسوم الصادر بتاريخ ١١ مايو سنة ١٩٥٣، لكن فكرة السداد المباشر كانت مقصورة على حالات التعاقد من الباطن التي تزيد فيها قيمة العقد على (٣٠) الف فرنك فرنسي، بالإضافة الى انه كان ذو طبيعة اختيارية، كما وعرفه المرسوم الصادر في ١٤ مارس ١٩٧٣، لكنه أخفق في تحقيق الاهداف المرجوة منه، الامر الذي ادى الى دفع المشرع الفرنسي الى اصدار القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) الصادر في ٣١/١٢/١٩٧٥، والذي تضمن على أحكام حقيقية وفعالة للسداد المباشر، والذي اصبح بموجبه ضمانه حقيقية للحفاظ على حقوق المتعاقد من الباطن^(٢).

اما بالنسبة الى العراق، فقد اشارت شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية لسنة ١٩٨٨ في المادة (٦٠) منه، وكذلك شروط المقاوله لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية في المادة (٤٠) بنص مشابه، على حق السداد المباشر (الدفع المباشر) الى المقاول الثانوي^(٣).

(١) ناصر سيد أحمد محمد هلال، الطبيعة القانونية للعلاقة بين الجهة الادارية والمقاول من الباطن، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة ٢٠١٧، ص ٣٠٣.

(2) Taffo.op. cit. p 288 .

(٣) نصت الفقرة الثالثة من المادة (٦٠) من شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية في العراق على: قبل اصدار أية شهادة بموجب المادة الثانية والستين من هذه الشروط تتضمن دفع أي مبلغ يتعلق بالعمل المنجز أو البضاعة او الخدمات المجهزة من أي مقاول ثانوي مسمى للمهندس الحق في ان يطلب من المقاول الدليل الكافي بان جميع المبالغ ناقصاً الاستقطاعات النقدية التي تضمنتها شهادات الدفع السابقة فيما يتعلق بالعمل او البضائع او الخدمات الخاصة بمثل هذا المقاول الثانوي المسمى قد دفعت او سددت من المقاول في حالة عدم دفعها او تسديدها فلصاحب الحق في ان يدفع الى =

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للسداد المباشر

يعمل السداد المباشر على السماح للمقاول من الباطن بمطالبة الادارة مباشرة بدفع المقابل المالي لما قام به من اعمال، بمقتضى اتفاق العقد من الباطن، ومن خلال ذلك ينشأ رابطة قانونية مباشرة بين الادارة والمقاول من الباطن، ومن ثم فان هذا يعني نشوء مدين جديد، وتحول في الذمة المالية للمقاول الاصلي لمصلحة المقاول من الباطن، فيما يخص الجزء الذي تولى تنفيذه بموجب اتفاق العقد من الباطن^(١)، وذلك بعكس الدعوة المباشرة^(٢) التي تستند الى الذمة المالية للمتعاقد الاصلي، فتمنح المقاول من الباطن ضمان خاص ومباشر على الديون التي يمكن أن تنجم عن العقد.

=المقاول الثانوي المسمى مباشرة بموجب شهادة من المهندس جميع المبالغ ناقصاً الاستقطاعات النقدية بموجب المقابلة الثانوية التي لم يدفعها المقاول الى المقاول الثانوي المسمى وان ينزل المبالغ المدفوعة من اية مبالغ مستحقة او ستصبح مستحقة للمقاول كل ذلك ما لم يتم المقاول بإبلاغ المهندس تحريراً بأن لديه اسباباً معقولة في حبس أو رفض دفع تلك المبالغ ويقدم للمهندس الدليل الكافي بأنه قد ابلغ المقاول الثانوي المسمى بذلك تحريراً"

(١) ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(٢) نصت المادة (٨٨٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه:-

"١- يكون للمقاول الثانوي وللعمال الذين اشتغلوا لحساب المقاول الاول في تنفيذ العمل حق مطالبة صاحب العمل مباشرة بما لهم في ذمة المقاول، بشرط أن لا يتجاوز القدر الذي يكون مديناً به للمقاول الاصلي وقت رفع الدعوى، ويكون لعمال المقاول الثانوي مثل هذا الحق قبل كل من المقاول الاصلي وصاحب العمل.

٢- ولهم في حالة توقيع الحجز من احدهم على ما تحت يد صاحب العمل أو المقاول الاصلي امتياز على المبالغ المستحقة للمقاول الاصلي أو للمقاول الثانوي وقت توقيع الحجز، ويكون الامتياز لكل منهم بنسبة حقه ويجوز أداء هذه المبالغ اليهم مباشرة.

٣- وحقوق المقاول الثانوي والعمال المقررة في هذه المادة مقدمة على حقوق من يتنازل له المقاول عن حقه قبل صاحب العمل".

من خلال ما سبق يمكننا تحديد أهم النتائج التي تترتب على السداد المباشر و على النحو التالي:

أولاً: السداد المباشر ينشئ علاقة مباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن :

من حيث المبدأ ان اتفاق العقد من الباطن يقتصر طرفاه على المتعاقد الاصيلي والمتعاقد من الباطن، وتكون الادارة خارجة عن هذا الاتفاق، فهي تعد بمثابة الغير بالنسبة للعقد من الباطن، الا ان السداد المباشر من شأنه ان يخلق رابطة قانونية مباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن، وتتولد هذه الرابطة من خلال عقد خاص خارج نطاق اتفاق العقد من الباطن، ينص فيه على حق السداد المباشر، من خلال موافقة الادارة على المتعاقد من الباطن وقبولها بشروطه المتعلقة بالسداد المباشر وفقاً لأحكام القانون الفرنسي رقم (٧٥ / ١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥، والذي يمكن المتعاقد من الباطن من الحصول على المقابل المالي المستحق له من جراء قيامه بتنفيذ التزاماته بموجب اتفاق العقد من الباطن^(١).

ويرى الفقيه الفرنسي تامبا (Tamba) ان الدعوة المباشرة تختلف عن السداد المباشر في أن العلاقة المباشرة تكون بين الادارة والمتعاقد من الاصيلي لا بينها وبين المتعاقد من الباطن، ولا حاجة لوجود عقد خاص يبرم خارج نطاق اتفاق العقد من الباطن، كما ان الدعوى المباشرة تمارس من اجل الحصول على المبالغ التي تكون الادارة مدينة بها للمتعاقد الاصيلي، مقابل التزامه بتنفيذ العمل في جملته، وفي الوقت نفسه يكون المتعاقد من الباطن دائماً للمتعاقد الاصيلي لما اداه من التزامات بموجب اتفاق العقد من الباطن^(٢).

ومما تجدر الاشارة اليه، اذا كان السداد المباشر من شأنه أن يخلق علاقة قانونية مباشرة بين الادارة وبين المتعاقد من الباطن، فأن هذا الامر محل خلاف عما اذا كانت هذه

(1) Article 6 "Le sous – traitant direct du titulaire du marche qui ete accepte et don't les conditions de paiement not ete agrees par le maître de l'ouvrage, est paye directement par lui pour la part du marche don't il assure l'execution ."

(٢) د. نجم حمد الاحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس سنة ٢٠٠١، ص ٢٨٤.

العلاقة عقدية ام انها لا ترتقي الى ذلك، وتقتصر على ايجاد العلاقة المباشرة ولكنها ليست من طبيعة عقدية، وانقسم الفقه والقضاء الى اتجاهين بين مؤيد ومعارض ولكل منهم حججه وأسانيده وكما يلي :

الاتجاه الاول: يرى أن العلاقة بين الادارة والمتعاقد من الباطن علاقة غير عقدية :

يرى انصار هذه الاتجاه الى أن الروابط التي يخلقها السداد المباشر بين المتعاقد من الباطن والادارة علاقة غير عقدية، وهذا الاتجاه سائد في الفقه والقضاء الفرنسي الاداري، حتى في حالة موافقة الادارة المسبقة على ابرام العقد من الباطن.

ففيما يتعلق بالأحكام القضائية، فلقد أقر مجلس الدولة الفرنسي العديد من الاحكام بهذا الخصوص ومنها حكمها الصادر في ٢ فبراير سنة ١٩٧٩ والذي نص على أن "الدفع المباشر لا يرتب أية التزامات عقدية حيال الطرفين، فلا تستطيع الادارة رفع أية دعوى ضد المقاول من الباطن نتيجة لسوء تنفيذ الاعمال"^(١)، وفي حكم اخر لها والصادر في ١٦ مارس سنة ١٩٨٧ والذي نص على أنه "أن الحق الممنوح الى المتعاقد من الباطن في اقتضاء مستحقاته مباشرة من قبل رب العمل عن الاعمال التي قام بتنفيذها، أو البضائع التي تم توريدها لا ينشئ أية رابطة عقدية بينه وبين الادارة"^(٢).

وفيما يتعلق بأهم الآراء الفقهية، فقد ذهب الفقيه الفرنسي دي لوبادير الى ان العلاقة بين المتعاقد من الباطن والادارة (رب العمل) هي علاقة مباشرة تقتصر على استحصال الحقوق المالية فقط، دون أن تخرج عن هذا النطاق^(٣)، اما على صعيد الفقه

(١) حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢ فبراير سنة ١٩٧٩ في قضية (socentreprisoul) نقلاً عن ناصر سيد احمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٠٦.

(٢) نقلاً عن د. نجم حمد الاحمد، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

(3) A.Delaubadere, op. cit., p. 116.

العربي فيرى الدكتور وليد فاروق جمعة "أن العلاقة بين المفاوض من الباطن والادارة هي علاقة غير عقدية، ولكنها علاقة مباشرة تقتصر على اقتضاء المقابل المالي فقط"^(١).

ويلاحظ مما تقدم أن القضاء الاداري الفرنسي والفقهاء قد خلصوا الى الدفع المباشر الذي اشار اليه القانون الفرنسي رقم (١٣٣٤/٧٥) الذي خول المتعاقد من الباطن بالرجوع على الادارة لم ينشئ أية رابطة عقدية بين الطرفين.

الاتجاه الثاني: يرى أن العلاقة بين الادارة والمتعاقد من الباطن من طبيعة عقدية:

يرى اصحاب هذا الاتجاه ان الرابطة التي يخلقها السداد المباشر بين المتعاقد من الباطن والادارة علاقة من طبيعة عقدية، وسنتطرق الى اهم الاحكام القضائية والآراء الفقهية في فرنسا والتي تؤيد هذا الاتجاه.

فقد صدرت بعض احكام القضاء الفرنسي التي تؤيد وجود رابطة عقدية بين الادارة والمتعاقد من الباطن ومنها حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٢١ يونيو سنة ١٩٨٨ الذي يقر بوجود علاقة عقدية تربط بين المتعاقد من الباطن والادارة، استناداً الى عقد المقاول الاصيلي الذي يربط المتعاقد الاصيلي بالادارة، بالرغم من عدم وجود عقد يربط بينهما^(٢).

اما أهم الآراء الفقهية التي تؤيد هذا الرأي، هو ما ذهب اليه الفقيه الفرنسي روليت (Roulet) بقوله، وان كان اتفاق التعاقد من الباطن لا يترتب عليه أي علاقة عقدية مباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن، لان الادارة تكون من الغير عن اتفاق التعاقد من الباطن، كما أن المتعاقد من الباطن يبقى غريباً عن العقد الاداري الاصيلي، الا ان السداد المباشر من شأنه أن يخلق رابطة عقدية بين المتعاقد من الباطن والادارة، لأنه من المتفق عليه وفقاً لأحكام القانون الخاص أن تلاقي ارادتين على عمل معين يؤدي الى نشوء رابطة عقدية، والسداد المباشر وفقاً لأحكام قانون ١٩٧٥/١٢/٣١، يجسد هذا التلاقي، فالمتعاقد

(١) د. وليد فاروق جمعة، حماية المفاوض من الباطن في اطار عقد الاشغال العامة، اطروحة

دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة ٢٠٠٠، ص ١٥٢.

(٢) أشار اليه، ناصر سيد احمد محمد هلال، المصدر السابق، ص ٣٠٩.

من الباطن يعلم بأنه يستفيد من هذا الحق، كما ان الادارة تعلم بالتزامها بالسداد، ومع ذلك توافق الادارة على التعاقد من الباطن وتقر شروط السداد المباشر للمتعاقد من الباطن^(١)، الا ان الرأي الذي قال به (Roulet) تعرض للنقد، كون مجلس الدولة الفرنسي ينفى دائماً وجود أي علاقة عقدية مباشرة بين المتعاقد من الباطن والادارة، كما ان الراي السابق كان عرضة للنقد من قبل بعض الفقه، لان القانون عندما يمنح المتعاقد من الباطن حماية معينة، فانه لا يقصد من ذلك انشاء علاقة عقدية مباشرة بين الادارة والمتعاقد من الباطن^(٢). علاوة على ذلك فان العقد هو وليد الارادة الحرة لطرفيه، وليس للنصوص القانونية، بالإضافة الى ان التعاقد ينبغي أن يشتمل على اتفاق طرفيه على كافة الجزئيات و عموميات العقد، ومجرد قبول الادارة لشخص المتعاقد من الباطن، وعلمها بشروط السداد المباشر، فإنه لا يرقى الى مرتبة العقد^(٣).

ويتبين من كل ما تقدم ان المشرع الفرنسي عندما نظم احكام السداد المباشر في القانون الصادر في ١٩٧٥/١٢/٣١، فانه قد خلق من ذلك علاقة عقدية بين الادارة والمتعاقد من الباطن، لأن موافقة الادارة على التعاقد من الباطن والتأكد من توفر المقومات الشخصية فيه، وتنازلها عن مفهومها الخاص بالاعتبار الشخصي، من خلال الموافقة بقيام غير المتعاقد الاصلي بالمساهمة في تنفيذ العقد الاداري، فإنه كما رأينا سابقاً أن السداد المباشر يعمل على تغيير في شخص المدين، كما أن اطلاق جهة الادارة على العقد من الباطن والموافقة على شروطه والتأكد من مدى ملائمتها للعقد الاصلي، فإنها تبعاً لذلك تكون موافقة على شروط السداد المباشر للمتعاقد من الباطن جراء قيامه بتنفيذ هذا الجزء من العقد الاصلي، لذلك فان المتعاقد من الباطن لا يستفيد من حق السداد المباشر الا اذا قام بتنفيذ التزامه الوارد في عقد المقاولة من الباطن، لان الادارة لا تدفع للمتعاقد من الباطن

(1) Roulet. (voldo). sous –traitance : Retour au classicisme, les petites affiches, 14 oct, 1988, no 124, p. 14-15.

(٢) د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢، ص ١٣٨.

(٣) د. أحمد فتح الله أبو سكينه، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الاداري، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة ١٩٩٥، ص ٣٣٨.

على سبيل التبرع، وانما تدفع له هذه المبالغ استناداً لالتزامها العقدي بالدفع في العقد الاصيلي، كما أن المتعاقد من الباطن لا يستطيع مطالبة الادارة بالسداد المباشر الا اذا قام بتنفيذ التزاماته التعاقدية في العقد من الباطن، التي هي جزء من الالتزامات الواردة في العقد الاصيلي، فهنا نكون أمام التزامان متقابلان من قبل الادارة والمتعاقد من الباطن، وهذان الالتزامان هي التزامات عقدية، وعليه فلا يمكن للإدارة الامتناع عن السداد المباشر للمتعاقد من الباطن اذا استوفى شروط السداد المباشر، ويعد ذلك اجباراً من المتعاقد من الباطن للجهة الادارية نحو تنفيذ التزامها بالدفع، وهذا الالتزام يعد التزاماً عقدياً بموجب العقد الاداري الاصيلي.

ولذلك يذهب الباحث الى تأييد ما ذهب اليه اصحاب الاتجاه الأول، من حيث عدم وجود رابطة عقدية بين الادارة والمتعاقد من الباطن، لكنها علاقة قانونية مباشرة تقتصر على الحصول على المقابل المالي من الادارة ، ومقيدة بشرط موافقة الادارة المسبقة على المتعاقد من الباطن، ونأمل من المشرع العراقي أن يسير على خطى المشرع الفرنسي من حيث تنظيم احكام السداد المباشر للمتعاقد من الباطن بصورة تفصيلية وواضحة.

ثانياً السداد المباشر يحدث تغييراً في شخص المدين :

من أهم النتائج التي تترتب على السداد المباشر هي حدوث تغيير في شخص المدين، وبموجب أحكام القانون الفرنسي المرقم (٧٥ / ١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥، نجد أن الادارة تصبح هي المدينة في مواجهة المتعاقد من الباطن، لان المدين بالمقابل المالي للمتعاقد من الباطن لما نفذه من التزامات بموجب اتفاق العقد من الباطن، لا يكون المتعاقد الاصيلي، وانما تكون الجهة الادارية المتعاقدة هي المدين في كل مرة يتم فيها ابرام صك خاص بشروطي القبول والاعتماد، ولا يعني ذلك أن المتعاقد الأصلي يصبح من الغير، وحلول الادارة محله بالكامل، وانما يعود الامر الى ان السداد المباشر من شأنه أن يولد رابطة قانونية بين الادارة والمتعاقد من الباطن، بما يمكن المتعاقد من الباطن من الحصول على المقابل المالي المستحق له^(١).

(١) ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٥٥.

اما في الدعوى المباشرة فلا يحدث أي تغيير في شخص المدين^(١)، لان الدعوة المباشرة هي دعوة مساعدة، تسمح لدائن المتعاقد الاصيلي (المتعاقد من الباطن) بالرجوع بصورة مباشرة على الادارة صاحبة العمل، وفقاً للشروط التي ينص عليها القانون، وبقدر المبالغ المستحقة للمتعاقد الاصيلي في ذمة الادارة (صاحبة العمل)^(٢).

ثالثاً: السداد المباشر ينشئ لمصلحة المتعاقد من الباطن حقاً غير متنازع فيه على المبالغ المستحقة بموجب صك التعاقد من الباطن :

يترتب على السداد المباشر السماح للمتعاقد من الباطن باستيفاء المقابل المالي من الادارة دون أن يزاحم في ذلك الدائنين الممتازين أو العاديين للمتعاقد الاصيلي، وعلى وجه الخصوص يكون هذا الوضع في حالة التعاقد من الباطن الذي يحظى بموافقة الادارة^(٣)، ومن هنا يتبين أنه يترتب على السداد المباشر نشوء حق حصري للمتعاقد من الباطن، وهذا الحق يتمثل بدين محدد للمتعاقد من الباطن بقدر ذلك الجزء من الاعمال التي قام بتنفيذها بمقتضى اتفاق العقد من الباطن انطلاقاً من مبدأ العلانية والشفافية في العلاقة بين اطراف رابطة التعاقد من الباطن^(٤).

(١) للمزيد حول موضوع الدعوى المباشرة ينظر في ذلك، أحمد محمد الحوامدة؛ عيسى غسان الرضي، دور الدعوى المباشرة في الحفاظ على حقوق الدائنين، دراسة للتشريعات الاتحادية بدولة الامارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٦، العدد ١، ٢٠١٩.

(2) Tamba. La protection du sous – traitant dans la carte des marches publics, these. Lyon. 1987. p 110.

(٣) نجم حمد الأحمد، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

(٤) ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٦٦.

المطلب الثاني

نطاق تطبيق السداد المباشر

أشارت المادة الرابعة من القانون رقم (٧٥ / ١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥ الى نطاق السداد المباشر، وقد نصت هذه المادة على أن: "السداد المباشر يطبق بالنسبة للعقود المبرمة من قبل الدولة، والهيئات المحلية، والمؤسسات والمشاريع العامة"، ومن خلال النص السابق يتبين أن نطاق تطبيق السداد المباشر يستند في الأساس على نوعية صاحب العمل (الإدارة)^(١)، ومن ثم فإن العقود التي أبرمت من خلال اشخاص القانون الخاص لا تستطيع الاستفادة من السداد المباشر، الا في حالة واحدة، وهي حالة العقود المبرمة من قبل احدى المشروعات العامة، حيث تعامل في هذه الحالة معاملة العقود الادارية، كونها تمارس نشاطاً اقتصادياً تم الاعتراف له بصفة المصلحة العامة، وهذا ما بينته المادة العاشرة من القانون رقم (٧٥ / ١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥، حيث اوضحت أن السداد المباشر انما يتعلق بالعقود التي أبرمت عن طريق اسلوب المناقصة العامة، أو المزايدة العامة^(٢).

وتجدر الاشارة الى أن الامر لم يختلف كثيراً فيما يتعلق بنطاق السداد المباشر سواء قبل صدور هذا القانون أو بعد صدوره، إذ أن الامر ما زال يتعلق بالعقود الادارية بشكل اساسي، ولم يشمل الا نوعاً واحداً من عقود القانون الخاص، وهي العقود التي يكون فيها رب العمل مشروعاً عاماً، وعليه سنتناول بالدراسة الوضع السابق على صدور القانون (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥ ومن ثم السداد المباشر في ظل القانون الفرنسي رقم (١٣٣٤/٧٥) السالف الذكر.

الفرع الأول

الوضع السابق على صدور القانون (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥

كان الوضع في الفترة السابقة على صدور القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) فيما يتعلق بالسداد المباشر لا يرتبط بصفة رب العمل، وانما يرتبط بنوع العقد، إذ كانت القواعد

(١) ينظر نص المادة الرابعة من القانون الفرنسي رقم (٧٥ / ١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥.

(٢) د. نجم حمد الاحمد، المصدر السابق، ص ٢٨٨.

المطبقة على العقود الادارية تسمح للمتعاقد من الباطن باللجوء الى الادارة مباشرة لاقتضاء حقوقه لقاء ما قام بتنفيذه من اعمال^(١).

أولاً: السداد المباشر في نطاق العقود الادارية :

جاء النص على مبدأ السداد المباشر بمقتضى المادة (٩٠) من مرسوم ٢٥ يوليو لسنة ١٩٦٠، وكان الحق في السداد المباشر قاصراً على العقود التي تبرم بواسطة الهيئات المحلية والمؤسسات العامة، بالإضافة الى انه كان يقتصر على فئتين من العقود الادارية وهما عقدي التوريد والاشغال العامة، اذ يمكن للمتعاقد من الباطن الحصول على مستحقاته المالية مباشرة من الجهة الادارية، بشرط أن يوافق المتعاقد الاصلي على ذلك، ومن خلال ما تقدم يتبين أن النصوص التي كانت تنظم حق السداد المباشر قبل صدور قانون ١٩٧٥/١٢/٣١، لم تكن تربط بين الحق في السداد المباشر وصفة رب العمل، ومرد ذلك وفقاً لما يذهب اليه بعض الفقه^(٢). هو وجود بعض العقود الخاصة التي يكون احد اطرافها شخصاً من أشخاص القانون العام، ولا ينطبق عليها نظام السداد المباشر.

ثانياً: السداد المباشر في نطاق العقود الخاصة :

ان الاخذ بنظام السداد المباشر في نطاق عقود القانون الخاص لم يكن مستحيلاً، لكنه كان نادر الوقوع، حيث كان يرتبط الاخذ به برغبة رب العمل في سداد المستحقات المالية للمتعاقد من الباطن مباشرة، لقاء ما قام به من اعمال، وخاصة في الحالات التي تكون فيها الاوضاع المالية للمتعاقد الاصلي غير مستقرة، فيرغب رب العمل في السداد المباشر كي لا يتوقف العمل، ويكون المتعاقد من الباطن مطمئناً بالحصول على مستحقاته، لذلك فان الحق في السداد المباشر بالنسبة للعقود الخاصة، كان مرتبطاً برغبة رب العمل في الاخذ به، ولا يستند الى نصوص قانونية ملزمة^(٣).

(١) د. وليد فاروق جمعة، مصدر سابق، ص ٢٧٣.

(2) Tamba.op. cit. p. 35 – 36.

(٣) ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٤٧.

الفرع الثاني

السداد المباشر في ظل قانون (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥

بينت المادة الرابعة من القانون (١٣٣٤/ ٧٥) لسنة ١٩٧٥، نطاق تطبيق السداد المباشر، وربطت بينه وبين صفة رب العمل، وقد أوردت في هذه المادة على سبيل الحصر الحالات التي يستفيد منها المتعاقد من الباطن من السداد المباشر، وهذه الحالات تشمل اربعة طوائف من العقود الادارية وهي كل من :

أ- العقود التي تبرمها الدولة.

ب- العقود التي تبرمها الهيئات المحلية.

ت- العقود التي تبرمها المؤسسات العامة سواء كانت ادارية او صناعية او تجارية^(١).

ث- العقود التي تبرمها الشركات العامة.

ومن خلال ما أكدته المادة سالفة الذكر، يتبين أن الفئات الثلاثة الاولى لا تثير أي صعوبة تذكر بخصوص العقود المبرمة من قبلها، الا ان الامر مختلف بالنسبة للنوع الرابع وهي العقود التي تبرمها الشركات العامة، اذ تباينت بصددها الاحكام القضائية والآراء الفقهية، والسبب في ذلك هو ان الشركة العامة ليس لها طبيعة محددة، وهذه الشركات وان كانت من اشخاص القانون الخاص، الا انها تمتلك اهدافاً اخرى، وهذه الاهداف تجعل منها منظمات مكلفة من قبل القانون العام للقيام بنشاط يخدم الصالح العام^(٢).

ويمكن تحديد فكرة المشروع العام الذي تقوم به الشركات العامة، وفقاً لما ورد في مؤتمر بروكسل سنة ١٩٦٣، حيث اعتبر المشروع العام بانه : ذلك المشروع الذي تمتلك

(١) من امثلة المؤسسات العامة في فرنسا : نذكر المؤسسات العامة ذات الطبيعة الادخارية، كالمصرف الوطني للادخار، والمؤسسات العامة المحلية ذات الطبيعة الادارية كالأقاليم والمستشفيات العامة، والمؤسسات العامة ذات الطبيعة الصناعية والتجارية د. نجم حمد الاحمد، مصدر سابق، ص ٢٩١.

(٢) د. وليد فاروق جمعة، مصدر سابق، ص ٢٨٠.

الدولة مجموع رأسماله، وسواء كان ذا طبيعة صناعية أو تجارية أو كان مشروعاً مؤمماً، أو حتى في حالة ما اذا كانت مؤسسة عامة ذات طبيعة ادارية، طالما كانت تمارس نشاطاً اقتصادياً^(١)، كما ويمكن تحديد هذه الفكرة من خلال المرسوم الصادر عن وزارة المالية الفرنسية سنة ١٩٤٦، وفي المادة ٥٦ من القانون الصادر في ١/٦/١٩٤٨، التشريع المالي لسنة ١٩٧٦، حيث ورد في هذه التشريعات السالفة الذكر تعداد حصري للمشروعات العامة ويمكن اجمالها بما يلي : المكاتب الصناعية والتجارية، المشروعات المؤممة، شركات الاقتصاد المختلط، الشركات التي تملك الدولة بشكل منفرد أو مجتمع اكثر من نصف رأسمالها، الشركات التي تستفيد من معونات مالية من الدولة، تجمعات المصالح الاقتصادية التي يغلب عليها الطابع العام، الشركات التي تملك الدولة معظم رأسمالها، والشركات التي تكون مملوكة للدولة والتي تكون خاضعة لرقابة ديوان المحاسبات، واخيراً الشركات التي تأخذ شكل التعاون الوطني^(٢).

وقد أكدت محكمة الاستئناف الجمركية في باريس، في حكم لها صدر سنة ١٩٨٥، الى أنه: "نظراً لعدم توافر صفة المشروع العام في رب العمل فأن المتعاقد من الباطن ليس له الحق في أن يطالب بالسداد المباشر بواسطة رب العمل"^(٣).

وفي مصر كما ذكرنا سابقاً ان المشرع المصري لم يعرف السداد المباشر، كما أن قانون تنظيم المناقصات والمزايدات النافذ ولائحته التنفيذية لم ينظم حق السداد المباشر كما فعل المشرع الفرنسي، ووقف المشرع المصري موقف العداء بالنسبة للمقاولين من الباطن ونظر اليهم نظرة الشك والريبة، وأصدر بحقهم العديد من الأحكام التي أقرت عدم مشروعية التعاقد من الباطن مالم يقترن بموافقة الادارة على التعاقد^(٤).

(١) د. مصطفى كمال وصفي، التكييف القانوني للمشروعات العامة، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية، السنة الثالثة عشر، العدد الاول، ١٩٧١، ص ٧.

(٢) د. نجم حمد الاحمد، مصدر سابق، ص ٢٩٤ وما يليها.

(3)Tamba.op. cit. p. 52.

(٤) ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٧٦ - ٣٧٧.

اما في العراق فقد نصت شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية في الفقرة الثالثة من المادة (٦٠) منها، أن لرب العمل الحق في أن يدفع للمقاول من الباطن المسمى بموجب شهادة من المهندس جميع المبالغ، ما لم يبلغ المقاول الاصلي المهندس بصورة تحريرية أن لديه اسباباً معقولة لامتناعه عن دفع تلك المبالغ .

المبحث الثاني

شروط السداد المباشر واجراءاته

نص القانون الفرنسي رقم (١٣٣٤/٧٥) الصادر في ٣١/١٢/١٩٧٥ في المواد (٣) ، ٥ ، ٦ على شروط السداد المباشر واجراءاته، لذا سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين سنتناول في المطلب الأول شروط السداد المباشر، ثم نتناول بعد ذلك اجراءات السداد المباشر في المطلب الثاني وعلى النحو التالي :

المطلب الأول

شروط السداد المباشر

يتطلب من المتعاقد الاصلي الذي يرغب في التعاقد من الباطن أن يحصل على موافقة الادارة على التعاقد من الباطن، وقبولها بشروط السداد المباشر، بالإضافة الى تجاوز قيمة العقد من الباطن حداً مالياً معيناً، وسنأتي الى دراسة هذه الشروط تباعاً وعلى النحو التالي : -

الفرع الأول

موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن

تهدف موافقة الادارة على التعاقد من الباطن الى تعريف الادارة على شخص المتعاقد من الباطن الذي يرغب المتعاقد الاصلي أن يوكل اليه تنفيذ جزء من العقد الاصلي، وهذا ما أكدته نص المادة (٣) من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) لعام ١٩٧٥ الفرنسي^(١)، وهذه الموافقة هي التي تمنح الادارة حق ممارسة سلطتها التقديرية في قبول أو

(١) نصت المادة (٣) من القانون الفرنسي رقم (١٣٣٤/٧٥) الصادر في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥ على انه " المتعاقد الاصلي الذي يرغب في تنفيذ العقد من الباطن عن طريق متعاقد =

رفض المتعاقد من الباطن الذي لا تتوافر فيه الاعتبارات الشخصية التي تعول عليها الادارة عند ابرام اتفاق العقد من الباطن^(١)، من مقدرة مالية، وكفاءة فنية، وحسن السيرة والسمعة وغيرها من الاعتبارات الشخصية، وكل ذلك من اجل أن تطمئن الادارة الى أن الاعمال التي ينوي المتعاقد الاصلي ان يتعاقد على تنفيذها من الباطن، سوف يتم انجازها على نفس الدرجة من الكفاءة والمقدرة اذا ما تم تنفيذها من قبل المتعاقد الاصلي، وذلك ضماناً لحسن تنفيذ العقد، ومن ثم حسن سير المرفق العام^(٢)، وعليه اذا وافقت الادارة على التعاقد من الباطن وتم قبول المتعاقد من الباطن، وفقاً لما منصوص عليه في اتفاق التعاقد من الباطن، فإنه يحق للمتعاقد من الباطن الحصول على مستحقاته المادية بشكل مباشر من الادارة، وذلك مقابل ما قام به من التزامات بموجب اتفاق العقد من الباطن، ويكون السداد المباشر للمتعاقد من الباطن بصرف النظر عن وضع المتعاقد الاصلي المالي، سواء كان في حالة يسر أو في حالة تعرضه للإفلاس أو التصفية القضائية^(٣).

وبالرجوع الى الفقرة أولاً من المادة (٣) من القانون الفرنسي رقم (١٣٣٤/٧٥) أنه في حالة تطبيقه بصورة صحيحة فإنه سوف يقضي على حالات التعاقد من الباطن الخفي، لكن بالرجوع الى الفقرة ثانياً من نفس المادة السالفة الذكر، لوجدنا انها تقول انه في حالة غياب القبول أو اعتماد الادارة لشروط السداد المباشر فان المتعاقد الاصلي يلتزم في مواجهة المتعاقد من الباطن بمقتضى اتفاق التعاقد من الباطن، لكن المتعاقد الاصلي لا يستطيع التمسك بهذا الاتفاق في مواجهة المتعاقد من الباطن^(٤)، ومن ثم فان المشرع الفرنسي قد اضى نوعاً من الحماية للمتعاقد من الباطن حتى في حالة التعاقد من الباطن

= أو عدة متعاقدين من الباطن، يجب عليه وقت ابرام العقد أو خلال زمن تنفيذه، أن يحصل على موافقة رب العمل على كل متعاقد من الباطن، وقبول رب العمل لشروط الدفع بالنسبة لكل عقد من الباطن، كما يلزم المتعاقد الاصلي باطلاع رب العمل على كل عقد من عقود المتعاقدين من الباطن متى طلب منه ذلك...".

(١) للمزيد حول الموضوع ينظر د . مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري

(دراسة مقارنة) ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥.

(٢) د. وليد فاروق جمعة، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(٣) د. نجم حمد الاحمد، مصدر سابق، ص ٣٠٤.

(٤) ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٢٢.

الخفي، وعليه فان السداد المباشر هي وسيلة تتيح للإدارة التحقق من العلاقة بين المتعاقد الأصلي والمتعاقد من الباطن قد تمت بشكل متوازن، اذا ما اخذنا بعين الاعتبار أن الطرف الاضعف في هذه العلاقة غالباً ما يكون المتعاقد من الباطن، ومن أجل ذلك ذهب الفقيه الفرنسي مودرن (Moderne) الى القول "الامر هنا يتعلق بقاعدة جديدة تقتضي تدخلاً حقيقياً لجهة الادارة في اتفاق العقد من الباطن، حماية للمتعاقد من الباطن، حيث شرع شرط القبول لكي يتعرف رب العمل على ما اذا كانت شروط السداد الواردة في العقد من الباطن تختلف عن تلك الشروط الممنوحة للمتعاقد الأصلي"^(١)، وتجدر الاشارة الى أن المتعاقد الأصلي يبقى المسؤول الوحيد عن حسن التنفيذ الكامل للعقد الاداري في مواجهة الادارة، وبضمنه الجزء الذي تم الاتفاق عليه من الباطن، حتى في حالة موافقة الادارة على المتعاقد من الباطن وتولى مهمة السداد المباشر له^(٢).

اما في العراق فقد أوضحت الفقرة الثالثة من المادة (٦٠) من شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية، على انه "من شروط الحصول على الدفع المباشر من قبل الادارة أن يكون المقاول الثانوي مسمى، وهذا الشرط يتضمن بطبيعة الحال شرط الموافقة المسبقة على التعاقد من الباطن من قبل الادارة، لان المقاول الثانوي المسمى لا يكون كذلك الا ان يكون قد رشحته الادارة ووافق عليه المقاول الأصلي، أو ان يقوم المقاول الأصلي بترشيحه وتوافق عليه الادارة"^(٣)، ونرى أن هذا الشرط يتفق مع ما ذهب اليه المشرع الفرنسي من حيث الحصول على موافقة الادارة المسبقة على التعاقد من الباطن.

ومن خلال كل ما سبق يمكننا أن نستنتج أن شرط الموافقة يهدف الى حماية المتعاقد من الباطن، لضمان حصوله على مستحقاته المالية من الادارة في حالة تعرض المتعاقد الأصلي للإفلاس أو التصفية القضائية هذا من جانب، ومن جانب آخر فان شرط الموافقة يمنح حماية للإدارة وضمان حسن تنفيذ الاعمال، من خلال عدم الموافقة على

(١) أشار اليه د. نجم حمد الاحمد، المصدر السابق، ص ٣٠٥.

(2) Taffo.op. cit. p. 293.

(٣) ينظر (المادة الأولى/ ج) من شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني لسنة ١٩٨٨ في العراق.

الأشخاص الغير مؤهلين في تنفيذ العقد الاداري، بصورة تعرقل سير المرفق العام بانتظام واطراد، الامر الذي يؤدي الى تعريض مصلحة المرفق العام للخطر.

الفرع الثاني

قبول الإدارة على شرط السداد المباشر

يعتبر شرط قبول الإدارة على السداد المباشر من الامور التي استحدثها المشرع الفرنسي، من خلال النص عليها في المادة (٣) من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥، فبعد أن قرر المشرع الفرنسي ضرورة حصول المتعاقد الاصلي على موافقة الإدارة للتعاقد من الباطن في القانون الذي اشرنا اليه، اضاف كذلك ضرورة الحصول على اقرار واعتماد الإدارة لشرط السداد المباشر لاتفاق العقد من الباطن، والزم المتعاقد الاصلي باطلاع الإدارة على جميع عقود المتعاقدين من الباطن متى طلب منه ذلك، والهدف من شرط قبول الإدارة على السداد المباشر هو للسماح للإدارة بالتحقق من مدى توافق شروط العقد الاصلي مع شروط العقد من الباطن وهذا ما اكدته اللائحة التنفيذية لقانون (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥ الصادرة في ٧ اكتوبر لسنة ١٩٧٦ حيث نصت على: "ان قبول شروط الدفع المباشر تعتبر الوسيلة الحقيقية للجهة الادارية - باعتبارها المسؤولة عن عقد الاشغال العامة - في أن يتأكد بنفسه مما اذا كانت العلاقة بين المتعاقد الاصلي والمتعاقد من الباطن علاقة عادلة ومرتزنة"، ويرتبط بحق الإدارة في قبول شروط السداد المباشر حقه في الاطلاع على العقد من الباطن، هذا الحق الذي تضمنته المادة الثالثة من القانون الصادر في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥ المشار اليه، التي الزمت المتعاقد الاصلي بالاستجابة للإدارة (رب العمل) باطلاعه على العقد من الباطن^(١)، كما ويجب ان يستجيب المتعاقد الاصلي لطلب الإدارة بالاطلاع على العقد من الباطن خلال (١٥) يوم من تاريخ تقديم طلب الاطلاع والا عرض نفسه لتوقيع الجزاءات المنصوص عليها في المادة (٤٩) من كراسة الشروط والمواصفات المطبقة على عقود الاشغال العامة في فرنسا^(٢).

(١) ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٢٦.

(٢) نصت الفقرة الثانية من المادة (٤٩) من كراسة الشروط والمواصفات الفرنسية المطبقة على عقود الاشغال العامة على أنه: "اذا لم ينفذ المتعاقد الاصلي ذلك الالتزام - =

ويذهب بعض الفقه^(١)، الى أن قبول الادارة على شرط السداد المباشر يعد استثناء على السمة الخاصة في العقود، والمتمثل بعدم دخول الغير في العلاقة العقدية التي تربط بين طرفي العقد، وان هذا الاستثناء هو مقصود من قبل المشرع لحماية المتعاقد من الباطن، الذي قد يدخل في علاقة عقدية غير عادلة، فهنا يأتي دور الادارة لكي تعيد التوازن بين الطرفين، ولكي تتأكد بنفسها من عدالة شروط الدفع.

ويرى الباحث ان الغاية من شرط قبول الادارة على السداد المباشر لحماية المتعاقد من الباطن على ضوء ما سبق، ما هي الا مظهر من مظاهر الرابطة العقدية، حيث لا يعد المتعاقد من الباطن من الغير تماماً بالنسبة للإدارة، وكلاهما يعتبران طرفاً بالمفهوم الموضوعي في اتفاق العقد من الباطن ، وهذا التدخل من قبل الادارة لا يمثل خروجاً على مبدأ نسبية أثر العقود وانما تطبيقاً له، لان الارادة هي اساس التصرف القانوني، فلما انصرفت ارادة الادارة بقبولها بالسداد المباشر الى المتعاقد من الباطن، مقابل ما نفذه من التزامات، وفي الطرف الاخر انصرفت ارادة المتعاقد من الباطن الى الالتزام بالأثار المترتبة على التعاقد من الباطن الذي محله تنفيذ جزء من العقد الاصلي، فان كل ذلك يعد تطبيقاً لمبدأ نسبية اثار العقود، ذلك المبدأ الذي يحظر امتداد اثار الالتزام الى أي شخص من دون الحصول على رضاه .

وتجدر الاشارة الى أن شرط القبول مستقل بذاته عن شرط الموافقة، وهذا يعني ان تحقق شرط الموافقة لا يعني عن تحقق شرط القبول، فاذا تحققت الموافقة وتخلف شرط القبول، فان المتعاقد من الباطن لا يستطيع الاستفادة من نظام السداد المباشر، ومن ثم لن يستطيع الحصول على المقابل المالي عن الاعمال التي نفذها مباشرة من الادارة، وهذا ما اشار اليه مجلس الدولة الفرنسي في العديد من احكامه، حيث اكد في حكمه الصادر في ١٣/٤/١٩٨٦ " ان المتعاقد من الباطن الذي لم ينفذ احد الشرطين المنصوص عليهما في

=دون أسباب واضحة - لمدة خمسة عشر يوماً من تاريخ اذاره، فانه يستحق توقيع

العقوبات المالية، كما يجوز فسخ العقد، أو تنفيذه على حساب المتعاقد الاصلي".

(١) د. وليد فاروق جمعة، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

المادتين ٣، ٦ من قانون ٣١ ديسمبر لسنة ١٩٧٥، لا يمكنه مطالبة الادارة بحق الدفع المباشر عن الاعمال التي قام بتنفيذها"^(١).

نستنتج مما سبق أن المتعاقد من الباطن الذي لم يحصل على موافقة الادارة على التعاقد من الباطن لا يمكنه سلوك طريق السداد المباشر، ولا يمكنه الحصول على المقابل المالي مباشرة من الادارة لقاء ما نفذه من اعمال الا بتحقيق شرطين وهما : موافقة الادارة على شخص المتعاقد من الباطن، وقبولها لشروط السداد المباشر الواردة بعقد المقاوله من الباطن.

الفرع الثالث

تجاوز قيمة العقد من الباطن حداً مالياً معين

بالإضافة الى الشروط السالفة الذكر لإمكانية الاستفادة من مزية السداد المباشر، يعتبر تجاوز الاعمال المنفذة عن طريق التعاقد من الباطن، هو الشرط الثالث الذي نص عليه المشرع الفرنسي، اذ جاء النص عليه في المادة السادسة من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥، على ان احكام الفقرة الاولى من هذه المادة، والمتعلقة بالسداد المباشر، لا تطبق الا في الحالات التي تتجاوز فيها قيمة الاعمال المنفذة عن طريق التعاقد من الباطن مبلغ أربعة الاف فرنك فرنسي، - ٦٠٠ يورو - ويمكن رفع هذا الحد من خلال قرار يصدر من مجلس الدولة وفقاً لتغير الظروف الاقتصادية^(٢).

وفيما يتعلق بالعقود الصناعية المبرمة من قبل وزارة الدفاع، فقد صدر مرسوم بتاريخ ١٤ مارس لسنة ١٩٧٣، الذي تم بموجبه اخضاع العقود الصناعية لوزارة الدفاع الى حد مستقل، والسبب في ذلك يعود الى الطابع الخاص لهذه العقود، حيث تم رفع الحد بالنسبة لهذه لعقود الى مبلغ ٣٠٠ الف فرنك فرنسي^(٣)، وهذا يعني أن العقود التي تبرمها وزارة الدفاع تخضع لنظامين مختلفين، فاذا تم ابرام عقد اداري مع احد المتعاقدين، واراد هذا الاخير التعاقد بشأنه من الباطن، فانه يخضع للحد المعين بموجب المادة السادسة من

(١) أشار اليه ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٢٧.

(٢) د. وليد فاروق جمعة، مصدر سابق، ص ٢٩٣ وما يليها،

(٣) د. نجم حمد الاحمد، مصدر سابق، ص ٣٢٢.

القانون (١٣٣٤/٧٥) وقدره اربعة الاف فرنك فرنسي، أما اذا كان العقد الاصلي من العقود الصناعية، فانه يشترط أن تتجاوز قيمة الاعمال المنفذة عن طريق التعاقد من الباطن المبلغ الذي سيتم تحديده من قبل وزارة الدفاع استناداً الى الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) لسنة ١٩٧٥^(١)، أي ان المشرع قد أورد استثناء فيما يتعلق بالعقود الصناعية التي تبرمها وزارة الدفاع، اذ اخضعها لحد اخر يتم تحديده من قبل مجلس الدولة الفرنسي.

كما ان مسلك المشرع الفرنسي في القانون رقم (١٣٣٤/ ٧٥) المشار اليه، والذي تم بموجبه وضع حد أدنى لقيمة العقد من الباطن لكي يمكن الاستفادة من السداد المباشر، ليس بجديد اذ سلكه المشرع في جميع القوانين التي تنظم عملية التعاقد من الباطن، حيث وضعت جميعها نصاباً معيناً للعقد من الباطن يجب أن يتجاوزه حتى يستطيع المتعاقد من الباطن الاستفادة من نظام السداد المباشر، الا ان هذه القوانين وان كانت متفقة بخصوص فكرة النصاب، الا أنها اختلفت بخصوص قيمة هذا النصاب، فقد تم تحديده بموجب مرسوم ١٤ مارس لسنة ١٩٧٣ بمبلغ قدره ٣٠ الف فرنك فرنسي^(٢)، الى أن جاء قانون سنة ١٩٧٥، واشترط للاستفادة من السداد المباشر تجاوز قيمة الاعمال المنفذة عن طريق التعاقد من الباطن بمبلغ أربعة الاف فرنك فرنسي، وهذا المبلغ المحدد من الممكن تغييره بموجب قرار يصدر من مجلس الدولة، كما أن تغير هذا الحد لا يمكن أن يكون لأسباب تتعلق بزيادة اعباء الخدمات الادارية للدولة أو الهيئات المحلية، بل يكون لسبب واحد فقط وهو تغير الظروف الاقتصادية، نتيجة للتطورات الاقتصادية^(٣).

(1) Article 6 " En Ce qui concerne les marches industriels passes par le ministere de la defense, un seuil different peutetre fixe par decretenConseli d , Etat " .

(٢) ناصر سيد احمد محمد هلال, مصدر سابق, ص ٣١٨.

(3) Tamba.op. cit. p. 54.

اما بالنسبة الى العراق فقد أشارت المادة (٦٠) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية، على أن لرب العمل (الإدارة) أن يدفع للمقاول الثانوي المسمى جميع المبالغ التي لم يدفعها المقاول الاصلي الى المقاول الثانوي المسمى، مالم يقيم المقاول الاصلي بتقديم دليل على أنه قد دفع المستحقات المالية للمقاول الثانوي المسمى، أو قام بإبلاغ المهندس بصورة تحريرية أن لديه أسباباً معقولة لامتناعه عن دفع تلك المبالغ على أن يقدم للمهندس الدليل الكافي على ذلك، اما شرط بلوغ قيمة العقد من الباطن حداً معيناً والذي نص عليه المشرع الفرنسي، فلم تنص عليه المادة (٦٠) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية وهذا ما تؤيده^(١).

المطلب الثاني

اجراءات السداد المباشر

بعد ان انتهينا من بيان شروط السداد المباشر وخصوصاً ما يتعلق بالموافقة والقبول، حتى يمكن للمتعاقد من الباطن الاستفادة من نظام السداد المباشر، يطيب لنا التعرض للإجراءات العملية للموافقة والقبول للحصول على السداد المباشر:-

الفرع الأول

المسؤول عن تقديم طلب الموافقة والقبول

ان تقديم طلب الموافقة والقبول يقع على عاتق المتعاقد الاصلي، وقد نظمت المادة الثالثة من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) اجراءات تقديم طلبات الموافقة والقبول، حيث ألزمت المتعاقد الاصلي الذي ينوي أن يعهد بجزء من الاعمال الى متعاقد من الباطن أو أكثر، وجوب أن يحصل على موافقة الإدارة على كل متعاقد من الباطن، وقبولها بشروط السداد المباشر، ويتم تقديم طلب الموافقة والقبول وفق إجراءات: الاول يتم عن طريق المتعاقد الاصلي مباشرة بتبليغ الإدارة بطبيعة ومبلغ الالتزامات التي يعزم على اسنادها الى المتعاقد من الباطن، حيث يعد هذا الاجراء بمثابة اعلان بسيط من قبل المتعاقد الاصلي يكشف عن نيته في التعاقد من الباطن، اما الاجراء الثاني : فبعد ان يرسو العطاء على

(١) انعام عبد ثجيل، تنفيذ العقد الاداري من غير المتعاقد مع الإدارة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، سنة ٢٠١٧، ص ١١٠.

المتعاقد الاصيلي الذي افسح عن ارادته في اللجوء الى التعاقد من الباطن، تتولى الادارة دعوة المتعاقد الاصيلي الى ملئ تصريح خاص بالتعاقد من الباطن يشير فيه الى طبيعة الالتزامات التي سيتولى تنفيذها المتعاقد من الباطن، اسم المتعاقد من الباطن وعنوانه، المبلغ المخصص كمقابل للالتزام المتعاقد من الباطن لتنفيذه، شروط السداد المنصوص عليها، تاريخ استحقاق الثمن^(١).

الفرع الثاني

الجهة المختصة بمنح الموافقة والقبول

تكون الجهة التي يقدم اليها طلب الموافقة والقبول، والتي تختص بمنح الموافقة والقبول هي الجهة الادارية، واذا كانت الادارة هي التي توجه اليها طلبات الموافقة والقبول، فانه يثور في هذا الصدد سؤال يتعلق بموضوع التعاقد من الباطن على درجات، لمن يقدم طلب الموافقة والقبول على المتعاقد الثاني من الباطن ؟

اجاب على هذا التساؤل القانون الفرنسي رقم (٧٥ / ١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥ والذي نص على أن: المتعاقد من الباطن يعتبر متعاقداً أصلياً بالنسبة للمتعاقدين معه من الباطن^(٢)، وتماشياً مع هذا النص فإن المتعاقد الاصيلي سيصبح بمثابة رب العمل (الادارة) بالنسبة لمتعاقدي المتعاقد من الباطن، واذا كانت موافقة الادارة على المتعاقد الثاني من الباطن ضرورية لممارسة الحق في السداد المباشر، فهل موافقة المتعاقد الاصيلي ملزمة أيضاً على المتعاقد الثاني من الباطن، اجابت على ذلك محكمة النقض الفرنسية بقولها المتعاقد من الباطن غير ملزم بالحصول على موافقة المتعاقد الاصيلي بالنسبة للمتعاقد الثاني من الباطن^(٣).

ومن وجهة نظر الباحث أن هذا الحكم محل نظر، ويتناقض مع نص المادة الاولى من القانون الصادر في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥، والتي تجعل من المتعاقد الاصيلي مسؤولاً امام الادارة وضامناً لحسن تنفيذ الاعمال محل الالتزام، حتى فيما يتعلق بالجزء الذي تم تنفيذه

(1) Taffo.op. cit. p. 293.

(٢) المادة الثانية من القانون الفرنسي المرقم (١٣٣٤/٧٥) الصادر في ٣١ / ١٢ / ١٩٧٥.

(3) A. de laubadere.op. cit.p. 23.

عن طريق المتعاقد الثاني من الباطن، والمنطق يقتضي ألا يسأل الشخص على مالا علم له به كما أن قواعد المسؤولية تقتضي عدم مسؤولية المتعاقد الاصيلي عن المتعاقد من الباطن الذي لم يوافق عليه، لان المسؤولية بين المتشاركين في تنفيذ عمل معين تقتضي معرفتهم ببعضهم واتفاقهم فيما بينهم على المشاركة في تنفيذ العقد، ومن ثم هذا يعني أن موافقة المتعاقد الاصيلي على المتعاقد من الباطن تكون ملزمة وضرورية.

الفرع الثالث

ميعاد تقديم طلبات الموافقة والقبول

ان القاعدة العامة في العقود الادارية هي أنه يتوجب على المتعاقد الاصيلي تقديم طلب الموافقة على المتعاقد من الباطن وقبول شروط السداد المباشر الى الادارة قبل البدء في تنفيذ العقد من الباطن، وهذا يعني أنه لا يلزم أن يكون هذا التصريح بالموافقة والقبول سابقاً على ابرام العقد، وانما يلزم الحصول عليه قبل البدء بتنفيذ العقد من الباطن^(١).

اما بالنسبة للعقود التي يتم التعاقد عليها بنظام المزايدات أو المناقصات أو عن طريق الممارسة، التي ينطبق عليها القانون الفرنسي رقم (٧٥/ ١٣٣٤) لسنة ١٩٧٥، فالأمر مختلف بحسب ما اذا كان المتعاقد الاصيلي لحظة ابرام العقد متيقن بأنه سيحيل جزء من العقد الى متعاقد من الباطن، ام أن المتعاقد الاصيلي لم يكن ينوي التعاقد من الباطن، واثناء تنفيذه العقد رأى ضرورة التعاقد من الباطن وهذا الامر مختلف في الحالتين^(٢):

الحالة الاولى: عندما يلجأ المتعاقد الاصيلي الى التعاقد من الباطن منذ اللحظة الاولى لإبرام العقد الاصيلي، فانه يجب الحصول على موافقة الادارة على المتعاقد من الباطن، وكذلك الحصول على اقرار الادارة على شروط الدفع المباشرة، وذلك في لحظة ابرام العقد الاصيلي.

الحالة الثانية: عندما لا يكون لدى المتعاقد الاصيلي لحظة ابرام العقد الاصيلي أي نية للتعاقد من الباطن، الا ان قد تستجد ظروف اثناء تنفيذ العقد تجبره على التعاقد من

(١) ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٣١.

(٢) المصدر نفسه، ص ٣٣٣.

الباطن، فيجب عليه في هذه الحالة تقديم طلب الموافقة والقبول الى الادارة فور ظهور هذه الظروف وقبل البدء بتنفيذ العقد من الباطن.

وبهذا الصدد أقر القضاء الفرنسي العديد من الأحكام القضائية بخصوص عدم لزوم أن يكون القبول والموافقة سابقين لإبرام العقد الاصيلي، اذ قررت محكمة استئناف باريس في حكم لها صدر سنة ١٩٨١ أن القبول والموافقة كشرطين من شروط السداد المباشر، لا يلزم أن يكونا سابقين أو ملازمين لإبرام اتفاق العقد من الباطن، اذ من الممكن أن يحصل طول مدة التنفيذ^(١) كما قررت محكمة النقض الفرنسية في السنة ذاتها بأن نص المادة الثالثة من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) الصادر بتاريخ ١٢/٣١/١٩٧٥، لا يتطلب بالضرورة أن يكون القبول والموافقة سابقين أو ملازمين لإبرام اتفاق التعاقد من الباطن"^(٢).

ومما تقدم يتبين لنا أن الطلب المقدم من قبل المتعاقد الاصيلي لجهة الادارة بغية الحصول على موافقتها على التعاقد من الباطن، وقبولها لشروط السداد الخاصة بهم، يجب تقديمه وقت ابرام العقد الاصيلي أو بعد ذلك، بشرط أن يتم تقديمه قبل البدء بتنفيذ اتفاق العقد من الباطن.

الفرع الرابع

مظاهر الموافقة والقبول

بالنظر للأهمية التي تتمتع بها الموافقة والقبول فيما يتعلق بحق التعاقد من الباطن للاستفادة من مزية السداد المباشر، الا أنه يدور في هذا الصدد خلاف حول اشتراط الموافقة والقبول صراحة أم الاكتفاء بالموافقة الضمنية، وقد اختلفت النصوص القانونية والاحكام القضائية بين الاخذ بالموافقة الصريحة أو الضمنية، سوف نتناول ذلك على مرحلتين، وعلى النحو التالي :

(١) أشار اليه د. نجم حمد الاحمد، مصدر سابق، ص ٣٠٨.

(2) Tamba.op. cit. p. 73.

• - مرحلة الموافقة الصريحة :

أشارت المادة الثانية من مدونة العقود الادارية سابقاً في فرنسا لسنة ١٩٧٥، الى أن فوات مدة (٢١) يوماً على تقديم طلب التعاقد من الباطن دون أن تصرح الادارة عن رأيها بالموافقة أو الرفض، بمثابة القبول الضمني، ويتفق هذا الاتجاه مع رأي الفقيه البلجيكي (Flamme) الذي يرى أنه في حالة عدم وجود شرط صريح يحظر التعاقد من الباطن، فان موافقة الادارة على التعاقد من الباطن تعتبر مفترضة دائماً، انطلاقاً من الاهمية التي يحتلها التعاقد من الباطن في مجال تنفيذ العقود الادارية^(١).

ثم صدر بعد ذلك المرسوم التشريعي الفرنسي رقم (٤٧٦/٧٦) لسنة ١٩٧٦، الذي عمل على تعديل المادة الثانية من مدونة العقود الادارية، معتبراً أن مضي مدة (٢١) يوماً دون أن تبدي الادارة رأيها بالقبول أو الرفض، يعد بمثابة رفض للمتعاقد من الباطن، أما فيما يتعلق بالمواد (٣، ٦) من القانون رقم (١٣٣٤/ ٧٥) لسنة ١٩٧٥ والتي أشارت الى حق المتعاقد من الباطن بالتمتع بالسداد المباشر من قبل الادارة، شريطة أن يحصل على موافقة وقبول الادارة بشكل صريح، كما ذهبت المادة السادسة من القانون المشار اليه اعلاه، أن سكوت الادارة خلال مضي مدة (٢١) يوماً يعد بمثابة رفض للطلب^(٢).

اما بخصوص أحكام القضاء الفرنسي فقد تأرجحت بين الاخذ بحرفية النصوص وتطلب الموافقة الصريحة، وما بين التطور القضائي والاكتفاء بالموافقة الضمنية.

وفيما يتعلق بمرحلة التمسك بشكليات النصوص، فقد اوضحت الغرفة الثالثة بمحكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر سنة ١٩٨٢، وجوب تقديم طلب الموافقة على التعاقد من الباطن كتابة من قبل المتعاقد الاصيلي، قبل تنفيذ العقد، الى الجهة الادارية، على أن يتضمن هذا الطلب بياناً بطبيعة الالتزامات التي ينوي المتعاقد الاصيلي أن يتعاقد بشأنها من الباطن، وأسم المتعاقد من الباطن المقترح، وشروط الدفع المتفق عليها في اتفاق

(١) ناصر سيد أحمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٤١.

(٢) د. نجم حمد الاحمد، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

العقد من الباطن، وفي حالة التزام الادارة الصمت بعد مضي (٢١) يوماً يعتبر بمثابة رفض للطلب^(١).

أما بالنسبة لموقف القضاء العراقي من مسألة سكوت الادارة لأبداء الموافقة على التعاقد من الباطن، فقد تعذر علينا معرفة ذلك لقلّة الاحكام القضائية الصادر بالموضوع.

ويتضح مما سبق أن المتعاقد الاصلي ملزم بتقديم طلب الموافقة على التعاقد من الباطن الى الجهة الادارية، قبل تنفيذ العقد، كما انه ملزم بإثبات موافقة الادارة وقبولها الصريح على السداد المباشر في ذات العقد، وأن القضاء الفرنسي اعتمد مبدأ الموافقة الصريحة وافصح عنه في الكثير من أحكامه.

وفي مرحلة لاحقة حصل بعض التطور القضائي بهذا الصدد، ومن أجل التخفيف من صرامة المبدأ السابق، فقد ذهب مجلس الدولة الفرنسي سنة ١٩٨٣، الى القول بأن من شأن الموافقة اللاحقة اعطاء المتعاقد من الباطن الحق في الاستناد الى مبدأ السداد المباشر، وفي هذه الحالة يكفي أن يكون هناك اتفاق بسيط مكتوب من الادارة لأثبات قبولها للمتعاقد من الباطن، بدلاً من اتباع اجراءات مشددة لإثبات هذا القبول^(٢).

وامام هذه التناقضات في الاحكام ونظراً لامتناع ارباب العمل (الادارة) على الرد على طلبات التعاقد من الباطن المقدمة بواسطة المتعاقد الاصلي، الامر الذي بات معه الامر يشكل تهديداً خطيراً لحقوق المتعاقدين من الباطن، مما أدى الى تدخل المشرع الفرنسي بالنص صراحة على الاخذ على الاخذ بمبدأ القبول الضمني^(٣).

(١) ينظر حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ١٨ مايو ١٩٨٢، اشار اليه د. نجم حمد الاحمد، مصدر سابق، ص ٣١٠.

(٢) ينظر حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٥ نوفمبر ١٩٨٣، ص ٧٦٢، اشار اليه ناصر سيد احمد محمد هلال، مصدر سابق، ص ٣٤٣.

(٣) د. نجم حمد الاحمد، المصدر السابق، ص ٣١١ - ٣١٢.

● - مرحلة الموافقة الضمنية :

لم يكن للمشرع الفرنسي موقف ثابت بالنسبة للأخذ بأي من الصورتين السابقتين للقبول الضمني أو الصريح، فبعد أن اخذ بمبدأ القبول الضمني من خلال مدونة العقود الادارية لسنة ١٩٧٥، عدل بعد ذلك المادة الثانية من مدونة العقود الادارية لسنة ١٩٧٥، وذلك بموجب المرسوم التشريعي رقم (٤٧٦ / ٧٦) لينص هذا المرسوم على مبدأ القبول الصريح، ثم ما لبث أن عاد الى مبدأ القبول الصريح من خلال دفتر الشروط الادارية العامة المتعلقة بالمصنفات الفكرية أو الذهنية لسنة ١٩٧٩، وهذا ما أخذ به الشارع الفرنسي في مدونة العقود الادارية الحالية^(١).

كما صدر مرسوم اخر في ١٥ فبراير لسنة ١٩٨٥، الذي اعتبر سكوت الادارة خلال مدة (٢١) يوماً من تاريخ تقديم طلب الموافقة على المتعاقد من الباطن من قبل المتعاقد الاصيل بمثابة قبول لهذا الطلب، واعتماد الشروط التي تضمنها هذا الطلب، وقد ترتب على تحول سكوت الادارة مدة (٢١) يوماً من رفض لطلب التعاقد من الباطن الى قبول ضمني لهذا الطلب، قيام الادارة على تدقيق طلبات التعاقد من الباطن وفحصها وتمحيصها بدقة أكثر من ذي قبل^(٢).

وما يؤخذ على هذا الاتجاه أنه يتناقض مع نصوص المواد ٣، ٦ من القانون رقم (١٣٣٤/٧٥) الذي يؤكد على مبدأ القبول الصريح لطلب الموافقة والقبول على التعاقد من الباطن والسداد المباشر، ومن جانبنا نرى ان الاتجاه الاول الذي يؤكد الموافقة الصريحة من قبل المشرع هو الاجدر بالتأييد، لكونه يعمل على حماية الادارة من جهة، وحماية المتعاقد من الباطن من جهة أخرى.

وفي ختام حديثنا عن السداد المباشر، يرى الباحث أنه يعد من أهم الضمانات التي يمكن توفيرها للمتعاقد من الباطن، ومن اجل كل الاعتبارات المتقدمة وغيرها من الاعتبارات التي دفعت المشرع الفرنسي لإقرار نظام السداد المباشر، الذي يلقي بظلاله لحماية كل من المتعاقد من الباطن وكذلك المصلحة العامة التي تتأثر بمدى توفير الحماية

(١) ناصر سيد أحمد محمد هلال، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

(٢) د. نجم حمد الاحمد، مصدر سابق، ص ٣١٢.

لهذه الطائفة التي تتولى تنفيذ المشروعات العامة مما يعود بالأثر على المصلحة العامة، فكما ذكرنا سابقاً ان السداد المباشر يمكن الإدارة من معرفة من سيتولى التنفيذ الفعلي للعقد، كما ان الإدارة ستكون مطمئنة الى قيمة المبلغ الذي سيتقاضاه المتعاقد من الباطن لقاء ما قام به من التزامات، بالإضافة الى ان السداد المباشر يحقق مصلحة المتعاقد من الباطن ايضاً، اذ يجعله مطمئناً في الحصول على مستحقاته المالية، انطلاقاً من قدرة الإدارة على السداد، في حالة تعرض المتعاقد الاصلي للإفلاس او التصفية القضائية، كما انه يحقق مصلحة المتعاقد الاصلي ايضاً، وذلك بالسماح له بالاستعانة بالغير، لتنفيذ الاعمال المطلوبة منه، دون ان يكون ملزماً في مواجهة المتعاقد من الباطن من الناحية المالية، مع بقاء اشرافه التام على المتعاقد من الباطن.

الخاتمة

بعد أن انتهينا من دراسة موضوع السداد المباشر كضمانة من ضمانات المتعاقد من الباطن، توصلنا الى الاستنتاجات والتوصيات التالية :-
أولاً: الاستنتاجات:

١. يمنح السداد المباشر الحق للمتعاقد من الباطن في الحصول على المقابل المالي لقاء ما نفذه من أعمال، بموجب اتفاق العقد من الباطن مباشرة من الإدارة.
٢. يشترط لحصول المتعاقد من الباطن على حقوقه مباشرة من الإدارة توفر ثلاثة شروط وهي: اولاً: موافقة الإدارة على التعاقد من الباطن وعلى شخص المتعاقد من الباطن، ومدى توافر المقومات الشخصية لديه، وثانياً: قبول الإدارة لشروط السداد المباشر الواردة في اتفاق العقد من الباطن، وثالثاً: تجاوز قيمة الاعمال المنفذة حداً مالياً معيناً.
٣. يحقق السداد المباشر مصلحة اطراف العلاقة الثلاثة، فهو يحقق مصلحة الإدارة من خلال ممارسة الاشراف والرقابة على من يتولى المساهمة في تنفيذ العقد الاداري، والتأكد من مدى توافر الاعتبارات الشخصية فيه، كما ان الإدارة تستطيع من خلال السداد المباشر أن تحقق نوعاً من التوازن بين شروط العقد الأصلي وشروط العقد من الباطن، لتحقيق نوع من التوازن الاقتصادي بينهم، كما انه يحقق مصلحة المقاول الاصلي بأن رفع عن عاتقه مسؤولية دفع المستحقات المالية للمقاول من الباطن مقابل ما قام به من اعمال كضمانة لدفع المستحقات، كما و يحقق مصلحة المقاول من

الباطن من خلال منحه وسيلة قانونية للحصول على مستحقاته المالية من الادارة بصورة مباشرة لقاء ما نفذه من التزامات، بصورة تجعله مطمئناً للحصول على مستحقاته.

٤. توصلنا الى أن المتعاقد من الباطن الذي لم يحصل على موافقة الادارة المسبقة على التعاقد من الباطن لا يمكنه سلوك طريق السداد المباشر، وكذلك الحال بالنسبة الى الادارة التي لم تبد موافقتها على المتعاقد من الباطن، لا تستطيع متابعة الاشراف والتعرف على من يتولى المساهمة الفعلية للأعمال في تنفيذ العقد الاداري.
٥. لا ينشئ السداد المباشر رابطة عقدية بين الادارة والمتعاقد من الباطن، لكنه ينشئ علاقة قانونية مباشرة تقتصر على الحصول على المقابل المالي من الادارة ، ومقيدة بشرط موافقة الادارة المسبقة على المتعاقد من الباطن.
٦. لا توجد نصوص واضحة وصريحة في قانون العقود الحكومية العراقي لتنظيم مسألة السداد المباشر للمتعاقد من الباطن، بالرغم من أن شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية قد نصت على ذلك في المادة (٦٠) منه.

ثانياً: التوصيات :

١. نوصي المشرع العراقي بضرورة وضع تنظيم دقيق للتعاقد من الباطن، من خلال ايراد نصوص في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية، تبين احكامه بصورة مفصلة لمعالجة المشاكل التي تطرأ اثناء تنفيذ العقد الاداري.
٢. نقترح على المشرع العراقي ايراد نص في شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية على النحو الاتي: (في الحالات التي يجوز فيها التعاقد من الباطن يجب أن لا يتجاوز العقد من الباطن حدود العقد الأصلي من حيث المبلغ أو المدة).
٣. نوصي المشرع العراقي بإدراج نص لموضوع السداد المباشر للمتعاقد من الباطن ضمن قانون العقود الحكومية، وعدم اقتصره على شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية، ونأمل من المشرع العراقي أن يسير على خطى المشرع الفرنسي من حيث تنظيم احكام السداد المباشر للمتعاقد من الباطن بصورة تفصيلية وواضحة.
٤. نقترح المشرع العراقي إدراج نص في شروط المقاوله لأعمال الهندسة المدنية وعلى النحو التالي (في حالة سكوت الادارة بالموافقة أو الرفض على طلب التعاقد من الباطن

المقدم من قبل المتعاقد الاصلي خلال مدة (٢١) من تاريخ تقديم الطلب يعتبر بمثابة موافقة ضمنية).

المصادر

أولاً/ المؤلفات العربية :

- ١- د. ايلى مسعود خطار، التعاقد من الباطن في التنزع الاداري، منشورات الحلبي الحقوقية، سنة ٢٠١٥ .
- ٢- د. عادل عبد الرحمن خليل، الاسس العامة لأثار وتنفيذ العقود الادارية، مطبعة الايمان، بدون مكان نشر، بدون سنة طبع.
- ٣- د. عزيزة الشريف، دراسات في نظرية العقد الاداري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٢.
- ٤- د. مصطفى عبد السيد الجارحي، عقد المقاولة من الباطن، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٨.
- ٥- محمد سعيد أمين، الأحكام العامة لالتزامات وحقوق طرفي الرابطة العقدية في تنفيذ العقد الاداري، دار الثقافة الجامعية، ١٩٩٨.
- ٦- د. مهند مختار نوح، الايجاب والقبول في العقد الاداري (دراسة مقارنة) ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٥ .
- ٧- د. وليد فاروق جمعة، حماية المقاول من الباطن في اطار عقد الاشغال العامة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة ٢٠٠٠.

ثانياً/ البحوث :

- ١- د. أحمد فتح الله أبو سكينه، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الاداري(دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة ١٩٩٥ .
- ٢- أحمد محمد الحوامدة " عيسى غسان الرضي، دور الدعوى المباشرة في الحفاظ على حقوق الدائنين، دراسة للتشريعات الاتحادية بدولة الامارات العربية المتحدة، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد ٤٦، العدد ١، ٢٠١٩.
- ٣- انعام عبد ثجيل، تنفيذ العقد الاداري من غير المتعاقد مع الادارة، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، الجامعة المستنصرية، سنة ٢٠١٧.

- ٤- د. مصطفى كمال وصفي، التكييف القانوني للمشروعات العامة، بحث منشور في مجلة العلوم الادارية، السنة الثالثة عشر، العدد الاول، ١٩٧١.
- ٥- ناصر سيد أحمد محمد هلال، الطبيعة القانونية للعلاقة بين الجهة الادارية والمقاول من الباطن، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس، كلية الحقوق، سنة ٢٠١٧.
- ٦- د. نجم حمد الاحمد، التعاقد من الباطن في نطاق العقود الادارية (دراسة مقارنة)، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة عين شمس سنة ٢٠٠١.

ثالثاً/ المؤلفات الأجنبية :

- 1- Taffo(RENE) Universite of paris x – nanterr. MAI. 1981.
- 2- Tamba. La protection du sous – traitant dans la carde des marches publics، these. Lyon. 1987.
- 3- Roulet. (voldo). sous –traitance : Retour au classicisme، les petites affiches، 14 oct، 1988، no 124.

رابعاً/ القوانين والتعليمات :

- ١- القانون المدني الفرنسي (١٣٣٤/٧٥) الصادر في ١٢/٣١/١٩٧٥.
- ٢- قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (٨٩) لسنة ١٩٩٨ ولائحته التنفيذية.
- ٣- قانون العقود الحكومية العراقي رقم (٨٧) لسنة ٢٠٠٤.
- ٤- تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (٢) لسنة ٢٠١٤.
- ٥- الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية العراقية لسنة ١٩٨٨.