المشكلات المؤثرة في اقتصاديات العقد الإداري وسبل معالجتها

استلم في: 28 يوليو 2024م تم التقييم في:08 يناير 2025م تم النشر في 30 أبريل 2025م

د . نصر الدين مصطفى الكاسح

استاذ القانون العام

كلية القانون – جامعة خليج السدرة

nasralkaseh@gmail.com

الملخص:

تمر عملية صناعة العقد الإداري إن صح التعبير بإجراءات متسلسلة يمكن تقسيمها من الناحية النظرية إلى مجموعة من المراحل ، وكل مرحلة لها أهميتها في نجاح تنفيذ العقد الإداري خصوصاً في الظروف العادية ، ولكن قد يتعرض العقد الاداري خلال فترة التجهيز لأبرامه أو خلال فترة دخوله حيز التنفيذ إلى بعض المشكلات التي تؤثر سلباً على اقتصاديات العقد الاداري لكلا طرفيه ، وهذه المشكلات يمكن تقسيمها إلى طائفتين ، الطائفة الأولى المشكلات المؤثرة على اقتصاديات العقد الإداري و التي تطرأ على العقد في الظروف العادية ، ونذكر من هذه المشكلات ، المشكلات التي تحدث بسبب خطأ الإدارة في تقدير قيمة العقد قبل ابرامه ، أو بسبب استخدامها لسلطاتها الاستثنائية أثناء تنفيذه ، أو لأسباب تعود للمتعاقد نفسه ، أو للمشروع المتعاقد على تنفيذه.

أما الطائفة الثانية فهي المشكلات المؤثرة في اقتصادية العقد الاداري والتي تطرأ في الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادة طرفيه، كالتغيرات التشريعية والاقتصادية، والتغيرات السياسية كالحروب، والانقلابات السياسية، كل هذه الظروف تجعل من تنفيذ العقد الاداري مرهقاً بل مستحيلاً في بعض

الأحيان، فهي إما أن تهدد المتعاقد بالخسارة، أو تتسبب في إرهاق الميزانية العامة بمبالغ التعويضات الطائلة نتيجة تحملها تبعة الظروف الخارجة عن إرادتها.

ولمواجهة هذه المشكلات كان لابد من اقتراح بعض الحلول التي تضمن عدم ضياع حقوق طرفي العقد، هذه الحلول متنوعة ومنها ما له العلاقة بتسهيل آليات فض المنازعات بين طرفي العقد، ومنها ما له علاقة بتطوير منظومة التشريعات ذات العلاقة بتعاقدات الدولة بإدخال أساليب جديدة للتعاقد تساعد على الحفاظ على المال العام من جهة، وتعمل على الاستفادة من التطور العلمي والتقني في تنفيذ المشروعات الممولة من ميزانية الدولة.

الكلمات المفتاحية: العقد الإدراي، الظروف العادية، الظروف الاستثنائية، فض المنازعات.

Abstract:

The process of formulating an administrative contract—if one may call it so—involves a series of sequential procedures that can theoretically be divided into distinct stages. Each stage plays a crucial role in the successful execution of the administrative contract, particularly under normal circumstances. However, during the preparatory phase before its conclusion or during its implementation, the administrative contract may encounter certain problems that negatively impact its economic viability for both parties. These issues can be categorized into two groups:

The **first category** comprises issues affecting the economics of the administrative contract that arise under normal circumstances. Examples include problems stemming from the administration's error in estimating the contract's value prior to its conclusion, the exercise of its exceptional powers during execution, or reasons attributable to the contractor or the contracted project itself.

The **second category** includes issues affecting the economics of the administrative contract that arise under exceptional circumstances beyond the control of either party, such as legislative and economic changes, or political upheavals like wars and coups. These conditions can render the execution of the administrative contract burdensome—sometimes even

impossible—either threatening the contractor with losses or straining the public budget with substantial compensation costs due to the administration bearing the consequences of unforeseen events.

To address these challenges, it is essential to propose solutions that safeguard the rights of both contracting parties. These solutions vary, ranging from facilitating dispute resolution mechanisms between the parties to reforming the legal framework governing state contracts by introducing new contracting methods. Such methods would help protect public funds while leveraging scientific and technological advancements in the execution of state-funded projects.

Keywords: Administrative Contract, Normal Circumstances, Exceptional Circumstances, Dispute Resolution

المقدمة

إلى جانب الأعمال القانونية التي تجريها الإدارة بإرادتها المنفردة والتي تعبر عن سلطتها الأمرة وهو ما يطلق عليه القرارات الإدارية ، تلجأ الإدارة أحياناً عند مباشرتها لأوجه نشاطها إلى إجراء نوع آخر من التصرفات القانونية وذلك على شكل عقود واتفاقات تبرمها مع الأفراد أو الشركات أو جهات إدارية أخرى ، وهو ما يعرف بالعقود الإدارية ، وتتميز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع خاص أساسه احتياجات المرافق العامة التي يستهدف العقد الإداري تسيرها.

ففي حين يكون مركز المتعاقدين في العقود المدنية متكافئاً ومن ثم يخضع لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، نجد أن مركز المتعاقدين في العقود الإدارية غير متكافئ ، حيث تعلو المصلحة العامة التي تمثله جهة الإدارة على مصلحة المتعاقد معها .

بناءً عليه تخضع العقود الإدارية من حيث إنشاؤها وتنفيذها وإنهاؤها لمجموعة من القواعد المتميزة عن القواعد القانونية الواردة في القانون المدني والتجاري ، والتي تحكم العقود المدنية التي يبرمها الأفراد والأشخاص الاعتبارية الخاصة فيما بينهم ، غير أن العقود التي تبرمها الجهات الإدارية مع الغير ليست جميعاً عقوداً إدارية إذ أن بعضاً منها مجرد عقود مدنية تخضع لأحكام القانون الخاص شأنها في ذلك شأن العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم.

كل تلك الأمور مرتبطة بالنية المشتركة لطرفي العقد كأساس لتحديد الالتزامات والحقوق الناشئة

عن العقد الاداري ، ومدلول النية في العقد الاداري يختلف عن مدلولها في العقد المدني إذ أنها تفسر على أساس اتصال العقد بالمرفق العام واستهدافه تحقيق المصلحة العامة ، مع عدم الإضرار بالمصلحة المالية للمتعاقد ، تلك المصلحة التي دفعته للتعاقد معها ، فإن انحرفت نية طرفي العقد عن ذلك أو ، أو تعرضوا لأحداث تجعل تنفيذهم للعقد مرهقاً أو مستحيلاً مما يؤدي إلى قلب اقتصاديات العقد ، فإنه في هذه الحالة يتم التعامل مع هذه الظروف بأحكام أخرى وشروط أخرى تعيد للعقد توازنه المختل لكلا طرفيه .

الهدف من الدراسة :

تهدف هذه الدراسة إلى توضيح القصور التشريعي في معالجة العقود الادارية خصوصاً وأن المرحلة الحالية في ليبيا تحتاج إلى وضع حلول توافقية للعقود التي تعثر تنفيذها نتيجة بعض الظروف الخارجة عن إرادة الدولة سواءً كانت ظروف داخلية أو خارجية ، أيضاً يحتاج الأمر إلى إعادة النظر في الجانب التشريعي المنظم لتعاقدات الدولة بعد هذه التغيرات السياسية والاقتصادية التي شهدتها ليبيا ، والحاجة إلى تشريع قوانين تشجع التنمية ، وتوسع من نطاق العقود بضم طوائف العقود الجديد ،بالإضافة إلى إعادة النظر في صلاحيات الجهات الخاضعة لتشريعات العقود الادارية وضبطتها وتحديد صلاحياتها الاجرائية والمالية بالشكل الذي يمنع إهدار المال العام على مشروعات وهمية ، أو لا تخدم المصلحة العامة فتؤدي إلى ارهاق الميزانية مشروعات لا تعود بالنفع على الدولة .

أهمية الموضوع :

تمر عملية صناعة العقد الإداري إن صح التعبير بإجراءات متسلسلة يمكن تقسيمها من الناحية النظرية إلى مجموعة من المراحل ، وكل مرحلة لها أهميتها في نجاح تنفيذ العقد الإداري خصوصاً في الظروف العادية ، ولكن قد يتعرض العقد الاداري خلال فترة التجهيز لأبرامه أو خلال فترة دخوله حيز التنفيذ إلى بعض المشكلات التي تؤثر سلباً على اقتصاديات العقد الاداري لكلا طرفيه ، وهذه المشكلات يمكن تقسيمها إلى طائفتين ، الطائفة الأولى المشكلات المؤثرة على اقتصاديات العقد الإداري و التي تطرأ على العقد في الظروف العادية ، ونذكر من هذه المشكلات ، المشكلات التي تحدث بسبب خطأ الإدارة في تقدير قيمة العقد قبل ابرامه ، أو بسبب استخدامها لسلطاتها الاستثنائية أثناء تنفيذه ، أو لأسباب تعود للمتعاقد نفسه ، أو للمشروع المتعاقد على تنفيذه .

أما الطائفة الثانية فهي المشكلات المؤثرة في اقتصادية العقد الاداري والتي تطرأ في الظروف الاستثنائية الخارجة عن إرادة طرفيه ، كالتغيرات التشريعية والاقتصادية ، والتغيرات السياسية كالحروب ، والانقلابات السياسية ، كل هذه الظروف تجعل من تنفيذ العقد الاداري مرهقاً بل مستحيلاً في بعض

الأحيان ، فهي إما أن تهدد المتعاقد بالخسارة ، أو تتسبب في إرهاق الميزانية العامة بمبالغ التعويضات الطائلة نتيجة تحملها تبعة الظروف الخارجة عن إرادتها.

أهم التساؤلات المطروحة :

يثير هذا الموضوع جملة من التساؤلات التي ستكون محور هذه الدراسة وهي كالآتي :

1- ما هي المبادئ التي تحكم تنفيذ العقد الإداري.

2- هل تعيق الصلاحيات الممنوحة للإدارة تنفيذ العقد خصوصاً في حالة تعسفها في استخدام هذه الصلاحيات .

3- كيف يمكن تقسيم الظروف التي تعيق تنفيذ العقد .

4- هل يمكن الاستفادة من الاتجاهات الحديثة في إدارة العقود الادارية .

5- ما هي مكامن القصور في وسائل معالجة منازعات العقود الادارية .

منهج المتبع في الدراسة :

اعتمدتُ في هذه الدراسة على بعض المناهج التي يتطلبها الموضوع ، فقد استعنتُ بالمنهج الوصفي في تحديد المقصود باقتصاديات العقد وما ارتبط بها من موضوعات ، أما المنهج التحليلي فكان لابد منه لطرح المشكلات التي تواجه العقد والتي تؤثر على اقتصادياته وفي اقتراح الحلول التي تتناسب مع هذه المشكلات ، وحتى يكتمل الهدف من البحث كان لابد من الاستعانة بالمنهج المقارن من أجل الاطلاع على تجارب بعض الدول و الاستفادة منها في تطوير منظومة التشريعات المنظمة لتعاقدات الدولة .

خطة الدراسة :

المبحث الأول : المقصود باقتصاديات العقد الاداري .

المطلب الأول : أهمية الدراسة الاقتصادية للعقد الاداري .

المطلب الثاني : الإجراءات المؤثرة على اقتصاديات العقد الإداري

المبحث الثاني :المعوقات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري :

المطلب الاول : إخلال طرفي العقد بالتزاماتهم المتبادلة

المطلب الثاني : المعوقات الخارجة عن إرادة طرفيه

المبحث الثالث : الاتجاهات الحديثة في إدارة العقود الادارية

المطلب الأول : الحاجة لتطوير منظومة العقود الادارية

المطلب الثاني : التسوية الودية لمنازعات العقود الادارية

المبحث الأول

المقصود باقتصاديات العقد الإداري

تتكون العقود التي تبرمها الإدارة في العادة من عملية أكثر تعقيدا منها في العقود المبرمة بين الأفراد، فإذا كان التعبير عن إرادة المتعاقد مع جهة الإدارة يشبه في بساطته التعبير الصادر منه في نطاق القانون الخاص؛ إلا أن التعبير عن إرادة جهة الإدارة عادةً ما يتم في شكل عملية مركبة معقدة متشابكة، وقد تكون على مراحل متعددة، وفي فترات متلاحقة على وعادة ما يسبق ذات التصرف الذي يتم بمقتضاه إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد وتهيء لميلاد ذلك بإجراءات سائدة وموافقات يشترطها القانون، الذي تعقبه طائفة أخرى من الاجراءات الجوهرية اللامة أولاً لصحة العقد ، وتضمن استمرارية تنفيذه دون عراقيل تعيقه وتؤثر على جودة الخدمات المرجوة منه ، فالتعاقد يبدأ بإجراءات تسبق التصديق والاعتماد اللازم لإبرام العقد، وتكون مكملة له مستهدفة إعمال أحكامه وتطبيق بنوده التطبيق الأمثل ، ولعل دراسة الأهمية الاقتصادية للعقد بجوانبه المالية لا تقل أهمية عن باقي الإجراءات التي تتطلبها العملية التعاقدية بل تعتبر من أهمها على الإطلاق .

المطلب الأول

أهمية الدراسة الاقتصادية للعقد الاداري

نتيجة للتحولات و التقدمات التي تشهدها الحياة العملية في الحقبة الراهنة و التي مست الحياة القانونية فقد بقي العقد صامدا على ما يحتويه من أطر قانونية عتيقة و ركائز كلاسيكية جامدة مما جعل العقد يصادف الكثير من الأزمات أصطلح على تسميتها بأزمة العقد، مما جعل الهوة القانونية تزداد والفراغات والثغرات التشريعية تتباعد ، فمع تزايد التحولات التكنولوجية والاقتصادية أضحت هذه التحولات تضغط على الحياة القانونية و الواقع ، فكلما تقدم الزمن تطورت معه الحياة الاقتصادية و الاجتماعية و الصناعية ظهر العجز و القصور الذي تعاني منه النظرية العامة للعقد ، و ظهرت معه سلبيات التشبث بالمذهب الفردي، الأمر الذي فرض على التشريعات المعاصرة مسايرة هذه التحولات من

خلال تحيين و عصرنة قوانينها لتلاءم متطلبات العصر، قصد تسهيل المعاملات بين الأفراد و حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية تحقيقا لقواعد العدالة و الإنصاف ،و لعل ما فرض علينا الاهتمام باقتصاديات العقد هو التقلبات التي تفرضها الظروف المحلية والعالمية التي أبت إلاّ أن تجعل من العقد الاداري يرضخ لمستجدات العصر [1] .

و عملية التنمية، كما هو معروف، هي عملية شمولية متعددة الأهداف و متشعبة المجالات و مترابطة مع بعضها ومتأثرة فيما بينها . كما أنها في الوقت ذاته تختلف في طبيعتها ومستلزمات تحقيقها من بلد الى بلد، وتتباين من قطاع اقتصادي الى قطاع آخر .والمشروع التنموي هو أحد الأركان الأساسية في عملية التنمية، فهو ليس هدفاً بحد ذاته بل وسيلة لتحقيق أهداف اقتصادية واجتماعية بصورة أعم وأشمل . واذا كان المشروع الاستثماري كذلك، فأن المنشأة الاقتصادية هي الوسيلة والأداة التي يمكن من خلالها الوصول الى الأهداف التنموية المطلوب تحقيقها اساساً من المشروع .

ومن خلال هذه الاعتبارات تبرز مسألتان هامتان هما – :الأولى: وهي العلاقة الوثيقة بين المشروع الاستثماري والمنشأة الاقتصادية – .الثانية: وتتضمن الأهمية البالغة لا عداد المشروع الاستثماري وكيفية تنفيذه بشكل سليم، وأثر ذلك في تشغيل المنشأة الاقتصادية التي يتحول اليها بعد اكماله، مما يتطلب اعداده بموجب معايير اقتصادية موضوعية تأخذ بالاعتبار، ليس فقط المنافع التي يحققها المشروع للمنشأة الاقتصادية بالذات بل آثاره الايجابية على المجتمع ايضاً [2].

والجدوى الاقتصادية هي أسلوب علمي لتقدير احتمالات نجاح فكرة استثمارية قبل التنفيذ الفعلي، و ذلك في ضوء قدرة المشروع أو الفكرة الاستثمارية على تحقيق أهداف معينة للمستثمر، و بالتالي فإن دراسة الجدوى الاقتصادية تُعد أداة عملية تُجنب المشروع المخاطر و تحمل الخسائر ، حيث يسبق الدراسة اتخاذ أي قرار استثماري كما تسبق الدراسة عمليات التشغيل. وعليه فدراسة الجدوى الاقتصادية هي الوسيلة التي يتم بناء عليها اتخاذ قرار الاستثمار المناسب الذي يحقق الأهداف المنشودة. تتمثل دراسة الجدوى في مجموعة من الدراسات التي تسعى لتحديد مدى صلاحية مشروع استثماري ما أو مجموعة من المشروعات الاستثمارية من جوانب عدة سوقية . فنية . مالية . تمويلية . اقتصادية و اجتماعية، و ذلك تمهيداً لاختيار تلك المشروعات التي تحقق أعلى منفعة صافية ممكنة، إضافة إلى عدد آخر من الأهداف

[1]) د. بن لعلى عبدالنور، أثر التطورات الاقتصادية و التكنولوجية على المبادئ التعاقدية ، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة العدد 51 الصفحة 23.

[2]) صباح اسطيفان كجة جي – عداد دراسات اعداد دراسات الجدوى الا الجدوى الاقتصادية لمشاريع التنمية – نشر هذا الكتاب في شبكة الانترنيت العالمية على الموقع الآتي sabahkachachi.googlepages.com : 2024/6/28

وهكذا فإن دراسة الجدوى تسعى لتحديد مدى صلاحية مشروع استثماري ما أو مجموعة من المشروعات الاستثمارية المقترحة تمهيداً لاتخاذ قرار بشأن قبول أو رفض الاستثمار فيها[1].

ان دراسة الجوانب الاقتصادية للمشروع بشكل سليم يتطلب الدقة والواقعية في تحديد التكاليف الاستثمارية وتكاليف الانتاج وتخمين الأرباح المتوقعة ، وتسعير المنتجات وتحليل الهيكل المالي للمشروع ، وتحديد المكونات النقدية الأجنبية والمحلية المطلوبة ، وغيرها من العناصر المتعلقة بالكلفة ، تعرف التكاليف بكونها المصاريف التي تنفق على المشروع أثناء أعداده وإنشائه وفي فترة تشغيله لإنتاج السلع وتقديم الخدمات ، فنفقات الانشاء هي مصروفات تحدث في بداية حياة المشروع وهي ثابتة ومحددة تقريباً ولا تتكرر خلال السنوات التشغيلية اللاحقة من عمره ، الا عند اقتضاء اجراء تجديد او استبدال بعض أجزائه ، ويتم عادة استعادة الأموال التي انفقت على انشاء المشروع من خلال نظام الاندثار ، أما تكاليف الانتاج فهي نفقات تتكرر سنوياً وتتألف عادة من تكاليف المواد الأولية والأجور والخدمات الصناعية وغيرها

وتعود أهمية الدراسة الاقتصادية للعقد في كونها تقلل من احتمالية فشل المشروع وتقلل من هدر رأس المال ، وتساعد في المفاضلة بين المشاريع المتاحة و تحقق الاستغلال الأمثل للموارد الاقتصاديّة المتاحة ، تدعم عمليّة التنمية الاقتصادية والاجتماعية ، وفهي عبارة عن دراسات لاحقة لدراسات الجدوى الأولية، ولكنها أكثر تفصيلاً ودقة وشمولية منها، وهي بمثابة تقرير مفصّل يشمل كافة جوانب المشروع المقترح، والتي على أساسها تستطيع الادارة العليا أن تتخذ قرارها، إما بالتخلي عن المشروع نهائياً أو الانتقال إلى مرحلة التنفيذ. وتعتبر دراسات الجدوى الأولية والتفصيلية متكاملة ومتتالية، ولا يمكن الاكتفاء بدراسة واحدة لكي تكون بديلة عن الدراسة الأخرى ، ونتيجة لهذه الدراسة يتم إما التخلي عن المشروع أو البدء بعملية التنفيذ وهي تنقسم إلى الدراسة السوقية ، الدراسة الفنية الدراسة التمويلية ، الدراسة المالية ، الدراسة البيئية.

المطلب الثاني :

الإجراءات المؤثرة على اقتصاديات العقد الإداري

أولاً : دراسة موضوع التعاقد ومتطلباته قبل البدء في الإجراءات :

ويعتبر هذا الإجراء بمثابة الخطوة الأولى للتعاقد ، حيث تقوم جهة الإدارة الراغبة في التعاقد بتقدير

[1]) د. سعدية هلال حسن – دراسة الجدوى الاقتصادية – هيئة استثمار الديوانية – https://www.investdiw.gov.iq/viewnews.php تاريخ الدخول 2024/6/28 على تمام الساعة 6:55 مساءً

وحصر احتياجاتها الفعلية والضرورية ، وقد ألزمت لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 الإدارة بضرورة التقيد بها الإجراء عندما نصت المادة الحادية عشر على أنه " على كل جهة من الجهات التي تطبق أحكام هذه اللائحة أن تقوم وقبل البدء في اتخاذ أي إجراء من إجراءات التعاقد بدراسة موضوع التعاقد ومتطلباته دراسة شاملة" [1] .

والهدف من هذه الدراسة هو الحفاظ على موازنة الجهات الإدارية ضمان استخدامها الاستخدام الأمثل ، وضمان عدم استنزاف المال العام دون أن تكون بحاجة لذلك[2]

ثانياً: توفر التغطية المالية اللازمة للمشروع :

الإدارة مقيدة في تصرفاتها وتعاقداتها بتوفر الغطاء المالي اللازم لمواجهة الأعباء التي ينشئها العقد وهذا تطبيقا للقاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يمكن القيام بإنفاق عام إلا إذا وجد اعتماد مالي محدد صوتت عليه السلطة التشريعية وأودعته في الميزانية أو اعتمدته السلطة المحلية ووجود الغطاء المالي هو ترخيص من السلطة التشريعية للجهة الإدارية في استخدام هذه الأموال في الغرض الذي خصص له والغطاء المالي مرحلة من المراحل الممهدة لعقود الإدارة فهذه العقود تتكون من عملية مركبة ومعقدة وتتم على مراحل متعددة وفي مقدمة هذه المراحل بل تسبقها وتمهد لها مرحلة توفر الاعتماد المالي اللازم لإبرام العقد، هذه المرحلة هي التي تستهدف إعمال أحكامه وتطبيق بنوده .لا يمكن للإدارة التعاقد قبل حصولها

[1]) نص المادة (11) بشأن دراسة موضوع التعاقد ومتطلباته قبل البدء في الإجراءات " وخاصة من النواحي الآتية :

1-تحديد موضوع التعاقد تحديداً دقيقاً .

2-مراعاة الشروط البيئية والمحيط وانسجامه مع المخطط العام .

3-التأكد من توفر الخدمات المرفقية وجاهزيتها لاستفادة المشروع منها عند انجازه .

4-التأكد من أن المشروع مدرج في خطة التحول أو في الميزانية ، وتحدد علاقته بالمشروعات الأخرى الواردة في هذه الخطة ومبلغ الاعتمادات المالية المدرجة له ومدى كفاية هذه الاعتمادات لتنفيذ المشروع .

5- قبل التعاقد على التوريد السنوي أو الدوري أو الموسمي للمواد يتعين وجود قوائم جرد في تاريخ قريب من تاريخ تقديم طلب الإذن بالتعاقد تبين :

-المخزون الفعلي في المخازن الرئيسية والفرعية ووحدات التوزيع كمية وقيمة .

-المواد التالفة والتي انتهت صلاحيتها كمية وقيمة .

كمية وقيمة المستورد في آخر مرة .

-معدلات الاستهلاك السنوي لهذه المواد .ويجب توثيق قوائم الجرد وتحفظ بطريقة جيدة .

-الدراسة الفنية ووصف البنود والمكونات والسعات .

- الدراسة المالية شاملة لبيان الأسعار والتقديرات المالية المبدئية للمشروع .

- التأكد من توفر الشروط القانونية لموضوع التعاقد وإجراءاته .

[2] د. جابر جاد نصار – مرجع سابق – ص 126 .

على الاعتماد المالي اللازم لإبرام العقد، فهي مقيدة في تصرفاتها وتعاقداتها بالمبالغ المالية التي تقررها السلطة التشريعية، وفي حالة عدم كفاية التخصيص يتم اللجوء إلى للصلاحيات المناقلات لتأمين قيمة العقد ذلك قبل عملية الصرف والتجاوز على التخصيصات .فالإدارة قد تجد بعض الأحيان أن هناك ضرورات لتجاوز الاعتمادات المالية المقررة بالزيادة عما هو موجود في الميزانية لأن التخصيص المالي غيرٍ كاف بإتباع أسلوب نقل بعض الأموال من مشاريع وأعمال أخرى لسد حاجة العقد المالية ، بشرط أن لا يؤثر ذلك النقل للأموال على المشروع الأول وخطة انجازه نظراً لما يلقيه العقد الإداري على عاتق الإدارة من أعباء مالية ملزمة بالوفاء بها اتجاه المتعاقد معها ، فإن هذا يستوجب توافر اعتماد مالي تنفق بموجبه الإدارة على التزاماتها التعاقدية فقد اشترط المشرع على الإدارة في المادة (11) من لائحة العقود الإدارية والخاصة بشروط ومتطلبات التعاقد قبل البدء في الإجراءات في الفقرة (د) " التأكد من أن المشروع مدرج في خطة التحول أو في الميزانية وتحديد علاقته بالمشروعات الأخرى الواردة في هذه الخطة ومبلغ الاعتمادات المالية المدرجة له ومدى كفاية هذه الاعتمادات لتنفيذ المشروع " .[1] .

ثالثاً : توفير التغطية المالية للتعويضات نتيجة للتغيرات التي تطرأ على العقد أثناء تنفيذه :

إن السعي لتحقيق العدالة التعاقدية تقضي الحفاظ على التوازن المالي للعقد ، في مواجهة المتغيرات التي قد تحدث في تكاليف بنود العقد ، سواءً بالزيادة أو النقصان ، ومن أهمها أسعار مواد الخام والعمالة والتي قد تحدث بعد التعاقد وهنا تختلف التعويضات بحسب طبيعة الإجراءات والأحداث التي تطرأ خلال تنفيذ العقد والتي تضمن للمتعاقد معها اكتساب مجموعة من الحقوق ومنها حق اقتضاء التعويض حيث يحصل المتعاقد على التعويضات في حال تسببت الإدارة بإحداث ضرر به لعدم تنفيذها التزاماتها التعاقدية، وكذلك يحصل المتعاقد على التعويض مقابل الاعمال الإضافية التي ينجزها ولم تكن واردة في العقد، ولكنها تعد أعمال ضرورية لتنفيذه وتكون مطالبته في هذه الحالة استنادا الى قاعدة الاثراء بلا سبب.

رابعاً : ضمان التوازن المالي للعقد

ان الاعتراف للإدارة بسلطة تعديل شروط العقد وزيادة او إنقاص التزامات المتعاقد معها بإرادتها المنفردة، لابد ان يقابلها من جانب اخر حق للمتعاقد يتمثل بمنحه من الامتيازات المالية ما يساوي الزيادة في التزاماته. فالعدالة تقتضي ان يكون من طبيعة العقود الإدارية تحقيق بقدر الإمكان توازنا بين الأعباء التي يتحملها المتعاقد مع الإدارة وبين المزايا التي ينتفع بها. ففكرة التوازن المالي فكرة تتعلق بالاختلال المالي للعقود بفعل الإدارة وهي فكرة ملازمة للتعديل من جانب الإدارة للعقود الإدارية.

1 د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة – دار الفكر العربي – القاهرة – 2005 – ص 32 .

المبحث الثاني

المعوقات التي تواجه تنفيذ العقد الإداري

إن الإدارة العامة باعتبارها تمثل السلطة العامة وتجسيد للمصلحة العامة ، يجب أن تعمل على تنفيذ العقد بالكيفية التي تراها محققة للمصالح العامة وقد تختلف في ذلك مع المقاول المتعاقد مما قد ينتج عنه عدة منازعات تحتاج إلى حل قضائي.

فإذا كان الهدف الأساسي من إبرام العقد الاداري هو تحقيق المصلحة العامة بالنسبة للإدارة ، فان الطرف المتعاقد معها يهدف بالمقابل إلى إشباع رغبته الاقتصادية بالحصول على الربح المتمثل في المقابل المادي دون التفريط في رأسماله ، فان هذا التعارض في المصالح هو ما يؤدي إلى إخلال احد طرفي العلاقة التعاقدية بالتزاماته ، الأمر الذي يؤدي إلى حدوث بعض المشكلات التي قد تسبب في عرقلة تنفيذ العقد الاداري سواءً كانت هذه العراقيل من جانب الادارة ، أو من جانب المتعاقد معها .

المطلب الاول :

إخلال طرفي العقد بالتزاماتهم المتبادلة

إن قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعمول بها في مجال القانون الخاص ، لا يمكن للمتعاقد أن يحتج بها كلما تعلق الأمر بصفقة عمومية ، فنظرا لكون هذا النوع من العقود ينبني على فكرة استمرار المرفق العمومي فان الإدارة وتحقيقا لهذه الغاية ، يمكنها أن تتدخل في توجيه العقد بالإشراف والتعديل بل بتوقيع الجزاءات أيضاً متى تطلب الأمر ذلك متى كان ذلك في حدود المشروعية التي رسمها المشرع لها .

ولكن قد تصاحب عملية تنفيذ العقد حدوث بعض المشكلات التي تؤثر على حسن سير الاتفاق وتعقيد اتمامه في الميعاد المحدد بين الطرفين ، وهذه المشكلات قد يكون مصدرها الطرفين ، وقد تكون خارجة عن إرادتهما وفيما يلي توضيح ذلك :

أولاً : عرقلة تنفيذ العقد نتيجة إخلال الادارة لالتزاماتها :

الحالة الأولى :

عندما تعمد الإدارة المتعاقد معها إلى التعديل قبل البدء في تنفيذ الأشغال ، والتعديل في هذه الحالة يعتبر بمثابة صياغة جديدة للصفقة وفي هذا الصدد اتجهت المحكمة العليا إلى الحكم بقولها " إنه للإدارة سلطة تعديل العقد تعديلاً مناطه احتياجات المرافق العامة ، وأن لها أن تحل محل المتعاقد المقصر متعاقداً آخر إذا كانت التقصي جسيماً ، وللمتعاقد مع الادارة بالمقابلة وهو يرمي من التعاقد إلى الحصول على

الربح كما أنه يعاون الادارة في تسيير المرافق العامة بانتظام واطراد فإن من حقه المطالبة بالتعويضات المالية كاملة باعتبار أن سلطة الادارة في التعديل هي إحدى تطبيقات فكرة عمل الأمير ، ويجب على الادارة أن تحترم مقتضيات حسن النية بأن لا تزيد بعملها في أعباء المتعاقد معها أو أن تضع العقبات في طريقه بدلاً من أن تعاونه على التنفيذ ، ..... وإذا كانت من الثابت من الحكم المطعون فيه أن الجهة الطاعنة بعد أن نبهها المطعون ضده إلى خطأ المواصفات .....وافقت على تنفيذ البند طبقاً للمواصفات الالمانية وتعمدت عدم الاشارة في مكاتباتها إلى الضغوط التي تحققها هذه المواصفات ، فلما نبهها المطعون ضده إلى أن المواصفات العالمية ومن بينها المواصفات الالمانية لا تحقق الضغوط المنصوص عليها بالعقد عادت وأصرت على تنفيذ العقد طبقاً للمواصفات الاصلية وهذا ما أثبت الخبير استحالة تنفيذه ، .... ذلك لأنه خروج عن المألوف ..... مما يجعل سحب المشروع من المطعون ضده تقع على عاتق الادارة وبخطأ من جانبها[1] .

الحالة الثانية : تعسف الإدارة في استخدام صلاحياتها الممنوحة لها بموجب العقد الاداري :

إن تمتع الإدارة باستخدام صلاحياتها يعتبر الطابع المميز للعقود الادارية ، غير أن الادارة قد تتجاوز حدودها في ممارسة هذه الصلاحيات مما يترتب عليه خروجها عن نطاق المشروعية القالب الذي يجب أن تنصب فيه جميع أعمال الإدارة العامة ، ولهذه الحالة عدة صور يمكن إجمال أهمها في الآتي :

1- قصد الإضرار بالمتعاقد :

وتتحقق هذه الحالة عندما يكون الغرض من استخدام الادارة لصلاحياتها تكبيد المتعاقد معها خسائر فادحة عن قصد وتعمد ، ويكون هنا العمل الصادر عن الإدارة مشوباً بعيب الانحراف في استخدام السلطة .

2- عدم التناسب بين المصلحة المتحققة ، والضرر الذي يصيب المتعاقد :

وهذه الحالة تقوم على التفاوت الواسع بين الفائدة التي تجنيها الإدارة والضرر الذي يصيب المتعاقد ، حيث تلجأ الإدارة إلى استخدام صلاحياتها بشكل لا يحقق مصلحة المرفق العام ويلحق الضرر بالمتعاقد ، وهنا يكون من حق المتعاقد المطالبة بإقامة التوازن بين المصالح المتعارضة بينه وبين الإدارة .

3- عدم مشروعية المصالح التي ترمي الإدارة إلى تحقيقها :

وتكون المصلحة غير مشروعة إذا كانت مخالفة للقانون ، أو النظام العام ، أو تستهدف أغراضاً لا

[1] مبادئ وأحكام المحكمة العليا – حكم قضائي رقم 23/13 ق – السنة 14/3 – ص 59 .

تتعلق بالصالح العام ، بقصد تحقيق نفع خاص ، أو محاباة لشخص بذاته ، بالشكل الذي يؤدي إلى الإضرار بمركز المتعاقد معها ، وفي هذه الحالة فان المقاول المتعاقد من حقه اللجوء إلى القضاء من اجل الحصول على تعويض يجبر الضرر اللاحق به نتيجة المساس بالتوازن المالي للعقد ، ومن المنازعات التي قد تنشا أيضا أثناء تنفيذ العقد نجد المنازعة المتعلقة بالاتفاق على انجاز المقاول للأشغال الإضافية التي لم يتم الاتفاق عليها في العقد الأصلي للصفقة.

ثانيا : إخلال المتعاقد بالتزاماته :

بعد المصادقة على العقد الاداري من طرف الجهة المختصة ، فان دور الإدارة لا ينتهي عند هذا الحد ، وإنما يبقى من حق الإدارة التوجيه والمراقبة ، هذه التي تنصب بالأساس على كيفية تنفيذ المقاول لالتزاماته سواء من حيث الكم أو الكيف أو الأجل ، وبالإضافة إلى هذا الحق فان لها الصلاحية أيضا لتوقيع الجزاءات كلها لم يحترم المتعاقد تعهداته.

فقد منح القانون للإدارة من إمكانية اللجوء إلى فسخ الصفقة تلقائيا كلما تبث إخلال أو تماطل من جانب المتعاقد معها ، لكن وحتى يتم توقيع هذه الجزاءات لابد من سلوك إجراءات معينة.

أولا : لابد للإدارة من إجراء معاينة للوقوف على الإخلالات المرتكبة من طرف المقاول ، وذلك بواسطة فنيين واختصاصيين في موضوع العقد وتعتبر من قبيل الإخلالات بالتنفيذ توقف المقاولة عن أداء الأشغال الملزمة بها ، ولو بسبب عدم أداء لمقابل الأشغال المنجزة ، وفي هذا الصدد اعتبرت المحكمة الإدارية بمراكش في إحدى أحكامها : أن المتعاقد مع الإدارة لا يسوغ له أن يمتنع عن الوفاء بالتزاماته حيال المرفق العام بحجة أن تم إجراءات إدارية قد أدت إلى إخلال الإدارة بالوفاء بأحد التزاماتها

وقد يحدث في بعض الأحيان ألا يقوم المقاول بأداء التزاماته نتيجة لقوة قاهرة ، وفي هذه الحالة يجب على المقاول الذي يتضرع بحالة القوة القاهرة أن يوجه بمجرد ظهور مثل هذه الحالة وخلال اجل أقصاه سبعة أيام إلى صاحب المشروع تبليغا بواسطة رسالة مضمونة مع الإشعار تتضمن وصف العناصر المكونة للقوة القاهرة ونتائجها المحتملة على المشروع ، على انه إذا استمرت حالة القوة القاهرة لمدة ستين يوما على الأقل ، أمكن لصاحب المشروع تلقائيا أو بطلب من المقاول فسخ الصفقة، على انه للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تحديد حالة القوة القاهرة.

المطلب الثاني :

المعوقات الخارجة عن إرادة طرفيه

تلعب فكرة تغير الظروف دوراً هاماً في مجال العقود الإدارية، فإذا ما تغيرت ظروف تنفيذ العقد الاداري كان من حق الادارة أن تتدخل بتعديل بنود العقد بالشكل الذي يعيد التوازن له لمواجهة الظروف التي لفت على تنفيذه، مع ضمان المحافظة على حقوق المتعاقد معها .

وفيما يلي شرح موجز لأهم النظريات التي قيلت فيما يتعلق بهذا الموضوع

أولاً : نظرية الظروف الطارئة :

نصت لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 على أنه " إذا طرأت ظروف استثنائية عامة لا يمكن دفعها ولم يكن في الوسع توقعها وكان من شأنها أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً يهدد المتعاقد بخسارة فادحة دون أن يصبح مستحيلاً كان للمتعاقد الحق في تعويض يرد التوازن المالي للعقد إلى الحد المعقول، فإذا استمر قيام هذه الظروف ولم يعدُّ يرجى زوالها جاز إنهاء العقد بناءً على طلبه"

إن تطبيق نظرية الظروف الطارئة تتطلب حسب ما دلت عليه المادة المذكورة توافر الشروط الآتية :-

1. وقوع ظرف طارئ عام غير متوقع ولا يمكن دفعه .
2. أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين .
3. أن يقع الظرف الطارئ بعد توقيع العقد وأثناء تنفيذه .
4. أن تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمتعاقد وليس مستحيلاً .

حيث تترتب على تحقق الظرف الطارئ الآثار القانونية الآتية:

1- استمرار المتعاقد في تنفيذ التزامه :

2- في حالة استحالة تنفيذ العقد فإن طرفي العقد يكونا امام حالة من الظروف القاهرة وهي حالة لها نظام قانوني مختلف عن النظام القانوني الذي يحكم نظرية الظروف الطارئة فقد عرف بعض الفقه القوة القاهرة بأنها " أمر غير متوقع الحصول ، وغير ممكن الدفع ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً دون أن يكون هناك خطأ من جانب المدين"[1] .

3- تعويض المتعاقد بإعادة التوازن المالي للعقد .

ثانياً: نظرية عمل الأمير

[1]) عبدالوهاب محمد البشكار – القوه القاهرة وأثرها على عقود الاستثمار والتنمية – رسالة الماجستير – 2003 – جامعة الفاتح – ص64 .

يعرّف الفقه والقضاء نظرية فعل الأمير بتعريفات عديدة ومتشابهة نذكر منها على سبيل المثال : فعل الأمير هو" كل إجراء تتخذه السلطات العامة ومن شأنه أن يزيد في الأعباء المالية للمتعاقد مع الإدارة ، أو في الالتزامات التي ينص عليها في العقد مما يطلق عليه بصفة عامة "المخاطر الإدارية"[1] .ويعرفها أحد الفقهاء بأنها "كل إجراء تتخذه جهة الإدارة المتعاقدة ويكون من شأنه زيادة الأعباء المالية للمتعاقد معها بما يخل بالتوازن المالي للعقد وأمثلته قيام جهة الإدارة المتعاقدة بتعديل شروط العقد بما يتجاوز الحدود المقررة أي بما يتجاوز (15%) من قيمة العقد أو قيامها بإصدار أمر بإيقاف العمل في المشروع موضوع التعاقد أو بإنهاء العقد للصالح العام "[2] .

1.شروط تطبيق نظرية فعل الأمير:-

يشترط لتطبيق نظرية فعل الأمير وتعويض المتعاقد مع الإدارة عن الأضرار التي أصابته من جراء إصدار الإدارة المتعاقدة لإجراءات عامة أو خاصة ترتب عليها الإخلال بالتوازن المالي للعقد ضرورة توافر الشروط التالية:- أن يكون هناك عقداً إدارياً ، و صدور الإجراء الضار من الإدارة المتعاقدة ، وأن يكون هذا الإجراء غير متوقع للمتعاقد أثناء إبرام العقد وأن لا تخطئ الإدارة في إصدار هذا الإجراء ، وأخيراً أن يلحق هذا الإجراء ضرراً فعلياً بالمتعاقد مع الإدارة .

2.آثار تطبيق نظرية فعل الأمير على تنفيذ العقد الإداري .

إن لنظرية فعل الأمير آثاراً قانونية تُعَدُّ في غاية الأهمية لأنها قد تصل إلى حد فسخ العقد الإداري ، وتتلخص هذه الآثار في تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً ، وفسخ العقد إذا استحال على المتعاقد تنفيذه ، وإعفاء المتعاقد من غرامة التأخير ، و نتناول هذه الآثار بالشرح على النحو الآتي:-

1- تعويض المتعاقد مع الإدارة تعويضاً كاملاً و يتسم بأنه تعويض كاملٌ غير جزئي ويشمل على ما فات المتعاقد من ربح وما لحقه من خسارة[3] .

2- فسخ العقد : إذا كان من شأن الإجراء الصادر من الإدارة أن يصبح معه تنفيذ الالتزام مستحيلاً فإن المتعاقد يستطيع أن يطالب بفسخ العقد إذا ما ترتب على هذا الإجراء صعوبات من شأنها زيادة الأعباء المادية إلى درجة لا تتحملها إمكانياته .

---

[1]) د. عبد العظيم عبدالسلام عبدالحميد– أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد – 1989– بدون دار نشر– ص19 .

2) د. محمد عبدالله الحراري – وسائل مباشرة الإدارة لوظائفها – منشورات المكتبة الجامعة الزاوية ليبيا – 2010 ..– ص 242 .

[3]) حمدي ياسين عكاشة – العقود الادارية في التطبيق العملي – منشأة المعارف – بدون سنة نسر – ص 326.

3- الإعفاء من غرامة التأخير :- إذا أدى عمل الإدارة إلى تأخير تنفيذ العقد فإن المتعاقد يعفى من غرامة التأخير إذا كان العقد قد تضمن نصاً يقضي بتطبيقها[1].

المبحث الثالث

الاتجاهات الحديثة في إدارة العقود الادارية

اقتضت عملية تنفيذ خطط الاستثمار والتنمية ولفترة ليست بقصيرة من الزمن ، إلى الاعتماد على نظرية العقود الادارية في إدارة نشاطات الأجهزة الادارية بمختلف مجالاتها الاقتصادية والصناعية والزراعية وغير ذلك من الانشطة ، بحكم أن هذه الأجهزة تعمل باسم الدولة ولصالحها ، وتهدف من خلال المهام الموكلة إليها تحقيق المنفعة العامة والصالح العام هذا من جهة ، ومن جهةٍ أخرى احتياج هذا النوع من المشاريع إلى تغطية مالية كبيرة ، والتي لا يمكن الحصول عليها إلاّ من ميزانية الدولة ، فأوجب هذا أن يتم تنفيذ المشاريع الكبرى تحت رقابة الدولة واشرافها حفاظاً على المال العام من الإهدار.

ولكن نتيجة تأثر الاقتصاد بالأزمات المالية العالمية ، وتطور الأفكار الاشتراكية ، بات من الصعب الجزم بفاعلية نظرية العقد الاداري في ادارة الانشطة الاستثمارية والتنموية خصوصاً بعد انتشار عقود الشراكة بين القطاع العام والخاص ، وثبوت نجاحها في العديد من الدول التي أخذت بها ، واحتها الدول في البحث عن وسائل تخفف من عبء تنفيذ المشاريع التي ترهق ميزانية الدولة بمبالغ طائلة ، مما اضطرها إلى البحث عن مفهوم جديد للعقد الاداري تستند على ما تقدمه الدولة من تسهيلات ، وليس على ما تمتلكه من مظاهر السلطة العامة طالما كان الهدف تحقيق المصلحة العامة ، فأدى هذا الغرض إلى التوسع في دائرة عقود الدولة وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على تنوع وتطور عقود الادارة ، فلم تعد قاصرة على عقد الاشغال العامة والتوريد والامتياز ، بل امتدت لتشتمل على عقود أخرى بمسميات حديثة وأصبح العقد الاداري كل اتفاق مشروع يكون الهدى منه خدمة المرفق العام وتستلزمه المصلحة العامة الانفتاح على العالم الخارجي ، وإشراك المستثمر الأجنبي في عملية التنمية خصوصاً المشاريع المرتبطة بالبنية التحتية يعتبر من المقومات الرئيسية لإنجاح الاستثمار بالإضافة إلى العوامل الاخرى كالاستقرار السياسي ، والاقتصادي ، وكفاءة الجهاز الإداري .

[1]) زين العابدين بركات – مبادئ القانون الاداري – المطبعة الجديدة دمشق 1976 – ص 678 .

المطلب الأول

الحاجة لتطوير منظومة العقود الادارية

شهدت كافة الدول تغيرات واسعة في وظائفها ، فأدت إلى تحويلها من دولة حارسة تقتصر وظيفتها على مجرد تأدية خدمات الامن والدفاع ، وبعض الخدمات الاساسية ، التي لابد من مزاولاتها لتصبح دولاً ضامنة تقوم على تأدية الخدمات الرئيسية ، وتضمن تحقيقها للمواطن لتتحول إلى دول خدمات ورفاهية ، بحيث تحقق للمواطنين مستويات معيشية عالية ، ونظاماً متكاملاً ومتطوراً من الخدمات والضمانات الحياتية ، وبرز دورها في تولي القيام بالتنمية الشاملة عن طريق تبني سياسة إقامة ، وتمويل مشروعات ، تتميز بالضخامة والتعقيد والتكلفة العالية[1].

وقد أخذت الدول تتطور إلى أن وصلت إلى إشراك التنظيمات المحلية ، في مجالات التنمية المختلفة ومنحها صلاحية ابرام العقود الإدارية ، تجسيداً لسياسة الدولة التدخلية ، بل إن التقدم ، أو إن صح التعبير التطور وصل إلى أبعد من ذلك ، إذ أن هناك التجارة الالكترونية والعقود الالكترونية ، فأين لوائح العقود الادارية من هذا التطور .

نظم المشرع في ليبيا كافة الاجراءات المتعلقة بالعقد الإداري ، بموجب لائحة العقود الإدارية رقم (563) لسنة 2007 ، حيث حددت المادة (2) من اللائحة ، نطاق سريانها على العقود الإدارية ، التي تبرمها الجهات والوحدات الادارية ، التي بينتها اللائحة ، وكذلك ابرام عقود مشروعات التنمية ، الممولة وغير الممولة من ميزانية الدولة[2] .

وبما أن التنظيم الإجرائي للعقود الادارية في ليبيا هو تنظيم لائحي ، وكما نعلم أن اللوائح تصدر بقرار وتلغى وتعدل بقرار ، عكس ما يكون التنظيم صادر بقانون ، مما يتطلب ضوابط معينة لتعديله ، أو إلغائه ، من قبل السلطة المختصة ، مما قد يترتب عليه بقصد ، أو دون قصد من الجهة مصدرة القرار ، في حالة التعديل أو الالغاء ، إيقاع الضرر بالطرف الثاني المتعاقد ، وكلها تكون مغطاه بالصالح العام ، فالأمر هنا يتطلب تدخل المشرع ؛ لتنظيم العقود الادارية ، في شكل قانون ، يتميز بالثبات ، ينظم ويحدد الركائز الأساسية لعقود الادارة العامة ، ويتماشى مع التحولات الاقتصادية المحلية ، والعالمية معاصرة ، وترمي إلى تشجيع القطاع الخاص وارساء مناخ الاقتصاد الحر ، الذي يحتم إعادة النظر في هذا التنظيم ، ويكون تحت

---

1) د. علي العربي – د . عبد المعطي عساف – إدارة المالية العامة – بدون سنة نشر وبدور دار نشر – ص 205-206 .

2) لائحة العقود الادارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة – سابقاً – رقم (563) لسنة 2007 – الجريدة الرسمية – مدونة الاجراءات – العدد 9 – السنة السادسة – 2007 – ص 432 .

مسمى قانون تنظيم المناقصات والمزايدات ، وهو ما تأخذ به أغلب دول العالم في الوقت الحالي وأهم مرتكزاته هي :

المرتكز الأول :

تسري أحكام هذا القانون على وحدات الجهاز الاداري للدولة ، وهي الوزارات والمصالح ، والاجهزة التي لها موازنات خاصة بها ، والهيئات العامة ، ووحدات الادارة المحلية على أن يحدد القانون السلطات المختصة بتنفيذ أحكامه ، وهو الوزير ومن له سلطات ، أو المحافظ ، أو رئيس مجلس إدارة الهيئة العامة ، كل في نطاق اختصاصه[1] .

المرتكز الثاني :

الاستفادة من التطور التكنولوجي، لما وضعت لائحة العقود الادارية جاءت في وقت لم تكن فيه ثورة الاتصالات قد وصلت إلى التطور التي هي عليه الآن ، خاصة فيما يتعلق بالتجارة الالكترونية ، والتوقيع الالكتروني ، فإن هذا يحتم على المشرع أن يجاري هذا التطور ؛ حتى يحقق سرعة في أداء وتنفيذ المشروعات [2] .

---

1) د. مجدي المتولي – التعليق على قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد الصادر بالقانون رقم (89) لسنة 1998 في ضوء فتاوى وأحكام مجلس الدولة – دار النهضة العربية – – 2002- ص 294.

2) ففي محاولة التوفيق بين ثبات النصوص القانونية من ناحية والمتغيرات العملية من ناحية أخرى فقد قام القضاء الفرنسي بدور خلال في هذا الشأن فقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن الصورة الضوئية لإقرار يدين صادر من المدين تعد بمثابة مبدأ ثبوت بالكتابة ، طالما أن المدين لم ينازع على سلامتها ، كما أجاز أيضاً استخدام التوقيع الالكتروني إذا كان محلاً لاتفاق الاطراف بمناسبة إصدار بطاقة الدفع ، بل اعتمدت صحة الكتابة الثابتة في برقية تليفونية ، كشرط لقبول التنازل عن دين مهني ، متى أمكن التحقق من سلامتها ، وصحة نسبة فحواها ، إلى من يدعي صدورها منه ، وإذا كان القضاء الفرنسي قد تفهم المشكلات المتولدة عن الثورة في مجال الاتصالات الإلكترونية ، وكيفية مواجهتها ؛ لإحداث نوع من التوازن ، أو التلاؤم مع معطيات تلك الثورة ، فإن المشرع الفرنسي لم يقف مكتوف الأيدي في هذا الشأن ، فقد قام من جانبه بتعديل قواعد الاثبات بالمجمعة المدنية الفرنسية ، وذلك بمقتضى القانون 230 الصادر في 13 مارس 2000 ؛ ليجيز الكتابة بالطريق الالكتروني ، كدليل في الاثبات ، شأنها شأن المحرر الورقي تماماً ، فقد نص هذا القانون على أن الدليل الكتابي أو الإثبات بالكتابة يستمد من مجموعة من الحروف ، والأشكال أو الأرقام ، أو الرموز ، تعطي معناً مفهوماً ، وذلك بصرف النظر عن دعامتها ، وعن طريق انتقالها يدوياً ، أو برقياً أو تلفونياً أو بواسطة الفاكس ، أو مباشرة من حاسوب لآخر ، ومن ثم لم يعد مفهوم الكتابة قاصراً على الصم الورقي المكتوب ، وانما أصبح يمتد ليشمل الكتابة بالشكل الالكتروني .

=وفي جمهورية مصر العربية فقد صدر فيها القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني وبإنشاء هيئة تنمية صناعة التكنولوجيا المعلومات وقد نص على ما يأتي :

1- إن التوقيع الإلكتروني هو ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف ، أو أرقام ، أو رموز ، أو إشارات أو غيرها ، ويكون له طابع منفرد ، يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره (م1 فقرة ج)

=

إذ ليس من المعقول أن تقف الدولة موقفاً سلبياً أمام نظام الإدارة الإلكترونية ، الذي بدأ يغزو مختلف المرافق في العالم المتقدم ؛ ليحقق للناس مزيداً من الخدمات المرفقية المحسنة ويضمن للإدارة نفسها مزيداً من الكفاءة ، في الانجاز والاقتصاد في النفقات ، فإذ استخدمت الادارة العامة التطور الإلكتروني في مجال التعاقدات فإن هذ سيكفل لها سرعة التعاقد والتخلص من البطء ، الذي يعرقل تنفيذ المشروع ، ويستغرق شهوراً للبدء فيه[1]

المرتكز الثالث :

اشراك القطاع الخاص في عملية تنفيذ المشاريع الاستثمارية واقتراح خطط التنمية ، حيث حظى استقطاب القطاع الخاص لتطوير وتمويل المشاريع التي تِقدم الخدمات العامة، مقابل حصول هذا الأخير على بدل مالي يغطي استثماراته المالية، وما تحمله من كلفة – باهتمام كبير من قبل الدول في مختلف أنحاء العالم، خصوصا إبان الحرب العالمية الثانية حيث كان لا بد من حشد وجمع إمكانات المجتمع كافة، بما فيها خبرات وطاقات وموارد كل من القطاعين العام والخاص؛ لتشارك في إنشاء وتشغيل المشاريع بجميع

=

2- إن للتوقيع الإلكتروني ، في نطاق المعاملات المدنية ، والتجارية ، والادارية ، ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الاثبات ، في المواد المدنية والتجارية ، إذا روعي في إنشائه ، وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون والضوابط الفنية ، والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون (م14) .

3- أن للكتابة الإلكترونية ، وللمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية ، والتجارية ، والادارية ، ذات الحجية المقررة للكتابة المحررات الرسمية ، والعرفية ، في أحكام قانون الإثبات ، في المواد المدنية ، والتجارية ، التي استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون ، وفقاً للضوابط الفنية ، والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون (م15) .

4- أن الصورة المنسوخة على الورق من المحرر الإلكتروني الرسمي ، حجة على الكافة ، بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر ، وذلك مادام المحرر الالكتروني الرسمي والتوقيع الإلكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية (م16).

5- أن تسري في شأن إثبات صحة المحررات الإلكترونية ، الرسمية ، والعرفية ، والتوقيع الالكتروني ، والكتابة الإلكترونية فيما لم يرد بشأنها نص في هذا القانون ، أو في لائحته التنفيذية ، الأحكام المنصوص عليها في قواعد الاثبات ، في المواد المدنية والتجارية (م17) .

6- أن يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية ، والمحررات الإلكترونية ، بالحجية في الإثبات ، إذا ما توافرت الشروط الآتية

أ- ارتباط التوقيع الإلكتروني ، بالموقع وحده دون غيره .

ب- سيطرة الموقع وحده دون غير على الوسيط الإلكتروني .

ج- امكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني ، أو التوقيع الالكتروني ، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك (م18) .

وهكذا يمكن القول ، أن المشرع المصري ، حاكى نظيره الفرنسي ، في هذا الشأن ، حيث أصبح يعتد بوسائل الاثبات الحديثة في مجال العقود بصفة عامة ، والعقود الإدارية بصفة خاصة ، الأمر الذي يعني أن العطاء المرسل باستخدام الوسائل الفنية الحديثة يعتبر عطاءً صحيحاً ، ويجسد إيجاباً ينعقد به العقد ، إذا صادف قبولاً ، طالما توافرت فيه الشروط التي نص عليها القانون والأحرى بنا نحن أيضاً ، أن نحاكي هذا التطور ، أسوة بهذه الدول ، وأن نستغل التطور الفني في خدمة المواطن ولمصلحته ؛ حتى نحقق التوفير في الوقت والمال والجهد – د. رمضان محمد بطيخ – التزامات ما قبل التعاقد في مجال العقود الادارية –كلية الحقوق – جامعة عين شمس بحث غير منشور –ص 19-22 .

1) ماجد راغب الحلو – علم الادارة العامة ومبادئ الشريعة الاسلامية – منشأة المعارف الاسكندرية – 2005–ص 438-439.

أنواعها، بما يحقق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، ا وحده على مواجهة الصعوبات والتحديات التي تعترض طريق التنمية التي يطمح فالقطاع العام لم يعد قادر إلى تحقيقها، الأمر الذي دفع العديد من الدول، سواء المتقدمة أو النامية، إلى خلق التنظيمات المؤسسية والتشريعية التي تضع الأساس القانوني لتبني التنظيمات التشاركية التي تساهم في إنشاء وتوجيه وإدارة وتشغيل المشاريع وتطويرها وتنميتها من أجل خدمة أغراضها على أساس تشاركي تعاوني هذا، وتعد مسألة تحديد الطبيعة القانونية لعقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص من أبرز المسائل التي حظيت بأهمية بالغة في الآونة الأخيرة، خصوصا في الدول التي تأخذ بنظام القضاء المزدوج، وعلى رأسها فرنسا فالأصل أن تحديد القانون الواجب التطبيق، والقضاء المختص بنظر المنازعات الناشئة عن هذه العقود، يرتكز على تحديد الطبيعة القانونية لها كونها من العقود الادارية أم من العقود المدنية[1].

المرتكز الرابع :

التخلص من البيروقراطية في إدارة وابرام العقود الإدارية ، ودراسة قدرة الدولة على منح المتعاقد معها الضمانات والتسهيلات التي تشجع على جذب الاستثمار وتحقق وفراً مالياً للدولة من خلال مساهمته في تنويع العروض بأسعار متفاوته وجودة عالية ، والاستفادة من تجارب الدول المجاورة في عملية تحديث منظومة تعاقدات الدولة .

المرتكز الخامس :

إصدار تشريع ينظم ضوابط وأوضاع إبرام العقود المركبة والمتعددة الاطراف من حيث مجالات استخدامها ، وإجراءات ابرامها ، وتحديد الجهة الخاضعة للرقابة على تنفيذها للاستفادة من هذه العقود في تخفيف عبء تنفيذ العقود الادارية خصوصاً عقود الاستثمار طويلة الاجل ، وتوجيه ميزانية الدولة نحو مجالات أخرى لها الأولوية .

المرتكز السادس :

التوجه نحو الاقتصاد الحر والاستفادة من الاقتصاد الخاص بتطبيق بعض سياسات الاصلاح الهيكلي والمؤسسي و منح القطاع الخاص صلاحية تقديم مبادرات لمشاريع استثمارية متكاملة كمساهمة منه إلى

1 سيف باجس الفواعير – عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها القانونية: دراسة مقارنة – المجلة الدولية للقانون . عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها Cite this article as: SB Elfawaer. International Review of Law, Vol: 3 2017. 22, http://doi.org/10.5339/irl.2017.22القانونية: دراسة مقارنة

جانب الدولة في تحقيق الأهداف الاقتصادية والتنموية و إصدار قوانين ولوائح للاستثمار تتلاءم مع طبيعة الاختلاف بين أقاليم الدولة وتمنح صلاحيات للوحدات الادارية في تحديد احتياجاتها من مشاريع الاستثمار عن طريق اتباع سياسة لا مركزية التنمية والاستثمار [1] ..

المطلب الثاني

التسوية الودية لمنازعات العقود الادارية

من خلال ما طرحنا في بداية هذا البحث من أهمية العقود الإدارية ، تحقيقاً لخطط واستراتيجيات السلطة التنفيذية بالدولة ، ونظراً لما قد يحدث من اشكاليات خلال تنفيذ العقد مما يؤثر سلباً على اقتصاديات العقد لما يقدمه أي مشروع من مصلحة عامة تؤدي إلى استقرار الحياة الاقتصادية والاجتماعية ، فإن المشرع تفادياً لإطالة وجود النزاع وضع بعض الحلول لمعالجة ذلك ، منها التحكيم ، وهناك اتجاهات حديثة للتشريعات المقارنة قامت بإدخال الصلح كوسيلة لتسوية منازعات العقود الإدارية ، وفيما يلي بياناً موجزاً عن هذه الآليات :

الفرع الأول : التحكيم :

يعتبر التحكيم وسيلة بديلة أو طريق استثنائي لتسوية المنازعات التجارية والمدنية والإدارية، فهو نظام قضائي من نوع خاص لفض المنازعات بعيداً عن القضاء، فهو اصطلاح واسع وعام تقترن به عدة مسميات فرعية، تختلف بحسب طبيعة المنازعة التي يراد حسمها بالتحكيم، فاذا كانت المنازعة تجارية سمي بالتحكيم التجاري، واذا كانت المنازعة مدنية سمي بالتحكيم المدني، واذا كانت المنازعة إدارية سمي

1) من التشريعات التي نظمت هذه المسألة التشريع المصري حيث جاء في الفصل الثالث من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادرة بالقانون رقم 182 لسنة 2018 الصادرة في يوم الخميس الموافق 31 اكتوبر 2019 تحديداً المادة (164) " مع عدم الاخلال بأحكام القوانين المنظمة للتعاقدات المقدمة بناءً على مبادرة من القطاع الخاص يجوز للجهة الادارية عندما تتلى عرض لمشروع استثماري متكامل شامل التمويل سواءً كان مقدمه شخص طبيعي أو اعتباري بناءً على مبادرة منه .....أن تقوم بدراسة المشروع وإخطار مقدمه بذلك ، أو ترفضه وتخطر مقدمه بأنها لن تأخذ به .....وحال دراسة الجهة الادارية للمشروع وينطوي على حقوق ملكية فكرية وترى جهة الادارة أن تنفيذه يحقق الاهداف الاقتصادية والتنموية للدولة ، وأن له جدوى فنية واقتصادية واجتماعية فيجوز لها أن تطلب من مقدمه تقديم عرضه متضمن كافة البيانات الفنية والاقتصادية والمالية والتعاقدية والدراسات التفصيلية ذات الصلة به وبما يمكنها من تقييمه بشكل تفصيلي متكامل ، وإذا ما تحققت الجهة الادارية بعد دراستها التحليلية للمشروع في ضوء ما قدمه المستثمر من بيانات فنية واقتصادية ومالية وتعاقدية ودراسات تفصيلية ، وقامت بإجراء حوار مفتوح واستطلاع وتحليل وتقييم السوق بشأنه وانتهت إلى أن المشروع وشروطه يحقق الأهداف الاقتصادية والتنموية للدولة فتطلب من مقدمه أن يتقدم بالمشروع في شكل نهائي ، ويعرض الوزير المختص بالجهة الادارية تفاصيله على وزيري المالية والتخطيط لإعمال شئونهما ، على أن يخطرا الوزير المختص بالجهة الادارية بنتائج دراستهما ....."

بالتحكيم الإداري، فالتحكيم الإداري يلعب دوراً هاماً في حسم المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية في الوقت الراهن، لما له من سمات تجعل الدولة تلجأ اليه في ابرام عقود التنمية الاقتصادية.

أولا: انعكاسات التحكيم على نظرية العقد الإداري

نظراً للأساس الذي يقوم عليه التحكيم وهو إرادة الأطراف، فهم يلجؤون إلى القضاء لتحديد المحكمين واعتماد حكم التحكيم والقانون الواجب التطبيق ، وفي هذه الحالة يتم استبعاد القضاء الإداري من هذه المنازعات ، الأمر الذي يمس بالأساس القانوني لنظريات القانون الإداري ومن أهمها نظرية العقود الإدارية ، فالتحكيم قد لا تتفق معطياته مع خصائص وآثار العقد الإداري والنظام والقانوني الذي يحكمه ؛ حيث سنتولى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول يتناول الحفاظ على المبادئ الأساسية للعقود الإدارية في ظل نظام التحكيم ، والثاني يتناول ملاءمة النظام القانوني للتحكيم مع طبيعة العقود الإدارية .

1. الحفاظ على المبادئ الأساسية للعقود الإدارية في ظل نظام التحكيم

اتسعت العلاقات القانونية ذات الطابع الاقتصادي وتشعبت مع مراحل النمو والإصلاح التي تخطوها التشريعات الداخلية، وتدخّل الدولة وغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة في قيام تلك العلاقات بالقدر اللازم لتشجيع الاستثمار ودفع عجلة التنمية الاقتصادية ، بما في ذلك إبرام العقود الإدارية ، فلا يترتب على التحكيم في العقود الإدارية تطبيق القانون الوطني للدولة المتعاقدة ، فالأطراف المتنازعة لها حرية اختيار القانون الواجب التطبيق والذي لا يعرف التفرقة بين العقود الإدارية والمدنية[1]، مما يؤدي ذلك إلى المساس بالامتيازات الممنوحة للإدارة تجاه المتعاقد معها.

أ- أنْ تطبق هيئات التحكيم قواعد القانون الإداري على منازعات العقود الإدارية

إن الحفاظ على الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في نطاق العقود الإدارية لا يتحقق إلا إذا خضع العقد لنظام قانوني يميز العقد الإداري عن العقد المدني ، وأن الحفاظ على أساس نظريات القانون الإداري يستلزم تطبيق قواعد هذا القانون على منازعاته [2]، إلا أن إجازة المشرع للتحكيم في العقود

1 – د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 2004م ، ص 256 .

2 – ومن أهم نظريات القانون الأخرى هي نظرية المرفق العام ونظرية السلطة العامة ، فأساس تطبيق القانون الإداري واختصاص القضاء الإداري لا يتحدد بنظرية واحدة فقط ، بل بجل نظرياته إلى جانب نظرية العقود الإدارية ، إلا إننا اشرنا إلى نظرية العقود الإدارية ومدى تأثرها بالتحكيم ، باعتبار التحكيم استثناء عن الأصل وهو القضاء الإداري ، راجع في ذلك د. نجلاء حسين سيد أحمد خليل ، د. نجلاء حسين سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002م.، ص 535 وما بعدها.

الإدارية لم يشترط تطبيق قواعد القانون الإداري فقط، مما يثير ذلك فكرة تأثير التحكيم على نظرية العقود الإدارية ، فترك للأطراف حرية اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاع وتلتزم هيئة التحكيم بتطبيقه ، وفي حالة عدم اختيار القانون من جانب الأطراف تطبق هيئة التحكيم القانون الأكثر ارتباطاً بالنزاع، ونلاحظ في منازعات العقود الإدارية غالباً ما يلجأ الأطراف وهيئة التحكيم إلى اختيار قواعد القانون الإداري وتطبيقها على العقد .

ويرى المشرع الليبي أن الإفراط في اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ، قد يعطل التطور الحديث الذي طرأ على نظرية العقد الإداري، خاصة في اتجاه القضاء الإداري في إرساء وبلورة مبادئه " قواعد القانون الإداري " خلافاً للتحكيم ، فالأخير ليس لديه الإحاطة التامة والكاملة في التعامل مع خصائص العقد الإداري ومعياره المميز المتعلق بالمصلحة العامة ، الأمر الذي يجعل القضاء الإداري الركيزة الأساسية لنظرية العقد الإداري، فحرص المشرع الليبي على إعطاء مبدأ الأفضلية في عرض النزاع على القضاء الإداري قبل عرضه على التحكيم ، كضمانة أساسية للحد من تعرض نظرية العقد الإداري في تطبيق قانون أجنبي من خلال قضاء التحكيم ، والحفاظ على النظام العام الداخلي للدولة [1].

ب– تضمين العقد الإداري محل التحكيم لخصائصه التي تميزه عن غيره من العقود

يجب على الدولة وسائر أشخاص القانون العام تضمين العقد الإداري الذي تم الاتفاق عليه تحكيماً الأسس العامة التي تقوم عليها نظرية العقد الإداري وهي :

1– أن تكون الإدارة العامة طرفاً في العقد .

2– أن يتصل العقد بنشاط مرفق عام .

3– أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص .

إضافة إلى ذلك أن تشرف الإدارة العامة على تنفيذ العقد الإداري والتحكيم في تعديل العقد من جانبها وفق ما تراه مناسبا للمصلحة العامة بما لا يتعارض مع النظام العام[2]، وأن الإدارة تستطيع أن تمارس هذه الامتيازات دون الحاجة إلى النص عليه في العقد المبرم بينها وبين المتعاقد معها ، باعتبارها أحد

1 – أ. مفتاح علي الشيباني عمر ، مبدأ اللجوء للتحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري ، رسالة ماجستير – غير منشورة ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2006م .
، ص 126 .

2 – د. يسرى محمد العصار ، التحكيم في لمنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دار النهضة العربية ، بدون طبعة ، 2010م ، ص 336 .

القواعد العامة التي تحكم نظرية العقد الإداري[1]، إلا أن هذه الامتيازات التي تتمتع بها الإدارة لا يجوز أن تتمسك بها خاصة في التعاقد مع الشركات الأجنبية ذات الخبرة والإمكانيات الفنية العالية ، فعلى الإدارة أن تتساهل في إبرام العقود الإدارية الدولية وان تختار هيئة تحكيم مختصة في مجال القانون العام ، لإلمامها ومعرفتها بالطبيعة الخاصة للعقود الإدارية .

2. ملاءمة النظام القانوني للتحكيم مع الطبيعة القانونية للعقود الإدارية

أن قضاء التحكيم في منازعات العقود الإدارية أصبح مشروعاً في جل الأنظمة الداخلية لكثير من الدول، فالامتيازات التي تتمتع بها الإدارة في إبرام العقود الإدارية تجاه المتعاقد معها ، واختلاف مركزها القانوني عن عقود القانون الخاص، جعلها تتميز بطبيعة خاصة عن غيرها من العقود، ويمكن القول بأن قضاء التحكيم يُبنى على إرادة أطراف العقد ويحددون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع والإجراءات التي يتم اتباعها أمام هيئة التحكيم ، فإن ذلك من شأنه أن يؤثر علي طبيعة العقد الإداري ومركز الإدارة فيه ، فالقانون المحدد في شرط التحكيم هو الذي تلتزم به هيئة التحكيم ، أو يتم تطبيق القانون الذي تراه الهيئة مناسباً في تطبيقه على موضوع النزاع .

وفي واقع الأمر فإن اللجوء إلى التحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية لا يصطدم بالطبيعة الذاتية لهذه العقود إذا تم اتفاق أطراف المنازعة التحكمية على تسويتها وفقاً لأحكام القانون الإداري، والذي يعترف بالتفرقة بين العقود الإدارية وعقود القانون الخاص؛ حيث يعترف هذا القانون للعقود الإدارية بسمات خاصة تسمو بها إرادة الإدارة على إرادة المتعاقد معها وذلك لما تهدف إليه تلك العقود من تحقيق للمصلحة العامة.

ولكن الاصطدام الحقيقي بين قضاء التحكيم ونظرية العقود الإدارية يظهر عندما يكون القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع لا يعترف للإدارة بامتيازاتها القانونية في مواجهة المتعاقد معها الأمر الذي يجعلها تقف معه على قدم المساواة، ولا شك أن ذلك يتنافى مع طبيعة العقود الإدارية ألا وهو تحقيق المصلحة العامة التي لا تتحقق في حالة تساوي المركز القانوني للإدارة مع المتعاقد معها[2].

إلا أنه يخفف من ذلك الاصطدام في العقود الإدارية التي تخرج عن إطار التحكيم، مثل شروط العقود التنظيمية أو اللائحية والتي لا دخل فيها لإرادة طرفي العقد، فلا مجال لقضاء التحكيم في

1 – د. نجلاء حسين سيد احمد خليل ، مرجع سابق ، ص 531 .

2 – د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011م. ، ص 268 .

حسم منازعات هذه الشروط، منها الشروط التنظيمية واللائحية في عقد التزام المرافق العامة المتعلقة بالرسم الذي يدفعه المنتفعون من خدمات المرفق وشروط الأمن والسلامة فيه.

الفرع الثاني: الصلح

الصلح هو اتفاق يتضمن تنازلات متبادلة يتم بمقتضاه التوافق بين أطراف علاقة عقدية معينة وإنهاء خصومات نشأت أو تدارك خصومة متوقعة الحدوث ، وعندما يتم الصلح لتسوية الخصومة فإن التنازلات المتبادلة بين أطراف الخصومة تتمثل في أن أحد الأطراف يتنازل عن حقه في اللجوء إلى القضاء مقابل قيام الطرف الأخر بإصلاح الضرر أو جبر خسارة لحقت بالطرف الاول .

ويختلف الصلح عن التحكيم من عدة أوجه لفرق بين حكم التحكيم وعقد الصلح في القوانين الليبية ، فالتحكيم هو تسوية ودية بين أطراف النزاع بواسطة طرف ثالث، ويترتب على ذلك حكم فاصل في النزاع بين المحتكمين، وإعطاء الحق بأكمله لصاحبه من غير تنازل عن جزء منه، ولأن حكم التحكيم يحسم النزاع فإنه يخضع لرقابة القضاء عن طريق الاستئناف بعد التصديق عليه وذلك طبقا للقواعد المقررة استئناف الأحكام الصادرة من المحاكم، كما يجوز الطعن فيه بالتماس إعادة النظر برفع الالتماس إلى المحكمة التي كان من اختصاصها أصال نظر الدعوى وأيضا يجوز طلب بطلانه ولو اشترط الخصوم خالف ذلك وحدد حالات بطلان حكم التحكيم

أما الصلح فهو عقد نظمه القانون المدني وهو عقد يحسم به الطرفان نزاعا قائما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وبذلك يختلف الصلح عن التحكيم الذي نظمه قانون المرافعات، ولأن الصلح عقد فإنه يخضع لإرادة المتعاقدين وبهذا يختلف عن حكم التحكيم الذي يتم فرضه رغما عن إرادة الخصوم لأنه حكم .

كما أن عقد الصلح يتضمن تنازل المتصالحين عن بعض حقوقهما يخالف حكم التحكيم الذي يحكم بالحق كله لصاحب الحق، ولأن عقد الصلح عقد من جملة العقود التي نص عليها في القانون المدني فإنه لا يخضع لنظام الطعون في الأحكام كما أنه لا يتم الادعاء ببطلانه عن طريق دعوى بطلان التي ترفع في حكم التحكيم، ولكن عقد الصلح تخضع لدعوى إبطال العقد إذا اختل ركن من أركانه أو شرط من شروطه، حيث ترفع دعوى مبتدأه بإبطال عقد الصلح.

إضافة إلى أن قانون المرافعات قد اشترط في حكم التحكيم شروط منها أن يصدر بعد المداولة ويجب كتابته كما يكتب الحكم الذي يصدر من المحكمة ويجب أن يشتمل بوجه خاص صورة من مشارطة التحكيم وعلى ملخص أقوال الخصوم ومستنداتهم وأسباب الحكم ومنطوقه والمكان الذي صدر فيه وتاريخ صدوره وتوقيعات المحكمين وفي حالة تشكيل هيئة التحكيم من أكثر من محكم واحد يكتفي بتوقيعات

أغلبية المحكمين بشرط أن تثبت في الحكم أسباب عدم توقيع الأقلية على الحكم.

أولا:خصائص عقد الصلح :

1- عقد الصلح هو عقد رضائي ،يتم بتبادل الايجاب والقبول بين طرفيه

2- يتضمن عقد الصلح اتفاقات وشروط ناتجة عن ثمرة المفاوضات بين طرفي الصلح لذلك يتم اثباته كتابة والكتابة وهذا ما نصت عليه المادة (556) من القانون المدني حيث جاء فيها " لا يثبت الصلح إلاّ بالكتابة بمحضر رسمي " .

3- يعتبر عقد الصلح عقداً كاشفاً للحقوق ، لا منشأ لها ، لأن الحقوق المتنازع عليها موجودة قبل وجوده ، .فللصلح أثر كاشف بالنسبة إلى ما تناوله من حقوق ، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها

4- عقد الصلح من العقود الخاضعة لرقابة القضاء المدني وإن تتم ابرامه مع جهة إدارية عامة ، طبقاً لما نص عليه القضاء [1] .

5- عقد الصلح من العقود الملزمة لأطرافه .

ثانيا: أركان الصلح :

يشترط في الصلح ما يُشترط في أي عقد من ضرورة توافر الرضا والمحل والسبب .

1.ركن الرضا :

يجب أن ينعقد عقد الصلح باتفاق الطرفين وأن تكون إرادتهما خالية من عيوب الرضا فيجب آلاّ يكون مشوباً بتدليس أو مبيناً على غش أو اكراه .، وأن يكون لطرفي الصلح الأهلية في التصرف في الحقوق التي يشملها عقد الصلح [2] .

2.ركن المحل في عقد الصلح :

محل في عقد الصلح هو الحق المتنازع عليه ويشترط في محل الصلح أن يكون موجوداً وأن يكون مشروعا ، فلا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية ، أو المسائل المتصلة بالنظام العام [3] .

---

[1])د. أحمد علي معتوق - أحكام الصلح وآثاره في فض المنازعات – مجلة كلية الآداب- العدد الثامن

[2]) المادة (548) من القانون المدني .

[3]) المادة (550) من القانون المدني .

3.ركن السبب في عقد الصلح

المقصود بالسبب هنا الوقائع التي دفعت إلى ابرام عقد الصلح ، ويجب في هذه المسألة تفسير عبارات التنازل التي يتضمنها الصلح تفسيراً ضيقاً وأياً كانت تلك العبارات فإن التنازل لا ينصب إلاّ على الحقوق التي كانت وحدها بصفة جلية محلاً للنزاع الذي حسمه الصلح [1] .

4.اثبات عقد الصلح :

لا يثبت الصلح إلاّ بالكتابة أو بمحضر رسمي ، والقاضي عندما يثبت عقد الصلح لا يكون قائما بوظيفة الفصل في خصومة ، إذ أن وظيفته لا تتعدى إثبات ما حصل أمامه من اتفاق ، وهو وإن اتخذ في مظهره شكل الاحكام فإنه لا يعد حكماً ، ولا يكتسب حجية الشيء المحكوم فيه ، ولا يجوز الطعن فيه بطرق الطعن المقررة للأحكام [2] .

والجدير بالذكر في ختام هذا المطلب وجب القول أن لائحة العقود الادارية لم تتناول موضوع الصلح كوسيلة لفض المنازعات بين طرفي، وجعلت للقضاء القضاء الليبي اختصاصاً أصيلاً لفض المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد ، ولكن وجب هنا توضيح أن الأصل في تنظيم المعاملات التعاقدية مرجعه للقانون المدني وبالتالي طالما أن اللائحة لم تتضمن احكاماً للصلح فإنه يجوز لأطراف العقد التصالح فيما ينشأ بينهم من خلاف استناداً لقواعد القانون المدني .

وانطلاقاً من مبدأ أن يكون لكل عقد إداري محل، و أن يكون هذا المحل ممكناً ومشروعاً، فإن الصلح يرتبط بمحل العقد فإن كان محل العقد مشروعاً اكتسب الصلح أيضاً المشروعية وتتجلى فكرة إمكانية المحل في عقد الصلح من خلال ضرورة أن يكون محل الصلح تبادلاً في التنازل بين طرفي الصلح، وسواء أكان هذا التنازل المتبادل عن مطالبات أم عن ادعاءات أم عن حقوق، والقاعدة هي عدم اشتراط التوزان في التنازلات في نطاق عقود الصلح المدنية، ما عدا حالات استثنائية، وبالمقابل فإن ما يميز فكرة التنازلات المتبادلة في عقد الصلح الإداري هو التوازن في التنازل، بحيث لا يؤدي تنازل الإدارة صلحاً إلى دفع ما هو غير متوجب عليها، وهذه الآلية ابتكرها مجلس الدولة الفرنسي، وأطلق عليها رقابة السخاء .

وتتجلى مشروعية المحل في عقود الصلح الإدارية في كون بعض المسائل لا تصلح محلاً للصلح مثل الاختصاصات الإدارية والأملاك العامة والمسؤولية العقدية، كما أنه لا يجوز من جهة أخرى أن يكون محل

---

1) المادة 554 من القانون المدني .

2) الطعن المدني (55/665 ق) – بالجلسة المنعقدة بمقر المحكمة العليا بتاريخ 2011/1/10 .

الصلح تنازلاً عن المشروعية [1] .

الخاتمة :

تعتبر العقود الإدارية من أهم وسائل الإدارة العامة لتحقيق أعمالها من مشاريع وخطط التي تخدم المجتمع ، ومن خلال ما تطرقنا إليه في هذه الورقة البحثية ، حيث حاولنا تسليط الضوء على بعض الاشكاليات التي تعرقل تنفيذ العقود الادارية ، مما يؤثر سلباً على اقتصاديات العقد مما يترتب عليها تأخير تنفيذ العقد ، ويؤدي ذلك إلى عرقلة تقديم الخدمات للأفراد وتأخر تحقيق المصلحة والمنفعة العامة .

أولا: النتائج

1- يتأثر تنفيذ العقد الإداري بالمتغيرات التي تطرأ على الدولة سواءً كانت داخلية أو خارجية مما تؤثر سلباً ي كثير من حالات على تنفيذه.

2- إن الظروف التي تؤثر على اقتصاديات العقد الإداري عديدة منها التقدير الخاطئ لتكلفة العقد من جانب الإدارة، وإساءة استعمالها للسلطات الممنوحة إليها ، وقد يكون المتعاقد هو من سبب هذه الاشكاليات بتراخيه ، أو بعدم اتباع التعليمات الصادرة إليه من جانب الإدارة المتعاقدة ، وقد تكون خارجة عن إرادة طرفيه كما في الظروف الاستثنائية الغير متوقعة ، وغير من الظروف التي تؤثر على العقد .

3- إن التحكيم والصلح من الوسائل الودية التي تساعد على تسوية الخلافات التي تنشأ جراء تنفيذ العقد ، وتسهل حسم النزاع دون اللجوء للقضاء .

ثانيا: المقترحات

1- تعديل مسمى العقود الإدارية إلى عقود الدولة ، وتعديلها بما يتوافق مع المتغيرات الداخلية التي طرأت على الدولة الليبية ، وبما يتفق مع الاتجاهات العالمية الحديثة .

2- الاستفادة من الوسائل الحديثة في إبرام عقود الدولة كعقود الشراكة بين القطاع الخاص والعام وعقود البوت .

3- الاستفادة من التطور التكنولوجي في اتمام الاجراءات الجوهرية التي يتوقف عليها البدء في تنفيذ العقد .

[1]) مهند مختار نوح – المحل في عقد الصلح الاداري – مجلة كلية القانون الكويتية العالمية لعدد السنة الحادية عشرة العدد 41 جمادى الأولى 1444هـ ديسمبر 2022م

4- العمل على تدعيم لا مركزية التنمية بمنح وحدات الإدارة المحلية صلاحية إنشاء المشروعات وفقاً لمتطلبات كل وحدة إدارية مستقلة ؛ حتى لا يتم إغراق ميزانية الدولة بمشروعات قد لا تخدم بعض الوحدات الادارية .

5- إصدار قانون خاص بوسائل التسوية الودية للمنازعات التي تكون الدولة طرفاً فيها .

قائمة المراجع :

الكتب العلمية

1. د. جابر جاد نصار ، العقود الإدارية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الثانية ، 2004م.
2. حمدي ياسين عكاشة – العقود الادارية في التطبيق العملي – منشأة المعارف – بدون سنة نشر.
3. زين العابدين بركات – مبادئ القانون الاداري – المطبعة الجديدة دمشق 1976 .
4. د. سليمان الطماوي – الأسس العامة للعقود الإدارية – دراسة مقارنة – دار الفكر العربي – القاهرة – 2005 .
5. د.عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2011م.
6. د. عبد العظيم عبدالسلام عبدالحميد– أثر فعل الأمير على تنفيذ العقد – 1989– بدون دار نشر .
7. د. علي العربي – د . عبد المعطي عساف – إدارة المالية العامة – بدون سنة نشر وبدور دار نشر .
8. ماجد راغب الحلو – علم الادارة العامة ومبادئ الشريعة الاسلامية – منشأة المعارف الاسكندرية – 2005 .
9. د. مجدي المتولي – التعليق على قانون تنظيم المناقصات والمزايدات الجديد الصادر بالقانون رقم (89) لسنة 1998 في ضوء فتاوى وأحكام مجلس الدولة - دار النهضة العربية - – 2002 .
10. د. محمد عبدالله الحراري – وسائل مباشرة الإدارة لوظائفها - منشورات المكتبة الجامعة الزاوية ليبيا – 2010 .
11. د. نجلاء حسين سيد أحمد خليل، التحكيم في المنازعات الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 2002م.
12. د. يسرى محمد العصار ، التحكيم في لمنازعات الإدارية العقدية وغير العقدية ، دار النهضة العربية ، بدون طبعة ، 2010م .

الرسائل العلمية

1. أ. مفتاح علي الشيباني عمر، مبدأ اللجوء للتحكيم في فض الخصومة الإدارية وأثره على نظرية العقد الإداري ، رسالة ماجستير – غير منشورة ، معهد البحوث والدراسات العربية ، القاهرة ، 2006م .
2. عبدالوهاب محمد البشكار – القوه القاهرة وأثرها على عقود الاستثمار والتنمية – رسالة الماجستير – 2003 – جامعة الفاتح – غير مشورة .

المجلات العلمية

1. د. أحمد علي معتوق – أحكام الصلح وآثاره في فض المنازعات – مجلة كلية الآداب– العدد الثامن
2. د. بن لعلى عبدالنور، أثر التطورات الاقتصادية و التكنولوجية على المبادئ التعاقدية ، مجلة جيل الأبحاث القانونية المعمقة العدد 51 الصفحة .
3. مهند مختار نوح – المحل في عقد الصلح الاداري – مجلة كلية القانون الكويتية العالمية لعدد السنة الحادية عشرة العدد 41 جمادى الأولى 1444هـ ديسمبر 2022م

بحوث منشورة على الانترنت

1. د. سعدية هلال حسن – دراسة الجدوى الاقتصادية – هيئة استثمار الديوانية – https://www.investdiw.gov.iq/viewnews.php تاريخ الدخول 2024/6/28 على تمام الساعة 6:55 مساءً
2. سيف باجس الفواعير – عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها القانونية: دراسة مقارنة – المجلة الدولية للقانون . عقود الشراكة بين القطاعين العام والخاص – مفهومها وطبيعتها Cite this article as: SB Elfawaer. International Review of Law, Vol: 2017. 3, 22 http://dx.doi.org/10.5339/irl.2017.22.
3. صباح اسطيفان كجة جي – عداد دراسات اعداد دراسات الجدوى الا الجدوى الاقتصادية لمشاريع التنمية – نشر هذا الكتاب في شبكة الانترنيت العالمية على الموقع الآتي : sabahkachachi.googlepages.com 2024/6/28

بحوث غير منشورة

1. د. رمضان محمد بطيخ – التزامات ما قبل التعاقد في مجال العقود الادارية –كلية الحقوق –

جامعة عين شمس بحث غير منشور –ص 19-22 .

التشريعات:

– التشريعات المحلية :

القوانين :

1. قانون المرافعات المدنية والتجارية

اللوائح :

1. لائحة العقود الادارية الصادرة بموجب قرار اللجنة الشعبية العامة – سابقاً – رقم (563) لسنة 2007 – الجريدة الرسمية – مدونة الاجراءات – العدد 9 – السنة السادسة – 2007 .

التشريعات المقارنة :

1. القانون رقم 182 لسنة 2018 بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة – الجريدة الرسمية – العدد (39) مكرر (د) اكتوبر 2018 .
2. القانون رقم 15 لسنة 2004 بشأن تنظيم التوقيع الالكتروني وإنشاء هيئة تنمية وصناعة تكنولوجيا المعلومات – الجريدة الرسمية – العدد (17) تابع (د) – 22 ابريل 2004 .

اللوائح:

1. قرار وزارة المالية رقم (692) لسنة 2019 بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة الصادر بالقانون رقم (182) لسنة 2018 – الوقائع المصرية – ملحق للجريدة الرسمية – العدد (244) تابع (ب) – اكتوبر 2019 .

الأحكام القضائية

1. مبادئ وأحكام المحكمة العليا – حكم قضائي رقم 23/13 ق – السنة 14/3 .
2. الطعن المدني (55/665 ق) – بالجلسة المنعقدة بمقر المحكمة العليا بتاريخ 2011/1/10 .