

جامعة البحرين

قسم
القانون العام

كلية الحقوق



المسؤولية الإدارية الناتجة عن مفاوضات العقود الإدارية

أطروحة مقدمة كجزء من متطلبات الحصول علي درجة (الماجستير)

في القانون العام

إعداد

ميس عبدالباقي إسماعيل العبد

20081047

إشراف

الدكتور فؤاد محمد موسى

(الأستاذ الدكتور)

جامعة البحرين

3 مارس 2019م

مملكة البحرين

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ ﴾

النحل آية: 91

صدق الله العظيم

ملخص الدراسة

تشكل المفاوضات في العقود الادارية مرحلة من المراحل التي يمر بها العقد الاداري وهي مرحلة اساسية في عملية التعاقد وذلك لان التوازن العقدي للعقد الاداري المراد ابرامه يعتمد على حسن سير المفاوضات. ولما كانت المرحلة السابقة على التعاقد تحظى بأهمية كبرى من كلا الجانبين القانوني والعلمي وذلك لما تشهده المعاملات المالية في الوقت الراهن من رواج هائل تنصب على مشروعات عملاقة محفوفة بمخاطر اقتصادية شديدة لأطرافها.

وحيث ان مرحلة المفاوضات تشكل اولى خطوات التعاقد الاداري بقصد مناقشة تفاصيل العقد المراد ابرامه وبهدف اختيار أفضل العطاءات او العروض المقدمة ، ومن هنا تزداد اهمية دراسة مرحلة المفاوضات في العقود الادارية وبيان المسؤولية الادارية التي تنشأ في تلك المرحلة، خاصة في غياب التنظيم القانوني لهذه المرحلة من حيث مفهومها او طبيعتها القانونية في القانونين العام والخاص الامر الذي اقتضى بنا الرجوع الى القواعد التقليدية في نظرية الالتزام لتطبيقها على هذه المرحلة للوصول الى بناء قانوني للمسؤولية الادارية في مرحلة المفاوضات السابقة على التعاقد.

وقد جاءت هذه الدراسة لتسليط الضوء على هذا الموضوع الهام في وقتنا الحاضر وخاصة في ظل التطور الذي تشهده نظرية العقد الاداري والتي أدت الى ظهور انماط جديدة من العقود الادارية والتي بطبيعتها تتطلب مفاوضات بين الجهة الادارية والمستثمر الراغب بالتعاقد مع الادارة، ومن هذه العقود على سبيل المثال عقد الشراكة بين القطاع العام والخاص الذي ينصب على مشروعات البنية الاساسية والمرافق العامة وكذلك عقود العقود الدولية لنقل التكنولوجيا وغيرها من العقود الادارية الحديثة والتي تشكل عسبا مهما خاصة بالنسبة للدول النامية حيث من خلالها تستطيع الدول النامية تقليص الفجوة بينها وبين الدول المتقدمة وذلك من ناحية تحقيق معدلات التنمية التي تمكنها من تحقيق الرفاهية والازدهار لمواطنيها.

وقد حاولت في هذه الدراسة الاجابة على السؤال الاتي هل تكفي قواعد المسؤولية الادارية للتطبيق على المفاوضات في العقود الادارية ام لا بد من استحداث نظام قانوني يتناسب مع الطبيعة القانونية للعقد الاداري والطبيعة القانونية للمفاوضات.

وقد خرجت الدراسة بعدد من النتائج والتوصيات قد تم تشبيتها في خاتمة الدراسة ومن أهمها انه لا بد من وضع نظام قانوني متكامل لمرحلة المفاوضات في العقود الادارية يتسم بالمرونة نظرا لأهميته خاصة في مجال العقود الادارية .

الإهداء

إلى.. الروح التي غابت عني بجسديها ... رَحِمَكِ اللهُ يا أُختاه وأُسكنكِ فسيح جنّاته

إلى.. والدي ووالدتي ...حَفِظَكُمَا اللهُ وأطالَ في عمريكما

إلى .. أخي وأختي ... جعلكما اللهُ لي عَوْنًا وذُخْرًا

إليهم.. أَحِبَّتِي أَهْدِي جُمْدِي المُتَوَاضِع

الباحثة

شكر وتقدير

الحمد لله على ما أسبغ علينا من نعم ظاهرة وباطنة، فله الحمد والشكر كما ينبغي لجلال قدره وعظيم سلطانه، أتقدم بجزيل الشكر والتقدير لأعضاء هيئة التدريس بكلية الحقوق - جامعة البحرين، وأخص بالذكر رئيس وأعضاء هيئة التدريس بقسم القانون العام على كل ما قدموه من جهد ومساعدة علمية وعملية طوال مدة دراستي بكلية الحقوق. فلكم خالص الشكر والتقدير.

كما أتوجه بجزيل الشكر ووافر الاحترام والتقدير إلى من كان له الفضل الكبير -بعد الله عز وجل- في استكمال هذه الدراسة أستاذي الدكتور **فؤاد محمد موسى** على كل ما بذله من جهد وتوجيه وإشراف ونصائح ثمينة أثرت هذه الدراسة شكلاً وموضوعاً.

كما أتقدم بالشكر إلى كل زملائي وزميلاتي من المحامين والمستشارين القانونيين على تزويدي بالمراجع والأبحاث القانونية، وكذلك على تشجيعي ومساندتي لاستكمال هذه الدراسة.

وأتقدم بالشكر إلى الأستاذ **محمد خالد احمد** على تفضله بالتدقيق اللغوي لهذه الرسالة. والشكر موصول أيضاً لكل من ساعدني في إنجاز هذه الدراسة من قريب أو بعيد بالكثير أو القليل، بالدعاء أو الابتسامة. وفي الختام أصغ بحثي هذا بين يدي القارئ، وأسأل الله تعالى أن ينفع به الباحثين في ميدان القانون الإداري.

الباحثة

قائمة المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	الاية القرآنية
ب	ملخص الدراسة
ج	الاهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	قائمة المحتويات
2	المقدمة
9	الفصل الاول: ماهية المفاوضات وأحكامها في العقود الإدارية
11	المبحث الاول: مفهوم وأهمية المفاوضات في العقود الإدارية
13	المطلب الاول : تعريف المفاوضات وبيان أهميتها وخصائصها
14	الفرع الاول : :تعريف المفاوضات
17	الفرع الثاني : أهمية المفاوضات
19	الفرع الثالث: خصائص المفاوضات
23	المطلب الثاني : تمييز المفاوضات عما يشتهه معها من أوضاع قانونية
24	الفرع الاول: التمييز بين المفاوضات والإيجاب
26	الفرع الثاني : التمييز بين التفاوض والدعوة إلى التعاقد
28	الفرع الثالث : التمييز بين التفاوض والوعد بالتعاقد
29	الفرع الرابع : التمييز بين التفاوض والمساومة
30	المطلب الثالث: الالتزامات الناشئة عن الفواضات في العقود الإدارية
31	الفرع الاول: الالتزام بالتفاوض بحسن نية
32	الفرع الثاني:الالتزامات المكملة للالتزام بالتفاوض بحسن نية
37	المبحث الثاني : مجالات وحدود التفاوض في العقود الإدارية
39	المطلب الاول : مجالات وحدود التفاوض في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة
40	الفرع الاول : طبيعة المناقصة وأثرها على المفاوضات
44	الفرع الثاني: حدود التفاوض في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة

54	المطلب الثاني : مجالات وحدود التفاوض في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة
55	الفرع الاول: التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون البحريني
57	الفرع الثاني:التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون المصري
60	الفرع الثالث:التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون العراقي
61	الفرع الرابع: التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون الفرنسي
62	المطلب الثالث: مجالات وحدود التفاوض في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب التعاقد المباشر
63	الفرع الاول: حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في القانون البحريني
67	الفرع الثاني: حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في القانون المصري
69	الفرع الثالث:حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في القانون العراقي
71	الفرع الرابع: حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في القانون الفرنسي
73	المبحث الثالث : أحكام التفاوض في العقود الإدارية
74	المطلب الاول: مرحلة ما قبل المفاوضات
84	المطلب الثاني : السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في العقود الادارية
85	الفرع الاول: السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة
87	الفرع الثاني: السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الممارسة
88	الفرع الثالث: السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر
91	المطلب الثالث : بدء المفاوضات
92	الفرع الأول: سير المفاوضات
93	الفرع الثاني: انتهاء المفاوضات
95	الفصل الثاني أساس المسؤولية الإدارية في المفاوضات وطبيعتها القانونية وشروط قيامها
97	المبحث الأول: : طبيعة المفاوضات السابقة على إبرام العقد الإداري
99	المطلب الأول : الطبيعة المادية للمفاوضات
104	المطلب الثاني: الطبيعة العقدية للمفاوضات.
108	المطلب الثالث: التمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق وغير المصحوبة باتفاق
109	الفرع الأول: المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض
110	الفرع الثاني:المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض

115	المبحث الثاني : الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات
117	المطلب الأول: قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس المخاطر
122	المطلب الثاني: قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس نظرية الإثراء بلا سبب
123	الفرع الأول: مفهوم شبه العقد الإداري
125	الفرع الثاني: أساس المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات وفق قاعدة الإثراء بلا سبب
129	المطلب الثالث: قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس المساواة أمام الأعباء العامة.
134	المبحث الثالث: شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات
136	المطلب الأول : شروط قيام المسؤولية على أساس الخطأ
137	الفرع الأول: شروط قيام المسؤولية على أساس الخطأ العقدي
143	الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري
151	المطلب الثاني : شروط قيام المسؤولية من دون خطأ
152	الفرع الأول: شروط العامة للضرر في نطاق المسؤولية الإدارية عن العمل المشروع
155	الفرع الثاني: الشروط الخاصة للضرر في نطاق مسؤولية الإدارة عن العمل المشروع
158	المطلب الثالث : شروط قيام المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب
164	الفصل الثالث الآثار القانونية للمسؤولية الإدارية عن المفاوضات في العقود الإدارية
165	المبحث الأول : المسؤولية من الدعوة إلى التفاوض
167	المطلب الأول : مفهوم الدعوة إلى التفاوض
168	الفرع الأول: الإيجاب الصريح بالتفاوض
172	الفرع الثاني: الإيجاب الضمني بالتفاوض
175	المطلب الثاني : الآثار القانونية التي تترتب على قبول الدعوة للتفاوض
176	أولاً: القبول الصريح للإيجاب بالتفاوض
177	ثانياً: القبول الضمني للإيجاب بالتفاوض
180	المطلب الثالث : المسؤولية المترتبة على الإدارة عند فشل المفاوضات
181	أولاً: جمود المفاوضات

181	ثانيًا: وصول المفاوضات إلى طريق مسدود
182	ثالثًا: قطع المفاوضات
187	المبحث الثاني : المسؤولية الإدارية من الاتفاقيات التفاوضية
189	المطلب الأول : المسؤولية الإدارية من عقد الالتزام بالتفاوض
192	المطلب الثاني : المسؤولية الإدارية من عقد الإطار العام
195	المطلب الثالث: المسؤولية الإدارية من عقد تنظيم المفاوضات والعقود الجزئية
196	الفرع الأول: عقد تنظيم المفاوضات
198	الفرع الثاني: العقود الجزئية
203	المبحث الثالث : آثار تحقق المسؤولية الإدارية
205	المطلب الأول : طبيعة التعويض عند قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات
206	أولاً: مفهوم التنفيذ العيني
207	ثانيًا:مدى إمكانية التنفيذ العيني في مفاوضات العقود الإدارية
210	المطلب الثاني : كيفية تقدير التعويض عند قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات
211	أولاً: كمال وشمول التعويض
213	ثانيًا: تقييد وتقدير القاضي للتعويض
214	ثالثًا: تقدير القاضي للتعويض يكون في تاريخ الحكم به
215	المطلب الثالث: حدود التعويض الذي تلتزم به الإدارة عند قيام مسؤوليتها في مرحلة المفاوضات
216	أولاً: الأضرار الناتجة عن نفقات وضياع الوقت في التفاوض
217	ثانيًا: الأضرار الناجمة عن تفويت الفرص الضائعة وعن عدم تنفيذ عقود أخرى
219	ثالثًا: التعويض عن الأضرار الأدبية
220	الخاتمة
227	المراجع
A	ملخص الدراسة باللغة الإنجليزية

المقدمة

تلعب العقود الإدارية دوراً أساسياً في تعزيز بناء الحياة الاقتصادية إذ تمكن الإدارة من تيسير نشاطها الإداري، واستغلال وصيانة المرافق العامة، وبذلك تستطيع الإدارة أن تؤدي خدماتها إلى المتفاعلين بها بصورة منظمة ودائمة تحقيقاً للمصلحة العامة.

ويقصد بالعقد الإداري ذلك الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تيسيرها أو إنشائها حيث تظهر فيه النية في الأخذ بإسلوب القانون العام، وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها فيما لو تعاقد مع غيره من الأفراد. ويخضع العقد الإداري من حيث الإطار العام لذات أسس وأركان العقد المدني من حيث ضرورة توافر الرضا والمحل وقيام السبب، وعلى الرغم من اختلاف النظام القانوني الذي يخضع له كل منهما حيث يرجع هذا الاختلاف إلى تضمين العقود الإدارية شروطاً غير مألوفة بالنسبة إلى العقود المدنية والغرض من إيجاد مثل هذه الشروط غير المألوفة هو تمكين الإدارة من تحقيق الأهداف التي لأجلها قامت بإبرام العقد الإداري حيث تؤدي هذه الشروط إلى جعل كفتي العقد غير متكافئة على خلاف الأمر بالنسبة إلى العقود المدنية التي تضمن شروطها التوازن بين مصلحة طرفي العقد. فوجود فكرة السلطة العامة في العقود الإدارية وفي النظام القانوني لهذه العقود هو الذي يميزها عن عقود القانون الخاص ويضفي عليها طابعاً مستقلاً تماماً، وتستمد العقود الإدارية قواعدها إما من نصوص تشريعية تنظم جانباً أو أكثر من جوانبه وإما من أحكام القضاء الإداري الذي يمارس القاضي من خلالها دوراً بارزاً في خلق واستخلاص المبادئ القانونية التي تحكم هذه العقود.

ومن الجدير بالذكر أن فكرة السلطة العامة هي الفكرة التي تهيمن على المعيار المميز للعقد الإداري فيستند إليها كل من الضابط الموضوعي والضابط الشكلي اللذين يحكمان هذا المعيار.

وتتجلى مظاهر فكرة السلطة العامة في النظام القانوني لهذا العقد سواء في مرحلة إبرامه أو أثناء تنفيذه أو حين إنهائه، فمنذ بداية تكوين العقد توجد الإدارة في مركز متميز عن المتعاقد معها، حيث يغلب الصالح العام على المصلحة الخاصة وتهدر قاعدة المساواة بين المتعاقدين التي تعتبر من القواعد الأساسية التي يقوم عليها نظام العقود المدنية، لذلك تتمتع الشخصيات العامة عندما تلجأ إلى العقد الإداري بسلطات وامتيازات واسعة النطاق، والثابت أن الإدارة لا تستوي مع الأفراد في حرية التعبير عن الإرادة في إبرام عقودها الإدارية لأنها تلتزم في هذا السبيل بإجراءات وأوضاع رسمها المشرع في القوانين والأنظمة والتعليمات لكفالة اختيار

أفضل الأطراف للتعاقد معها حيث إن نطاق وجود مثل هذه القيود على إرادة الإدارة الرغبة في التعاقد مع الغير يتحدد وفقاً للغاية التي يجب تحقيقها من إبرام العقود الإدارية وهي: إما العمل على تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة وإما ضمان تنفيذ العقد بأفضل الشروط الفنية والمُدد القانونية.

ولما كانت القاعدة العامة في اختيار المتعاقد مع الإدارة هي طريقة المناقصة أو المزايدة، غير أن بعض العقود لا تراعي اتباع هذا الأسلوب بما يتطلبه من إجراءات لهذا تلجأ الإدارات إلى أسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر لاختيار المتعاقد معها، وعلى ذلك فإن المبادرة الأولى تكون دائماً من جانب جهة الإدارة في إعلان حاجتها وفقاً لشروط معينة وهو ما يعد بمثابة دعوة إلى التعاقد من جانب الإدارة ويعقب ذلك قيام راغب التعاقد في تقديم عروضهم ولا تنشئ العلاقة التعاقدية آثارها الملزمة للطرفين إلا بعد اعتماد السلطة المختصة بإجراءات التعاقد.

وحيث إن إبرام العقد الإداري قد يكون مسبقاً بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المفاوضات بين الإدارة والراغب في التعاقد معها فالعقد الإداري يعد وليدًا للإرادة المشتركة لطرفيه مما يتيح مجالاً للتنافس والتفاوض بقصد الوصول إلى أفضل الأوضاع التي تحقق المصلحة العامة من دون إغفال لمصلحة المتعاقد مع الإدارة مع الأخذ بالحسبان طبيعة المناقصة والمبادئ التي تحكمها.

وعليه فالمفاوضات في العقود الإدارية تمثل مرحلة تحضيرية تجري خلالها المناقشات والمباحثات بين السلطة الإدارية والطرف الراغب في التعاقد معها حول مسألة من المسائل المتعلقة بالعقد المراد إبرامه حيث يتم بموجب المفاوضات التقريب بين وجهات النظر المختلفة لأطراف العلاقة التعاقدية لتبادل أو تحقيق مصالح مشتركة.

ولا يختلف مفهوم المفاوضة في مجال العقد الإداري كإجراء مرحلي بصفة جوهرية عن المفهوم العام لها وإن كانت تتميز بمفهوم خاص يمكن إرجاعه إلى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري كوسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق مصلحة الإدارة بصفة أساسية.

وتطبيقاً لذلك يستلزم لإجراء المفاوضات في العقود الإدارية وجود رغبة متبادلة بين الجهة الإدارية التي تسعى إلى التعاقد وبين مقمِّم العطاء، ومن ثم فإن إجراء المفاوضة يعد عملاً إرادياً غير فردي يتم بناءً على مبادرة السلطة المختصة ويتطلب موافقة الطرف الآخر. وقد ازدادت في الوقت الحاضر أهمية المفاوضات وخاصة في مجال العقود الإدارية، وذلك نتيجة لزيادة حجم العقود التي تبرمها الإدارات في ظل التطور التكنولوجي والصناعي وما واكبه من ظهور الاحتكارات وتطور وسائل المواصلات، كما ساعد نظام الاقتصاد الحر وتشجيع الاستثمار الذي اتجهت إليه معظم الدول حديثاً إلى الأخذ به حيث أصبحت الدولة تعهد بتنفيذ الكثير من مشاريع البنى التحتية إلى شركات محلية أو عالمية، لذا أصبحت العقود الإدارية عقوداً مركبة ولم

تعد بالبساطة التي كانت عليها قبل بل بات يسبقها مفاوضات ومشاورات كثيرًا ما تأخذ وقتًا طويلاً يتبادل فيها الأطراف الاقتراحات والآراء، وعلى الرغم من قيمة وثقل ما تحظى به الإدارات من سلطات واسعة في العقد الإداري فإن هذه السلطات لا تمارسها الإدارة إلا بعد إبرام العقد الإداري وإنتاجه لآثاره الملزمة بين الطرفين أما في المرحلة السابقة على التعاقد فلا تمتلك الإدارة ممارسة سلطاتها باعتبار أن العقد لم تكتمل أركانها ومن ثم فلا يتصور أن تتأثر المفاوضات بهذه السلطات.

وقد أثمرت تلك التطورات في ميدان العقود الإدارية وما صاحب ذلك من تطور عملية تكوين العقد الإداري مما أدى إلى الاهتمام في المرحلة السابقة على إبرام العقد وإيجاد أوضاع قانونية مستجدة ومن بينها الأوضاع القانونية للمتفاوضين، وكذلك الوضع القانوني للاتفاقيات التمهيدية التي يبرمها الطرفان خلال مرحلة المفاوضات، وكل تلك التطورات تحتم علينا أن نركز في دراستنا على الجوانب القانونية لمرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد الإداري والطبيعة القانونية للمفاوضات التي تترتب على تحديدها تحديد المسؤولية الإدارية في تلك المرحلة وآثارها القانونية حال تحقق المسؤولية.

وقد دفعني إلى دراسة المسؤولية الإدارية في المرحلة التي تسبق إبرام العقد الإداري هو لتسليط الضوء على النصوص القانونية المنظمة لهذا المرحلة لأهميتها فقد حاولت من خلال هذه البحث دراسة الجوانب القانونية لمرحلة المفاوضات في العقود الإدارية وحدودها والمسؤولية المترتبة على الإدارة خلال هذه المرحلة.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في أن أغلب الدراسات في هذا الموضوع الحيوي ركزت على المسؤولية الإدارية عند إبرام العقد الإداري وليس في المرحلة التي تسبق التعاقد أي مرحلة المفاوضات، فقد ركّز الفقه على مراحل تنفيذ العقد وإنهائه أكثر من تركيزه على المرحلة السابقة لإبرامه، وعلى الرغم من أن المرحلة السابقة على التعاقد (مرحلة المفاوضات) تعتبر من أهم وأخطر مراحل العقد على الإطلاق نظرًا إلى ما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية متعددة سواء ما يتعلق بالإخلال بالالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة أو ما يتعلق بنطاق ونوع المسؤولية التي تنشأ على الطرف المتسبب في عدم بلوغ الغاية من المفاوضات وهي إبرام العقد المنشود.

مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة هذه الدراسة بما يأتي:

1. لعل مشكلة دراسة المسؤولية الإدارية الناتجة عن مفاوضات في العقود الإدارية ترجع إلى تزايد

المشكلات العملية الناشئة عن تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات والتي يترتب على أساس تحديدها

بيان نوع المسؤولية ونطاقها، والواقع أن سبب نشوء هذه المشكلة يرجع إلى أن كل من يُقدّم على

التفاوض ينتابه عاملان أساسيان لا يقل أحدهما عن الآخر أهمية وهما عامل حرية التفاوض وعامل أمن المفاوضات، فعامل حرية التفاوض يستوجب أن يحتفظ المتفاوض بكامل حريته طيلة مرحلة المفاوضات حيث يستطيع العدول عن المفاوضة، أما بخصوص عامل أمن المفاوضات والذي يتطلب أن يشعر المتفاوض بالأمان والطمأنينة أثناء المفاوضات حيث لا يخشى التعرض لأي ضرر من جراء قيام المتفاوض الآخر بتصرفات تتنافى مع ما يقتضيه مبدأ حسن النية.

2. كما تكمن مشكلة الدراسة في مسألة قصور التنظيم التشريعي في تحديد الجوانب القانونية لمسؤولية الإدارة في المرحلة السابقة على إبرام العقد الإداري ألا وهي مرحلة المفاوضات.

تساؤلات الباحث

ولتسليط الضوء على مشكلة البحث ينبغي علينا معالجتها ضمن الإجابة عن مجموعة من التساؤلات وهي:

1. ماهية المفاوضات كمرحلة من مراحل العقد الإداري ؟
2. ماهي الطبيعة القانونية للمفاوضات في العقد الإداري؟
3. متى تبدأ المفاوضات في العقود الإدارية ؟
4. ماهي الطبيعة القانونية للمسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات ؟
5. ماهي أحكام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات ؟

نطاق الدراسة

يتحدد نطاق دراستنا في التعرف على الجوانب القانونية لمرحلة المفاوضات في العقود الإدارية وما تتضمنه هذه المرحلة من تعهدات واتفاقيات تمهيدية، وذلك لتأصيل المسؤولية الإدارية الناشئة في هذه المرحلة المهمة من مراحل العقد الإداري.

منهج الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على المزج بين مناهج علمية عديدة حيث اتبعت المنهج الوصفي في عرض مشكلة الدراسة وفق أبعادها الحقيقية ودراستها من كل جانب، من خلال النصوص التشريعية والأحكام القضائية والآراء الفقهية التي وردت في موضوع البحث، بالإضافة إلى اتباع المنهج الاستقرائي المقارن من خلال الإشارات بالقدر الممكن إلى النظريات العامة التي تحكم العقود سواء في القانون البحريني أو غيره من النظم القانونية كالنظام المصري والفرنسي والعراقي -محل المقارنة- وذلك للوصول إلى قاعدة تحكم المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات.

الهدف من الدراسة

لفت نظر المشرع البحريني إلى القصور الذي يشوب النصوص القانونية المنظمة للمفاوضات في العقود الإدارية.

الدراسات السابقة

1. عبداللطيف نايف الجبوري - التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) -

أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه - كلية الحقوق - جامعة بغداد 2006م.

(حيث توصلت هذه الدراسة إلى أن المفاوضة عملية إرادية رضائية سواء كانت المبادرة من جانب الإدارة أو من جانب الطرف الراغب في التعاقد معها، ولا مجال للقول بأنها مسألة مفروضة على أي من هما بحكم القانون. فإذا كانت الإدارة تتفرد بوضع شروط العقد فلا مانع من إبداء الطرف الآخر لبعض التحفظات في هذا الشأن بل إنه لا يوجد مانع لرفض مبدأ المفاوضة).

2. عبداللطيف نايف الجبوري - الأطر القانونية للمفاوضات في مجال التعاقد بإسلوب المناقصة

(دراسة مقارنة) - مجلة الحقوق - المجلد (1) - الجامعة المستنصرية - 2006م.

(حيث توصلت هذه الدراسة إلى أن التعاقد بإسلوب المناقصة يمر بمرحلة تفاوضية تجري فيها المناقشات والمشاورات بما يمهّد لإبرام العقد والتهيئة لمولده، وغالبا ما تتم هذه المفاوضات قبل تقديم العطاء مما ينتج عنه تعديل في العرض أو العطاء من جانب راغبي التعاقد، وقد تجرى المفاوضات بعد تقديم العطاء بهدف إقناع مقدم العطاء بالتنازل عن كل أو بعض تحفظاته مما يجعل عطاءه متقفا مع شروط المناقصة قدر الإمكان. وتمثل المفاوضات في هذا الشأن استثناء من قاعدة عدم جواز تعديل العطاء بعد تقديمه).

3. محمد أحمد عبدالنعيم - مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) - دار النهضة -

2000م.

(حيث توصلت هذه الدراسة إلى أن المفاوضات في العقود الإدارية تشكل إحدى المراحل الفرعية لمرحلة التعاقد التي تسبق عملية الإبرام النهائي للعقد. كما توصلت هذه الدراسة إلى أن المفاوضات العقدية لا تنشئ بذاتها رابطة عقدية ملزمة، وهذا يعني أنها لا تمثل قيда ملزما على أطرافها وبالتالي يجوز التراجع عن نتائجها، من دون الإخلال بإمكانية انعقاد المسؤولية عما يسببه ذلك من إضرار بأي من الأطراف).

4. محمد علي جواد - عطاء العقد وعطاء التفاوض في عقود الإشغال العامة - مجلة الحقوق - كلية

الحقوق - الجامعة المستنصرية - ع2 - 2006م.

(توصلت هذه الدراسة إلى أن عطاء التفاوض يتميز بعدم اكتماله ولاسيما عنصر الثمن الذي يجب أن يستكمل من خلال مناقشة الأطراف له لذا فإن عطاء التفاوض مختلفا تماما عن صيغة العقد بعد إبرامه بشكل نهائي. وأن المفاوضة كأسلوب قد يتمثل بعقد المفاوضات الذي يتميز بالمرونة الكبيرة الذي يتصف به العطاء. إن احترام الإدارات الراغبة في التعاقد لبعض الشكليات في إبرام عقد المفاوضة أو الممارسة لن يغير من طبيعة هذه العطاءات التي لا تضع على محرريها التزام العقد إذا قبلها الطرف الآخر طالما أنها غير كاملة أو شاملة لعناصر العقد وكل ما يمكن أن تحمله من آثار هو التزام أصحابها بفتح باب المفاوضة انطلاقا من مبدأ حسن النية).

5. فؤاد محمد موسى - التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية - دار النهضة - 2002م.
(حيث توصلت هذه الدراسة إلى أنه يجب أن يكون هناك اتفاق مبدئي على التفاوض، وهذا الاتفاق ينشئ التزاما بالتفاوض وبالتالي يتوافر قدرٌ من الجدية لعملية المفاوضات، وفي هذه الحالة سوف يكون إثبات خطأ الطرف الآخر أيسر للمضروب وفي الوقت نفسه لا يتضمن التزاما بإبرام العقد النهائي).

خطة الدراسة

الفصل الأول: ماهية المفاوضات وأحكامها في العقود الإدارية.

المبحث الأول: مفهوم وأهمية المفاوضات في العقود الإدارية

المطلب الأول: تعريف المفاوضات وبيان أهميتها وخصائصها.

المطلب الثاني: تمييز المفاوضات عما يشتهبه معها من أوضاع قانونية.

المطلب الثالث: الالتزامات الناشئة عن المفاوضات في العقود الإدارية.

المبحث الثاني: مجالات وحدود التفاوض في العقود الإدارية

المطلب الأول: مجالات وحدود التفاوض في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة.

المطلب الثاني: مجالات وحدود التفاوض في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة.

المطلب الثالث: مجالات وحدود التفاوض في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب التعاقد المباشر.

المبحث الثالث: أحكام التفاوض في العقود الإدارية

المطلب الأول: مرحلة ما قبل المفاوضات.

المطلب الثاني: السلطة المختصة بإجراء المفاوضات.

المطلب الثالث: بدء المفاوضات.

الفصل الثاني: أساس المسؤولية الإدارية في المفاوضات وطبيعتها القانونية وشروط قيامها

المبحث الأول: طبيعة المفاوضات السابقة على إبرام العقد الإداري

المطلب الأول: الطبيعة المادية للمفاوضات.

المطلب الثاني: الطبيعة العقدية للمفاوضات.

المطلب الثالث: التمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق وغير المصحوبة باتفاق.

المبحث الثاني: الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات

المطلب الأول: قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس المخاطر.

المطلب الثاني: قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس نظرية الإثراء بلا سبب.

المطلب الثالث: قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس المساواة أمام الأعباء العامة.

المبحث الثالث: شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات

المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية على أساس الخطأ.

المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية من دون خطأ.

المطلب الثالث: شروط قيام المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب.

الفصل الثالث: الآثار القانونية للمسؤولية الإدارية عن المفاوضات في العقود الإدارية

المبحث الأول: المسؤولية من الدعوة إلى التفاوض.

المطلب الأول: مفهوم الدعوة إلى التفاوض.

المطلب الثاني: الآثار القانونية التي تترتب على قبول الدعوة للتفاوض.

المطلب الثالث: المسؤولية المترتبة على الإدارة عند فشل المفاوضات.

المبحث الثاني : المسؤولية الإدارية من الاتفاقيات التفاوضية

المطلب الأول: المسؤولية الإدارية من عقد الالتزام بالتفاوض.

المطلب الثاني: المسؤولية الإدارية من عقد الإطار العام.

المطلب الثالث: المسؤولية الإدارية من عقد تنظيم المفاوضات والعقود الجزئية.

المبحث الثالث : آثار تحقق المسؤولية الإدارية

المطلب الأول: طبيعة التعويض عند قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات.

المطلب الثاني: كيفية تقدير التعويض عند قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات.

المطلب الثالث: حدود التعويض الذي تلتزم به الإدارة عند قيام مسؤوليتها في مرحلة المفاوضات.

الفصل الاول

ماهية المفاوضات وأحكامها في العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم

يسبقُ العقد الإداري مرحلةً تحضيريةً تدور خلالها المفاوضات بين الإدارة والراغب في التعاقد معها، ويستلزم إجراء هذه المفاوضات وجود رغبة متبادلة بين الجهة الإدارية التي تسعى إلى التعاقد وبين مقدّم العطاء ومن ثم فإن إجراء المفاوضة يعد عملاً إرادياً غير فردي، سواء أكانت المبادرة من جانب الإدارة أم من جانب الطرف الآخر، ولا مجال للقول بأنها مسألة مفروضة على أي منهما بحكم القانون.

حيث تلجأ الإدارة إلى مفاوضة مقدمي العروض بهدف الإعداد والتمهيد لإبرام العقد بما يكفل تحقيق مصلحة المرفق العام في المقام الأول ومن دون الإخلال بمصلحة الطرف الآخر هذا من جانب ومن جانب آخر فإن المفاوضات تتم في مرحلة الإيجاب أي قبل نشوء العلاقة العقدية بما ترتبه من آثار ملزمة، والثابت في مرحلة الإيجاب في العقد الإداري أن تبدأ من لحظة تقديم العروض أو العطاءات وتستمر حتى اعتماد السلطة المختصة بأعمال اللجان المكلفة بأنهاء إجراءات التعاقد. وبذلك فإن المفاوضة تعد في جوهرها عملية ثنائية رضائية تتم بموافقة الطرفين وليست سلطة تنفرد بها الإدارة الراغبة في التعاقد. بمعنى آخر أن الإدارة وبالرغم مما تتمتع به من سلطات واسعة في مواجهة المتعاقد معها في العقد الإداري فإن هذه السلطات لا تؤثر في توازن المفاوضات⁽¹⁾، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن هذه السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها لا تمارسها الإدارة إلا بعد إبرام العقد وإنتاجه لآثاره الملزمة بين الطرفين، أما في المرحلة السابقة على إبرام العقد فإن الإدارة لا تتمتع ولا تملك ممارسة تلك السلطات، وذلك باعتبار أن العقد لم تكتمل أركانه ومن ثم فلا يتصور أن تتأثر المفاوضات بهذه السلطات. وتطبيقاً على ذلك يستلزم إجراء المفاوضات في العقد الإداري وجود رغبة متبادلة بين الجهة الإدارية التي تسعى إلى التعاقد وبين مقدّم العطاء. حيث إن إجراء المفاوضة يعد عملاً إرادياً غير فردي يتم بناءً على مبادرة من السلطة المختصة ويتطلب موافقة الطرف الآخر. وتتفاوت حدود المفاوضات في العقود الإدارية بحسب الأسلوب الذي تتبعه الإدارة في اختيار المتعاقد معها، حيث إن مجال التفاوض بصدد أسلوب التعاقد بطريقة المناقصة يبدو محدوداً نظراً إلى محدودية السلطة التقديرية للإدارة في اختيار المتعاقد معها بالإضافة إلى التزام الإدارة بمبدأ آلية الإرساء على مقدّم العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، وعلى العكس من ذلك تتسع دائرة المفاوضات عندما تلجأ الإدارة إلى التعامل بأسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر لما تحظى به الإدارة من حرية واضحة في اختيار المتعاقد معها وفقاً لهذين الأسلوبين. وترتيباً على ما تقدّم فإن مفهوم المفاوضة في مجال العقد الإداري - بوصفه إجراء مرحلياً - لا يختلف بصفة جوهرية مع

1- د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، دار النهضة 2002م، ص 59.

المفهوم العام للمفاوضات، وإن كان يتميز بمفهوم خاص يمكن إرجاعه إلى الطبيعة الذاتية للعقد الإداري كوسيلة قانونية تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة بصفة أساسية. لذا يقتضي الحديث عن الأحكام العامة للمفاوضات في العقود الإدارية أن نتناول ماهية المفاوضات ومجالاتها في العقود الإدارية والالتزامات المترتبة على الإدارة في تلك المرحلة. وعليه سنقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: مفهوم وأهمية المفاوضات في العقود الإدارية

المبحث الثاني: مجالات وحدود التفاوض في العقود الإدارية.

المبحث الثالث: أحكام التفاوض في العقود الإدارية.

المبحث الأول

مفهوم وذاتية وأهمية المفاوضات في العقود الإدارية

إنَّ المفاوضات ليست بالظاهرة الحديثة العهد والافتراض وإنما وجدت مع وجود المجتمعات البشرية الأولى وهذا الافتراض لا يجافي المنطق، حيث إن المفاوضات في إبرام التصرفات القانونية فكرة قديمة ترجع جذورها إلى التاريخ الذي عرف فيه الإنسان الالتقاء مع بني جنسه في الأسواق لتبادل وتقايط السلع والخدمات، حيث تجرى بعض المساومات والأخذ والعطاء والرفض والقبول حول أسعار السلعة أو الخدمة حيث يلقى الطرفان في النهاية كلمة سواء تتم عملية لمبادلة أو المقايضة، لأن ما فطر عليه الإنسان كونه كائناً اجتماعياً أُملي عليه السعي لبناء علاقات مع أبناء جنسه، الأمر الذي أفضى إلى تواصل إنساني مالبث أن استدعى تواصلًا اقتصادياً دفعت إليه ظروف الإنتاج، فعدم قدرة الإنسان على إشباع حاجاته المتزايدة بجهوده الفردية دفع به إلى مقايضة الآخرين، وكانت عملية المقايضة تلك تُجرى عبر حوار بسيط يفضي إلى إبرام الصفقة وهذا الحوار ليس إلا عملية تفاوضية بدائية. ولما كانت هذه العملية من البساطة بحيث لا يمكن مقارنتها بالأثر القانوني الذي يتمخض عنها العقد فقد درج الفقهاء على إهمالها وعدم الالتفات إليها - حتى وقت قريب - واعتبروا أن تلاقي الإرادات المعبر عنه بالإيجاب القبول هو ما يجب الاعتداد به وإبلائه الأهمية. وقد انساق صناع التشريع وراء هذا التفكير حتى منتصف القرن العشرين حيث بدأت تظهر إشارات خجولة للمفاوضات في بعض التشريعات القانون المدني الإيطالي الصادر عام 1942م، الذي تكلم عن ضرورة الالتزام بمبدأ حسن النية في المفاوضات عموماً وكذلك القانون المدني اليوناني الصادر عام 1946م، أما التشريعات التي صدرت قبل ذلك فنجدها خالية من أي إشارة إلى مرحلة المفاوضات فليس ثمة من قانون عالٍج هذه المرحلة ودخل إلى دقائقها¹.

وتلعب المفاوضات دوراً كبيراً في مجال العقود بوجه عام والعقود الإدارية على وجه الخصوص سواء في المرحلة السابقة على إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه نظراً إلى ما تلعبه من دور وقائي يحول دون إثارة المشكلات مستقبلاً عبر حسم كثير من النقاط الخلافية قبل التعاقد، وحل ما قد يثار منها بعد التعاقد وأثناء تنفيذ العقد ولاسيماً في العقود الإدارية كونها إحدى المراحل التي يمر بها العقد قبل إبرامه فهذه المفاوضات أهمية كبيرة في تحديد حقوق والتزامات طرفي العقد.

¹ نبيل إسماعيل الشبلاقي، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد 29، العدد الثاني، 2013، ص 309

ولما كانت مرحلة المفاوضات يتخللها العديد من العمليات التمهيدية التي تتمثل في المشاورات والاتفاقيات بين الأطراف وتبادل المستندات والأسرار والوعود بهدف التوصل إلى اتفاق هذا ما يجعل مرحلة المفاوضات تتقارب مع غيرها من الأساليب الأخرى التي تتم في المرحلة التمهيدية للعقد كالوعد بالتعاقد وغيره....ولشرح ماهية مرحلة المفاوضات وتوضيح الفرق بينها وبين ما يشابهها، سنتناول في هذا المبحث تعريف المفاوضات وبيان أهميتها وخصائصها وتميزها عما يشتهر معها من أوضاع قانونية والالتزامات الناشئة عن المفاوضات في العقود الإدارية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: تعريف المفاوضات وبيان أهميتها وخصائصها.

المطلب الثاني: تمييز المفاوضات عما يشتهر معها من أوضاع قانونية.

المطلب الثالث: الالتزامات الناشئة عن المفاوضات في العقود الإدارية.

المطلب الأول

تعريف المفاوضات وبيان أهميتها وخصائصها

تُعَدُّ المفاوضاتُ علماً قائماً بذاته، وهي في الوقت نفسه علم اجتماعي متداخل متشابك مع غيره من العلوم الإنسانية يأخذ منها ويضيف إليها¹. وإلى جانب ذلك فإن المفاوضات تعد إحدى فنون الحياة اليومية التي يحتاج إليها كلُّ منا مهما كان عمره أو مركزه، فلا يمر يوم من دون أن نعيش العديد من المواقف التي تحتاج فيها إلى التفاوض. وتلعب المفاوضات دوراً وقائياً مهماً في إبرام عقد ارتضاء أطرافه مما يؤدي إلى قيام كل منهم بتنفيذ التزاماته بطريقة سليمة وهادئة، ويجنبهم مغبة الدخول في منازعات وولج ساحات القضاء. وللتفاوض مفهومان، الأول: هو مفهوم **المواجهة**، حيث يعتقد بعض الناس أن التفاوض أشبه بلعبة شد الحبل وبالتالي يوجد فائز واحد في التفاوض مما يعني أن يكون الطرف الآخر هو الخاسر، ولكننا نرى أن التفاوض الفعال ليس عملية مواجهة، فليس هناك حاجة على الإطلاق إلى أن ينطوي التفاوض على الخصومة أو العداوة. أما **المفهوم الثاني: فهو التعاون**، فكثير من الناس يعتقدون أن التفاوض هو وسيلة للتوصل إلى اتفاق، فهنا يجب ألا يكون النظر إلى الأمور من جهة وجود منتصر وخاسر ولكن من جهة وجود رضا متبادل وفوز لكلا الطرفين، هذا هو المفهوم الصحيح للتفاوض فهو فرصة للعمل المشترك بين طرفين لتحقيق هدف لا يستطيع أحدهما إنجازه بمفرده. وحيث إن المفاوضات إجراء مرحلي تقوم به السلطة الإدارية مع الطرف الآخر الراغب في التعاقد بشأن الإعداد لإبرام العقد أو تسوية نقطة خلافية تتعلق بإبرام العقد لذا يستلزم لإجراء المفاوضات وجود رغبة متبادلة بين الجهة الإدارية التي تسعى للتعاقد وبين الطرف الراغب في التعاقد مع الإدارة (مقدم العطاء)، ومن ثم فإن إجراء المفاوضة يعد عملاً إرادياً غير فردي سواء كانت المبادرة من جانب الإدارة أم من جانب الطرف الآخر. وعلى الرغم من كثرة استخدام المفاوضات في مجالات الحياة عموماً وفي مجال القانون خصوصاً فهي لا تقتصر على العقود، إنما تلعب دوراً كبيراً في الاتفاقيات الدولية وفي العلاقات الدبلوماسية بين الدول إلى غير ذلك. ولما كان ذلك يخرج عن إطار دراستنا، فإننا سوف نقتصر في هذا المطلب على دراسة مفهوم المفاوضات في العقود الإدارية، وذلك من خلال بيان تعريف المفاوضات ومن ثم بيان أهميتها وخصائصها، وذلك على الوجه الآتي:

الفرع الأول: تعريف المفاوضات.

الفرع الثاني: أهمية المفاوضات.

الفرع الثالث: خصائص المفاوضات.

¹- علي حمزة عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية، دار السنهوري، لبنان، ط 1، 2016م، ص 114.

الفرع الأول تعريف المفاوضات

أولاً: المعنى اللغوي للتفاوض

التفاوض لغةً: كلمة التفاوض مشتقة من الفعل الثلاثي فَوَضَ، أي فوض الأمر وجعله إليه، أما المفاوضة على وزن مفاعلة فهي من التفويض أي أخذ تخويل من صاحب الصلاحية، وكلمة تفاوض مشتقة من أصل لاتيني وتعني العمل¹، المفاوضة في اللغة العربية هي المساواة والمشاركة والأخذ والعطاء، وهي مفاعلة من التفويض، كأن كل واحد منهما ردَّ ما عنده إلى صاحبه، وفأوضه في أمره أي جاره، وتفاوضوا الحديث أخذوا في هو تفاوض القوم في الأمر أي فاض فيه بعضهم بعضاً².

وفي اللغة الفرنسية، فإن كلمة (Negociation) وأصلها في اللغة اللاتينية (Negotiatio)، تحتمل معنيين: **المعنى الأول:** هو التجارة Commerce، أي عملية الشراء والبيع لقيمة منقولة، أو عملية تداول الأوراق التجارية، **والمعنى الثاني:** هو (التفاوض) أي العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المساعي من الطرفين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن صفقة معينة، ومرادف كلمة Negotiation أي تفاوض هو Pourparlers³.

حيث اعتبر البعض أن المفاوضات بالنسبة إلى الباعة والمشتريين من أهم المسائل، وأشار البعض الآخر إلى أن المفاوضات تعد من أهم تحديات الاتصال في الأعمال التجارية وأن التفاوض وهو عملية التواصل تقدماً وتراجُعاً لمناقشة القضايا لغرض التوصل إلى اتفاق مبدئي بين الطرفين وعليه فإن المفاوضات هي عملية لإدارة الخلافات بين طرفي العقد لغرض تحقيق رضا تعاقدى للاحتياجات⁴.

ثانياً: المعنى الاصطلاحي للتفاوض

لقد كان نتيجة عدم وجود تعريف محدد للمفاوضات في التشريعات المقارنة بالمفاوضات حتى في التشريعات التي أشارت إلى المفاوضات وإزاء ذلك كانت المحاولات الفقهية لإرساء تعريف للتفاوض نذكر منها ما يأتي:

يذهب العميد " Carbonnier " إلى تعريف المفاوضات بأنها ((تلك المرحلة التمهيدية التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد، وفي هذه المرحلة لا يكون العقد قد تم بل ليس هنالك إيجاب

¹ ابن منظور محمد بن مكرم، لسان العرب، دار المعارف، ج 7، ص 64.

² ابن منظور، المرجع نفسه، ص 3486.

³ د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة 2000م، القاهرة، ص 63.

⁴ علي حمزة عباس الغانمي - عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 116.

بالعقد يمكن قبوله، وإنما هناك فحسب عروض وعروض مضادة¹. ويذهب البعض الآخر إلى تعريفها ب ((أنها تلك العملية المتعلقة بحل النزاع بين طرفين أو أكثر، والتي من خلالها يقوم الطرفان (أو جميع الأطراف) بتعديل طلباتهم لغرض التوصل إلى تسوية مقبولة تحقق المصلحة لكل منهما))². كما عرّفها البعض الآخر ((على أنها عملية ديناميكية من التكيف يقوم خلالها طرفا التفاوض بالتباحث والتشاور سوياً بقصد الوصول إلى اتفاق مرضٍ متبادل حول موضوع يجسد مصالحهما المشتركة))³، وعرفها آخرون بأنها: ((تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه))⁴. وعرفها البعض الآخر بأنها ((كل ما يصدر عن أحد الطرفين متصلاً بعلم الطرف الآخر ويكون متعلقاً بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان إلى إبرامه))⁵.

وذهب البعض الآخر إلى تعريف التفاوض بأنه: ((حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم، يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل))⁶. وترى الباحثة بأن المفاوضات هي وسيلة للتخفيف من حدة الخلافات بين الأطراف لحسم أو تحجيم مناطق النزاع بينهم، ومن ثم فهي تسهم في إنجاح الكثير من العمليات أو على الأقل طرحها ومناقشتها من جديد.

حيث يتسع مفهوم المفاوضات ليشمل المقترحات الأولية التي يبديها أحد الطرفين، كإعلان الرغبة في التعاقد ولو لم يحصل على الإيجاب الكامل، والمقترحات المضادة التي يقوم بها الطرف الآخر والمناقشات الدائرة الشفهية والمكتوبة والمباشرة وغير المباشرة، وكذلك مختلف المعلومات والدراسات القانونية والفنية والاقتصادية المتبادلة بين الطرفين بينما يخرج من دائرة المفاوضات جميع الأعمال التي يقوم بها أحد الطرفين منفرداً من دون أن تصل بعلم الطرف الآخر في المرحلة قبل التعاقدية. أما في إطار العقد الإداري فتعرف المفاوضات بأنها إجراء مرحلي تقوم به السلطة الإدارية مع الطرف الآخر الراغب في التعاقد بشأن الإعداد لإبرام العقد، أو تسوية نقطة

1-عبداللطيف نايف الجبوري ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة بغداد 2006 م-ص35.

2-عبداللطيف نايف الجبوري، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الادارية ، اطروحة دكتوراه ، مرجع نفسه ، ص 35.

3- عبد اللطيف الجبوري ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الادارية ، اطروحة دكتوراه ، المرجع نفسه ، ص 35.

4-د. حسام الدين كامل الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي، تقرير مقدّم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة، 2-3 كانون الثاني 1993م، ص 2.

5-د.محمد حسين عبدالعال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دراسة تحليلية مقارنة ، دار النهضة 1998م ، ص 10.

6- د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد ، مرجع سابق، ص 64.

خلافية بينهما تتعلق بشروط العقد أو تنفيذه¹. وفي ضوء التعريفات السابقة يمكن تعريف المفاوضات في العقد الإداري بأنها عبارة عن مرحلة تحضيرية تجري فيها المباحثات والمناقشات بين السلطة الإدارية والطرف الآخر الراغب في التعاقد معها بشأن قضية من القضايا تتعلق بالعقد الإداري يتم بموجبها التقريب بين وجهات النظر المختلفة لأطراف العلاقة التعاقدية عن طريق وضع مقترحات محددة وواضحة بهدف التوصل إلى اتفاق لإبرام العقد. ومن خلال التعريف السابق للمفاوضات في العقد الإداري يمكننا أن نستخلص العناصر² الأساسية للتفاوض وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الموقف التفاوضي

يُعدُّ التفاوضُ موقفًا حركيًا يقوم على الحركة والفعل ورد الفعل إيجابا وسلبا تأثيرا وتأثراً، وهو موقف مرّنٌ يتطلب قدرات هائلة للتكيف السريع والمستمر مع المتغيرات المحيطة بالعملية التفاوضية وإتاحة القدرات التي تمكن من التغلب على المشاكل والعقبات التي تواجه العملية التفاوضية وتنشأ أثناءها. فالمفاوضة هو ذلك السلوك المرن الذي يحكمه اعتبارات مختلفة من أهمها مستوى أو وجود المهارات التي يحظى بها المفاوض بحيث تمكنه من إدارة التفاوض لمصلحته أو مصلحة من ينوب عنه³.

وهذا ما يدفعنا إلى القول بأن المفاوضات ليست بعملية حسابية يمكن الحصول فيها على نتائج طبقاً لخطوات أو معدلات ثابتة ولكنه نشاط حركي يخضع للعديد من المؤثرات النفسية والخارجية⁴.

ثانياً: أطراف التفاوض

تجرى المفاوضات في إطار العقد الإداري عادة بين طرفين أساسيين هما الإدارة والطرف الراغب في التعاقد معها، وقد يتسع نطاقها لتشمل أكثر من طرفين وذلك نظراً إلى تشابك المصالح وتعارضها بين الأطراف المتفاوضة فعلا وبين الأطراف التي ترى أنها متأثرة بنتيجة تطور القضية التفاوضية أو بما يجري لدى كل طرف متفاوض، ويتسع نطاق العملية التفاوضية لتشمل أطرافاً أخرى لها علاقة أو مصلحة بالعملية التفاوضية أو قد يضيق لينحصر التفاوض بين طرفين أساسيين تدور بينهما العملية التفاوضية⁵. وعليه يمكن تقسيم أطراف التفاوض إلى أطراف مباشرة وهي تلك التي تجلس فعلاً على طاولة التفاوض وتباشر عملية التفاوض، وإلى أطراف غير مباشرة وتلك التي تشكل قوى ضاغطة لاعتبارات المصلحة أو التي لها علاقة قريبة أو بعيدة

1- محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 37، 36.

2- عبداللطيف نايف الجبوري، الأطر القانونية للمفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة، بحث منشور، ص 283، 284.

3- محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 37.

4- محمد عبدالغني حسن هلال، مهارات التفاوض، مركز تطوير الأداء والتنمية 1995م، ص 54 وما بعدها.

5- د. محسن أحمد الخضير، مبادئ التفاوض، مجموعة النيل، القاهرة 2003م، ص 22.

بعملية التفاوض يمكن أن تقوم بدور مؤثر بالسلب أو بالإيجاب على تطور وسير العملية التفاوضية وعلى نتائجها.

ثالثاً: القضية التفاوضية

يُقصدُ بالقضية التفاوضية هي المشكلة التي يتجاذب إليها طرفا المفاوضة للحوار بشأنها ويعرض كل منها وجهة نظره بصددتها فإذا انتفت المشكلة فلن يكون هناك حاجة ماسة إلى التفاوض¹، وعليه فإن التفاوض أياً كان نوعه أو كان القائمون به أو أياً كان أطرافه فإنه لا بُدَّ من أن يدور حول قضية أو مشكلة معينة أو موضوع معين يمثل محور العملية التفاوضية وميدانها التي يتبارز فيه المتفاوضون، أو الإطار العام الذي تدور في نطاقه العملية التفاوضية، وقد تكون القضية التفاوضية قضية إنسانية عامة، أو قضية شخصية خاصة، أو تكون قضية اجتماعية، أو اقتصادية، أو سياسية، أو أخلاقية ... إلخ. ومن خلال القضية المتفاوض بشأنها يتحدد الهدف التفاوضي، وكذلك غرض كل مرحلة من مراحل التفاوض . وكثيراً ماتكون هذه القضية في مجال المفاوضات العقدية قضية اقتصادية تتمثل هذه القضية في وضع تصور مشترك للعقد المراد إبرامه أو التفاهم بشأن شروط العقد أو قيمة العرض المقدم.

رابعاً: الهدف التفاوضي

لا تتم عملية التفاوض من دون هدف أساسي تسعى إلى تحقيقه أو الوصول إليه وتوضع من أجله الخطط والسياسيات، حيث ينقسم الهدف التفاوضي إلى أهداف مرحلية وجزئية وفقاً لمدى أهمية كل منها ومدى اتصالها بتحقيق الهدف الإجمالي العام والنهائي. وبناءً على الهدف التفاوضي يقاس مدى تقدم الجهود التفاوضية في جلسات التفاوض وتعمل الحسابات الدقيقة وتجرى التحليلات العميقة لكل خطوة وكل تكتيك تستخدم وقياس مدى سلامته أو نجاحه وفقاً لمدى القرب أو البعد عن تحقيق هذا الهدف، ومن ثم تقييم كل مرحلة من المراحل. ويتمثل الهدف التفاوضي في العقود الإدارية بسعي الإدارة دائماً إلى تحقيق صالح المرفق العام من خلال الوصول إلى أفضل العطاءات والعروض المقدمة بينما يسعى الطرف المتعاقد مع الإدارة إلى الحصول على أكبر قدر ممكن من التسهيلات مع الإدارة لذا يتفاوض الطرفان من أجل تحديد شروط العقد².

الفرع الثاني أهمية المفاوضات

أصبح التفاوض اليوم صفة ملازمة لضروريات الحياة بل أمراً حتمياً باعتباره يمثل البوابة والوسيلة لمعالجة القضية التفاوضية والحصول على حل للمشكلة المتنازع عليها، حيث لم تعد المفاوضات

¹ - د. محمد أحمد عبدالنعميم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، مرجع سابق ، ص40.

² - د. محمد أحمد عبدالنعميم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، مرجع نفسه ، ص 41.

في عالمنا المعاصر الذي يسوده التبادل التجاري مجرد تبادل لوجهات النظر وإنما تشمل على تخطيط ونفقات عامة لمرحلة العقد بل إن تحليل مضمون العقد وتقييم نتائجه يعتمد على مرحلة ما قبل التعاقد.

وحيث إن الوضع المألوف في التفاوض أن يكون الإيجاب من صنع أحد الطرفين وإن كان الإيجاب مستكملاً شروطه من حيث اشتماله على العناصر الجوهرية لمشروع العقد لذا فإن مصير إبرام العقد يتوقف على مشيئة الطرف الآخر، وذلك باعتبار أن العقد ينعقد بتلاقي الإيجاب مع القبول بينما في العقود التي تسبقها مفاوضات فلا يتوقف قيام العقد على مشيئة أحد المتعاقدين بل على مشيئتهما معا وأهمية ذلك تظهر أن المفاوضات تؤدي إلى وضع تصور مشترك لكل الموضوعات التي جرت مناقشتها¹.

فالمفاوضات لها أهمية خاصة كونها وسيلة من أجل التعرف على العروض ذات المواصفات الفنية الجيدة كما للمفاوضات أهمية كبيرة من الناحية القانونية كونها تمثل دوراً وقائياً لمرحلة إبرام العقد حيث تبرز أهمية المفاوضات في العقد الإداري من جانبين:

أولاً: إن المفاوضات وسيلة تلجأ إليها الإدارة من خلال مفاوضة مقدمي العروض لتحقيق هدف مادي يتمثل في الحصول على أقل العروض من ناحية السعر وهنا نجاح المفاوضات من شأنه أن يخفف العبء عن الخزانة العامة²، وهدف فني يتمثل في تمكين الإدارة من الحصول على أفضل الشروط من الناحية الفنية، وهذا ما جرى عليه نص المادة 33 من قانون رقم 23 لسنة 2002، والمعدل بالقانون رقم 29 لسنة 2010، الخاص بالمناقصات والمشتريات البحريني على أنه: (... على أنه يجوز بعد موافقة المجلس التفاوض مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بسعره إلى أدنى سعر ممكن إذا كان سعر عطاءه أعلى من التكلفة التقديرية المخصصة للشراء...)³.

وبالرجوع إلى نص المادة (29) من القانون المصري رقم (89) لسنة 1998، بشأن تنظيم المناقصات والمزايدات إذ أشارت إلى هذا الهدف بقولها: "تتولى اللجنة المشار إليها في المادة السابقة مفاوضة مقدمي العروض التي تتلاءم واحتياجات الجهة طالبة التعاقد للوصول إلى أفضلها شروطاً وأقلها سعراً ... " ⁴.

كما جاءت في بعض أحكام مجلس الدولة المصري نورد منها على سبيل المثال، حكماً للمحكمة الإدارية العليا الصادر في 9 أيار سنة 1959م، على (... إن الشارع رأى - رغبة منه في تمكين

¹ - د. عثمان سليمان غيلان العبودي ، المرشد العملي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية ، ط2- 2009م، ص136، 135.

² - محمد أحمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص45.

³ - الجريدة الرسمية العدد 2954، مملكة البحرين الصادرة في 1 يوليو 2010م.

⁴ - بمراجعتنا لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018، نجد أن المشرع المصري لم يشر في هذا القانون الجديد إلى المفاوضات.

الإدارة في الحصول على أصلح العطاءات لخير المرفق وصيانة لأموال الدولة - إجازة المفاوضة بعد فتح المظاريف مع صاحب العطاء الأقل...¹.

ثانياً: إن المفاوضات تمثل مرحلة تعاقدية حيث إنها تعتبر إحدى مراحل حل المشكلة محل النزاع ومن ثم فهي تقود الأطراف غالباً فيحال نجاحها إلى توثيق النتائج المتفق عليها في صورة عقد أو اتفاق لذا لا تقل مرحلة المفاوضات السابقة على العقد أهمية عن مرحلة مابعد إبرام العقد لأنه كلما كان الإعداد والتحضير للعقد جيدين كلما كان العقد محققاً لمصلحة المتعاقدين².

وعليه فترى الباحثه بأن المفاوضات تتمتع بأهمية كبيرة من الناحية القانونية وخاصة في مجال العقود الإدارية، فالعقد الإداري يُعد وليداً للإرادة المشتركة لطرفيه مما يتيح مجالاً للتنافس والتفاوض بقصد الوصول إلى أفضل الأوضاع التي تحقق مصلحة الإدارة من دون إغفال مصلحة المتعاقد معها، هذا بالإضافة إلى أن المفاوضات تمارس دوراً وقائياً لمرحلة إبرام العقد حيث إن حسن إدارة عملية المفاوضات أمر يحد من المنازعات التي قد تنور في المستقبل.

الفرع الثالث خصائص المفاوضات

يَتَّصِفُ التفاوضُ بمجموعةٍ من الخصائص التي من شأنها أن تجعل منه فكرة قانونية مستقلة ومتميزة عن غيره من النشاطات الإنسانية الأخرى مثل الاجتماعات والمقابلات وغيرها، وتتلخص هذه الخصائص بما يأتي:

أولاً: لا يتم التفاوض إلا بوجود طرفين أو أكثر

لاشك في أن التفاوض يكون دائماً ثنائي الجانب على الأقل، بمعنى أنه يتم بين جانبيين فأكثر (الإدارة والراغب في التعاقد معها) وليس من جانب واحد، فالتفاوض لا يتحقق إلا بحدوث نوع من الاتصال بين الإدارة والطرف الآخر، وذلك إما بالنقاش وإما الحوار وجهاً لوجه، أو بطريقة المراسلة، المهم أن يكون هناك شخصان على الأقل، وعلة ذلك أن التفاوض في جوهره يقوم على التفاعل والتعاون والمشاركة ويحتاج إلى تضافر الجهود حتى يؤتي ثماره، وهذا لا يتصور حدوثه من شخص واحد وإنما لابد من وجود شخصين على الأقل³. فإذا كان من الممكن أن يحدث تعاقد مع النفس أي ينفرد شخص بإبرام العقد عن طريق تبادل إيجاب وقبول مع نفسه نيابة عن الطرفين أو نيابة عن أحد الطرفين وأصيلاً عن نفسه⁴، لكن من غير المتصور حدوث التفاوض

¹- منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتتها المحكمة الإدارية العليا، الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في العقود الإدارية، مطبعة وزارة العدل 1997م- ص 261 و 262.

²- عبد اللطيف نابف الجبوري، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق، ص 46.

³- د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 65.

⁴- الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري ج 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، من دون تاريخ نشر، ص 50.

مع النفس، فالتفاوض في حقيقته يقوم على الحوار المتبادل والاتصال بين الطرفين، وذلك من أجل التقريب بين وجهات النظر المختلفة والتوفيق بين مصالح الطرفين المتعارضة بغية التوصل إلى اتفاق مشترك لإبرام العقد، ومحال أن يتحقق ذلك من شخص واحد¹.

ثانياً: التفاوض تصرف إرادي

إنَّ من أهم خصائص التفاوض أنه تصرف إرادي سواء أكانت المبادرة من جانب الإدارة أم من جانب الطرف الآخر، فهو يحدث دائماً برضا الطرفين ومن دون أي إجبار أو إكراه، فالتفاوض لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين، إذ إن كل طرف لا يدخل في التفاوض مع الطرف الآخر إلا بعد أن تتكون لديه إرادة حقيقية عازمة على التفاوض وهنا تكمن ضرورة توافر نية التفاوض لدى الطرفين حتى يمكن القول بوجود تفاوض على العقد. ومن ثم فإن التفاوض الصوري² - مثل التفاوض مع شخص للحصول على معلومات سرية عنه أو لإعاقته عن إبرام صفقة مع الغير - لا يُعد تفاوضاً حقيقياً لانعدام نية التفاوض لدى أحد الطرفين.

ولما كانت إرادة الطرفين تظل حرة طيلة مرحلة المفاوضات، فلكل طرف الحرية في الدخول في التفاوض أو الاستمرارية فيه، ويرجع ذلك إلى هيمنة مبدأ حرية التعاقد في العملية التفاوضية³. ومع ذلك فإن هذه الحرية التي تسود المفاوضات السابقة على إبرام العقود ليست مطلقة، إذ تنقيد حرية الأطراف في التفاوض باحترام القواعد القانونية الآمرة واعتبارات النظام العام⁴.

ثالثاً: التفاوض يتم باتفاق الطرفين

إنَّ أهم ما يميز التفاوض على العقد أنه يتم باتفاق الطرفين، سواء أكان هذا الاتفاق صريحاً أم ضمنياً، مكتوباً أم شفوياً، فعندما تتولد فكرة العقد لدى جهة الإدارة، فإنها تقوم بعرض هذه الفكرة على الشخص الراغب في التعاقد معها، فإذا وافق الأخير على إبرام العقد من حيث المبدأ وكان هذا العقد بحاجة إلى إعداد وتحضير، فإن الطرفين يتفقان على الدخول بشأنه في مفاوضات لمناقشة شروطه وتحديد تفاصيله. فإذا لم يشرع الطرفان في التفاوض فوراً فإنهما يحددان الزمان والمكان اللذين يتم فيهما التفاوض مستقبلاً⁵.

1-د. رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، مرجع سابق، ص 65 ، 66.

2- يقصد بالتفاوض الصوري (Negotiating Fictive) تلك المحادثات المجردة التي لا تهدف إلى إحداث أثر قانوني، ولا تمهد لإبرام عقد معين، وإنما تهدف فحسب إلى تبادل وجهات النظر بشأن مسألة معينة. للمزيد من التفاصيل ينظر: المصدر نفسه، ص 556 و 57.

3- لا يمكن أن يكون هناك إجبار على التفاوض، لأن التفاوض بطبيعته يقوم على التعاون والمشاركة وحسن النية، وهو ما لا يتصور تحقيقه في ظل الإكراه. ويترتب على ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يجبر أحد الطرفين على الدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه.

للمزيد من التفاصيل انظر د. محمد حسام محمود لطفي ، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، 1995م، ص 86.

4-د. محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، مرجع سابق ، ص 15.

5- ويكون التفاوض في هذه الحال إذا كانت الإدارة بصدد التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر أو أسلوب الممارسة، لأن الإدارة وكما سنرى لاحقاً حيث تحظى بحرية ملحوظة للتعاقد بهذين الأسلوبين.

وهكذا فإن التفاوض على العقد يتم بين الطرفين بمقتضى اتفاق سابق بينهما ، إذ تتجه إرادتهما بالفعل إلى الدخول في التفاوض بقصد إبرام عقد معين، وفي ذلك يختلف التفاوض على العقد عن غيره من الأعمال التي تتم بالمصادفة ومن دون اتفاق بين الطرفين¹.

رابعاً: التفاوض يقوم على التبادل

يتميز التفاوض بكونه يقوم على التبادل والأخذ والعطاء فبواسطته يتعاون الطرفان فيما بينهما للتقريب بين وجهات النظر المختلفة، وذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات، ومن خلال ذلك يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه ويعدل في الشروط والمطالب التي جاء بها، حتى يتحقق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعارضة. فإذا انعدمت القابلية للنقاش والحوار أو التنازل فليس ثمة تفاوض، وإنما نكون بصدد عقد إذعان². إذ ليس من طبيعة التفاوض أن يتقدم أحد الطرفين بشروط معينة ولا يقبل فيها النقاش أو التعديل، وإنما جعل التفاوض لمناقشة شروط العقد بحرية تامة من الطرفين، بل إن مجرد قبول الدخول في التفاوض بشأن العقد يعني أن كل طرف يقبل مناقشة شروطه والتعديل فيها والتنازل عن بعض مطالبه، وذلك حتى يتوصل الطرفان سويًا إلى اتفاق مشترك يكون كل طرف منهما قد أسهم بقدر في تكوينه³.

خامساً: التفاوض ذو نتيجة احتمالية

ولما كانت النتيجة الطبيعية للتفاوض على العقد هي احتمالية دائماً فقد تتحقق وقد لا تتحقق⁴، فليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرام هذا العقد بالفعل، وإنما قد لا ينتهي التفاوض إلى نتيجة. وعلة ذلك أن التفاوض على العقد يهيمن عليه مبدأ حرية التعاقد، بمعنى أن كل متفاوض يظل طيلة مرحلة المفاوضات متمتعاً بكامل حريته في إبرام العقد أو عدم إبرامه، أي أن إرادته بشأن العقد تكون غير باتة وغير نهائية حتى آخر لحظة، فلا يتقيد نهائياً بالعقد إلا بعد أن تتبلور نقاطه الجوهرية بشكل يحظى برضائه التام ومن دون أي ضغط على إرادته⁵، فالواقع

¹- يختلف التفاوض على العقد عن مجرد اللقاءات التي تتم بين شخصين فجأة ومن دون اتفاق سابق، مثل أن يلتقي شخصان فجأة في الطريق العام أو في إحدى وسائل المواصلات وتجاذبا أطراف الحديث لبعض الوقت ثم تفرقا. وكذلك يختلف التفاوض عن الأعمال المادية التي تقع بالصدفة بين شخصين ومثال على ذلك حوادث الطريق. د. رجب كريم عبد اللاه- التفاوض على العقد ، مرجع سابق، ص 68.

²- ويعرف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يحدد فيه الموجب مسبقاً ، وبشكل عام ومجرد ، شروط التعاقد ولا يقبل أي نقاش فيها، وليس أمام الراغب في التعاقد سوى قبول هذه الشروط جملة أو تركها. حيث يرجع الفضل في هذه التسمية إلى الدكتور عبدالرزاق السنهوري (رحمه الله). وقد ذاع استخدامها في الفقه المصري والعربي بوجه عام، وهي تسمية يقابلها في الفرنسية اصطلاح (Contrat d'adhesion) ومعناه عقد الانضمام وشاع استعماله في الفقه الفرنسي في هذا الصدد، وهو اصطلاح ابتكره الفقيه سالي (Saleilles) الذي يعد أول من أثار انتباه الفقه إلى هذه الطائفة من العقود. د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، مرجع سابق، ص 16.

³- د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد ، مرجع سابق، ص 69.

⁴- وعلى الرغم من أن نتيجة التفاوض على العقد هي احتمالية دائماً، فإن الاتفاق على التفاوض لا يُعد من العقود الاحتمالية، التي يكون أحد الالتزامات فيها متوقفاً في وجوده على أمر غير محقق الوقوع أو غير محدد وقت وقوعه. د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1992م، ص 76.

⁵- د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، ط 2، القاهرة، من دون ذكر جهة النشر، 1995م، ص 51.

أنه لا يمكن منذ البداية معرفة ماستسفر عنه المفاوضات بين الطرفين، فهي إما أن تكلل بالنجاح وإما أن تبوء بالفشل. فلا يملك الطرفان سوى التوقع والأمل من دون أن يكون لديهما أي تأكيد بشأن النتيجة النهائية للتفاوض القائم بينهما.

سادسًا: التفاوض مرحلة تمهد لإبرام العقد

يُعد التفاوض مرحلة تمهيدية في الطريق إلى إبرام العقد، فهو يهدف إلى الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، إذ لم يدخل الطرفان في التفاوض إلا بهدف التوصل إلى اتفاق يبرما على أساسه العقد النهائي، فيقوم الطرفان بالتمهيد لإبرام العقد من خلال التفاوض، وذلك بمناقشة شروطه، وإجراء الدراسة اللازمة بشأنه، وكلما توصلنا إلى اتفاق بشأن بعض هذه الشروط فإنهما يقومان ببلورتها إلى اتفاق مرحلي، ثم يواصلان التفاوض بشأن الشروط الباقية.

وبذلك يتحرك الطرفان في اتجاه العقد خطوة بخطوة ومرحلة تلو أخرى¹. فإذا ما توصلنا إلى اتفاق نهائي على جميع الشروط الجوهرية في العقد فإنه يكون حينئذ جاهزًا للانعقاد، ومن ثم ينتقل إلى المرحلة الأخرى وهي مرحلة إبرام العقد².

وترى الباحثة على ضوء ما ذكره أعلاه بأن مرحلة التفاوض على العقد يقصد بها تلك المرحلة التي تجرى فيها مناقشة شروط العقد ودراسة جدواه من الناحية الاقتصادية بهدف التوصل إلى اتفاق بشأنه. أما مرحلة إبرام العقد فهي تلك المرحلة التي يتم فيها انعقاد العقد بشكل نهائي، وذلك عن طريق تبادل الإيجاب والقبول ومن دون الخوض في نقاش حول شروط العقد.

¹ أهم ما يميز هذا الاتفاق أنه لا يشكل عقدًا نهائيًا، بل هو خطوة ممهدة له، قد تفلح وقد تخفق في التوصل إليه، تبعًا لنجاح أو فشل المفاوضات. بمعنى آخر هو اتفاق وقتي بطبيعته يتم بين شخصين أو أكثر إثر التفاوض د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 106.

² د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 72.

المطلب الثاني

تمييز المفاوضات عما يشتهب معها من أوضاع قانونية

قدّمنا مفهوم مرحلة المفاوضات في العقد الإداري وبيان أهميتها وخصائصها لذا نجد من الضروري أن نميز بين المفاوضات وبين غيرها من الأوضاع القانونية التي تقترب منها، وذلك تمهيدا لتحديد نطاق المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات.

إن أهم ما يميز مرحلة التفاوض قبل العقدية بداية هو عنصر الاحتمال الذي تقوم عليه هذه المرحلة أساسا فاحتمال الاتفاق من عدمه يكونان على قدم المساواة بالنسبة إلى أطراف المفاوضة فكل منهم على يقين بأن تلك المفاوضات قد تسفر عن اتفاق وقد لا تسفر، لذا نراهم لا يستبعدون احتمال عدم الاتفاق وعليه فكل طرف لا تغيب عن ذهنه فكرة البحث عن متعاقد آخر¹.

إلا أن جانبا من الفقه يرى أن العقود التحضيرية أو عقود المفاوضات بصفة عامة لا تعد عقودا تامة بالمعنى الدقيق بقدر ما هو انعكاس لإرادة الأفراد غير الواضحة التي تنتج صوب إبرام عقد مايزال يعاني من القصور في الاتفاق على بعض الجوانب المهمة، وبالتالي فإنه لا يمكن الجزم بأن العقد النهائي سوف يبرم أم لا، وبالتالي فإن هذه العقود تعد عقودا احتمالية، وهذا مايجعل من مرحلة التفاوض قبل العقدية تمييز عن مرحلة التفاوض اللاحق لإبرام العقد، حيث إن المفاوضات العقدية قد تحدث نتيجة لبعض الظروف التي قد تطرأ أثناء تنفيذ العقد أي أنها تتعدى مرحلة التكوين وقد يكون متفق عليها من أطراف العقد ومنصوص عليها كبند من بنود التعاقد وقد تتم من دون اتفاق، وعليه فإن التفاوض الذي نحن بصدد مناقشته هو التفاوض الذي يتم في المرحلة قبل العقدية والذي ينتهي عادة إما بإبرام العقد وإما بعدم الاتفاق على إبرامه. وبناء على ماسبق فإن هذه المرحلة تتميز عن المرحلة العقدية وأن التحديد الدقيق لمرحلة التفاوض يقتضي تحديد وقت نهايتها لتكون الفترة قبل العقدية هي الفترة السابقة على العقد المراد إبرامه.

ولما كانت مرحلة المفاوضات في العقد الإداري تشكل وسيلة إيجابية لاختيار الإدارة إلى أفضل العروض، لذا فهي تشكل مرحلة من المراحل السابقة على إبرام العقد الإداري تتطلبها الظروف العلمية بهدف تحقيق مصلحة المرفق العام، وحيث إن مرحلة المفاوضات كمرحلة سابقة على إبرام العقد الإداري تعتبر مرحلة أساسية استوجبها المشرع في بعض حالات إبرام العقد الإداري كما هو حال تعاقد الإدارة بأسلوب الاتفاق المباشر أو تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة.

¹ - حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج 1، مرجع سابق، ص 51.

ولما كانت مرحلة المفاوضات تشتبه مع بعض الأوضاع والنظم القانونية الأخرى كالدعوة إلى التعاقد والإيجاب والوعد بالتعاقد والمساومة لذا لا بُدَّ لنا من بيان الحد الفاصل بين مرحلة المفاوضات وبين تلك الأوضاع والنظم القانونية التي تشتبه معها وهذا ما سوف نتناوله في هذا المطلب، وذلك على الوجه الآتي:

الفرع الأول: التمييز بين المفاوضات والإيجاب.

الفرع الثاني: التمييز بين التفاوض والدعوة إلى التعاقد.

الفرع الثالث: التمييز بين التفاوض والوعد بالتعاقد.

الفرع الرابع: التمييز بين التفاوض والمساومة.

الفرع الأول التمييز بين المفاوضات والإيجاب

يعرفُ الإيجابُ بأنه التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر، أو إلى الأفراد يعرض عليهم التعاقد على أسس وشروط محددة، فإذا ما اقترن بهذا الإيجاب قبول مطابق انعقد العقد¹.

أما في مجال العقد الإداري فيتمثل الإيجاب في صورة العطاءات المقدمة من الراغبين في التعاقد وذلك لتلبية الدعوة إلى التعاقد التي أعلنت عنها الإدارة، حيث يجب أن يتضمن الإيجاب كلاً لبيانات الجوهرية والأساسة التي حددتها الإدارة مسبقاً في الإعلان أو الدعوة إلى التعاقد، فضلاً عما يرد في كراسة الشروط والمواصفات من بيانات، إذ إنه يمثل مشروعاً للتعاقد². وهذا ماجرى عليه نص المادة 24 و المادة 25 من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني التي اشترطت على مقدّم العطاء أن يُضمن في عطائه كافة البيانات والوثائق التي حددتها اللائحة التنفيذية للقانون³.

أما في فرنسا فاشترط المُشرّع الفرنسي أن يقدم العطاء موقعاً عليه من صاحبه أو من الممثل القانوني له خلال مهلة معينة يشار إليها في الإعلان⁴.

¹- د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي ج1 ، مصادر الالتزام ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل، من دون ذكر سنة النشر ، ص 38، د. عبدالفتاح عبدالباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، القاهرة ، من دون ذكر سنة النشر، ص120.

²- د. محمد أحمد عبدالنعميم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ،مرجع سابق، ص 86.

³- انظر المواد 35 و 43 و 43 من المرسوم بقانون رقم 37 لسنة 2002م، اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني ،الجريدة الرسمية.

⁴- المادة 256 من تقنين العقود الفرنسي لسنة 1964، المعدل- أشار إليه عبداللطيف نايف الجبوري ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق ، ص 99.

وفي مصر فإن المُشرّع المصري اشترط ضرورة تقديم العطاءات في مظاريفين مغلفين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي وفقاً للبيانات والأوضاع التي بينها اللائحة التنفيذية، ويتم ذلك خلال مدة لا تقل عن ثلاثين يوماً¹.

أما في العراق فقد اشترطت تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية أن تقديم العطاءات ضمن المدة المحددة بالإعلان وأن يكون موقعاً عليها من قبل مقدّم العطاء متضمنه المستمسكات المطلوبة كافة، وأن يكون تقديم العطاءات إما بإيداعها في الصندوق المخصص لذلك لدى الجهة المعنية وإما تسليمها إلى سكرتير لجنة فتح العطاءات بموجب وصل ينظم بنسختين يسلم أحدهما إلى حامل العطاء ويحتفظ بالثاني لدى الجهة المعنية².

حيث إن القاعدة العامة أن مقدمي العطاءات يلتزمون بالبقاء على إيجابهم لمدة معينة حتى يتم البت في عطاءاتهم³. تنتهي مرحلة الإيجاب في العقود الإدارية إما في حالة قبول السلطة المختصة ويتم هذا القبول في ضوء ما انتهت إليه لجنة البت من توصيات ومن ثم ينعقد العقد أو في حالة رفض السلطة المختصة أو في حالة انتهاء مدة سريان العطاء من دون البت فيه أو من دون تحديد مدته، وهنا يتحلل مقدّم العطاء من عطاءه. لذا يمكن القول إن الإيجاب يمثل الإرادة الأولى التي تظهر العقد خطوة أساسية تمهد لإبرام العقد وتسبقه حتماً، وبذلك فإن وجه الشبه بين الإيجاب والتفاوض على العقد هو أن كليهما يمثل مرحلة سابقة على التعاقد النهائي، بالإضافة إلى أن المفاوضة ترتبط بالإيجاب من حيث إنها تمثل مقدمة للإيجاب لأن المفاوضات إذا كملت بالنجاح فإنها تثمر عن تقديم الإيجاب بوصفه خطوة أساسية نحو اكتمال العقد⁴. أما وجه الاختلاف بين الإيجاب والمفاوضات فيكمن في أن الإرادة في الإيجاب قد تخطت مرحلة التردد وعدم الجزم ودخلت مرحلة البت والعزم على التعاقد ومن ثم فإن الإيجاب يشكل ركناً أساسياً لبدء العلاقة العقدية، حيث يعد خطوة إلى العقد إذا اقترن بقبول نهائي من السلطة الإدارية، في حين أن إرادة المفاوض لا تتضمن إرادة نهائية على التعاقد إنما هي إرادة أولية عازمة على التفاوض حيث لا يقصد منها أن يبرم العقد مباشرة مع أول شخص يستجيب لدعوته ولكنه بقصد أن يتفاوض معه بهدف التمهيد لإبرام العقد في المستقبل⁵. وفي الإيجاب تكون شروط العقد الجوهرية قد تحددت وتبلورت بشكلها النهائي وأصبح لا يبقى لقيام العقد سوى قبول هذا الإيجاب ممن وجّه إليه قبولاً مطابقاً، أما التفاوض على العقد فلا يستلزم بالضرورة توافر شروط العقد الجوهرية ذلك

1- راجع المادة 23 من قانون رقم 182 لسنة 2018، من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية القانون المصري الجديد، والمواد 53 إلى 67 من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم 89 لسنة 1998.

2- راجع المادة (5) الفقرة (4، 5، 6) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، العراق.

3- ينظر نص المادة 27 من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني المادة 35 من اللائحة التنفيذية للقانون.

4- محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 89.

5- د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 87، ومحمد شاكر، المسؤولية عن قطع المفاوضات (دراسة مقارنة)، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016م، ص 24.

لأن الهدف من التفاوض يتمثل في اتصال بين طرفي العقد لمناقشة وتحديد شروط العقد المراد إبرامه¹.

وعليه فترى الباحثه بأن الإيجاب يمثل الحد الفاصل بين التفاوض على العقد وإبرام العقد ومن ثم فإن الداعي إلى التفاوض لا يلتزم مطلقاً بإبرام العقد مع الشخص الذي يستجيب لدعوته، لأن الاستجابة لا تكون قبولاً ينعقد به العقد النهائي في الحال، إنما هي قبول الدخول في التفاوض الذي يؤدي إلى قيام اتفاق على التفاوض بين الطرفين وهذا الاتفاق لا يلزم الطرفين بإبرام العقد إنما يلزمهما بالتفاوض على العقد بحسن نية فقط وهذا ما يجعل نطاق المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات مختلفة عما هي عليه في مرحلة إبرام العقد².

الفرع الثاني التمييز بين التفاوض وبين الدعوة إلى التعاقد

الدعوة إلى التعاقد عبارة عن عرض يوجهه شخص إلى آخر أو إلى أفراد الجمهور، يعبر به عن رغبته في التفاوض على عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل، من دون أن يتضمن هذا العرض الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه ومن دون أن يعلن إرادته الباتة والنهائية في إبرام هذا العقد، ولما كان إعلان التعاقد يشكل الخطوة الأولى لإعلان رغبة الإدارة في التعاقد حيث يعد بمثابة توجيه الدعوة إلى الراغبين في التعاقد مع الإدارة، وقد نظمت القوانين والأنظمة والتعليمات كيفية الإعلان وما يجب أن يتضمنه³. حيث يؤيد الفقه في مجموعة على هذا المفهوم فيمكن النظر إلى الدعوة إلى التعاقد باعتبارها إحدى مقدمات الإيجاب، وحيث إن الدعوة إلى التعاقد لا تتضمن إلزاماً نهائياً بإبرام العقد، لذا فلا يترتب على تلبيتها أكثر من إيجاب يقدم إلى مَنْ وجهت إليه الدعوة⁴.

وتؤيد الباحثه مذهب إليه جانب كبير من الفقه الذي أطلق على الدعوة إلى التعاقد اسم الإيجاب بالتفاوض لأن أهم ما يميز الدعوة إلى التفاوض أو (الإيجاب بالتفاوض) أنها لا تتضمن الشروط الواجب توافرها في الإيجاب بالتعاقد⁵. وتتشابه المفاوضات والدعوة إلى التعاقد في كونهما مقدمة للإيجاب كخطوة نحو التعاقد النهائي هذا من جانب، ومن جانب آخر أن كلا منهما لا يرتقي

1- عبدالفتاح عبد الباقي موسوعة القانون المدني المصري ، نظرية العقد والارادة المنفردة ، مرجع سابق ، ص 122.
2- د. سليمان مرقص ، الوافي في شرح القانون المدني ج2 في الالتزامات ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة 4 ط ، القاهرة 1987، ص173.

3- أقر المشرع العراقي خضوع التعاقد الإداري بأسلوب المناقصة لمبدأ العلانية في التعاقد طبقاً لما نصت عليه المادة الرابعة الفقرة (3) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، إذ بينت الإعلان وما يجب أن يتضمنه وكذلك الفقرة (3) و (4) من المادة التاسعة من = قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986. كذلك أكدته المواد: 23، 42، 44، 46 من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني الصادر بموجب المرسوم رقم 36 لسنة 2002، والمعدل بموجب المرسوم بقانون رقم 29 لسنة 2010 .

4- د. عبدالفتاح عبد الباقي ، موسوعة القانون المدني المصري ، مرجع سابق، ص125.

5- د. عبدالعزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدية ، من دون ذكر جهة النشر، 2005م- ص20.

إلى مرتبة الإيجاب بالعقد¹، وبالتالي يجوز لمن وجّه الدعوة للتعاقد أو القائم بالمفاوضة أن ينسحب أو يتراجع عنها من دون أدنى مسؤولية تعاقدية، إلا إذا توافرت في حقه المسؤولية التقصيرية². وقد تؤدي الدعوة إلى التعاقد إلى الدخول في مفاوضات لمعرفة مدى استعداد كل طرف بقبول شروط الطرف الآخر، وقد تنتهي المفاوضات إلى إيجاب يطابقه قبول فينقذ العقد³. أما أوجه الاختلاف بين الدعوة إلى التعاقد والمفاوضات يكمن في أن الدعوة إلى التعاقد في مجال العقد الإداري تعني توجيه الدعوة إلى الأفراد أو إلى أشخاص محددين من جانب الجهة الإدارية التي اتجه عزمها إلى إبرام عقد معين وفقاً للشروط التي تتضمنها الدعوة، وذلك بغية تقديم العطاءات المطابقة لهذه الشروط خلال المدة التي يحددها القانون أما المفاوضات، فيقصد بها إجراء تقوم به الإدارة مع الطرف الآخر الراغب في التعاقد معها بشأن الإعداد لإبرام العقد، أو تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بشروط العقد فالداعي إلى التفاوض تتجه إرادته إلى الدخول في مفاوضات تمهيدية مع من يستجيب لدعوته لمناقشة شروط العقد معه على قدم المساواة سعياً للوصول إلى اتفاق يحضى برضاها، أما الداعي إلى التعاقد فإنه لا يقصد أن يتفاوض على العقد مع من يستجيب لدعوته ولكنه يهدف إلى التعاقد معه من دون تفاوض بحيث لا يملك المستجيب لهذه الدعوى قبول أو رفض الإيجاب الذي يعرضه الطرف الداعي إلى التعاقد من دون مناقشة شروطه ومن هنا تظهر أهمية بيان الحدود الفاصلة بين المفاوضات والدعوة إلى التعاقد.

هذا بالإضافة إلى أن الدعوة إلى التعاقد تسبق - عادة - إجراء المفاوضات بشأن الإعداد للعقد وإبرامه ومع ذلك فلا مانع أن يتم التفاوض بشأن موضوع التعاقد ثم تتم الدعوة إليه. حيث عبرت محكمة القضاء الإداري المصرية عن هذا المعنى في حكمها الصادر في القضية رقم 155 لسنة 12 ق بتاريخ 27 آيار سنة 1962م، بقولها: ((.... إن استناد الشركة في الرجوع على الوزارة بالتعويض إلى أنها أخلت بالتزام عقدي يكون غير قائم على أساس سليم، والشركة المدعية قد أقدمت على مفاوضة مصلحة السواحل والمصايد وهي تعلم أن هذه المصلحة ليست هي المختصة. ومجرد عدم موافقة الوزارة على السير في إتمام إجراءات التعاقد مع الشركة المدعية لا ينطوي بذاته على خطأ يرتب مسؤوليتها، وهو ما ادعته الشركة دون أن تقيم دليلاً إذ ليس في الأوراق ما يفيد أن الوزارة قد انحرفت عن الجادة أو أنها قصدت بإجراء المزايدة محاباة أحد ممن تقدموا إليها....))⁴.

¹- د. رجب كريم عبد اللاه التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 90.

²- د. محمد أحمد عبدالنعم مرحلة المفاوضات في العقود الادارية ، مرجع نفسه ، ص 81.

³- د. عمر السيد أحمد عبدالله، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية الإماراتي، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، 1996م، ص 38.

⁴- نقلاً عن د. محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق، هامش رقم ، ص 81.

الفرع الثالث التمييز بين التفاوض والوعد بالتعاقد

يُقصدُ بالوعد بالتعاقد بأنه: "عقد يلتزم فيه أحد الطرفين (أو كلاهما) بإبرام عقد في المستقبل إذا أظهر الموعود له رغبته في ذلك خلال المدة التي قد يتفق عليها"¹.

وعليه فإن الوعد بالتعاقد في مجال القانون المدني هو عقد بمعنى الكلمة²، وهو يتم بإيجاب وقبول، يراد من ورائه إبرام العقد الأصلي الموعود به في المستقبل، ومن ثم فإنه يكون عقدًا ملزمًا، وهذا الالتزام إما أن يكون ملزمًا لجانب واحد هو الواعد، وإما أن يكون ملزمًا للجانبين وعندئذ يسمى اتفاقًا أو عقدًا ابتدائيًا. ويعرف القانون الإداري فكرة الوعد بالتعاقد المعروفة في القانون الخاص، وذلك أن الإدارة قد تدعوها الحاجة إلى إبرام اتفاقيات بالتعاقد إذا توافرت ظروف معينة، وبذلك يكون هذا الاتفاق عقدًا مستقلًا وملزمًا متى استوفى الشروط اللازم توافرها لقيام العقد الإداري، ومن أمثلة الوعد بالتعاقد في مجال العقد الإداري هو أن تعهد الإدارة إلى أحد المهندسين للقيام بدراسات معينة، مع الالتزام بأن تعهد إليه مستقبلًا بتنفيذ المشروع الذي تعد الدراسات من أجله³، ومن الجدير بالذكر أيضا أن غالبية فقهاء القانون العام ينظرون إلى الوعد بالتعاقد في نطاق العقود الإدارية كعقد حقيقي شأنه شأن سائر العقود الإدارية الأخرى⁴.

وأوجه الشبه بين الوعد بالتعاقد وبين المفاوضة يكمن في أن كلا منهما يمثلان مرحلة تسبق وتمهد للعقد الأساسي المزمع إبرامه كما أن الوعد بالتعاقد يمثل خطوة نحو المفاوضات، لأن الوعد بالتعاقد قد لا يحدد كل المسائل الجوهرية للعقد النهائي ومن ثم تخلق مجالًا للتفاوض بشأنها⁵. أما أوجه الاختلاف بين الوعد بالتعاقد والمفاوضة راجع إلى أن الوعد بالتعاقد يُعد عقدًا حقيقيًا، وذلك لتوافر عنصري الإيجاب والقبول له، كما أنه يهدف إلى التمهيد لإبرام العقد بصيغته النهائية بينما في المفاوضات على العقد لا تعدو أن تكون سوى مرحلة سابقة على إبرام العقد، ولا يترتب عليها بأي حال انعقاد العقد بصيغة النهائية⁶.

كما يختلف الوعد بالتعاقد عن المفاوضة من حيث الأثر القانوني، فالوعد بالتعاقد ينشأ عنه رابطة عقدية ملزمة. أما المفاوضات لا يمكن أن تنشأ عنها رابطة عقدية ملزمة، ولكن الرجوع عنها قد

¹- د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون العراقي ج1، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 49.
²- وضع القانون المدني العراقي نظرية عامة للوعد بالتعاقد، إذ نص في المادة (91) منه على أن الاتفاق الذي يتعهد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين في المستقبل لا ينعقد، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه فيها. كما نصت هذه المادة على أنه إذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين. فهذا الشكل يجب مراعاته في الاتفاق الذي يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد.

³- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة)، دار الفكر العربي، ط4، 1984م، ص330.

⁴- د. محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق، ص 82.

⁵- د. جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات المحددة للتعاقد، مجلة الحقوق، السنة العشرون، العدد الأول، 1996م، ص 142.

⁶- د. محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق، ص 84.

وصف بأنه خطأ من دون حاجة إلى أي فعل آخر يضاف إليه، لأن من شأن الرجوع عن المفاوضات العيب بالثقة المشروعة التي تنشأ عنها¹.

الفرع الرابع التمييز بين المفاوضات والمساومة

"تعرفُ المساومة بأنها نشاط من جانب واحد يقوم به أحد الطرفين أثناء التفاوض على العقد أو عند إبرام عقد من عقود الإذعان بهدف الضغط على الطرف الآخر للحصول منه على تخفيض أو زيادة في الثمن أو في المقابل"²، ويتداخل مفهوم المساومة كثيرًا مع مفهوم التفاوض حيث عادة ما يلجأ المتفاوضون إلى المساومة أثناء التفاوض على العقد باعتبارها تكتيكًا تفاوضيًا فعليًا³.

وعلى الرغم من أن مفهوم المساومة من أكثر المفاهيم المرادفة للمفاوضات فإنه يوجد فارق كبير بين الفكرتين، إذ إن فكرة التفاوض أوسع بكثير من فكرة المساومة، ويمكن إبراز أوجه الاختلاف بينهما في النقاط الآتية⁴:

أولاً: المساومة هي نشاط من جانب واحد، إذ يمكن أن تقع من أحد الطرفين حتى لو لم تلق أي استجابة من الطرف الآخر، في حين أن التفاوض هو دائمًا عمل ثنائي الجانب على الأقل، أي أنه عمل مشترك يسهم فيه كلا الطرفين ويقوم على أساس التبادل والأخذ والعطاء من الجانبين .

ثانيًا: ترتكز فكرة المساومة على عنصر واحد من عناصر العقد، وهو عنصر الثمن، أو المقابل المالي بينما نجد أن التفاوض يقوم على كل عناصر العقد بما في ذلك عنصر الثمن، ومن ثم فإن فكرة التفاوض على العقد تعد أوسع بكثير من فكرة المساومة .

ثالثًا: لا تحدث المفاوضة إلا بخصوص عقد قابل للتفاوض، في حين يمكن أن تحدث المساومة بخصوص كل أنواع العقود سواء أكانت عقودًا قابلة للتفاوض أم عقودًا غير قابلة للتفاوض. فإذا كان الأصل أن المساومة تقع أثناء التفاوض على العقد، إلا أنها قد تقع أيضًا عند إبرام عقد من عقود الإذعان غير القابلة للتفاوض⁵، ومن ثم فإن المساومة يمكن أن توجد على الرغم من غياب المفاوضة وهو ما يدل على أن التفاوض على العقد يختلف عن المساومة.

¹- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ، المجلد الأول، العدد الثالث ،

1997م، ص135.

²- المساومة في اللغة العربية هي المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها، فيقال سمت فلانًا سلعتي سوما إذا قلت أتاخذها بكذا من الثمن. د. رجب كريم عبد اللاه، مصدر سابق، ص114- د.يونس صلاح الدين علي ، العقود التمهيديّة (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الكتب القانونية، 2010م، ص34 .

³-نبيل سعدون طه العذاري، العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض ، دراسة ميدانية في قطاع التجاري الخاص العراقي، رسالة ماجستير كلية الإدارة والاقتصاد جامعة بغداد، 2001م، ص10 و11.

⁴- رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد ، مرجع سابق، ص120 و121

⁵-على الرغم من انعدام المفاوضة في عقود الإذعان فإن المساومة قد تقع عند إبرام عقد من هذه العقود، وذلك من جانب الطرف المدّعى (أي العميل)، لا يقصد مناقشة شروط العقد مع الموجب، وإنما بهدف الحصول من هذا الأخير على تخفيض في الثمن فحسب. المرجع نفسه، ص117.

المطلب الثالث

الالتزامات المترتبة على الإدارة في مرحلة المفاوضات

تُعدُّ مرحلة المفاوضات من أهم المراحل التي يمر بها تكوين العقد، لما تمثله هذه المرحلة من تحديد لحقوق والتزامات أطراف العقد هذا بالإضافة إلى الدور الوقائي الذي تلعبه المفاوضات عند إبرام العقد نظرا إلى ما تقوم به من تقريب بين وجهات النظر، والعمل على اتخاذ الاحتياطات التي تمنع نشوب أي نزاع في المستقبل¹.

ويثار التساؤل هنا حول مدى وجود التزامات تقع على عاتق طرفي التفاوض على العقد، بمعنى هل يقع على عاتق طرفي التفاوض التزامات في مرحلة المفاوضات ؟

للإجابة عن هذا التساؤل المطروح، يرى جانب من فقهاء القانون الخاص ويؤيده آخر من فقه القانون العام أن التفاوض على العقد يلقي على عاتق طرفي التفاوض مجموعة من الالتزامات للوصول بالمفاوضات إلى غايتها والمتمثلة إما بإبرام العقد أو صرف النظر عن إبرامه، وتتمثل هذه الالتزامات بالتزام رئيسي وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية وما ينبثق عنه من التزامات فرعية ومكملة له كالالتزام بالإعلام والالتزام بالاستمرار بالمفاوضات والالتزام بالتعاون والالتزام بالمحافظة على الأسرار.

ولما كانت مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية لا تخرج عن المفهوم العام للمفاوضات، لذا فيقع على عاتق طرفي عملية التفاوض وهما الجهة الإدارية والمتفاوض معها مجموعة من الالتزامات التي تنبثق بدورها إبرام العقد سواء أكانت تلك المفاوضات في المرحلة السابقة على إبرام العقد أو في مرحلة اللاحقة على التعاقد، وذلك لحسم مسألة الخلافات وتذليل العقبات التي تعترض مواصلة تنفيذ العقد الإداري.

وحيث إن الطرفين خلال فترة المفاوضات يقع عليهما عاتق الالتزام بمراعاة حسن النية والذي يقصد منه إقامة نوع من التوازن المقبول أو المعقول بين مبدأ الحرية التعاقدية والذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وبين توفير الحد الأدنى من الثقة والاستقرار والجدية في مرحلة المفاوضات ومما يتنافى مع مبدأ حسن النية في قطع المفاوضات في وقت غير ملائم، أو لنحو يضر بالطرف الآخر. وعليه فإن الالتزامات المترتبة على المتفاوضين في العقد الإداري لا تختلف عن التزامات المتفاوضين على إبرام أي عقد من العقود المدنية حيث تنبثق جميعها من التزام رئيسي وهو الالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يخرج عنه من التزامات أخرى وأهمها الالتزام بالاستمرار بالتفاوض والالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

¹ عبد العزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة المفاوضات ذو الطابع العقدي - مرجع سابق ص 100

وهذه الالتزامات في مجموعها تشكل كلا متكاملًا، فهي التزامات مكملة أو مساعدة تقوم بجوار الالتزام بحسن نية لذا يطلق عليها بالالتزامات المتفرعة عن مبدأ حسن النية. لذا سوف نسلط الضوء على التزام الإدارة في التفاوض بحسن نية والالتزامات المساعدة للالتزام الإدارة بالتفاوض بحسن نية، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

الفرع الثاني: الالتزامات المكملة للالتزام بالتفاوض بحسن نية.

الفرع الأول الالتزام بالتفاوض بحسن نية

يُعتبرُ الالتزامُ بالتفاوض بحسن نية التزاماً عاماً وعليه فإنه هذا الالتزام يقع بالضرورة على عاتق كل من الإدارة والمتعاقد معها على نحو متبادل حيث يكون كل منهما دائماً بهذا الالتزام ومدينًا به في الوقت نفسه، ولما كان اصطلاح حسن النية دارج في كتب الفقه القانوني وأخذت به القوانين العربية وأحكام القضاء وقد عبر عنه القانون الروماني (Bona Fide) والذي يقابله في اللغة الفرنسية (Bona Foi) أما في اللغة الإنجليزية (Good Faith) ¹. أوجد الفقه القانوني تعريفات مختلفة لمبدأ حسن النية منها هو أن حسن النية في إبرام العقود يتمثل في: (التزام بتوجيه الإرادة في تحقيق الغرض المباشر من إبرام العقد بحيث ينسجم مع المصالح المبررة المشروعة للطرف المقابل) ². لذا ترى الباحثه بأن حسن النية تقاس بالإعتماد على النتائج التي تترتب على تصرف معين وما ينتج عن ذلك التصرف من أضرار للمنافع المقصودة من العقد أو غايته فقيام أحد أطراف العقد بعمل ما من شأنه إلغاء المنفعة المقصودة من العلاقة التعاقدية للطرف الآخر أو الإضرار به فإن هذا الفعل يشكل مخالفة لمبدأ حسن النية. ³

ولما كانت مرحلة المفاوضات مشروطة دائماً بتلاقي إرادة الطرفين على الدخول في مناقشات لغرض صياغة تصور مشترك لمشروع العقد النهائي لذا فيترتب على ذلك التزام الطرفين (الإدارة والطرف المتعاقد معها)، التزام كل منهما بمراعاة أصول التفاوض أي مراعاة مبدأ حسن النية وإلا ترتبت المسؤولية على عاتق الطرف المخل بهذا الالتزام ⁴، لذا لا بُدَّ هنا من بيان نطاق الالتزام بالتفاوض بحسن نية فالسؤال هنا هل التزام التفاوض بحسن نية يشكل التزاماً ببذل عناية أم بتحقيق نتيجة؟ ⁵

1-د. طالب حسين موسى، قانون التجارة الدولية، الطبعة 1، الإصدار السادس، دار الثقافة، عمان، 2008م، ص 111.

2-سليمان شيرزاد عزيز، حسن النية في إبرام العقود، الطبعة 1، دار دجلة، عمان 2008 م، ص 157.

3-نصير يزيد أنيس، مرحلة ما قبل إبرام العقد، بحث منشور في مجلة المنارة جامعة آل البيت، الأردن العدد 3، 2001م، ص 124.

4-طالب حسن موسى، قانون التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 113.

5-محمد شاكر محمد، المسؤولية عن قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص 57 و 58.

للهولة الأولى يبدو الالتزام بالتفاوض بحسن نية هو التزام ببذل عناية ولكن البحث الدقيق عن مضمون الالتزام نجد أن المتفاوض لا يلجأ في تفاوضه إلى المكر والغش والتلاعب بل يتبع المسلك المألوف والمعتاد في التفاوض حيث إن حسن النية مفترض ويدخل في تقدير طرفي التفاوض عند اتفاقهما على التفاوض لأنه لو علم أحد الطرفين أن الطرف الآخر لم يكن حسن النية لإمتنع حتما عن الدخول معه في التفاوض، لذا فإن التفاوض بحسن نية هو التزام بتحقيق نتيجة، فكل متفاوض لا بد أن يكون حسن النية حتى يفي بالتزامه، ولا يستطيع أن يدفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما بوسعه لكي يكون حسن النية. ولا بد أن ننوه هنا إلى أن الالتزام بالتفاوض بحسن نية لا يعني إلزام المتفاوض بإبرام العقد لأن هذا يعني إهدارا لمبدأ حرية التعاقد.

فالتفاوض يظل يتمتع بكامل حريته في إبرام العقد من عدمه ويحق له الإنسحاب من المفاوضات والامتناع عن إبرام العقد شريطة أن يتم ذلك وفق مقتضيات مبدأ حسن النية، (فيجب على كل طرف إدارة المفاوضات بأمانة ونزاهة والامتناع عن أي سلوك من شأنه خلق ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في إبرام العقد أو الدخول في المفاوضات دون نية التعاقد أو الدخول في مفاوضات بهدف الحصول على معلومات عن الطرف الآخر أو لمجرد صرفه عن التعاقد مع الغير .. إلخ)¹. كما يكشف لنا التطبيق القضائي لمبدأ حسن النية في العقود عن وجود حالتين يجب أن يطبق فيها مبدأ حسن النية وهما²:

أولاً: اعتبار مبدأ حسن النية أداة تفسيرية بغض النظر عن الشروط المحددة في العقد، وذلك عندما يكون أحد طرفي العقد ضعيفاً في مواجهة الطرف الآخر أو هناك اختلاف في التوازن العقدي بين طرفي العقد.

ثانياً: في حالة حصول ضرر لأحد الأطراف، وذلك لأن مبدأ حسن النية يعتبر دليلاً على السلوك الخاطئ المرتكب من قبل أحد أطراف العلاقة التعاقدية مثل حالة تعسف الإدارة في استخدام سلطتها التقديرية.

الفرع الثاني الالتزامات المكملية للالتزام بالتفاوض بحسن نية

إذا كان الالتزام بالتفاوض بحسن نية يمثل الالتزام الرئيسي الذي يتولد في مرحلة المفاوضات، فإن هناك مجموعة من الالتزامات الثانوية التي تنفرع عن هذا الالتزام وتضعه موضع التنفيذ وهو ماسيتم إيضاحه في هذا الفرع.

¹- فؤاد محمد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية ، دار النهضة ، 2002م، ص 73 .
²- علي حمزة عباس الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 131.

أولاً: الالتزام بالإعلام

يُعدُّ الالتزامُ بالإعلام في مفاوضات العقود الإدارية بناءً قانونيًا جديدًا تملّيه ضرورات تطور بناء مفهوم العقد الإداري، ويجد هذا الالتزام أساسه في الالتزام الرئيسي بالتفاوض بحسن نية حيث يفرض هذا الالتزام على كل متفاوض منذ الوهلة الأولى لبدء المفاوضات أن يتخذ موقفاً إيجابياً تجاه المتفاوض الآخر انطلاقاً من مبدأ حسن النية، ويتعين على المتفاوض الإفضاء إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من معلومات وبيانات تتعلق بالعقد موضوع التفاوض حتى تستتير إرادة المتعاقدين. لذا يمكن تعريف الالتزام بالإعلام بأنه: (التزام قانوني عام سابق على التعاقد، يلتزم بموجبه أحد الطرفين بأن يقدم للطرف الآخر كافة المعلومات المؤثرة في قبوله للتعاقد، والتي يعجز عن الإحاطة بها أو كان من المتوقع تبصيره بها نظراً إلى ظروف التعامل أو صفة المتعاقد)¹. ولما كان الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام قانوني يستمد وجوده من المبادئ العامة للقانون كمبدأ حسن النية لذا فإن هذا الالتزام ينشأ وينفذ في المرحلة السابقة على التعاقد، كما أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقد هو التزام ببذل عناية، وذلك لأن المتعاقد مع الإدارة يفرض على الجهة الإدارية بكل المعلومات والبيانات المتصلة بموضوع العقد المراد إبرامه والتي من شأنها التأثير في رضا الجهة الإدارية التي تجهل هذه المعلومات، فالنتيجة المطلوبة من الإدلاء بتلك المعلومات أو البيانات هي نتيجة احتمالية وهذا ما تبنته محكمة النقض الفرنسية²، وعليه فإن الالتزام بالإعلام أو الإخبار من أحد طرفي التفاوض إلى الطرف الآخر يبدو حاسماً لجلاء الرؤية والتفكير واتخاذ القرار الملائم بناءً على رضى مستتير حول الظروف والوقائع المتعلقة بالعقد المراد إبرامه حيث يجب أن تكون هذه المعلومات المقدمة من قبل الطرف الراغب في التعاقد مع الإدارة تامة وأمانة وحقيقية وأن لا يحاول أن يضلل الجهة الإدارية بمعلومات غير حقيقية أو كاذبة أو إخفاء بعض المعلومات يجعل من المتعاقد مع الإدارة مخلاً بالتزامه³. كما تظهر أهمية هذا الالتزام إذا كانت العملية التعاقدية تحتاج إلى تخصص في مجال من المجالات، لذلك يحظى الالتزام بإعلام الإدارة وإمدادها بالبيانات والمعلومات بمكانة مهمة في حماية رضا الإدارة⁴.

ثانياً: الالتزام بالاستمرار في المفاوضات

ينشأ الالتزام بالاستمرار في المفاوضات بعد أن تبدأ المفاوضات بالتعبير عن النية في إبرام العقد الإداري وليس هناك ما يمنع الأطراف من الاتفاق على تنظيم سير المفاوضة وتحديد الأهداف وشروط المفاوضات كالمدة التي يجب أن تبدأ فيها المفاوضات والسير فيها بحسن نية، فمتى ما دخل الأطراف في عملية المفاوضات فإن ذلك يعني وجود حالة واقعية ترتب آثارها القانونية،

¹-د.محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، مرجع سابق، ص 66.

²-د.يونس صلاح الدين، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 183.

³-انظر هامش رقم 1، علي حمزة الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الادارية، مرجع سابق، ص 147.

⁴-علي حمزة عباس الغانمي، المرجع نفسه، ص 146.

وذلك باعتبار أن المفاوضات عمل إرادي يلزم كل طرف بالاستمرار في المفاوضات إلى أن تنتهي إما بالنجاح وإما بالفشل لأسباب جدية¹. وعلى الرغم من أن التفاوض لا يلزم طرفيه على إبرام العقد النهائي بالفعل حيث يظل كل متفاوض متمتعًا بكامل حريته في إتمام التعاقد من عدمه بحيث يستطيع في أي وقت قطع المفاوضات، فإن حرية المفاوضة لا تعني أن يقوم المتفاوض بالانسحاب من المفاوضات في أي وقت يشاء ومن دون مبرر موضوعي أو يقف موقفًا سلبيًا بطريقة تعوق سير المفاوضات إنما عليه أن يبذل كل ما بوسعه للاستمرار في المفاوضات. حيث لا مسؤولية على من يخرج من دائرة المفاوضات طالما أنه كان حسن النية ويتعامل باستقامة وشرف مع غيره فالهدف من الالتزام بالاستمرار في المفاوضات لا يتعدى - بل ينحصر - في دفع المفاوضات وإسباغ الجدية عليها. وتزداد أهمية الالتزام بالاستمرار في التفاوض وتتعاظم شدته كلما بلغت المفاوضات مرحلة متقدمة أو أوشكت على الانتهاء وهنا يتعين على المتفاوض أن يستمر في تفاوضه ولا يعدل عنه إلا إذا وجد سببًا قويًا يبرر ذلك وإلا كان مخطئًا وانعقدت مسؤوليته. وعليه فإن الالتزام بالاستمرار في التفاوض هو في الأصل التزام ببذل عناية ولا يعني ضرورة التوصل إلى إبرام العقد النهائي، ومن هنا تظهر أهمية الالتزام بالاستمرار في المفاوضات في حال الاتفاق على المسائل الجوهرية في العقد النهائي وترك المسائل الثانوية إلى اتفاق لاحق فهذا اكتمال مشروع العقد النهائي يستلزم الاستمرار بالتفاوض حول تلك المسائل المعلقة، فإذا اتجهت نية الأطراف إلى اعتبار العقد النهائي منعقدًا حتى لو لم يصل طرفا التفاوض إلى اتفاق بشأنها، كان الأمر يتعلق بالتزام بنتيجة على عكس الأصل العام في أنه التزام ببذل عناية².

ثالثًا: الالتزام بالتعاون

إنَّ المغزى من الالتزام بالتعاون في مرحلة التفاوض على العقد، هو التعاون البناء والمستمر بين أطراف التفاوض بما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية مرضية حيث إن أساس الالتزام بالتعاون هو مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود في مرحلة المفاوضات كسيادته في مراحل العقد اللاحقة. وحتى يتحقق الوفاء الكلي بالالتزام الناشئ من مبدأ حسن النية يجب على أطراف التفاوض الالتزام فيما بينهم بالتعاون حتى تتحقق الغاية من المفاوضات والواقع أنه لا يمكن حصر صور التعاون فكل ما يحتاجه السير الأمثل للعملية التفاوضية فهو لازم كعدم التراخي في تحديد المواعيد من جانب الطرفين وعدم تقديم الطرفين بعروض مبالغ فيها والجدية في مناقشة العروض وبذل كل مافي الوسع من طاقة وجهد لإنهاء المفاوضات بموعدها المحدد³.

¹- عصمت عبدالمجيد بكر ، أثر التقدم العلمي في العقد، تكوين العقد، إثبات العقد، دراسة مقارنة ، من دون ذكر جهة نشر ، 2007م ، ص 42.

²- وهنا يظهر دور التزام حسن النية في إبرام العقود، الذي يقضي من الأطراف الاستمرار في التفاوض بحسن نية إلى أن يصلوا إلى الاتفاق على جميع المسائل الثانوية العالقة ، للمزيد راجع د. أحمد عبدالكريم سلامة ، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية القانون الواجب التطبيق وأزمته، دار النهضة ، القاهرة ، ص 104.

³- د. عبدالعزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدية، مرجع سابق ، ص 78.

رابعاً: الالتزام بالسرية

يُعدُّ الالتزامُ بالمحافظة على سرية المعلومات من أهم ما يقتضيه مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات، إذ يستلزم السير في المفاوضات وصولاً إلى اتفاق، والكشف عن العديد من الأسرار من طرف إلى الطرف الآخر سواء بشأن المسائل الفنية أو التكنولوجية أو الأسرار الخاصة بالموقف المالي أو حجم التعاملات التجارية لأحد الطرفين وسائر الأسرار التي تتصل بالكيان المادي والمعنوي¹. ومثال ذلك أن تعلن الإدارة عن رغبتها في زيادة القدرة الانتاجية لأحد مصانعها فتتقدم إليها بعرض يتضمن رسومات وتصميمات هندسية ووسائل تكنولوجية حديثة، بعضها عام تطبقه الشركة في مشروعها وبعضها خاص بالعملية المعلن عنها، يتضمن العرض أيضاً الوسائل الفنية للتنفيذ ونصائح بإجراء تعديلات في طرق الإنتاج إلى جانب بيان الأسعار والكلفة وطرق احتسابها². وبناء عليه فترى الباحثه بأن محل الالتزام بالمحافظة على الأسرار يتكون من شقين أساسيين أحدهما يتمثل بالتزامه بعدم إفشاء السر أي كتمه والآخر يتمثل بالتزام المفاوض المتلقي بعدم استخدام السر بصورة تلحق بالمفاوض (صاحب السر) ضرراً ، وعليه فيتعين على طرفي المفاوضات بيان حدود الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات، ويعتبر التزام طرفي التفاوض بالمحافظة على سرية المعلومات التزاماً بتحقيق نتيجة، فلا يكفي للوفاء بهذا الالتزام أن يبذل المتفاوض كل ما في وسعه ليمتنع عن إفشاء الأسرار واستغلالها. ويقتصر الالتزام بالسرية في المحافظة على سرية المعلومات التي أسبغ عليها صاحبها طابع السرية، وكذلك المعلومات التي تكون غير قابلة للنشر أو للإعلان بطبيعتها، ووفقاً للقاعدة العامة لا يلتزم الشخص بالمحافظة على ما تلقاه إلا إذا كان هناك نص في القانون أو اتفاق الطرفين في العقد على ذلك.³ ولما كانت المفاوضات على العقد قد تكون مآلها النجاح أو الفشل ففي حالة نجاح المفاوضات والوصول إلى إبرام العقد النهائي فإن الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات ينظمه العقد النهائي. أما إذا لم يكتب للمفاوضات النجاح فإن الأطراف المتفاوضة في هذه الحالة غالباً ما تحتاط لهذه المسألة كأن يتم الاشتراط على المحافظة على سرية المعلومات بفترة محددة يبقى خلالها هذا الالتزام محتفظاً بصفته العقدية فإذا أخل أحد المتفاوضين بالتزامه بالسرية فإن ذلك يؤدي إلى قيام مسؤوليته العقدية⁴. والسؤال هنا في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق الصريح بين الأطراف فهل يبقى المتفاوض ملتزماً دائماً بالمحافظة على السرية ؟ أجمع معظم الفقه على أن

1- أحمد عبدالكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية القانون الواجب التطبيق وأزمته، مرجع سابق ، ص 143.

2- عبدالمعزم موسى – حسن النية في العقود (دراسة مقارنة) – منشورات زين الحقوقية 2006 م، ص 49.

3- فمثلاً في المفاوضات التي تجرى بشأن إبرام عقد نقل التكنولوجيا يدفع طالب التكنولوجيا ثمناً باهضاً في سبيل الحصول عليها ومن ثم فهو يريد أن يوازن بين ما يدفعه من ثمن من أجل الحصول عليها وبين المنافع التي ستعود عليه ومدى ملاءمة هذه المعرفة للغرض الذي يبيغيه من وراء التعاقد فيكشف مالك المنفعة بعضاً من هذه الأسرار التي أفضيت للغير فإذا استعملها المفاوض ذلك ضرر بالكلية – ينظر د. عصمت عبدالمجيد بكر – مرجع سابق ص 44- 45.

4- د. يونس صلاح الدين، العقود التمهيدية ، مرجع سابق ، ص 189 .

الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات من الالتزامات التي يفرضها مبدأ حسن النية في التفاوض حيث إن الرأي السائد فقهاً وقضاءً يذهب إلى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية عند الإخلال بهذا الالتزام في حالة عدم وجود اتفاق صريح بين الأطراف، وهو يقع على عاتق الطرف المتضرر أن يقيم الدليل على توافر أركان المسؤولية التقصيرية¹.

¹-عبدالعزيز موسى،الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدى ، مرجع سابق، 84.

المبحث الثاني

مجالات وحدود التفاوض في العقود الإدارية

يَمُرُّ العقدُ الإداري بثلاثِ مراحلٍ أساسية تشكّل فيما بينها حلقات متصلة، حيث تتمثل المرحلة الأولى في تكوين العقد ثم تليها مرحلة تنفيذ العقد وأخيراً مرحلة انتهاء العقد. ولما كان العقد الإداري يتمتع بطبيعة خاصة فإن القانون يتطلب قيام الجهة الإدارية بإجراءات تمهيدية تسبق تكوين العقد الإداري وتهيئ لإبرامه.

وهذه المرحلة التمهيدية السابقة على إبرام العقد الإداري تتمثل بالخطوات التي تتخذها الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد، حيث تتمثل تلك الإجراءات بإعلان التعاقد وتقديم العروض من جانب راغبي التعاقد، ومن ثم تقييم تلك العروض والبت فيها واختيار أفضلها طبقاً للأساليب التي ينص عليها القانون.

إن إجراءات الإعلان أو الدعوة إلى التعاقد تصدر عن الجهة الإدارية الراغبة في التعاقد والتي تختلف صورتها طبقاً للأسلوب الذي تختاره الإدارة في التعاقد .

وحيث إن المستقر عليه هو أن الدعوة إلى التعاقد لا تعد إيجاباً من قبل الإدارة، إنما مجرد دعوة توجهها الإدارة إلى الراغبين في التعاقد معها ومن ثم يعقبها التقدم بعطاءات من جانب الراغب في التعاقد مع الإدارة. حيث يمكن اعتبار هذا العطاء بمثابة إيجاباً من قبلهم إذا صادف قبولاً من جانب الإدارة انعقد العقد.

ألا أن هذا القبول لا يتم بالعادة بشكل بسيط، إنما يتم من خلال عملية مركبة ومعقدة ومتشابكة تتم على مراحل عديدة وخلال فترات متلاحقة ومن خلال إجراءات تقييم العروض والبت فيها وعلى ضوء المعايير التي يفرضها أسلوب التعاقد المعلن والذي يعد بمثابة تمهيد لصدور القبول النهائي والذي يتمثل في اعتماد وتصديق السلطة المختصة لقرار لجنة البت أو الممارسة. ولما كانت مجالات وحدود التفاوض تتفاوت في العقود الإدارية بحسب الأسلوب الذي تتبعه الإدارة في اختيار المتعاقد معها، فنجد أن مجال المفاوضات في أسلوب التعاقد بطريقة المناقصة يبدو محدوداً نظراً إلى ضيق حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها والتزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدّم العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، وعلى العكس من ذلك فتنسج دائرة المفاوضات عندما تلجأ الإدارة إلى التعامل بأسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر نظراً إلى ما تحظى به الإدارة من حرية واضحة في اختيار المتعاقد معها.

والتساؤل الذي يطرح نفسه أمامنا هو محور تحديد موقع المفاوضات وحدودها ضمن مراحل العقد الإداري وضمن أساليب التعاقد الإداري؟ وتأسيساً على التساؤل المعروض سنعرض لمجالات وحدود التفاوض ضمن مراحل العقد الإداري وضمن أساليب التعاقد الإداري والمتمثلة بأسلوب المناقصة وأسلوب الممارسة وأسلوب الاتفاق المباشر، وذلك على الوجه الآتي:

المطلب الأول: مجالات وحدود التفاوض عند تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة.

المطلب الثاني: مجالات وحدود التفاوض عند تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة.

المطلب الثالث: مجالات وحدود التفاوض عند تعاقد الإدارة بأسلوب الاتفاق المباشر.

المطلب الأول

مجالات وحدود التفاوض عند تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة

غالبًا ما تقوم الإدارة بالتعاقد مع الأفراد من أجل تيسير مرفق عام أو تنفيذ مشروع معين والإدارة ليست حرة في اختيار هذا المتعاقد أو ذاك وإنما تكون هذه الحرية مقيدة في ظل قواعد القانون الإداري، حيث إن القانون الإداري يحدد الأساليب التي يجب على الإدارة اتباعها في اختيار المتعاقد معها ومن هذه الأساليب هي طريقة المناقصة. والمناقصة هي مجموعة الإجراءات التي توجب القوانين واللوائح اتباعها بقصد الوصول إلى المتعاقد الأحسن من الناحية المالية، والفنية من بين جميع المترشحين للتعاقد، وتهدف المناقصة إلى ضمان حسن اختيار المتعاقد الذي يتقدم بأفضل العروض من حيث الشروط الفنية ومن حيث مصلحة الخزينة، وتخضع المناقصة لضوابط عديدة أهمها العلانية والمساواة وآلية الإرساء وتتم بخطوات عديدة ابتداء من الإعلان، فتتقدم العروض، ثم فحصها والبت فيها انتهاء بإجراءات التصديق والاعتماد من جانب السلطة الإدارية المختصة لتكتمل إبرام العقد الإداري. وقد يمر التعاقد بأسلوب المناقصة بمرحلة تفاوضية بحسب طبيعة وظروف التعاقد، وتتم هذه الطريقة قبل إبرام العقد وبهدف التهيئة لمولد الرابطة العقدية، وغالبًا ما تجرى هذه المفاوضات قبل تقديم العطاء مما قد ينتج عنه تعديل في العروض أو العطاء المقدم من جانب راغبي التعاقد مع الإدارة، كما أنه من الممكن أن تتم هذه المفاوضات بعد تقديم العطاء بهدف إقناع مقدّم العطاء بالتنازل عن كل تحفظاته أو بعضها وهذه كاستثناء من قاعدة عدم جواز تعديل العطاء بعد تقديمه، مما يجعل من شروط عطائه متفقا مع شروط المناقصة قدر الإمكان وهنا تهدف الإدارة من مفاوضات مقدمي العروض هو الحصول على أقل الأسعار وأفضلها شروطا من الناحية الفنية. ولما كان أسلوب المناقصة يشكل القاعدة العامة في اختيار الإدارة للمتعاقد معها، حيث عن طريق هذا الأسلوب تلجأ الإدارة إلى الحصول على مايلزمها من سلع وخدمات إذ إن مصلحة الإدارة تتمثل في إبرام العقد مع من يقبل التعاقد بأقل مقابل ممكن أي من يتقدم بأقل عطاء وحيث إن أسلوب المناقصة محكوم بمبدأ آلية الإرساء على العطاء الأفضل شروطا والأقل سعراً. لذا فإن مجال التفاوض قد يبدو محدودا نسبياً بالمقارنة مع غيره من أساليب التعاقد الإداري لذا فإنه لا بدّ لنا من بيان طبيعة المناقصة وأثرها على مرحلة المفاوضات في العقد الإداري، وذلك للوقوف على حدود نطاق التفاوض أثناء تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة، وهذا ماسوف نوضحه في هذا المطلب على الوجه الآتي:

الفرع الأول: طبيعة المناقصة وأثرها على المفاوضات.

الفرع الثاني: حدود التفاوض في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة.

الفرع الأول طبيعة المناقصة وأثرها في المفاوضات

تهدفُ المناقصةُ إلى ضمان حسن اختيار المتعاقد الذي يتقدم بأفضل العروض في الشروط الفنية ومصلحة الخزينة¹، ويكون ذلك عادة إذا أرادت السلطة الإدارية القيام بأعمال معينة، وأشغال عامة، أو شراء أصناف معينة من المواد.

ولما كانت القاعدة العامة في القانون البحريني تتمثل في لجوء الإدارة إلى أسلوب المناقصة لاختيار المتعاقد كأساس لعملية توفير متطلبات الجهات الإدارية من سلع وإنشاءات، وهذا ما عبرت عنه المادة 4 من المرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2006، وتعديلاته بشأن المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على أنه (يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات بأسلوب المناقصة، ومع ذلك يجوز للجهة المشتريّة بقرار مسبب من مجلس المناقصات التعاقد بأحد الأساليب الآتية:

أ. المناقصة على مرحلتين.

ب. المناقصة المحدودة.

ت. التفاوض التنافسي (الممارسة).

ث. الشراء المباشر (الشراء من مصدر واحد).

ج. طلب تقديم اقتراحات...).

ولم يختلف موقف المُشرّع في العراق عن نظيره البحريني في التزام الإدارة باتّباع أسلوب المناقصة أو المزايدة لإبرام عقودها، بينما يختلف الوضع في كل من فرنسا ومصر حيث إن القاعدة العامة هي حرية الإدارة في اختيار المتعاقد ما لم يلزمها المُشرّع بأسلوب معين، أما في العراق فإن القاعدة على عكس ذلك وهو التزام الإدارة باتّباع أسلوب المناقصة أو المزايدة لإبرام عقودها إلا إذا أجاز لها النص غير ذلك².

وتعد المناقصة الأسلوب الأساسي للتعاقد الإداري، إلا أن هذا الدور بدأ في التراجع نسبياً في فرنسا، وذلك بسبب ما فرضه المُشرّع من تعديلات جديدة أتاحت توسعاً نسبياً لأساليب التعاقد الأخرى كالممارسة والاتفاق المباشر³. أما في مصر وبعد صدور القانون رقم 182 لسنة 2018⁴، الخاص بتنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات الحكومية نجد أن نص المادة 7 بينت

¹- د. محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري المصري المقارن، ج 1، من دون ذكر جهة النشر، 1958م، ص 734. في حين يرى بعضهم وجوب إلزام الإدارة بالتعاقد مع صاحب أوطأ العطاءات من أجل عدم زعزعة الثقة بالإدارة، وتحقيقاً للمساواة بين المتنافسين، وللحيلولة دون إلحاق ضرر بمن هو صاحب أوطأ عطاء بما قد يلحقه من خسارة وما فاتته من ربح. د. علي جمعة محارب، الآثار السلبية لرفض التعاقد مع مقدّم العطاء الأقل، مقال منشور في مجلة المقاول، صادرة عن اتحاد المقاولين، بغداد، ع9، س3، 1989م، ص 46.

²- علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام القانون الإداري، دار الطباعة والنشر، بغداد 1993م، ص 494. د. ماهر صالح علاوي - مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة) - دار الكتب للطباعة والنشر الموصل 1996م، ص 229.

³- إضافة المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998، الممارسة العامة بوصفها أسلوباً أساسياً بجانب المناقصة العامة، فضلاً عما أضافته المادة السابعة من ذات القانون والتي وسعت النطاق المالي للتعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر.

⁴- الجريدة الرسمية العدد 39 مكرر، والصادره في 3 أكتوبر 2018م،

تراجع حرية دور الإدارة في اختيار المتعاقد معها حيث تبني المُشرّع في هذا القانون اتجاه كل من المُشرّع البحريني والعراقي في جعل الأصل في تعاقد الإدارة وفق أسلوب المناقصة واستثناء الأساليب الأخرى للتعاقد¹.

وعلى الرغم من ذلك فقد أوجب المُشرّع الفرنسي الالتزام بأسلوب المناقصة في حالات معيّنة²، في حين ظل أسلوب المناقصة الأسلوب الأساسي للتعاقد في البحرين والعراق والقانون المصري الجديد³، إلى جانب أساليب التعاقد الأخرى.

ولما كان المُشرّع البحريني قد استلزم صدور قرار مسبب من مجلس المناقصات في حال لجوء الجهة المشتريّة إلى اتباع أسلوب آخر غير أسلوب المناقصة، وذلك لكون أن الأصل العام في التعاقد الإداري هو اتباع أسلوب المناقصة وعليه فإن إرادة المُشرّع هنا تقييد حرية الإدارة في إبرام العقود عن طريق أسلوب غير المناقصة .

وتقترح الباحثة على المُشرّع البحريني السماح للجهات الإدارية - الجهات المشتريّة-الخاضعة للقانون بالتعاقد في حدود مبلغ معين من دون الرجوع إلى مجلس المناقصات بشرط الالتزام بالمبادئ العامة للمناقصات من حيث المساواة والعلانية وتكافؤ الفرص⁴.

وقبل البدء في بيان أثر المناقصة على مرحلة المفاوضات لا بدّ لنا أولاً من تعريف المناقصة، حيث عرف البعض المناقصة بأنها الطريقة التي تلتزم الإدارة بمقتضاها باختيار أفضل من يتقدمون للتعاقد معها شروطاً، سواء من الناحية المالية أو من ناحية الخدمة المطلوب أدائها⁵، كما عرّف المُشرّع البحريني المناقصة في المادة الأولى من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية الصادر بموجب المرسوم رقم 36 لسنة 2002 والمعدل بموجب المرسوم رقم 29 لسنة 2010 بأنها (مجموعة الإجراءات المعلنة وفقاً للأوضاع المبينة في هذا القانون بقصد الوصول إلى أفضل عطاء، وتكون إما محلية يعلن عنها في مملكة البحرين أو دولية يعلن عنها في المملكة و الخارج)⁶.

وللمناقصة نمطان أساسيان وفق التقنين الفرنسي هما: المناقصة المفتوحة (Ouvrte) أي المتاحة للجميع، والمناقصة المقيدة (Restriente) والتي تختلف عن المناقصة المفتوحة أو

¹ نصت المادة 7 من قانون رقم 182 لسنة 2018، المصري على أن (يكون التعاقد وفق أحكام هذا القانون في الحالات وبالطرق الآتية: 1. يكون التعاقد على شراء أو استئجار المنقولات أو العقارات أو التعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية بطريق المناقصة العامة ويجوز استثناء و بقرار مسبب من السلطة المختصة بناءً على عرض إدارة التعاقدات إجراء هذا التعاقد بالطرق الآتية أ. الممارسة العامة - ب. الممارسة المحددة - ج. المناقصة المحدودة - د. المناقصة ذات المرحلتين - هـ. المناقصة المحلية - و. الاتفاق المباشر).

² أوجب المُشرّع الفرنسي اتباع أسلوب المناقصة للتصرفات العقارية في أملاك الدولة وبعض التصرفات المتعلقة بمنقولات الدولة تحقيقاً للمصلحة المالية للدولة.

³ يقصده به القانون رقم 182 لسنة 2018.

⁴ مال الله جعفر الحمادي، ضمانات العقد الإداري، دار الجامعة الجديد، 2010م، ص 74، 73.

⁵ د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 226.

⁶ الجريدة الرسمية العدد 2551 - الأربعاء 9 أكتوبر 2002 م.

العامّة في تحديد من يسمح لهم بالاشتراك فيها، حيث يقتصر حق الاشتراك في هذا النوع من المناقصات على فئة محدّدة من الأشخاص (المقاولين) أو البيوت التجارية المعتمدة أسماؤهم في قوائم مسجلة لدى الجهات الفنية التابعة للسلطة الإدارية¹. أما قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998، فيقسم المناقصة إلى مناقصة عامة - كقاعدة أساسية - فضلاً عن المناقصة المحدودة والمحلية كأسلوبين استثنائيين للتعاقد سواء مع فئة معيّنة أم على مستوى إقليم معيّن². أما في البحرين فإن المُشرّع البحريني لم يختلف عن نظيره المصري في تقسيم المناقصات إلى مناقصة عامة وهي كقاعدة أساسية بالإضافة إلى المناقصة المحدودة والمحلية كأسلوبين استثنائيين للتعاقد وهذا ما عبرت عنه المادة الأولى من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية وتعديلاته³. وفي العراق فقد نصت المادة الثالثة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، على أنه "يجري تنفيذ المشاريع بإحدى الطرق الآتية :

المناقصة العامة: وتتم بإعلان الدعوة إلى جميع الراغبين في المساهمة بتنفيذ المشروع .
الدعوة المباشرة (المناقصة الخاصة): وتتم بتوجيه دعوة مباشرة إلى ما لا يقل عن ثلاثة من المقاولين أو الشركات أو المؤسسات المعتمدة لقدرتها وكفاءتها الفنية والمالية ...".
وأمام تزايد اتجاهات العولمة الجديدة، بدأ انتشار نوع جديد من المناقصات، وهي المناقصات الدولية أو العالمية⁴. ولما كانت المناقصة أسلوباً للتعاقد الإداري لذا فقد حرصت القوانين على إحاطتها بمجموعة من المبادئ الأساسية التي تحد من حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها، ولعل من أهم هذا المبادئ هو وجوب إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل أو ما يعرف بمبدأ آلية الإرساء (Le Principe de automatisme)، ويعد مبدأ آلية الإرساء من المبادئ المستقرة في كل من التشريعات فرنسا ومصر⁵.

¹ عبد اللطيف نايف الجبوري ، التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الادارية، أطروحة دكتوراه ، مرجع سابق، ص 107.
² نصت المادة الأولى منه على أنه: "... يكون التعاقد على شراء المنقولات .. عن طريق مناقصة عامة.. ومع ذلك يجوز استثناء بقرار من السلطة المختصة، التعاقد بإحدى الطرق الآتية: (أ) المناقصة المحدودة (ب) المناقصة المحلية ..". لم يتغير اتجاه المُشرّع في هذا الصدد في القانون الجديد رقم 182 لسنة 2018، حيث ووفق المادة 7 منه جعل من المناقصه العامة الأصل والاستثناء الأساليب الأخرى للتعاقد ومن بينها أسلوب المناقصة المحدودة والمناقصة المحلية والمناقصة ذات المرحلتين.

³ -راجع مرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2002 البحريني، الجريدة الرسمية العدد 2551.
⁴ يختار المتعاقد الأجنبي مع الإدارة في المناقصات الدولية عن طريق المناقصة العامة، أو المناقصة المحدودة من دون المناقصة المحلية، التي يقتصر فيها الاشتراك على موردين ومقاولين من الداخل. د. عصمت عبدالله الشيخ ، التحكيم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي ، دار النهضة العربية 2003م، ص 142.

⁵ نذكر من أحكام القضاء الإداري الفرنسي الصادرة في هذا المعنى:
C.E. 1er avril 1965 ,Sieurs le France et Allieri et Union de chambers syndicales du Baitement et Travaux publics, Rec. P. 199

ومن الأحكام التي أقرت هذا المبدأ في مصر حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 27 كانون الثاني سنة 1973م. نقلاً عن: د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق، هامش، ص 96. - راجع المادة 1 من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية رقم 26 لسنة 2002م وتعديلاته ، البحرين ، الجريدة الرسمية العدد 2551.

وهذا يعني أن الإدارة لا تملك أي سلطة تقديرية في تحديد العطاءات أو ترتيبها، فهي وفق مبدأ آلية الإرساء ملزمة بإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً .

إلا أن مبدأ إرساء المناقصة على صاحب العطاء الأقل سعراً بدأ بالتراجع في الوقت الحاضر، وذلك نتيجة التطور الحاصل في شتى المجالات، فضلاً عما أفرزته التعاقدات التي تتم بناءً على السعر فقط من خسائر كبيرة ، لذا فإن أغلب التشريعات الحديثة بدأت تقرن معيار السعر الأقل بمعيار آخر هو ضرورة توافر الشروط والمواصفات الفنية المطلوبة في العطاء الفائز¹.

وفي هذا الخصوص قرر مجلس المناقصات بمملكة البحرين أن السعر الأقل الموضح على شاشة العرض أثناء فتح المظاريف لا يعني بالضرورة أن مقدمة هو الفائز بالمناقصة، ولا يعني أن مجلس المناقصات قد اتخذ قراراً بذلك، حيث إن القرار النهائي بالإرساء يصدر عن المجلس بعد مراجعته وتدقيقه للتقييم الذي تجريه الجهة المشتريّة أو قيامه بإعادة التقييم وعندها يفوز بالمناقصة العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً².

أما في العراق فإن الإدارة غير ملزمة بقبول أوطأ العطاءات ولها الحق تبعاً لتقديرها في قبول أو رفض أي عطاء أو في إلغاء المناقصة من دون أن يكون لمقدم العطاء حق المطالبة بأي تعويضات³، بمعنى آخر أن الإحالة لا تتم على نحو آلي في النظر إلى الثمن الوارد بالعطاءات واختيار أقلها وإنما في الثمن والجودة في آنٍ واحد ليكون العطاء المختار هو العطاء الأفضل. ومن المبادئ الأخرى التي تقيد من نطاق أو مجال المفاوضة بأسلوب المناقصة هو مبدأ عدم جواز تعديل العطاء بعد إيداعه خلال مدة سريان العطاء .

وبمقتضى هذا المبدأ لا يجوز تعديل العطاء بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف. ويُفسر هذا المبدأ في ضوء وجوب احترام المراكز القانونية المستقرة، إذ إنه بحلول هذا الموعد يتحدد مركز أصحاب العطاءات، فلا يجوز العبث بهذه المراكز باتفاق لاحق، وإلا أُهدرت المراكز القانونية التي اكتسبها كل منهم بحلول الميعاد المنوّه عنه⁴. وعلى الرغم من أن مبدأ عدم جواز تعديل العطاء بعد إيداعه من المبادئ المستقرة في فرنسا ومصر والبحرين والعراق⁵، فإن ذلك لا يمنع من إمكانية تعديل العطاء بعد تقديمه استثناءً من المبدأ الثابت. وما يؤكد صحة ذلك حكم المحكمة

1- د. جابر جاد نصار، المناقصات العامة (دراسة مقارنة) في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة (الانسترا)، ط2، 2002م، ص 196 ، 197.

2- قرار مجلس المناقصات بجلسته رقم (67) المنعقد بتاريخ 2004/6/2م، (غير منشور) – نقلاً عن مال الله جعفر الحمادي، ضمانات العقد الإداري مرجع سابق، ص75.

3- الشروط العامة لمقاولات الأعمال الهندسية في العراق (تعليمات إلى مقدمي العطاءات)، صادرة عن وزارة التخطيط سابقاً، 1988م، فقرة 14، ص10.

4- د. عبدالفتاح صبري أبو الليل ، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق (دراسة مقارنة) ، من دون ذكر جهة نشر ، 1994م، ص 283.

5- (3) من فتاوى مجلس الدولة الفرنسي والمصري بهذا الصدد:

C.E. 24 Dec. 1962. Etre Prise de l'est, Rec.P.1192

نقلاً عن: د. محمد أحمد عبدالنعميم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، هامش، ص 97.

الإدارية العليا في مصر الصادر في 26 حزيران 1982م، والذي جاء فيه: (... إنه منذ أن يصدر مقدّم العطاء عطاءه يظل ملتزمًا به ولا يكون له إلا أن يعدل عنه كلية أو أن يخفض ما ورد به من أسعار على أن يتم ذلك في الحالتين قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف (...)¹ .

كما نصت المادة (63) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (89) لسنة 1998، المصري على أنه: "...ولا يعتد بأي عطاء أو تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور(أي موعد فتح المظاريف)، ولا يسري ذلك على أي تعديل لصالح الجهة الإدارية يقدم من صاحب أقل العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات طالما لا يؤثر في أولوية العطاء ". وعلى الرغم من أن مبدأ آلية إرساء المناقصة من المبادئ الأساسية والملزمة باتفاق المُشرّع والقضاء، فإنه لا ينبغي المبالغة به، إذ لا يوجد قيد على الإدارة بوجوب التعاقد، فلها أن تعدل عن مبدأ التعاقد إذا رغبت في ذلك، فقرار الإرساء من جانب لجنة البت لا يعدو مجرد إجراء مرحلي²، كما أن النظام القانوني المصري - وعلى خلاف الوضع في فرنسا والعراق والبحرين - والذي أجاز (القانون المصري) إمكانية تعديل العطاء بعد تقديمه استثناءً من المبدأ الثابت، إلا أن هذا الاستثناء مقيد بقيدين الأول: هو أن يكون موضوع التعديل خفض الأسعار، والقيد الثاني: هو أن يصل هذا التعديل إلى الجهة الإدارية قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف. ولكن بعد يبدو أن المُشرّع المصري تراجع عن هذا الاتجاه فلم يرد نص مشابه للنص المشار إليه أعلاه في القانون رقم 182 لسنة 2018.

الفرع الثاني حدود التفاوض في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة

بعد قيام الإدارة بإعلان رغبتها في التعاقد بأسلوب المناقصة وتقدم راغبى التعاقد بالعطاءات وفقا للمواصفات المعلنة، حيث يكون العطاء بمثابة الإيجاب الذي ينبغي أن يتلقى قبول الإدارة لينعقد العقد. ولما كانت المناقصة كأسلوب من أساليب إبرام العقود الإدارية تخضع لمبدأ آلية الإرساء الذي بموجبه تلتزم الإدارة بإرساء المناقصة على صاحب العطاء أقل سعرا والأفضل من ناحية المواصفات ولما كان لهذا المبدأ انعكاسات على موضوع المفاوضات. وعليه سنتناول في هذا الفرع حدود التفاوض في أسلوب المناقصة في كل من القانون البحريني والمصري والفرنسي والعراقي وذلك على الوجه الآتي:

أولاً: حدود المفاوضة في القانون البحريني

طبقاً للمادة (33) من المرسوم بقانون رقم (36) لسنة 2002 والمعدل في بموجب المرسوم رقم (29) لسنة 2010، الخاص بتنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية التي نصت على: (ولا يجوز للجهة المتصرفة الدخول في مفاوضات مع أي مورد أو مقاول بشأن عطائه وخاصة فيما

¹-حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 26 حزيران سنة 1982م، مجموعة المبادئ القانونية، ص 252.

²- د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق، ص 89.

يتعلق بالسعر، على أنه يجوز بعد موافقة المجلس التفاوض مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بسعره إلى أدنى سعر ممكن إذا كان عطاؤه أعلى من التكلفة التقديرية المخصصة للشراء، وذلك دون إخلال بالشروط والمواصفات المنصوص عليها في وثائق المناقصة ويجب الرجوع إلى المجلس بنتيجة التفاوض. وفي جميع الأحوال يكون للمجلس القرار الأخير بهذا الخصوص).¹

وبناء على ماورد بالمادة المشار إليها يتحدد نطاق المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة في أمر أساسي وهو السعر حيث أجاز المشرع للجهة الإدارية مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بسعر إلى حدود الكلفة التقديرية للعملية في موضوع المناقصة في هذا الخصوص أفادت دائرة الشؤون القانونية بأن نص المادة 33 من ذات القانون والمشار إليها أعلاه (حظرت التفاوض مع المورد أو المقاول أثناء عملية التقييم، وذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص. أما بعد أن انتهت عملية التقييم وتحديد أولويات العطاءات فلا ضير من مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بسعره إلى حدود الكلفة التقديرية، باعتبار أن هذا العطاء هو الأحق بالإرساء عليه، وبالتالي فهو وحده الذي يجوز مفاوضة صاحبه بشأن إمكانية النزول بسعره حدود الكلفة التقديرية للمشروع أو سعر السوق أيهما أقل، إذ إن إضافة إلى ما يشكله ذلك من تحقيق للمصلحة العامة وحماية المال العام، وتقديراً للتأخير فيها لو تم إعادة الطرح، إضافة إلى احتمال ارتفاع الأسعار، وزيادة نفقات النشر والإجراءات الأخرى. كل ذلك شرط أن يتم الإرساء عليه إذا وافق على النزول بسعره، أو إعادة طرح المناقصة وعدم التفاوض مع غيره حتى لا تتحول المناقصة إلى ممارسة).²

وفي ذات المعنى قرر مجلس المناقصات في مملكة البحرين عدم جواز قيام الجهة المشتري بالتفاوض مع المورد أو المقاول بشأن الأعمال المحددة في وثائق المناقصة، بغرض تخفيض السعر أو الوصول به إلى سعر الكلفة التقديرية لما في ذلك من إخلال بمبدأ المساواة بين الموردين والمقاولين.³

وطبقاً للفتوى المشار إليها نجد أنها انتهت إلى جواز مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً، وذلك للنزول بسعره إلى سعر الكلفة التقديرية أو سعر السوق لذا من باب أولى أن تتم مفاوضة صاحب العطاء المقترن بتحفّظ⁴، للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها، حيث إن المشرع البحريني في المادة (33) والمشار إليها أعلاه حصر المفاوضة مع صاحب العطاء قبل

1- الجريدة الرسمية العدد 2954، البحرين، يوليو 2010م.

2- فتوى دائرة الشؤون القانونية رقم 2003/514، بتاريخ 2003/5/5م، غير منشور، أشار إليها مال الله حمادي، ضمانات العقد الإداري، مرجع سابق، ص 329.

3- قرار مجلس المناقصات رقم 48 المنعقد بتاريخ 2004/1/14م، غير منشور، أشار إليها مال الله حمادي، المرجع نفسه، ص 329.

4- يقصد "بالتحفظ هو كل شرط يضعه مقدّم العطاء في عطائه، ويكون مختلفاً عن الشروط التي تضعها جهة الإدارة"، فؤاد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 46.

عملية التقييم فقط، وذلك ضمناً لأعمال مبدأ المساواة وتكافؤ الفرض بين مقدمي العطاءات. أما بعد عملية التقييم فلا يوجد ما يمنع من مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً إذا كان عطاؤه مقترناً بتحفظ، وذلك للنزول عن تحفظاته كلها أو بعضها حيث ليس في هذا أي إخلال بمبدأ المساواة أو تكافؤ الفرص.

وترى الباحثة وعلى ضوء ما ذكر أعلاه، بأن مرحلة المفاوضة في مجال العقود الإدارية مرحلة مهمة وخاصة في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة، وحيث إن مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول عن كل أو بعض تحفظاته ابتغاءاً للمصلحة العامة وتوفيراً للمال العام من دون الانحراف بالسلطة، كما أن عملية التفاوض فيها ضمانات للطرفين من ناحية محاولة الإدارة الحصول على الأسعار المناسبة لتنفيذ العملية موضوع المناقصة بما يحقق الوفر المالي، ومن ناحية أخرى يكون الموردون والمقاولون متساوين في المعاملة وتكافؤ الفرص وعدم تفضيل أي واحد منهم على الآخر، وذلك من خلال إضافة القيمة المالية للتحفظات إلى السعر الأصلي للعطاء، وبناء على ذلك يتم ترتيب أولوية العطاءات وتحديد العطاء الفائز. وعليه نستطيع القول إن نطاق التفاوض في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة يتحدد في أمرين أساسيين وهما السعر والتحفظ فالإدارة يجوز لها أن تتفاوض مع مقدم العطاء الأقل سعراً والأفضل شروطاً والمقترن بتحفظ إن وجد بعد انتهاء الإدارة من عملية التقييم¹ للنزول بسعره إلى سعر الكلفة التقديرية للمشروع أو سعر السوق، فمتى ما نجحت الإدارة في ذلك تكون المفاوضات قد حققت الهدف المرجو منها.

ثانياً: حدود المفاوضة في القانون المصري

لقد مرَّ تنظيم المفاوضة في النظام القانوني المصري بثلاث مراحل أساسية² وكما يأتي:

المرحلة الأولى

المرحلة السابقة على القانون رقم (89) لسنة 1998³:

اهتم المشرع المصري منذ بداية تنظيمه للعقود بتحديد الشروط الخاصة بإجراء المفاوضة في المرحلة التالية لتقديم العطاءات (الإيجاب) أو ما يطلق عليه مرحلة اختيار المتعاقد. فقد جاء في نص المادة الرابعة من المرسوم بقانون (58) لسنة 1953، على أنه: " لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضة مع أحد مقدمي العطاءات في شأن تعديل عطائه، ومع ذلك إذا كان العطاء الأقل مقترناً بتحفظ أو تحفظات، وكان أقل عطاء غير مقترن بشيء من ذلك تزيد

¹-تلتزم الجهة الإدارية بالانتهاء من عملية بتقييم العطاءات قبل تاريخ انتهاء صلاحية العطاءات، تفادياً لما قد يترتب على ذلك من تبعات مالية إضافية، نتيجة تقلبات الأسعار العالمية وتأثيرها محلياً ولاسيما عندما يرفض أصحاب العطاءات الإبقاء على أسعارهم بعطاءاتهم - أشار إليه مال الله الحمادي، ضمانات العقد الإداري - مرجع سابق، ص 331 .

²-للمزيد من التفاصيل ينظر: د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 103-137.

³- ويراد بها المرحلة منذ صدور المرسوم بقانون رقم (58) لسنة 1953، في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات وحتى صدور القانون رقم (89) لسنة 1998.

قيمته الرقمية كثيرًا عن العطاء المقترن بتحفظات جاز التفاوض مع مقدّم أقل عطاء مقترن بتحفظات لينزل عن كل تحفظاته أو بعضها متفقًا مع شروط المناقصة قدر الإمكان".

وقد استكمل المُشرّع تنظيم مبدأ المفاوضة في المادة الخامسة من هذا القانون بإضافة شرط شكلي، إذ اشترطت لإجراء المفاوضة صدور قرار بها من رئيس المصلحة المختصة، بعد موافقة لجنة البت، كما استلزمت المادة نفسها أن تبت اللجنة في نتيجة المفاوضة برئاسة وكيل الوزارة المختص.

ولم يختلف الأمر كثيرًا في ظل القانون رقم (236) لسنة 1954، إذ نقل إليه نص المادة الرابعة سالفة الذكر حرفيًا من دون تعديل يذكر .

وقد سار المُشرّع في القانون رقم (9) لسنة 1983، على ذات النهج في إقراره وتنظيمه لمرحلة المفاوضة، فقد جاء نص المادة (16) من هذا القانون على النحو الآتي: " لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العطاءات في شأن تعديل عطائه، ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدّم العطاء الأقل المقترن بتحفظ أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها. مما يجعل عطاءه متفقًا مع شروط المناقصة بقدر الإمكان، كما يجوز للجنة مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير المقترن بتحفظات للنزول بسعره إلى مستوى أسعار السوق. وتجري المفاوضة في الحالتين المشار إليهما بقرار من السلطة المختصة ".

واستكملت اللائحة التنفيذية للقانون رقم (9) لسنة 1983، تنظيم المفاوضة فيما يتعلق ببعض النواحي الإجرائية، وجاء نص المادة (30) من هذه اللائحة معبرًا عن ذلك إذ نصت على أنه: " تجري المفاوضة والبت في نتائجها وفقًا لأحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات بقرار من السلطة المختصة بالاعتماد بعد موافقة لجنة البت، على أنه إذا اختلف رأي لجنة البت أو رأي أغليتها مع رأي رئيس الإدارة المركزية أو المدير العام المختص بشأن ... إجراء أو عدم إجراء المفاوضة أو غير ذلك فيعرض الأمر على السلطة الأعلى مباشرة للبت فيه نهائيًا... ".

ويستفاد من واقع النصوص المنظمة للمفاوضة في هذه المرحلة وضوح دور المُشرّع في تنظيم مرحلة المفاوضة في العقود الإدارية، مع إبراز الطابع الاستثنائي لها خلال مرحلة اختيار المتعاقد، وتحديدًا بعد فتح المظاريف، وذلك على اعتبار أنها تمثل تحررًا من مبدأ عدم جواز تعديل العطاءات بعد فتح المظاريف¹، وهذا الاستثناء مقيد بقيدين أحدهما موضوعي وهو تحقيق مصلحة المرفق، والآخر شكلي ويتمثل في ضرورة موافقة السلطة المختصة على إجراء المفاوضة، وبطبيعة الحال ترك المُشرّع أمر تنظيم بعض الأمور الإجرائية لللائحة التنفيذية للقانون² .

¹ د. محمد أحمد عبد النعيم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق، ص 107.

² أسهمت المادة (30) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (9) لسنة 1983، في توضيح ما يأتي:

المرحلة الثانية بعد صدور القانون رقم (89) لسنة 1998

ونقصد بهذه هي المرحلة التي بدأت منذ سريان أحكام القانون رقم (89) لسنة 1998، ولائحته التنفيذية، والذي جاء خاليًا من نص مشابه لنص المادة (16) من القانون رقم (9) لسنة 1983، في شأن تنظيم المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة.

إلا إن بعض الفقه يرى أن عدم إيراد نص المادة (16) السابق الإشارة إليه في القانون الجديد لا يعني عدول المشرع عن مبدأ المفاوضة وذلك نظرًا إلى الأسباب الآتية:

1. إن ما جاء بنص المادة (16) من القانون الحالي رقم (89) لسنة 1998، بأنه: " يجب استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط أو المواصفات وإرساء المناقصة على صاحب العطاء الأفضل والأقل سعرًا بعد توحيد أسس المقارنة بين العطاءات من جميع النواحي الفنية والمالية ...". لا يعني بأي حال رفض مبدأ المفاوضة مع صاحب العطاء المقترن بتحفظات غير مخالفة للشروط الجوهرية للمناقصة. ولعل ما يرجح صحة هذا الاستنتاج ما أشارت إليه اللائحة التنفيذية للقانون الحالي إذ أقرت صراحة في المادة (21) منها على أحقية أصحاب العروض في إرفاق ما يروونه من ملاحظات واشتراطات خلال مدة سريان العطاء¹.

2. إن ما جاء بنص المادة (29) من القانون الحالي بأنه: " تتولى اللجنة المشار إليها في المادة السابقة (أي لجنة المقارنة والمفاضلة بين العروض) مفاوضة مقدمي العروض التي تتلاءم واحتياجات الجهة طالبة التعاقد للوصول إلى أفضلها شروطًا وأقلها سعرًا ..."، يؤكد أن المشرع أجاز التفاوض صراحة في التعاقد بطريق المناقصة، وإن لم يكرر نص المادة (16) من القانون رقم (9) لسنة 1983 خروجًا - على الأقل في الظاهر - عن مسلكه الثابت في القوانين السابقة، إلا أنه أفصح عن تمكينه لجهة الإدارة في الاستعانة بالمفاوضة تحقيقًا للصالح العام كما ورد في المادة (29) سالف الذكر.

3. إن اللائحة التنفيذية - للقانون الحالي - أجازت بصفة استثنائية إمكانية تعديل العطاءات بعد الموعد المحدد لفتح المظاريف، بشرط أن يكون هذا التعديل لصالح الجهة الإدارية². وعلى الأرجح أن إقدام أصحاب العطاءات على إجراء تعديلات لصالح الجهة الإدارية

= إن أحكام قانون المناقصات والمزايدات هي المرجع الأساسي بصدد إجراء المفاوضة والبت في نتائجها.
- كيفية حسم الخلاف الناشئ بين أعضاء اللجنة بشأن إجراء المفاوضة وإناطة مسألة اعتماد نتيجة المفاوضة إلى السلطة الإدارية الأعلى وليس للإدارة الراغبة في التعاقد.

¹- محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 133.

²- نصت المادة (63) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998 على هذا المعنى بقولها: " يجب أن تصل العطاءات إلى الجهة الإدارية أو الوحدة المختصة في ميعاد غايته الساعة الثانية عشرة من ظهر اليوم المحدد لفتح المظاريف الفنية، ولا يعتد بأي عطاء أو أي تعديل فيه يرد بعد الميعاد المذكور، ولا يسري ذلك على أي تعديل لصالح الجهة يقدم من صاحب العطاءات المطابقة للشروط والمواصفات طالما أنه لا يؤثر في أولوية العطاء "

يكون وليد مفاوضات مع الإدارة أو رغبة منهم في الفوز بمزية التفاوض أو التعاقد معها¹.

كما أسهم مجلس الدولة المصري في إبراز مرحلة المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة، فقد استقرت أحكامه على ترديد نصوص المُشرّع. ففي حكمها الصادر في 9 آيار 1959م، أبرزت المحكمة الإدارية العليا في واحد من أهم أحكامها طبيعة المفاوضة وحالاتها وشروطها، إذ جاء في حيثيات هذا الحكم ما يأتي:

((... إنّ الشارع رأى رغبة منه في تمكين الإدارة من الحصول على أصلح العطاءات لخير المرفق وصيانة لأموال الدولة أجاز المفاوضة بعد فتح المظاريف مع صاحب العطاء الأقل إذا كان مقترباً بتحفظ أو تحفظات، وكانت القيمة الرقمية لأقل عطاء غير المقترب بشيء من ذلك تزيد كثيراً على العطاء المقترب بتحفظات، وذلك لكي ينزل عن تحفظاته أو بعضها بما يوفق بين عطائه وشروط المناقصة قدر الاستطاعة ويجعله أصلح من العطاء الأقل غير المقترب بأي تحفظ، فإذا رفض جاز التفاوض مع من يليه ذلك لأن صاحب أقل عطاء - ما لم يستبعد - هو في الأصل صاحب الحق في إرساء المناقصة عليه إذا كان عطاؤه مناسباً، لأن تعديل عطائه إلى ما هو أقل أو إلى ما يجعله متمشياً مع مواصفات المناقصة وشروطها لا ضير منه على أي من أصحاب العطاءات الأخرى، ولا يخل بقاعدة المساواة الواجبة بالنسبة إليهم سواء كيف هذا الإجراء بأنه تصفية لإجراءات المناقصة، أو بأنه ممارسة على أساس ما تمخضت عنه المناقصة، ومرجع الأمر في هذا إلى لجنة البت في العطاءات باعتبارها أقدر من أي هيئة أخرى على الاضطلاع بهذه المهمة، وهي تتولى إجراءات المناقصة وتبت فيها))².

المرحلة الثالثة بعد صدور قانون رقم 182 لسنة 2018

نقصد بهذه المرحلة هي المرحلة الحالية التي بدأت منذ صدور لقانون رقم 182 لسنة 2018³، بمراجعتنا لنصوص هذا القانون نجد أن اتجاه المُشرّع المصري قد تغير بصورة جذرية وبمواضع مختلفه وخاصة فيما يتعلق بالمفاوضات، حيث لم يرد لفظ المفاوضات سواء بشكل مباشر أو غير مباشر في هذا القانون كما ذهب المُشرّع إلى أبعد من ذلك حيث خول الجهة الإدارية صلاحية إلغاء المناقصة أو الممارسة إذا اقترنت العطاءات كلها أو بعضها بتحفظات⁴ وهذا دليل تقيد المُشرّع لحرية الإدارة عند تعاقدتها بأسلوب المناقصة.

¹-د. محمد أحمد عبدالنعميم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق، ص 135.

²-طعن رقم (288) لسنة 4ق-جلسة 1959/5/9. منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، مرجع سابق، ص 256.

ومن أبرز الأحكام الأخرى الصادرة في هذا الصدد: حكم المحكمة الإدارية العليا في 21 تشرين الثاني 1992، في الطعن رقم 3993 لسنة 37 ق، الموسوعة الإدارية الحديثة، الجزء 39، ص 509. إعداد: د. نعيم عطية، حسن الفكهاني، الدار العربية للموسوعات.

³-صدر القانون بتاريخ 3 أكتوبر 2018م، ودخل حيز التنفيذ بتاريخ 3 نوفمبر 2018 م، لم تصدر بعد اللائحة التنفيذية لهذا القانون وما زال العمل قائماً بكل اللوائح والقرارات الصادر في ظل القانون السابق رقم 89 لسنة 1998 .

⁴-انظر المادة 37 من قانون رقم 182 لسنة 2018، المصري .

ثالثاً: حدود المفاوضة في القانون العراقي

لا يوجد في العراق تشريع موحد يحكم المناقصات العامة مثلما هو متبع في بعض الدول¹. إلا أن هناك بعض التشريعات التي تنظم القواعد التي تتعلق بها وهي نصوص متناثرة هنا وهناك في القوانين العراقية، بعضها خاص بالوزارات وبعضها خاص بمناسبة تنفيذ أحكا القوانين المتعلقة بخطط التنمية وبعضها جاء على شكل تعليمات ومنها ورد باعتباره شروطاً عامة للعقود الإدارية، فنجد مثلاً قانون تنفيذ مشاريع التنمية الكبرى رقم (60) لسنة 1985، وقانون شركات المقاولات رقم (66) لسنة 1987، والتعليمات الخاصة بتنفيذ ومتابعة مشاريع وإعمال خطط التنمية القومية الصادرة عام 1988م، والتي ألغت العمل بالتعليمات الصادرة بموجب قرار مجلس التخطيط (الملغي) في عام 1975م، وحلت محلها، والشروط العامة لمقاولات الأعمال الهندسية في العراق لسنة 1988 ... إلخ.

ومن هنا نؤكد ما ذهب إليه بعضهم²، من ضرورة وضع قانون خاص تتوحد بموجبه جميع التشريعات المتعلقة بالمناقصات العامة تسهيلاً لمهمة الجهات الإدارية المختصة هذا من جهة ومن جهة أخرى ضماناً للمتعاقدين مع الجهات الإدارية، على غرار ما فعله المشرع بالنسبة إلى المزادات العامة³.

ومن خلال مراجعة النصوص المنظمة للمناقصات العامة في العراق، نجد أن المشرع العراقي لم يضطلع بدور مماثل لنظيره المصري في مجال تنظيم المفاوضة بوصفها مرحلة للتعاقد بأسلوب المناقصة. إلا أن ذلك لا يعني في المبدأ رفض التفاوض كلية، إذ إن التعاقد بأسلوب المناقصة في العراق يمكن أن يمر بمرحلة تفاوضية بين لجنة البت وأصحاب العطاءات المقبولة، ونستند في هذا الصدد إلى ما يأتي:

1. إن ما جاء في نص المادة السادسة (فقرة 5/ب) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، يؤكد صراحة تمكن السلطة الإدارية من الاستعانة بالمفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة تحقيقاً للمصلحة العامة. إذ نصت المادة المذكورة على أنه: " للجهة المنفذة وبموافقة الوزير المختص التفاوض مع أي من المناقصين إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك على أن يتم الحفاظ على سرية المعلومات الواردة في عطاءات المناقصين وتفاصيل التفاوض مع أي منهم".

¹- وذلك على غرار قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998، وكذلك قانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني رقم (36) لسنة 2002م، و تعديلاته.

²- محمود خلف الجبوري، العقود الإدارية، بيت الحكمة، بغداد 1989م، ص 49. د. علي محمد بدير وآخرون، مبادئ وأحكام العقد الإداري، مرجع سابق، ص 497.

³- جرى تنظيم المزادات العامة في العراق بموجب قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 المعدل.

2. وكذلك في نص المادة الرابعة (فقرة 4/هـ) من التعليمات المذكورة فيما يتعلق بإمكانية إدخال اشتراطات أو تحفظات من مقدمي العطاءات¹، يؤكد إمكانية لجوء السلطة الإدارية إلى التفاوض مع صاحب العطاء الأقل المقترن بتحفظات غير مخالفة للشروط الجوهرية للمناقصة، وذلك كون التحفظات تمثل مجالاً خصباً للتفاوض في العقد الإداري، بقصد إقناع مقدمها بالتخلي كلياً أو جزئياً عنها وصولاً إلى أفضل العطاءات شروطاً وأقلها سعراً .

3. تؤكد التطبيقات العملية للإدارة في العراق لجوء السلطات الإدارية إلى التفاوض²، بهدف الوصول إلى أفضل العروض شروطاً وأقلها سعراً، إذ إن التفاوض يمثل أهمية كبرى للإدارة، إذ إنه يمكنها من الحصول على أفضل عطاء يحقق المصلحة العامة، ويصون أموال الدولة من التبذير، فهو إذا بمثابة مصلحة يحسن الأخذ به .

4. كما تجدر الإشارة إلى أن سلطة الاحتلال في العراق أجازت صراحة التفاوض على العقود في المناقصات وذلك بموجب الأمر المرقم (87) والصادر في 2004/5/16م، إذ جاء فيه:

" للحكومة الحق في التدخل بالمفاوضات مباشرة مع مقدمي العطاءات بعد الحصول على موافقتهم الخطية بالاشتراك في المناقصة لغرض توضيح إجراءات المناقصة والرد على الأسئلة ومناقشة الأسعار. وأثناء المفاوضات (بعد طرح المناقصة) لا يجوز مناقشة المعلومات بما فيها الأسعار أو التصريح بها بناءً على اقتراحات بعض المناقصين إلا بعد أن ترسي المناقصة على أحد المناقصين"³.

وبناء على ماورد أعلاه يتضح لنا أن حدود التفاوض ينحصر في حالتين وهما:

الحالة الأولى: إجراء المفاوضات مع مقدمي العطاءات بعد الحصول على موافقة خطية منهم للاشتراك في المناقصة. وتهدف المفاوضة في هذا المجال إلى توضيح إجراءات المناقصة ومناقشة الأسعار والرد على الأسئلة.

¹ نصت المادة المذكورة من ذات التعليمات والمشار إليها اعلاه على أنه: " .. إذا رغب مقدّم العطاء وضع اشتراطات أو تحفظات فيجب تثبيت ذلك في كتاب مستقل يرفق مع العطاء على أن يشير إلى هذا الكتاب في العطاء نفسه " .

² ومن أحدث هذه التطبيقات: المفاوضات التي جرت بين الشركة العامة للمشاريع النفطية التابعة لوزارة النفط ومجموعة شركة الهدى بشأن عبور الأنهر، والتي استمرت لمدة سنة مما حدا بالوزارة إلى تجزئة المناقصة إلى عدة مناقصات، فأقامت الشركة المذكورة شكوى أمام مفوضية النزاهة العامة تطالب فيها إحالة المناقصة إليها من دون تجزئة كونها صاحبة أفضل عطاء. فقامت المفوضية على إثرها بمفاتحة الوزارة بموجب كتابها المرقم (455) في 2005/7/18م، مما اضطر الوزارة إلى تشكيل لجنة تحقيقية حصلت توصياتها على موافقة الوزير بتاريخ 2005/11/15م. ونقطف جانباً من هذه التوصيات: " ثبت للجنة وجود تأخير من شركة المشاريع النفطية في المفاوضات مع مجموعة الهدى التجارية والتي استغرقت مدة طويلة تناهز السنة حسب الأولويات المرفقة. .. على الرغم من قناعة اللجنة بأحقية مجموعة الهدى للإحالة إليها لكون العرض المقدم أقل الأسعار وقناعة اللجنة الفنية. .. بإمكانية إنجاز العمل من قبل شركة الهدى.

³ - القسم الخامس الفقرة (2 / ث) من أمر سلطة الاحتلال المرقم (87) والصادر في 2004/5/16م، منشور في جريدة الوقائع العراقية العدد (3984) حزيران 2004م، ص 47.

الحالة الثانية: إجراء المفاوضات مع الشخص الذي ترسو عليه المناقصة بهدف مناقشة الأسعار الواردة في عطائه بالإضافة إلى المعلومات الأخرى.

أما فيما يتعلق بموقف القضاء الإداري في العراق وكذلك القضاء الاعتيادي فلم نجد أحكاماً صريحة تشير إلى مرحلة المفاوضات في مجال التعاقد الإداري بأسلوب المناقصة بصفة خاصة، وأساليب التعاقد الأخرى بصفة عامة، وذلك يعود إلى كثرة ما ورد على اختصاص محكمة القضاء الإداري من استثناءات متعددة أدت إلى تحصن العديد من القرارات الإدارية من الطعن ضدها بالإلغاء¹، ولاسيما القرارات المتعلقة بالعقد الإداري. إذ إن القاعدة المستقرة في أحكام القضاء الإداري العراقي تقوم على أن العقد الإداري متى ما أبرم بين طرفيه فإن المنازعات المتعلقة به كافة سواء ما تعلق منها بالعقد نفسه أم ما يصدر بعد ذلك من قرارات إدارية فإنها لا تقبل الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري².

وهذا يعني أن المتعاقد إذا ما أراد الطعن ضد أي قرار إداري يتصل بالعقد المبرم سابقاً، فليس له سوى رفع دعوى القضاء الكامل والمتمثل بالمحاكم المدنية في العراق³.

وذهبت محكمة القضاء الإداري إلى تفسير عدم اختصاصها بنظر تلك الدعاوى، على أساس أن المادة السابعة /د/ ثانياً من قانون مجلس شوري الدولة رقم (106) لسنة 1989، قد حددت اختصاصات محكمة القضاء الإداري، ولم يكن من بينها القرارات المتعلقة بالعقود الإدارية⁴.

إلا أن الباحثه ترى انه من المناسب ألا تنقيد المحكمة بالتفسير الضيق لما ورد في نص المادة السابعة والمحددة لاختصاص محكمة القضاء الإداري، إذ لا يمكن للمحكمة أن تغفل ما يمكن أن يصدر من قرارات إدارية تدرج في عمليات مركبة، ولاسيما القرارات المتعلقة بالعقد الإداري والتي تقبل الانفصال عنه بشكل يسمح بالطعن ضدها بالإلغاء استقلاً عن العقد الإداري⁵. بما في ذلك القرارات الإدارية الصادرة بناءً على مفاوضات بشرط ألا يكتنف هذه الأعمال الصفة

¹-ورد النص على هذه الاستثناءات في المادة (7 / ثانياً) من القانون رقم (106) لسنة 1989 ، العراق.

²-نص التعديل الثاني رقم 106 لسنة 1989، لقانون مجلس شوري الدولة رقم 65 لسنة 1979، وذلك في الفقرة 5 من المادة 7 والتي تقضي بعدم اختصاص محكمة القضاء الإداري بالنظر في الطعون المتعلقة بما لي (1 . اعمال السيادة تعد من أعمال السيادة، المراسيم والقرارات التي يصدرها رئيس الجمهورية. 2. القرارات الإدارية التي تتخذ تنفيذاً لتوجيهات رئيس الجمهورية وفقاً لصلاحياته الدستورية. 3. القرارات التي رسم القانون طريقاً للتظلم منها أو الاعتراض عليها أو الطعن فيها) هذا يعني المشرع العراقي حصن هذه القرارات الإدارية من الطعن عليها فقط أمام محكمة القضاء الإداري طالما أن المشرع قد رسم طريقاً آخر للتظلم أو الاعتراض عليها أو الطعن أمام القضاء المدني.

³-حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم (18/ قضاء إداري) في 1991/10/23م، غير منشور- أشار إليه عبداللطيف نايف الجبوري ، التنظيم القانوني لمفاوضات العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق - ص 119.

⁴-حكم محكمة القضاء الإداري في العراق في القضية رقم (81/قضاء إداري) في 1992/12/12م، غير منشور، والمصدق عليه بقرار الهيئة العامة لمجلس شوري الدولة في القضية رقم (9/إداري / تمييز) في 1993/2/7م، غير منشور- أشار إليه - عبداللطيف نايف الجبوري، المرجع نفسه، ص.120.

⁵-للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر: حبيب إبراهيم حمادة الدليمي، الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، مقدمة إلى كلية القانون، جامعة بغداد، 1994م.

التحضيرية أو بوصفها إجراءات داخلية للإدارة¹ لأن العملية العقدية تبدأ بمرحلة الإعلان عنها وتكتمل بالتوقيع على العقد من الجهة المختصة بذلك، وكل ما يصدر أثناء ذلك من قرارات إدارية نهائية يمكن الطعن فيها بالإلغاء أمام القضاء الإداري، كونها قرارات قابلة للانفصال².

رابعاً: حدود المفاوضة في القانون الفرنسي

يتضح من مراجعة التقنين الفرنسي الحالي للعقود العامة (des marchés public code)³، أن المشرع لم يهتم في مجال تنظيم المفاوضة كمرحلة للتعاقد بأسلوب المناقصة، ويبدو ذلك مختلفاً عن اهتمامه في أسلوب الاتفاق المباشر أو التعاقد بناءً على مفاوضة (Les march'es negociés). كما لم تتعرض أحكام مجلس الدولة الفرنسي أيضاً لتنظيم مرحلة المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة.

ويمكن تفسير هذا الموقف من جانب قضاء مجلس الدولة الفرنسي بما اطردت عليه أحكامه من رفض إدخال أي تحفظات من جانب مقدمي العطاءات (Nepas contenir des reserves)⁴، فكل عطاء يتضمن تحفظات يجب استبعاده فيما عدا التحفظات التي تتعلق بالشروط غير القانونية أو غير المشروعة، أو التحفظات الشكلية التي لا تتعلق بمضمون العطاء ذاته⁵.

¹-ذلك أنه لا يمكن الطعن بالإلغاء ضد الإجراءات التحضيرية. لتفصيل الأعمال التحضيرية ينظر: د. محمود عاطف البنا، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، القاهرة، من دون تاريخ نشر، ص 238. طه الشخلي، القرارات الإدارية، مجلة الحقوق، ع 3-4، س 7، 1975، ص 50.

²-ذهبت محكمة القضاء الإداري في العراق إلى إلغاء القرار الإداري الصادر بحرمان بعض الأشخاص من الدخول في مزايعة علنية. حكمها الصادر في القضية رقم 81 / قضاء إداري في 1991/12/31م، غير منشور.

³- الصادر بالمرسوم (64-229) في 17 تموز 1964م، وقد خضع لتعديلات كثيرة من أحدثها، على سبيل المثال، التعديل بموجب المرسوم (34-94) في 27 نيسان سنة 1994م.

⁴-من أحكامه التي أقرت هذا المعنى:

- C.E 14 Oct.1932, monteil , Rec, P.838

- C.E 25 Juill 1939 , Dame Veava Cautron Rec , P. 259

نقلاً عن: د. محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 108.

⁵ Ander. de Laubadere , F.Moderne , P.Delvolle Traite de Contrat Administratifs. T. 1,2ed. L.G.D. 1983 , P.612

المطلب الثاني

مجالات وحدود التفاوض في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة

لَمَّا كَانَ الأصلُ في غالبية العقود الإدارية أن يرسم القانون لها طريقاً محدداً لتبادل الإيجاب والقبول بحيث تتفاوت معطياته بحسب مساحة السلطة التقديرية والحرية التعاقدية التي يمنحها القانون للإدارة، وذلك نظراً إلى طبيعة هذا النوع من أسلوب التعاقد، وكذلك طبيعة العقود التي تبرم من خلال هذا الأسلوب من التعاقد ذلك لأن العقود التي تبرم بأسلوب الممارسة غالباً تكون عقوداً لها تأثير على الأموال العامة والاقتصاد العام كعقود الشراء العام وعقود الأشغال العامة حيث إن طبيعة هذه العقود تدفع بالمُشرِّع إلى التنازل عن التقنيات التي وضعها لتبادل الإيجاب والقبول (المناقصة) ويترك للإدارة الحرية الكاملة في إبرام تلك العقود وتحديد شروطها بعد الدخول في مفاوضات قد تطول أو تقصر مع المرشحين للتعاقد وهذه في الحالات تفرضها ملاءمات المرفق العام الذي تتصل بها هذه العقود من جهة وطبيعة بعض هذه العقود من جهة أخرى. ولَمَّا كَانَ الأصل في نطاق العقود الإدارية بشكل عام أن يتم تبادل الإيجاب والقبول ضمن نطاق تقنيات مرسومة ومحددة من قبل المُشرِّع إلا أنه في بعض العقود الإدارية كعقد الشراء العام وعقد تفويض الالتزام أنها بطبيعتها تتنافى مع الأسلوب الأعم في إبرام العقود الإدارية ألا وهو أسلوب المناقصة مما نتج عنه أن هذا الصنف من العقود الإدارية خاضعاً في إبرامه إلى أسلوب الممارسة الذي يقوم أساسه على التفاوض. حيث يقصد بالممارسة هو مفاوضة المتقدمين بالعروض للوصول معهم إلى أفضل عرض فني وأفضل سعر وعلى هذا النحو تعطى الإدارة قدراً أكبر من المرونة لاختيار المتعاقد معها. وعادة ما يكون لجوء الإدارة إلى التعاقد بأسلوب الممارسة بناء على قرار من السلطة الإدارية المختصة ولا تلتزم الإدارة بتسبيب هذا القرار فالممارسة أصبحت طريقة رئيسية للتعاقد إلى جانب المناقصة. وحيث إن الممارسة تبدأ بالدعوة إلى التعاقد حيث يتقدم أصحاب العطاءات بالعروض الفنية والمالية ثم يتم فتح المظاريف الفنية أولاً وتحديد العروض المقبولة فنياً ليتم دعوة أصحابها أو المندوبين عنهم بجلسة ممارسة لتتفاوض الإدارات معهم في العروض المقدمة من قبلهم للوصول إلى أفضل الشروط الفنية والمالية، حيث تحظى لجنة الممارسة بسلطة تقديرية في اختيار أفضل العطاءات حيث لا تلزم باختيار صاحب أقل سعر كما هو الحال في المناقصة. ومن هنا يتضح لنا أن المفاوضة تشكل مرحلة أساسية عند تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة وهذا ما يدفعنا إلى ضرورة بيان حدود تفاوض الإدارة في مجال تعاقدتها بأسلوب الممارسة، وذلك للوقوف على تأصيل المسؤولية الإدارية في هذه المرحلة من مراحل إبرام العقد الإداري.

وعليه سنتناول في هذا المطلب حدود تفاوض الإدارة في مجال تعاقدتها بأسلوب الممارسة، وذلك في نطاق التشريعات محل المقارنة، وذلك على الوجه الآتي:

- الفرع الأول: التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون البحريني.
- الفرع الثاني: التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون المصري.
- الفرع الثالث: التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون العراقي.
- الفرع الرابع: التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون الفرنسي.

الفرع الأول التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون البحريني

الممارسة أسلوب من أساليب التعاقد الإداري تكون فيه للإدارة سلطة تقديرية في اختيار من ترغب في التعاقد معه¹، في إطار من المنافسة، من خلال دعوة عدد من الأفراد أو الشركات في جلسة مشتركة واحدة، ويطلب من كل واحد منهم تقديم أفضل عروضه وبصيغته النهائية، ومن ثم مفاوضتهم علناً على ما تقدموا به من شروط أو أسعار تمهيداً لاختيار الأفضل من بين تلك العروض².

وحيث إن التعاقد بأسلوب الممارسة يمر بمعظم الخطوات التي يمر بها أسلوب المناقصة من علانية، وتكافؤ الفرص وحرية المنافسة والمساواة بين المتمارسين، حيث لا يتعارض مع خضوع الإدارة لهذه المبادئ أن تحظى بسلطة تقديرية في اختيار المتعاقد معها، من دون التزامها بمبدأ آلية الإرساء على مقدم العطاء الأقل، إلا أنها تظل مقيدة بمراعاة المصلحة العامة واحترام القواعد التي أعلنت عنها لتنظيم عملية التعاقد³. إذ إن الإدارة لا تضع في الحسبان عند الاختيار سعر العطاء فحسب، وإنما الأسس الفنية والاقتصادية أيضاً.

وعليه فإن الممارسة ليست الا تقنية لإبرام العقد تقوم على التفاوض بين الإدارة والمرشحين ليتم اختيار المتعاقد وإبرام العقد نتيجة لهذه المفاوضات.

فالممارسة هي إحدى الطرق المستخدمة في إبرام العقود الإدارية، تتبعها الإدارة في طائفة من العقود التي يحتاج تنفيذها إلى قدر معين من التقنية الفنية ومن ثم فإن الإدارة تتمتع بقدر من الحرية في اختيار المتعاقد معها مقارنة بطريقة المناقصات التي تقوم على مبدأ آلية إحالة العقد

¹ -د. عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة ، الأسس العامة للعقود الإدارية، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 2004م - ص 148.

² -د. بكر القباني، القانون الإداري الكويتي، المطبعة العصرية، الكويت، من دون تاريخ نشر، ص 208م.

³ -حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الصادر في 18 آذار سنة 1967م، منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الادارية العليا، مرجع سابق، ص 296.

على من يتقدم بأقل عطاء، فالممارسة لا تخضع في إبرامها إلى هذا الآلية حيث إن معيار الإحالة في الممارسة يعتمد على أسس أخرى إلى جانب الثمن وهي أساليب التنفيذ والمدة التي ينجز بها المتعاقد العقد، وعليه فإن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية في الاختيار¹.

وبالرجوع إلى قانون المناقصات والمشتريات الحكومية في مملكة البحرين وتعديلاته نجد أن المُشرع البحريني قد استخدم لفظ التفاوض التنافسي للدلالة على الممارسة وبناء على ذلك يمكن تعريف عطاء الممارسة بأنه العطاء الذي يقدم إلى الإدارة بهدف التفاوض على العقد المراد إبرامه، وعند الدخول في المفاوضات ونجاحها يؤدي إلى إبرام العقد بين الإدارة وصاحب عطاء الممارسة، ولذا فإن عطاء الممارسة لا يعدو أن يكون إلا دعوة إلى التفاوض مع الإدارة أو قبول دعوة التفاوض المقدمة من قبل الإدارة.

وقد جعلت المادة 45 من قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية رقم 26 لسنة 2002م والمعدل بموجب المرسوم رقم 29 لسنة 2010، من تعاقد الإدارة بأسلوب التفاوض التنافسي - الممارسة - طريقاً استثنائياً من طرق إبرام العقد الإداري، حيث جرى نص المادة على أن (يجوز التعاقد بطريق التفاوض التنافسي في أي من الحالات الآتية:

أ. السلع التي لا يمكن تحديدها بمواصفات فنية.

ب. الأعمال الفنية التي تقتضي طبيعتها تنفيذها بمعرفة فنيين أو أخصائيين أو خبراء معينين.

ت. السلع والإنشاءات أو الخدمات التي تقتضي بحسب طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون شراؤها من أماكن إنتاجها.

ث. التوريدات والإنشاءات والخدمات التي لم تقدم عنها أية عطاءات في المناقصات أو قدمت عنها عطاءات بأسعار غير مقبولة وكانت الحاجة إليها لا تسمح بإعادة طرحها في مناقصة.

ج. في حالة الكوارث والضرورة العاجلة التي تتسبب في حاجة ملحة إلى السلع أو الإنشاءات أو الخدمات والتي لا يحتمل معها اتباع إجراءات المناقصة العامة²).

يتضح من نص المادة المشار إليها أعلاه أن المُشرع البحريني قد حدد حالات معينة على سبيل الحصر أجازها فيها للإدارة إبرام العقد الإداري باتباع أسلوب التفاوض التنافسي - الممارسة - وذلك بعد حصول الإدارة (الجهة المشتريّة) على موافقة مجلس المناقصات بموجب قرار مسبب وهذا ما أوضحته المادة(4) من ذات القانون والتي نصت على (يكون التعاقد على شراء السلع أو

¹-محمد علي جواد ، عطاء العقد وعطاء التفاوض لإبرام عقود الأشغال العامة ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق ،جامعة المستنصرية ، عدد 2 ، 2006م ، ص 18.

²-الجريدة الرسمية العدد 2551 ، البحرين

الإنشاءات بأسلوب المناقصة، ومع ذلك يجوز للجهة المشتريّة بقرار مسبب من مجلس المناقصات التعاقد بأحد الأساليب الآتية: ...ج. التفاوض التنافسي (الممارسة)...).
وتمر الممارسة بمرحلة تفاوضية حول الشروط والأسعار حيث تقوم الجهة الإدارية بتوجيه دعوة إلى أكبر عدد ممكن من المشتغلين بنوع النشاط موضوع الممارسة¹ وتجري الجهة المشتريّة من خلال لجنه يتم تشكيلها بموجب قرار من مجلس المناقصات تتولى هذه اللجنة مفاوضة أصحاب العروض أو مندوبيهم.

وبعد انتهاء المفاوضة تطلب الجهة المشتريّة من أصحاب العروض أن يقدموا في الموعد الذي تحدده الإدارة أفضل العروض النهائية لديهم، وذلك لكي تتمكن الجهة المشتريّة من أن تختار أفضل هذه العروض من ناحية السعر والمواصفات². كما اشترط القانون أن تتم هذه المفاوضات بسرية تامة بين الجهة المشتريّة وأصحاب العروض حيث يحظر على الطرفين أن يكشف أي معلومات تقنية أو سعرية تتعلق بالمفاوضات وهذا تأكيد من المشرّع البحريني أن الالتزام بالسرية هو أحد الالتزامات المتفرعة من الالتزام بالتفاوض بحسن نية.

الفرع الثاني التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في القانون المصري

تُعَدُّ الممارسة في مصر طريقاً أصلياً³ للتعاقد وقد استقر قضاء مجلس الدولة المصري على أن مبدأ التعاقد في مجال العقد الإداري عن طريق الممارسة تخضع حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها لما تقوم من سرعة ومرونة في الإجراءات، وما يدل على تلك المرونة فإن المشرّع المصري أباح للجنة الممارسة عند حالات الضرورة والاستعجال وبعد موافقة الجهة الإدارية المختصة الانتقال إلى مكاتب أو شركات المقاولين أو الموردين لممارساتهم على أن تكفل علانية العروض لجميع المشتركين في الممارسة⁴.

وبالرجوع إلى نص المادة 2/47 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 9 لسنة 1983، بشأن إجراءات الممارسة أن المشرّع المصري جرى على إقرار مبدأ المناقشات في مجال التعاقد بأسلوب الممارسة إذ نصت المادة المذكورة على أنه: "... تتولى لجنة الممارسة إجراء ممارسة الموردين والمقاولين ومناقشتهم في جلسات علنية مفتوحة للموردين والمقاولين أو مندوبيهم".

وقد أكدت المادة 44 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، هذا المعنى أيضاً، بل إنها زادت بأن الغرض من هذه المناقشات هو الوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار بمراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من جميع النواحي الفنية والمالية. وتفسر هذه المادة بأن هذه

1- المادة 56 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية رقم 36 لسنة 2002.

2- انظر المادة 57 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية رقم 36 لسنة 2002.

3- إلا أن هذا الدور قد تراجع خاصة بعد صدور القانون رقم 182 لسنة 2018 والذي جعل من أسلوب الممارسة أسلوباً استثنائياً تلجأ إليه الإدارة وبموجب قرار مسبب من السلطة المختصة وهذا ما أوضحته المادة 7 من ذات القانون المشار إليه.

4- المادة 3/47 من اللائحة التنفيذية المصرية لقانون المناقصات والمزايدات السابق رقم 9 لسنة 1983م، كما أشار القانون البحريني في اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية رقم 36 لسنة 2002 على ذات المعنى.

المناقشات التي تجريها لجنة الممارسة مع الموردين لاتخرج في حقيقتها عن كونها مفاوضات تفرضها أو تتطلبها الطبيعة المرنة للممارسة¹ ومن جانبها أسهمت المحكمة الإدارية العليا في مصر في حكمها الصادر في 9 آيار سنة 1959، على إقرار مبدأ التفاوض في مجال التعاقد بأسلوب الممارسة. فقد قضت المحكمة بما يأتي: " ... ولا يخل بقاعدة المساواة .. سواء كيف هذا الإجراء (أي المفاوضة) بأنه تصفية لإجراءات المناقصة، أو بأنه ممارسة ..."².

وفي الحقيقة فالممارسة ليست إلا أسلوباً لإبرام العقد تقوم على التفاوض بين الإدارة والمرشحين، ليتم اختيار المتعاقد وإبرام العقد نتيجة لهذه المفاوضات³، ومن جانب آخر فقد جرى القضاء الإداري المصري على تأكيد مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها وفقاً لأسلوب الممارسة، لما تقوم عليه من سرعة ومرونة في الإجراءات، مما يتيح مجالاً خصباً لإجراء المناقشات والمفاوضات بين الإدارة وراغبى التعاقد معها بقصد الوصول إلى أفضل العروض بما يحقق المصلحة العامة⁴.

وهذا ما أكدته المحكمة الإدارية العليا بمصر حين ذهبت إلى أن (مبدأ التعاقد الإداري عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر يخضع لقاعدة حرية الإدارة في اختيار المتعاقد)⁵. وتعدُّ الممارسة العامة أسلوباً أساسياً في اختيار الإدارة للمتعاقد معها إلى جانب أسلوب المناقصة العامة⁶ بينما لاتزال الممارسة المحدودة تحتفظ بطابعها الاستثنائي⁷. وأن الاختلاف الجوهرى بين الممارسة العامة بوصفها طريقة أصلية ورئيسة، والممارسة المحدودة باعتبارها استثناء على الأصل، إنما يكون في خضوع الممارسة العامة إلى قواعد العلانية الاعتيادية التي تنطبق على المناقصة⁸، في حين أن الممارسة المحدودة لاتخضع إلى هذه القواعد إنما تتم العلانية المؤدية

1- د. محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 154.

2- عبداللطيف نايف الجبوري، التنظيم القانوني لمفاوضات العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق، ص 145.

3- د. محمد ماهر أبو العنين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات، الكتاب الأول، دار النهضة، 2004م- ص 824.

4- ففي حكمها الصادر في 22 آذار 1962م، أقرت المحكمة الإدارية العليا مبدأ حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها وفقاً لأسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر ونقتطف جانباً من فقرات هذا الحكم فيما يأتي: " .. أن مبدأ التعاقد في مجال العقد الإداري عن طريق الممارسة أو الاتفاق المباشر يخضع لقاعدة حرية الإدارة في اختيار المتعاقد .. ". الطعن رقم (1654) لسنة 6 ق جلسة 1962/12/22م. مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص 296. ينظر كذلك حكمها الصادر في 18 آذار 1967م، الطعن رقم 161 لسنة 9 ق جلسة 1967/3/18م، ص 296.

5- محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 139.

6- نصت المادة الأولى من القانون رقم (89) لسنة 1998م. على أنه: " يكون التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية، عن طريق مناقصات عامة أو ممارسات عامة. .. ".
7- إذ نصت المادة المذكورة على أنه: " ... ومع ذلك يجوز استثناء، وبقرار مسبب من السلطة المختصة التعاقد بإحدى الطرق الآتية :-

ج- الممارسة المحدودة. د- الاتفاق المباشر. .. ".

ويكون التعاقد بأسلوب الممارسة المحدودة في حالات محددة على سبيل الحصر، وتوجه الدعوة فيها إلى شركات أو هيئات أو مقاولين محددين. لقد حددت المادة الخامسة من القانون رقم (89) لسنة 1998، حالات التعاقد بأسلوب الممارسة على النحو الآتي:

الأشياء التي لاتتصنع أو تستورد إلا لدى جهات أو أشخاص بذاتهم. الأشياء التي تقتضي بطبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون اختيارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها. الأعمال الفنية التي تتطلب بحسب طبيعتها أن يقوم بها فنيون أو أخصائيون أو خبراء بذواتهم. التعاقدات التي تقتضي اعتبارات الأمن القومي أن تتم بطريقة سرية.

8- وذلك مع اختلاف بسيط يتمثل في إمكانية تخفيض المدة المحددة لتقديم العروض في حالة الاستعجال بحيث لاتقل عن عشرة أيام في الممارسة العامة، وهي يمكن تخفيضها في المناقصات العامة إلى عشرين يوماً.

إلى المنافسة فيها عن طريق إرسال خطابات موصى عليها تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها في إعلان المناقصة العامة أو الممارسة العامة (مع مراعاة ألا تقل المدة المحددة لتقديم العروض عن خمسة عشر يوماً من تاريخ إرسال الدعوات¹).

ولكن هذا الاختلاف في أسلوب الإعلان لا يعني نفي وجود المنافسة عند اللجوء إلى الممارسة المحدودة، بل إن المنافسة تظل قائمة في كلا الحالتين، حتى إن المُشرّع قد أكد ضرورة استقطاب أكبر عدد من المتنافسين المشتغلين في موضوع الأداءات المطروحة في ممارسة محدودة، مما يعكس جلياً حرص المُشرّع على أن لا تكون الممارسة في أحد شكلها مجالاً للمحاباة والتمييز².

وقد استحدث المُشرّع المصري أسلوباً مرحلياً لفتح المظاريف، إذ أسند إلى لجنة الممارسة إتمام هذه المهمة³. وتعد لجنة الممارسة جلسة علنية بعد إعلان الممارسة يحضرها مقدمو العروض أو مندوبوهم، وذلك لفتح المظاريف الفنية فقط - من دون المظاريف المالية - وقراءة محتوياتها لإتخاذ الإجراءات كافة المنصوص عليها بشأن فتح المظاريف الفنية في المناقصات العامة⁴. وتتولى لجنة الممارسة الدراسة الفنية للعروض المقدمة للتحقق من مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية المطروحة وترفع اللجنة تقريراً للسلطة المختصة يتضمن توصياتها في قبول أو رفض أي من العروض وأسباب ذلك⁵. وبعد اعتماد السلطة المختصة لتوصيات لجنة الممارسة بنتيجة الدراسة الفنية للعروض تتولى إدارة المشتريات إخطار مقدمي العروض المقبولة فنياً بموعد ومكان انعقاد لجنة فتح المظاريف المالية - السابق تقديمها منهم - ليتسنى حضورهم أو مندوبيهم أعمال لجنة الممارسة⁶.

يتضح أن المُشرّع المصري في القانون رقم (89) لسنة 1998، جعل من الممارسة العامة أسلوباً رئيساً لإبرام العقود المشمولة بحكم المادة الأولى المذكورة⁷. وهذه الخطوة لاتعد مخالفة لما استقرت عليه القوانين والأنظمة التي حكمت المناقصات والمزايدات في مصر فحسب، بل هي رائدة على مستوى القوانين المقارنة أيضاً.

ومن جانب آخر فقد تفرد المُشرّع في إيجاد نوع آخر من الممارسة هي الممارسة المحدودة، وهذا النوع الثاني ذو طابع استثنائي، مثلما هو الحال بالنسبة إلى المناقصة المحدودة .

¹ مع مراعاة أنه يجوز في حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة إرسال الدعوات مع مخصص، قبل الموعد المحدد بخمسة أيام على الأقل، وتسلم بموجب إيصال مؤرخ. ينظر المادة (47) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (89) لسنة 1998.

² -المادة نفسها.

³ -المادة (40) من اللائحة التنفيذية.

⁴ -المادة (42) من اللائحة التنفيذية.

⁵ -المادة (43) من اللائحة التنفيذية.

⁶ -المادة (44) من اللائحة التنفيذية للقانون النافذ رقم 89 لسنة 1998م.

⁷ -وقد جاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون تنظيم المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998م، ما يأتي: " يكون أسلوب التعاقد على شراء المنقولات، أو على مقاولات الأعمال أو النقل أو على تلقي الخدمات، وكذا الدراسات الاستشارية، والأعمال الفنية، أما عن طريق مناقصات عامة كما هو الحال في القانون القائم، أو عن طريق ممارسات كطريق عادي مستحدث. .. " . نقلاً عن: د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المزايدات والمناقصات مرجع سابق، هامش، ص 826.

وبالرجوع الى القانون الجديد رقم 182 لسنة 2018 والخاص بتنظيم التعاقدات المصري والصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2018 نجد ان المشرع المصري قد غير مسلكة فيما يتعلق بإسلوب الممارسة حيث حصر التعاقد بإسلوب الممارسة فيما يتعلق فقط بشراء أو إستئجار المنقولات والعقارات والتعاقد على مقاولات الاعمال وتلقي الخدمات والاعمال الفنية والدراسات الاستشارية وهذا ما حددته احكام الباب الرابع من ذات القانون حيث اوضحت المادة 54 الشروط الواجب على الادارة اتباعها عند التعاقد بإسلوب الممارسة العامة¹.

ولما كان القانون الجديد جاء خاليًا من نصوص مشابهة لنصوص للمواد من القانون رقم (89) لسنة 1998، في شأن تنظيم المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب الممارسة .
إلا إن الباحثه ترى أن عدم إيراد مبدأ المفاوضة السابق الإشارة إليه في القانون الجديد لا يعني عدول المشرع عن مبدأ هذا وذلك نظرًا إلى أن المشرع قد افرد قانون خاص تبني فيه مبدأ المفاوضات حيث بإصدار قانون رقم 67 لسنة 2010 والخاص بمشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنى الاساسية والخدمات والمرافق العامة نجد ان المشرع نظم هذا النوع من العقد الاداري وفق مبدأ المفاوضات وهذا يعني ان المشرع المصري حصر مبدأ المفاوضة في نوع محدد من العقود الادارية على سبيل الحصر.

الفرع الثالث التفاوض في التعاقد بإسلوب الممارسة في القانون العراقي

نجدُ في العراق أنّ المشرع لم يتطرق إلى ذكر أسلوب الممارسة ضمن أساليب التعاقد حينما أشار في المادة الثالثة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، إلى أساليب التعاقد التي يتم بموجبها تنفيذ المشاريع، على الرغم من حاجة الإدارة إلى هذا الأسلوب من أساليب التعاقد في حالات معينة يكون من الضروري أن يترك فيها للإدارة حرية أكبر من أجل اختيار المتعاقد وأن لا تنقيد ببعض الإجراءات التي قد تؤدي في النتيجة إلى عدم مراعاة الأسس الفنية التي يجب توافرها في المتعاقد في حالة ما إذا كان العمل يحتاج إلى خبرات فنية عالية². كما لم يتم ذكر أسلوب الممارسة في تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم 1 لسنة 2008، لكنه ذكر أسلوب العطاء الواحد في الفقرة 5 من المادة 4 والتي نصت على (يتم توجيه الدعوة مجاناً من جهات التعاقد لمناقص واحد فيما يتعلق بالعقود ذات الطبيعة الاحتكارية لتجهيز أو تنفيذ الأعمال أو الخدمات الاستشارية أو التصنيع، وذلك عند الضرورة ولوجود أسباب مبررة تستدعي ذلك...) ويتضح لنا من النص أن طبيعة الأعمال التي تستدعي اللجوء إلى أسلوب العطاء الواحد هي نفسها التي تستدعي الاستعانة بطريقة الممارسة في التشريعات محل المقارنه، لذا نجد الحاجة تقتضي النص على طريقة الممارسة في العراق.

¹راجع نص المادة 54 من قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المصري الصادر بتاريخ 3 أكتوبر 2018

²-علي حمزة الغانمي، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الادارية ، مرجع سابق، ص 164.

الفرع الرابع التفاوض في التعاقد بأسلوب الممارسة في فرنسا

يَتَضَحُّ من مراجعة نصوص مواد تقنين العقود الفرنسي وأحكام مجلس الدولة، أن النظام الفرنسي أجاز للجنة الممارسة إمكانية إجراء المناقشات والمفاوضات بهدف الوصول إلى أفضل العروض المقدمة. إذ أجازت المادة (2/95) من تقنين العقود الفرنسي للجنة الممارسة في حالة تساوي أو تعادل العطاءات المقبولة أن تلجأ لكي ترجح أحد العطاءات إلى مطالبة أصحابها بتقديم عطاءات جديدة لتوزيع العملية عليهم ولكن لايجوز لهذه اللجنة أن تطلب منهم تقديم ضوابط أخرى أو معلومات مكملة عن العملية.

وقيام اللجنة بطلب تقديم عطاءات جديدة من أصحاب العطاءات المتساوية، يُفهم منه أن الممارسة تمر بمرحلة تفاوض بين الإدارة وأصحاب العطاءات بهدف إقناعهم بتقديم عطاءات جديدة، لتوزيع العملية محل الممارسة بينهم ¹.

كما أن المادة المذكورة أجازت للجنة الممارسة مناقشة أصحاب العطاءات بهدف استكمال وتحديد العروض المقدمة منهم، وهذا يعني أن إجراءات التعاقد بأسلوب الممارسة تمر بمرحلة تفاوضية يتم خلالها مناقشة أصحاب العروض لاستكمالها وتحديدها وصولاً إلى قرار باختيار المرشح للتعاقد .

ومن جانبه فقد أقر مجلس الدولة الفرنسي أحقية الإدارة في مناقشة ومفاوضة مقدمي العروض بشأن تخفيض بعض أو معظم عطاءاتهم. مع تأكيد ضرورة التزام الإدارة بأسلوب الممارسة بمبدأ المساواة بين أصحاب العروض في مجال المفاوضات التي تتم في هذا الصدد ² ويزيف جانب من الفقه الفرنسي أن المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الممارسة يمكن أن تتم أيضاً بعد اختيار المرشح للتعاقد، وتهدف المفاوضات في هذه المرحلة إلى توضيح واستيفاء البيانات التي خلا منها العرض المقدم من المرشح ³.

¹-د. فؤاد محمد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الادارية، مرجع سابق ، ص 49 ، 50.

²- ومن أحدث أحكامه الصادرة في هذا المعنى :

C-E.10 fev.1997 , M.de Les quen , Rappe , M. de Les quen , Rappe, Mme Bergeal , C. Aff. Ste Revillon, AJ. 1997, P. 714.

نقلاً عن: د. محمد أحمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق، هامش، ص 151.

³-Laubadere , op cit , P. 646- نقلا عن عبداللطيف الجبوري، التنظيم القانوني لمفاوضات العقود الادارية، أطروحة دكتوراه

- مرجع سابق - ص 140.

المطلب الثالث

مجالات وحدود التفاوض في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر

يُشكّل الاتفاقُ المباشر إحدى الوسائل التي تتبعها الإدارة في اختيار المتعاقد معها حيث يعرف الاتفاق المباشر بأنه اتفاق الجهة الإدارية التي يعينها موضوع العقد الإداري مع متعاقد معين بذاته ومباشرة دون المرور بالإجراءات المتبعة عند تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة أو الممارسة، حيث ليس من الملائم في كل الأحيان اتباع الإجراءات المطولة لكي تتعاقد الإدارة عن طريق المناقصة أو الممارسة حيث إنهما يتطلبان إجراءات كثيرة تكلف الإدارة الكثير من الوقت والنفقات في الوقت التي قد تطرأ حاجة مستعجلة للإدارة يتعذر معها الانتظار حتى انتهاء إجراءات اللجوء إلى المناقصة أو الممارسة، وعلى هذا فقد أجاز المشرع للإدارة اللجوء إلى طريق الاتفاق المباشر. وعليه فإن الاتفاق المباشر هو تقنية استثنائية لتبادل الإيجاب والقبول في العقد الإداري وهو يقوم أيضا على التفاوض شأنه في ذلك شأن الممارسة، ولكن وجه الاختلاف بينهما يتمثل في قيام الإدارة بالتفاوض في نطاق الممارسة بنوعيتها بعد استكمال كل الإجراءات المتعلقة بالعلانية وضمن مناخ وافٍ من المنافسة في حين أن الاتفاق المباشر لا يتم من خلال العلانية والمنافسة، وذلك لأنه يحق للإدارة أن تلجأ إلى متعاقد معين بالذات، والتفاوض معه للتوصل إلى أفضل الشروط لإبرام العقد، وذلك على خلاف ما تقتضيه إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها حيث نجد أن التشريعات محل المقارنة قد حددت للإدارة الحالات التي يمكن للإدارة اللجوء إلى التعاقد بطريق الاتفاق المباشر¹.

وبذلك فإن الاتفاق المباشر هو ذلك الأسلوب الذي تحظى به الإدارة بحرية كافية في اختيار المتعاقد معها ولا يعني ذلك إطلاق يد الإدارة من كل قيد في مجال اختيارها للمتعاقد معها، بل إنها تخضع في ذلك لضوابط معينة يكون من شأنها تحقيق المصلحة العامة من جانب ومراعاة حقوق مقدمي العطاءات من جانب آخر، بالإضافة إلى مراعاة القواعد التي أعلنت عنها لتنظيم التعاقد، وفي هذا الخصوص تتمتع الإدارة بسلطة تقديرية واسعة في اختيار المتعاقد معها ولا تخضع للرقابة القضائية إلا فيما يتعلق باستيفاء قواعد الاختصاص والشكل والانحراف بالسلطة حيث يعتمد أسلوب الاتفاق المباشر بصورة واضحة على إجراء المناقشات والمفاوضات بشأن

¹ - وقد عرّفت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع في مصر الاتفاق المباشر كما يأتي: " .. الاتفاق المباشر هو تعاقد جهة الإدارة مباشرة مع المتعاقد الذي وقع اختيارها عليه دونما مناقصة أو مزايمة أو ممارسة. فالاتفاق المباشر تسلك فيه جهة الإدارة سبيل التعاقد مباشرة متحللة من ضوابط وقواعد طريق المناقصة بصورها العامة والمحدودة والمحلية وما تخضع له من قيود. .. ". فتوى الجمعية العمومية ملف رقم (344/54) جلسة 1998/1/21م. نقلاً عن: د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع سابق، ص 829.

بنود العقد وإطاره، هذا بالإضافة إلى الطابع الاستثنائي له، وذلك لانهيار حالاته في إطار محدد¹.

لذا يعد الاتفاق المباشر أو الشراء من مصدر واحد هو إحدى وسائل التعاقد الإداري التي تستعين بها الإدارة في الحالات العاجلة التي لا تتحمل الإجراءات التقليدية للمناقصة والممارسة. وعليه سنتناول في هذا المطلب بيان حدود التفاوض عند تعاقد الإدارة بأسلوب الاتفاق المباشر ضمن نطاق التشريعات محل المقارنة، وذلك على الوجه الآتي:

- الفرع الأول: حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في القانون البحريني.
- الفرع الثاني: حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في القانون المصري
- الفرع الثالث: حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في القانون العراقي.
- الفرع الرابع: حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في القانون الفرنسي.

الفرع الأول حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في القانون البحريني

أقرّ المُشرّع في البحرين أسلوب التعاقد المباشر واعتبره من الأساليب الاستثنائية في التعاقد²، كما أجازته المادة 50 من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني رقم 36 لسنة 2002 والمعدل بموجب المرسوم رقم 29 لسنة 2010 في حدود معينة وبناءً على موافقة السلطة الإدارية المختصة حيث جرى نص المادة على أنه: (يجوز التعاقد بطريق الشراء المباشر في أي من الحالات الآتية:

- أ. الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع إجراءات المناقصة بجميع أنواعها أو الممارسة.
- ب. حالة الكوارث التي تتسبب في حاجة ملحة إلى السلع أو الإنشاءات أو الخدمات التي يحتمل معها اتباع إجراءات المناقصة العامة.

¹ - ومن هذه الحالات: حالات الاستعجال وحالات الاحتكار وحالات استخدام براءة الاختراع والحالات التي تستلزم بطبيعتها خبرات فنية متخصصة، والحالات التي تقتضي المصلحة العامة تقريرها بسرية مثل الاتفاقيات المباشرة لشراء الأسلحة والذخيرة. .. إلخ. د. سعاد الشرفاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، 1995م، ص 216.

² - وهذا ما عيرت عنه المادة 4 من قانون المناقصات والمشتريات والتي نصت على: (يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات بأسلوب المناقصة العامة ومع ذلك يجوز للجهة المشتريّة بقرار مسبب من مجلس المناقصات التعاقد بأحد الأساليب الآتية: د. الشراء المباشر (الشراء من مصدر واحد).....)

ت. حالة التوحيد القياسي أو التوافق مع الموجود من السلع أو المعدات أو التكنولوجيا أو الخدمات مع مراعاة محدودية الشراء المقترح بالقياس إلى الشراء الأصلي ومعقولية السعر وعدم ملائمة البديل.

ث. حالات الشراء لغرض البحث أو التجريب أو الدراسة أو التطوير.

ج. إذا كان الشراء من مورّد أو مقاول معين ضروريا لتعزيز الاقتصاد الوطني كدعم ميزان المدفوعات أو احتياطي العملات الأجنبية (...).

ويتضح من نص المادة المذكورة أن المُشرّع البحريني قد حدد بشكل حصري الحالات التي يجوز فيها للجهة المشتريّة اللجوء إلى التعاقد المباشر، وذلك بعد حصول الجهة المشتريّة على قرار مسبب من مجلس المناقصات، وذلك نظراً إلى كون أن أسلوب التعاقد المباشر استثناء من الأصل، حيث يحدد مجلس المناقصات من ينافي بهم مباشرة إجراءات التعاقد¹.

ولم يفصح المُشرّع البحريني عن مرحلة تفاوضية في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر كما لم نجد أحكاماً صريحة تشير إلى مرحلة المفاوضات في مجال التعاقد المباشر، إلا أن ذلك لا يعني إنكار المُشرّع البحريني لمبدأ المفاوضة وهذا ما يستفاد من تحليل نص المادة 60 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 36 لسنة 2002م، إذ أشارت إلى أن التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر يتم من خلال استناد الأمر إلى لجنة من أهل الخبرة والاختصاص يعينها مجلس المناقصات تتولى موضوع التعاقد أي أنها تتولى إجراء المفاوضات بشكل مباشر مع أصحاب العروض التي يتم الحصول عليها بقصد الحصول على أفضل العروض من الناحية الفنية وأقل الأسعار.

ولما كان المُشرّع في المواد من 56 إلى 59 من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه أعلاه أشار وبشكل صريح إلى مرور التعاقد بأسلوب الممارسة بمرحلة المناقصات والمفاوضات وقياساً على هذا الوضع فإنه من باب أولى أن ينطبق هذا الوضع على التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، وخاصة أن أسلوب الممارسة - التفاوض التنافسي - والاتفاق المباشر - الشراء المباشر - يتسمان بصفتي المرونة وحرية الإدارة في اختيار المتعاقد، فضلاً عن غلبة الطابع العاجل على حالات التعاقد المباشر².

¹-انظر المادة 60 مرسوم بقانون رقم 37 لسنة 2002، والخاص باللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني رقم 36 لسنة 2002م.

²-د.محمد أحمد عبدالنعميم مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق، ص 169-170 =.

- حدود التفاوض في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب طلب تقديم الاقتراحات في القانون البحريني

يُشكّل طلب تقديم الاقتراحات إحدى تقنيات تبادل الإيجاب والقبول في نطاق إبرام العقد الإداري، حيث اعتبر المشرّع البحريني أسلوب طلب تقديم الاقتراحات من الأساليب الاستثنائية لإبرام العقد الإداري شأنها في ذلك شأن أسلوب الممارسة والاتفاق المباشر وهذا ما عبرت عنه المادة 4 من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية رقم 36 لسنة 2002 والمعدل بموجب المرسوم بقانون رقم 29 لسنة 2010 ، والتي نصت على (يكون التعاقد على شراء السلع أو الإنشاءات بأسلوب المناقصة، ومع ذلك يجوز للجهة المشتريّة بقرار مسبب من مجلس المناقصات التعاقد بأحد الأساليب الآتية ... طلب تقديم الاقتراحات، ويكون التعاقد بشأن الخدمات عن طريق طلب تقديم الاقتراحات، ...).

ويتضح من نص المادة 4 أن المشرّع البحريني أجاز إلى الجهة المشتريّة اللجوء إلى أسلوب طلب تقديم الاقتراحات، وذلك بعد الحصول على موافقة مجلس المناقصات وذلك بموجب قرار مسبب، وهنا يحسب للمشرّع البحريني أنه استلزم صدور قرار مسبب من المجلس في حالة لجوء الجهة المشتريّة إلى اتباع أسلوب طلب تقديم الاقتراحات كون أن هذا الأسلوب هو استثناء عن الأصل العام.

إن لجوء الجهة الإدارية إلى أسلوب طلب تقديم الاقتراحات لإبرام العقد الإداري إنما يهدف إلى التعاقد مع المرشح الذي يقدم العرض الأفضل من الناحيتين الاقتصادية والفنية لأن إرساء العقد يتم بناء على عدد من المعايير لا يمكن حصرها حيث أشارت المادة 64 من اللائحة التنفيذية رقم 37 لسنة 2002، والخاصة بقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية إلى المعايير التي على الجهة المشتريّة مراعاتها عند تقييم الاقتراحات حيث جرى نص المادة على (يراعى في معايير تقييم الاقتراحات ما يأتي:

أ. أن تقوم الجهة المشتريّة بتحديد الوزن النسبي للعرض الفني المالي وتحديد المعايير الرئيسية والفرعية والوزن النسبي.

ب. أن يستند التقييم الفني على مدى تلبية الشروط المرجعية وفعالية الاقتراح المقدم لاحتياجات الجهة المشتريّة، بالإضافة إلى المؤهلات والخبرة والسمعة والكفاءة المهنية والإدارية للمورد أو المقاول.

ت. أن يستند التقييم المالي على سعر الاقتراح، بما في ذلك التكاليف التبعية أو ذات الصلة أو أية مسائل ذات تأثير مالي.

ث. أن تضمن وثائق طلب تقديم الاقتراحات معايير التقييم بما في ذلك الوزن النسبي لكل من التقييم الفني والمالي دون ذكر تفاصيل الأوزان النسبية).

كما أجاز المُشرّع لكل مورد أو مقاول أن يطلب من الجهة المشتريّة أي إيضاحات وعلى الجهة المشتريّة أن تقدّم الإيضاحات وترسلها إلى جميع مقدّمي طلبات الاقتراحات من مورّدين ومقاولين¹.

بالرجوع إلى قانون الاونسترال النموذجي للشراء العمومي والصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي نجد أن المادة 30 تناولت أسلوب تعاقد الإدارة بطريق طلب تقديم الاقتراحات، حيث جرى نص الفقرة 3 من المادة 30 على: (يجوز للجهة المشتريّة أن تقوم بالشراء بواسطة طلب تقديم الاقتراحات المقترن بمفاوضات متعاقبة وفقا للمادة 50 من هذا القانون عندما يلزم أن تدرس الجهة المشتريّة الجوانب المالية من الاقتراحات على نحو مفصل وبحيث لا تدرسها إلى بعد الانتهاء من فحص وتقييم خصائص الاقتراح التقنية والنوعية والمتعلقة بالأداء، وعندما تقدر أنه يلزم إجراء مفاوضات متعاقبة مع المورّدين أو المقاولين من أجل ضمان أن تكون الأحكام والشروط المالية لعقد الاشتراء مقبولة لدى الجهة المشتريّة).

ويتضح من النص السابق أن أسلوب تقديم الاقتراحات يمر بمرحلة تفاوضية وهذا ما أخذ به المُشرّع البحريني حيث جاء في المادة 68 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية على أن تتضمن وثائق طلب تقديم الاقتراحات إحدى أساليب الانتقاء وهي إما الانتقاء بتفاوض أو الانتقاء بمفاوضات متتابعة أو الانتقاء بالمفاوضات المتزامنة².

وبالرجوع إلى القانون البحريني نجد أن المُشرّع تناول أسلوب الانتقاء بمفاوضات متتابعة في المادة 70 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية حيث ألزم المُشرّع الجهة المشتريّة عند اختيار أسلوب الانتقاء بمفاوضات متتابعة بمراعاة مجموعة من الإجراءات حيث جرى نص المادة على:

- (أ. أن تحدد مستوى درجات على نحو المنصوص عليه في المادة السابقة.
- ب. أن تدعو المورّد أو المقاول الحاصل على أعلى درجة لمفاوضته في السعر المقترح.
- ج. أن تخطر جميع المورّدين أو المقاولين الحاصلين على أعلى من الدرجة المطلوبة بأنه ستمّ مفاوضاتهم تباعا وبحسب أولوية ترتيب الدرجات، وذلك إذا لم تسفر المفاوضات مع المورّد أو المقاول الأول عن إبرام العقد.
- د. أن تخطر جميع المورّدين أو المقاولين الحاصلين على درجات أدنى من المستوى المطلوب.

¹-انظر المادة 65 و المادة 66 و المادة 67 من اللائحة التنفيذية رقم 37 لسنة 2002، المتعلقة بقانون المناقصات والمشتريات الحكومية.

²-انظر المادة 68 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية .

ث. أن تنتهي المفاوضات مع المقاول الأول إذا لم تسفر عن إبرام عقد معه، على أن تبدأ في التفاوض مع المورد أو المقاول التالي له في الترتيب، فإذا لم تسفر المفاوضات معه عن إبرام العقد تدعو الجهة المشتريّة إلى التفاوض مع الموردين أو المقاولين بحسب ترتيب درجاتهم إلى أن تصل إلى إبرام العقد أو أن ترفض جميع الاقتراحات).

يتضح من النص المشار إليه أعلاه أن المُشرّع اشترط أن يتم التفاوض بعد الانتهاء من عملية تقييم جميع العروض المقدمة وترتيبها بحسب أولويتها من الناحية الفنية وتحديد المرشحين للتعاقد من الإدارة للتفاوض معهم بشأن السعر المقترح.

أما فيما يتعلق بالانتقاء بمفاوضات متزامنة فوفق هذا الأسلوب تلتزم الإدارة بالتفاوض مع الموردين أو المقاولين الذين قدموا اقتراحات مقبولة مع السماح لهم بإدخال تعديلات على الاقتراحات وعلى الجهة المشتريّة عند اختيار أسلوب المفاوضات المتزامنة مراعاة الإجراءات التي نصت عليها اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية في المادة 71 حيث يجب على الجهة المشتريّة أن تطلب من جميع الموردين أو المقاولين بعد انتهاء المفاوضات أن يقدموا -وخلال المدة التي تحددها الجهة المشتريّة- أفضل عرض لديهم يتضمن جميع جوانب اقتراحهم، كما ألزم القانون الجهة المشتريّة عند إجراء تقييم الاقتراحات ألا تنظر إلى السعر المقترح إلا بعد اكتمال التقييم الفني حيث لا تتم المفاوضات إلا بعد الانتهاء من إجراءات التقييم وتحديد أفضل العروض من الناحية الفنية لتتم مفاوضاتهم¹، كما ألزم القانون الجهة المشتريّة بمراعاة السرية عند إجراء تقييم الاقتراحات وفي المفاوضات بما يتضمن عدم إفشاء أي معلومات تقنية أو سريّة تختص بعملية الشراء أو بالمصالح المشروعة للموردين أو المقاولين.

الفرع الثالث حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في

القانون المصري

أقرّ المُشرّع المصري في المادة الأولى من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998، أسلوب الاتفاق المباشر أسلوباً استثنائياً في التعاقد كما أجازت المادة 7 للإدارة التعاقد في نطاق هذا الأسلوب بحدود معيّنة وبناءً على موافقة السلطة الإدارية المختصة حيث نصت المادة على: (يجوز في الحالات العاجلة التي لا تحتل اتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بجميع أنواعها، أن يتم التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بناءً على ترخيص من:

¹ -راجع المادة 71 من اللائحة التنفيذية رقم 37 لسنة 2002، والخاصة بقانون المناقصات والمشتريات الحكومية .

أ- رئيس الهيئة، أو المصلحة ومن له سلطاته في الجهات الأخرى، وذلك فيما لا تجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة إلى شراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، مائة ألف جنيه بالنسبة إلى مقاولات الأعمال.

ب- الوزير المختص ومن له سلطاته، أو المحافظ فيما لا تجاوز قيمته ألف جنيه بالنسبة إلى شراء المقاولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، وثلاثمائة ألف جنيه بالنسبة إلى مقاولات الأعمال.

ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة القصوى، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يجاوز الحدود المنصوص عليها البند (ب) من الفقرة السابقة).

ومما سبق يتضح أن المشرع المصري في ظل القانون القديم رقم بقانون (58) لسنة 1953- خلافا لنظيره الفرنسي والبحريني- لم يتبع التعداد الحصري في تحديد حالات التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، وإنما اكتفى بتحديد الإطار العام والضوابط المنظمة لهذا الأسلوب من خلال إطار الطابع العاجل لحالات التعاقد، فضلا عن الضوابط المالية المنظمة لها هذا بالإضافة إلى أن المشرع المصري اشترط للتعاقد بهذا الأسلوب أن يصدر ترخيصا من السلطة الإدارية المختصة¹.

ومن الملاحظ أن المشرع المصري قد توسع نسبياً في حالات التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، وذلك فيما يتضح من خلال رفع النصاب المالي في هذا الشأن، بل إنه أجاز لسلطات معينة - كما أقرت بذلك المادة (7) المذكورة - التعاقد بهذا الأسلوب من دون حدود قصوى في حالات الضرورة² وهذا التوسع من شأنه أن يتيح لجهة الإدارة مجالا أكثر رحابة في إجراء المفاوضات والمناقشات في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر³.

إلا أن المشرع المصري غير مسئلكه في ظل القانون الجديد الخاص بتنظيم التعاقدات الحكومية رقم 182 لسنة 2018 .

¹- كما أجاز المشرع المصري وفي حالت الضرورة التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر حيث نصت المادة(8) من قانون رقم 89 لسنة 1998، على (يجوز لوزارتي الدفاع والإنتاج الحربي وأجهزتهما في حالات الضرورة التعاقد بطريق المناقصة المحدودة أو المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر. .. كما يجوز لرئيس مجلس الوزراء في حالات الضرورة أن يصرح لجهة بعينها.... بالتعاقد بطريق المناقصة المحلية أو الممارسة المحدودة أو الاتفاق المباشر وفقا للشروط والقواعد التي يحددها).

²- كانت المادة (7) من القانون رقم (9) لسنة 1983، تنص على أنه: " يجوز في الحالات التي لا تحتمل إجراءات المناقصة وبناءً على ترخيص من السلطة المختصة التعاقد بطريق الاتفاق المباشر فيما لا تزيد قيمته عن 2000 (ألفي جنيه) بالنسبة إلى مقاولات الأعمال .. " .

³-د. محمد أحمد عبدالنعيم، مرحلة المفاوضات في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 163.

وبالرجوع إلى المادة 62 من ذات القانون نجد أن المُشرّع المصري قد حدده وعلى سبيل الحصر الحالات التي يجوز للجهة الإدارية اللجوء فيها إلى التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر.

أما عن مرحلة المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر نجد أن المُشرّع المصري لم يُشر بشكل صريح إليها كما فعل نظيره الفرنسي من إقرار مبدأ التفاوض صراحة في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، إلا أن ذلك لا يعني إنكار المُشرّع المصري لمرحلة المفاوضات في مجال الاتفاق المباشر وهذا ما وضحته المادة 50 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، حيث أشارت إلى أن التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر يتم من خلال إسناد الأمر إلى لجنة من أهل الخبرة في موضوع التعاقد تتولى بدورها إجراء مفاوضات مباشرة مع أصحاب العروض التي تم الحصول عليها بقصد الوصول إلى أفضلها شروطاً وأقلها سعراً. ولم يفصح المُشرّع المصري عن مرحلة المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، كما فعل نظيره الفرنسي في إقرار مبدأ التفاوض صراحة في هذا الصدد. كما لم نجد أحكاماً صريحة في قضاء مجلس الدولة المصري تشير إلى مرحلة المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر.

إلا أن ذلك كله لا يعني إنكاراً من جانب المُشرّع والقضاء لمرحلة المفاوضة، ويستفيد ذلك من تحليل المادة (50) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم (89) لسنة 1998، إذ أشارت إلى أن التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر يتم من خلال إسناد الأمر إلى لجنة من أهل الخبرة في موضوع التعاقد تتولى بدورها إجراء مفاوضات مباشرة مع أصحاب العروض التي تم الحصول عليها بقصد الوصول إلى أفضلها شروطاً وأقلها سعراً¹.

وحيث إن المادة 3/44 من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه أعلاه أشارت إلى مرور التعاقد بأسلوب الممارسة بمرحلة تفاوضية وقياساً على الوضع فإنه لا يستبعد على الإطلاق انطباق هذا الوضع على التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر.

الفرع الثالث حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في

القانون العراقي

تُثبت في العراق أنَّ الاتفاقَ المباشرَ يمثل أسلوباً استثنائياً للتعاقد لا يستعان به إلا في الحالات العاجلة التي لا تحتمل اتباع الإجراءات التقليدية للمناقصة أو الممارسة.

¹ - محمد ماهر أبو العينين، العقود الادارية قوانين المناقصات والمزايدات في القضاء وافتاء مجلس الدولة المصري لغاية 2004 ، مرجع سابق، ص 823.

ولم يسلك المُشرّع العراقي أسلوب نظرائه الفرنسي والمصري والبحريني في تعداد حالات التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، كما لم يسلك أسلوب نظيره المصري في تحديد الضوابط المنظمة للتعاقد على وفق أسلوب الاتفاق المباشر.

ومن واقع تحليل نص المادة (4) من تعليمات تنفيذ العقود الحكومي رقم 1 لسنة 2008، نجد أن المُشرّع العراقي أجاز للجهة الإدارية التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر والذي عبر عنه المُشرّع العراقي بمصطلح الدعوة المباشرة وأسلوب العطاء الواحد، حيث أجاز المُشرّع للإدارة الحق مباشرة من دون التقيد بأوطاً الأسعار، وذلك إذا كان التعاقد يتعلق بإحدى العقود الاحتكارية وهذا ما عبرت عنه الفقرة 4 من المادة 4 من ذات التعليمات التي جاء فيها (أسلوب العطاء الواحد (العرض الواحد): يتم بتوجيه الدعوة لمناقص واحد فيما يتعلق بالعقود الاحتكارية على سبيل الحصر لتجهيز أو تنفيذ الأعمال أو الصيانة ذات الطبيعة التخصيصية للأعمال المتعاقد عليها وبعد استحصال الموافقات الأصولية).

كما نصت المادة (10) من قانون شركات المقاولات رقم (66) لسنة 1987، إذ أجازت لمجلس إدارة الشركة الحق بالتعاقد مباشرة مع المقاولين والمجهزين من دون التقيد بأوطاً الأسعار، وذلك للأعمال التي لا تزيد كلفتها على (50.000) خمسين ألف دينار¹.

يتضح أن المُشرّع العراقي أجاز التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر بوصفه أسلوباً استثنائياً، في حدود مالية معينة لا تزيد كلفتها على (50.000) خمسين ألف دينار، إلا أنه لم يبين الحالات الأخرى التي يجوز فيها للإدارة اللجوء إليها عند اختيار المتعاقد معها، كما لم يبين الجهات التي يحق لها إصدار التراخيص بالتعاقد بحسب قيمة الأعمال والمشتريات موضوع التعاقد كما فعل المُشرّع المصري في المادة السابعة المذكورة أعلاه. فكان الأجدر بالمُشرّع العراقي أن يقوم ببيان هذه الحالات بصورة مفصلة لكي تكون الإدارة على علم بهذه الحالات أولاً، وتلتزم بالتعاقد بشأنها عن طريق الاتفاق المباشر ثانياً.

يختلف النظام القانوني العراقي عن نظيره الفرنسي ويتفق مع نظيره المصري والبحريني في مدى إفصاحه عن مرحلة المفاوضة في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر.

فالمُشرّع العراقي لم يفصح صراحة - خلافاً لنظيره الفرنسي - عن إقرار مرحلة المفاوضة في هذا الخصوص. كما لم نجد أحكاماً صريحة للقضاء الإداري والقضاء الاعتيادي في العراق تُشير إلى مرحلة المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر والأساليب الأخرى.

وإذا كان الأمر كذلك، فإنه لا يعني بأي حال رفض لمبدأ التفاوض، إذ إن السمات التي يمتاز بها أسلوب الاتفاق المباشر من مرونة وحرية كبيرة للإدارة في اختيار المتعاقد معها من دون تقيد

¹ تجدر الإشارة إلى أن تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988م، جاءت خالية من النص على أسلوب الاتفاق المباشر أحد أساليب التعاقد الإداري.

بمبدأ آلية الإرساء على مقدّم العطاء الأقل وتستوجب أن يسبق التعاقد بهذا الأسلوب مناقشات ومفاوضات بما يتواءم مع الطبيعة العاجلة لحالات التعاقد. هذا من جانب ومن جانب آخر فإن الواقع العملي وما تفرضه الطبيعة العاجلة لحالات التعاقد بهذا الأسلوب ويؤكد الدور الفعلي لمرحلة المناقشات والمفاوضات المباشرة كمرحلة أساسية قبل إبرام التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، بهدف الوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار تحقيقاً للمصلحة العامة .

الفرع الرابع حدود التفاوض في التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر في

القانون الفرنسي

يتضح في فرنسا من مراجعة التقنين الفرنسي الحالي لعقود الدولة وتعديلاته أن المشرع أبرز دور المفاوضة بوصفها مرحلة أساسية للتعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، حيث تضمنت المواد من 103، 104، 308 من هذا التقنين وتعديلاته المفاوضات العقدية أو ما يسمى أسلوب التعاقد بناء على مفاوضة (Les marches negociées) أي أن الإدارة تبرم عقودها وفقاً له من دون التقيد بشكلية معينة، مروراً بمناقشات ومفاوضات مع المرشح للتعاقد معها لتحقيق المصلحة العامة.

ومن تحليل نص المادة 103 من المرسوم رقم (76-89) الصادر في 21 يناير 1976م، والمعدل بالمرسوم (92-1310) يناير 1992م، نصت على: ((أن التعاقد بناءً على مفاوضة هو ذلك الإجراء الذي يحظى من خلال المسؤول عن التعاقد بحرية ومرونة كافية في إجراء المناقشات مع المرشحين للتعاقد، مع إسناد الأمر لمن يراه من دون التقيد بشكليات معينة))¹.

كما اعتبر مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه أن المفاوضة من المراحل الأساسية السابقة على التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر ومن أهم أحكامه في هذا الصدد الذي يعكس بوضوح ذلك هو ((حكمة الصادر في قضية (Auffret) إذ انتهى هذا الحكم إلى أن إجراء مشاورات أو المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر يهدف إلى تحديد المواصفات وبرامج التنفيذ، ولا يجوز أن تؤدي هذه المفاوضات إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين المتنافسين². وحكمة الصادر في قضية (Pardonet Lauge) حيث

¹- نقلاً عن عبد اللطيف نايف الجبوري، التنظيم القانوني لمفاوضات العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق - ص 150.

²- ورد النص المذكور على النحو الآتي :

" La Procedure est dite (negociée) Iorsque la personne du mearche engage Librement les discussion qui lui paraissent utiles avec les candidates de son choixet attribue le marche au candidat au'elle a retenue

أقر مجلس الدولة الفرنسي مبدأ المفاوضة في إطار من الحرية بوصفة مرحلة سابقة على اختيار المتعاقد، وتوافر هذا المبدأ بشأن تصميم وإنشاء عملية نصب تذكاري¹.
ومن جميع ما تقدم ترى الباحثه أن المشرع الفرنسي أكد أهمية مبدأ التفاوض في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر حيث ذهب الفقيه الفرنسي (chapus) إلى أن عقود الأشغال العامة والتوريدات الخاصة بشؤون الدفاع القومي وما تتصف به من سرية بشأن التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، تستوجب إجراء المفاوضات المباشرة لما توفره من سرعة وسرية في آن واحد، خلافاً للأساليب التقليدية الأخرى مثل المناقصة وما تنسم به من بطء وعلانية². وعليه يتبين لنا أن المشرع الفرنسي اعتبر المفاوضة من المراحل الأساسية السابقة على إبرام العقد بأسلوب الاتفاق المباشر، أفصح صراحة في تقنين العقود الحالي على أن المفاوضة هو الإجراء الذي تحظى من خلاله السلطة الإدارية بحرية ومرونة كافية لمناقشة المترشحين من المقاولين أو المتعهدين وصولاً إلى أفضل العروض، وذلك ما جرى تأكيده من قبل قضاء مجلس الدولة الفرنسي في العديد من أحكامه والمشار إليها أعلاه.

¹-C.E. 8 Dec 1995 Pardonet Lauge, D. 1996 Rec. P.14, D.A. 1995 , no.78, R.F.D.A 1996, P/152

نقلا عن عبداللطيف نايف الجبوري ، المرجع نفسه ، ص 151.

²-Rene chapus, Droit Administratif Generale , T.1, 10ed , Montchrestien, 1977 ,P. 612. -

نقلا عن عبداللطيف نايف الجبوري ، التنظيم القانوني لمفاوضات العقود الادارية، مرجع سابق، ص 151.

المبحث الثالث

أحكام التفاوض في العقود الإدارية

تحظى المفاوضات بدور بالغ الأهمية في مجال العقود بشكل عام ومجال العقود الإدارية بشكل خاص سواء في المرحلة السابقة على إبرام العقد أو في مرحلة تنفيذه، وذلك لما تلعبه من دور وقائي يحول دون إثارة المشكلات مستقبلاً عبر حسم كثير من النقاط الخلافية قبل التعاقد، وحل ما قد يُثار منها بعد التعاقد وأثناء تنفيذ العقد ولاسيما أن بعض أنواع العقود الإدارية كعقد الأشغال العامة وعقود المشاركة بين القطاع العام والخاص تتسم بطول وقت تنفيذها وضخامة تكاليفها مما يستوجب تنظيم عملية التفاوض على نحو يحقق الغاية المرجوة منها.

لذلك حظيت المفاوضات بإهتمام المشرعين بتنظيمها مرحلة المفاوضات على نحو دقيق، ومن هنا تظهر أهمية تحديد مرحلة المفاوضات على النحو الذي يمكننا من تحديد نطاق المسؤولية الإدارية الناشئة في مرحلة المفاوضات.

ولما كان العقد الإداري يمر بثلاث مراحل أساسية وهي المرحلة التمهيدية ومرحلة التعاقد أو إبرام العقد ومرحلة تنفيذ العقد وتقع المفاوضات في مجال العقود الإدارية عادة بين المرحلتين الأولى والثانية حيث تشمل المرحلة الأولى الإذن المالي والاستشارات السابقة والدراسات الأولية والإذن بالتعاقد وتشمل المرحلة الثانية مرحلة الإعلان وتقديم العطاءات والبت فيها وتوقيع العقد وقد تتضمن المرحلة الثالثة في بعض الأحيان التفاوض أثناء التنفيذ إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الأطراف على ذلك.

وعلى ضوء ذلك يمكن القول إن هناك مرحلة مهمة جداً تسبق عملية التفاوض ومن ناحية أخرى فإنه يكون من الأهمية تحديد وقت بدء المفاوضات أي متى يمكن القول إن المفاوضات قد بدأت لأن بتحديد وقت بدء المفاوضات تبدأ المسؤولية الإدارية، وهنا تثار التساؤلات عن السلطة المختصة بإجراء المفاوضات؟ وعن المرحلة ما قبل المفاوضات؟ وعن بدء مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية؟

وبناءً على ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب تناول فيها السلطة المختصة بإجراء المفاوضات ومرحلة ما قبل المفاوضات في العقود الإدارية والمرحلة التي تبدأ فيها المفاوضات في العقود الإدارية، وذلك على الوجه الآتي:

المطلب الأول: مرحلة ما قبل المفاوضات.

المطلب الثاني: السلطة المختصة بإجراء المفاوضات.

المطلب الثالث: بدء المفاوضات.

المطلب الأول

مرحلة ما قبل المفاوضات

يَمُرُّ العَقْدُ بمرحلتين رئيسيتين الأولى هي مرحلة ما قبل التعاقد، وتسمى أيضا المرحلة السابقة للتعاقد والمرحلة الثانية هي المرحلة مابعد التعاقد، وتبدأ هذه المرحلة الأخيرة لحظة إبرام العقد وبذلك يعتبر العقد كاملا ويتمتع بقوته القانونية الملزمة بشرط أن يكون العقد صحيحا سواء كان نافذاً لازماً أو غير لازم بحيث يترتب العقد آثاره القانونية الملزمة والمتمثلة بالالتزامات المفروضة على عاتق أطراف العقد إلا أن هذه المرحلة تخرج من نطاق بحثنا إذ إنها أشبعت بحثاً من قبل فقهاء القانون المدني والإداري لذلك فإننا سوف نستبعد هذه المرحلة من نطاق دراستنا التي تقتصر على مرحلة ما قبل التعاقد أو المرحلة التي تسبق إبرام العقد، كما أننا سوف نسلط الضوء بشكل تفصيلي على جزئية معينة من المرحلة السابقة على التعاقد ألا وهي جزئية المفاوضات والمسؤولية المترتبة عليها.

ولما كانت الحاجة أو عدم الحاجة إلى فترة أو مرحلة المفاوضات تتباين من عقد إلى آخر ففي العقود المهمة والمركبة ولاسيما عقود البوت وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص نجد ضرورة الحاجة إلى فترة مفاوضات لتبادل وتقريب وجهات النظر بين أطراف العلاقة التعاقدية بل إن الحاجة إليها قد تدعو إلى تنظيم فترة المفاوضات نفسها عن طريق إبرام العديد من العقود المنظمة لفترة المفاوضات والمستقلة عن العقد النهائي.

وحيث إن مرحلة المفاوضات تشمل سلسلة من النشاطات والمواقف المتعددة التي تتخللها العديد من الأفكار والانطباعات التي تنثير اهتمام المتفاوض في جميع الاتجاهات. ويمكن لهذه النشاطات والمواقف على كثرتها وتشعبها أن تؤدي إلى حال من التشتت في الجهد والوقت مالم يكن هناك إدراك عميق وواسع لفهم طبيعة المراحل المحددة التي تمر خلالها المفاوضات ومن ثم وضع الخطط اللازمة للتحرك في كل مرحلة على وفق متطلباتها المحددة وعليه فإن مرحلة المفاوضات تسبقها مرحلة أخرى لا تقل أهمية عن مرحلة المفاوضات وهي مرحلة ما قبل المفاوضات.

لذا لابد لنا من تحديد مرحلة المفاوضات بشكل دقيق لكي نتمكن من معرفة الآثار القانونية المترتبة على تلك المرحلة تمهيداً لمعرفة المسؤولية الادارية التي تنشأ في هذه المرحلة، وبناءاً على ذلك سنقوم في هذا المطلب بدراسة مرحلة ما قبل التفاوض، وذلك على النحو الآتي:

تبدأ مرحلة ما قبل المفاوضات بإعلان الإدارة رغبتها في التعاقد وفقاً لأسلوب محدد وشروط معينة وفي ضوء هذه الدعوة إلى التعاقد يعكف من يرغب في التعاقد مع الإدارة على دراسة الموقف تمهيداً لتقديم عرضه لذا يشكل الإعداد والتحضير الجيد للتفاوض مدخلاً استراتيجياً في تحديد ملامح النتائج المتوقعة من المفاوضات¹، فالمفاوضات كما سبق الإشارة إليها مسبقاً تهدف إلى وضع تصور مشترك لعناصر العقد المراد إبرامه بين الإدارة والراغب في التعاقد معها بحيث تحدد ملامح العقد وتصاغ بنوده بأعمال مشتركة بين الطرفين حتى يأتي العقد معبراً عن إرادتهما معا وليس إرادة أحدهما².

ويرى البعض أن إعلان الإدارة رغبتها في التعاقد سواء كان بأسلوب المناقصة أو الممارسة أو الاتفاق المباشر هو إجراء يسبق مرحلة المفاوضات بل حتى تقديم العطاءات تسبق عملية أو مرحلة التفاوض حتى الدعوة إلى التفاوض نفسها تسبق عملية المفاوضات كما ذهب البعض الآخر إلى أن المفاوضات تتم قبل تقديم العطاءات، وذلك من خلال الاتصالات والمباحثات التي تجرى بين الإدارة والراغبين في التعاقد معها حول شروط التعاقد المعلن عنها أو الواردة بكراسة الشروط إلا أننا لا نتفق مع هذا الرأي لأن الاتصالات والمشاورات التي تتم بين الإدارة والراغبين في التعاقد معها لا تعتبر من قبل المفاوضات بالمعنى الفني لمفهوم المفاوضات فهي مجرد وسيلة لتجميع المعلومات حول العملية التعاقدية تمهيداً لتقديم العروض، والذي يؤكد صحة هذا الرأي أن المشرع اشترط حالات معينة لدخول الإدارة في مفاوضات مع أصحاب العروض فيكيف يمكن القول بوجود مفاوضات في مجال العقود الإدارية قبل تقديم العطاءات. وعليه فيمكن القول إن مرحلة ما قبل المفاوضات تبدأ بإعلان الإدارة رغبتها في التعاقد.

فمرحلة المفاوضات تتم بعد تحديد المترشح للتعاقد وهذا ما قرره المادة 112 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات الصادر بالقانون رقم 89 لسنة 1998، في مصر فقد نصت المادة المذكورة أعلاه على أنه إذا اقتضت الضرورة إدخال بعض التعديلات الإضافية على العقار المطلوب التعاقد بشأنه طبقاً لمتطلبات العمل الخاصة بالجهة الإدارية فيتم الاتفاق مع صاحب العقار على تنفيذ الأعمال توحيداً لمسؤوليته عن سلامة العقار بالكامل أي عن طريق التفاوض مع صاحب العقار³، ولم يختلف موقف المشرع البحريني في هذا الخصوص عن موقف نظيره المصري حيث جرى نص المادة 33 من قانون المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية رقم 29 لسنة 2010، على (... على أن يجوز بعد موافقة المجلس التفاوض مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بسعره إلى أدنى سعر ممكن إذا

1- (لا تشمل المفاوضات سائر الأعمال التي يقوم بها كل طرف على حدة من دون أن تتصل بعلم الطرف الآخر أو تجرى مناقشتها معه حتى لو كانت متعلقة بالعقد المراد إبرامه) - د. فؤاد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 9.

2- د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 11.

3- د. فؤاد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 11، 12.

كان سعر عطائه أعلى من الكلفة التقديرية المخصصة للشراء...) يتضح من نص المادة أن مرحلة المفاوضات تتم بعد تحديد المرشح للتعاقد مع الإدارة ووفق الضوابط التي حددها القانون. ومن الخطوات الرئيسية التي تنطوي عليها عملية التحضير للمفاوضات هي الدراسة التمهيدية أي أن الإدارة قبل أن تتخذ قرارا بالتفاوض يكون من الأفضل لها القيام بإجراء دراسة تمهيدية عن هذا المشروع المراد تنفيذه، وذلك بهدف الحصول على المعلومات الضرورية والمشورة الفنية اللازمة لتتوير إرادتها وتحديدها لتقدير صحة اتخاذ القرار النهائي بتنفيذ المشروع أو التخلي عنه حيث يجب أن تتضمن هذه الدراسة الجوانب الاقتصادية والفنية والقانونية وجوانب التأمين أي تقدير أولي لمخاطر المشروع المتوقعة بالإضافة إلى مصادر التمويل أي أن الإدارة عليها أن تتأكد أولاً من وجود اعتماد مالي كافٍ لإبرام العقد¹ وحيث إن هذه الدراسات والاستشارات التمهيدية التي يقوم بها أحد الأطراف لا تدخل في نطاق المفاوضات العقدية ألا أنها من الممكن أن تكون محلاً لعقد بالمعنى الفني الدقيق وخاصة في مجال بعض العقود كعقود التوريد أو عقود نقل التكنولوجيا أو عقود التوريد بمولدات الطاقة الكهربائية أو الذرية بمصانعها ففي هذه الأنواع من العقود يلتزم المزود بالقيام بدراسات ميدانية واقتصادية تنصب حول جدوى إمكانية وتنفيذ المشروع والكلفة العملية المطلوبة من أجله، ويكون ذلك لقاء مقابل يلتزم به طالب التوريد ففي مثل هذه الحالة نكون أمام عقد من عقود الدراسات والمشورة الأولية ويترتب على هذا العقد التزامات تنصب على عاتق الطرفين ويؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية تجاه الطرف المخل². ومن أهم الجوانب التي تتناولها الدراسة التمهيدية هي:

أولاً: الجوانب الاقتصادية

تبين دراسة الجدوى الاقتصادية للمشروع، وذلك بالتحديد المبدئي لتكاليفه والأرباح المتوقعة منه، وهي في سبيل ذلك تتطرق - كثيراً - إلى دراسة السوق الذي سينفذ المشروع في إطاره. ففي عقود التوريد -مثلاً- يقوم المورد عادة بإجراء دراسة بشأن إمكانية البيع في منطقة التوزيع القاصرة على الموزع، وحجم المنافسة القائمة، وتحديد مدى تناسب المنتج مع عقيدة وذوق المستهلك في تلك المنطقة، ومن ثم حجم الإقبال المتوقع.

ثانياً: الجوانب الفنية

تحدد الدراسة المواصفات الفنية اللازمة لتنفيذ المشروع، وتختار لهذا التنفيذ الحل الأمثل من الناحية الفنية والذي يتلاءم مع أهداف الإدارة، ويتفق مع إمكانياتها المتاحة، ففي عقود نقل

¹- يرى بعضهم أن ضرورة توافر الإذن المالي ليس ركناً أساسياً في عملية التعاقد، ومن ثم فإن الإدارة إذا تعاقدت بالرغم من عدم وجود اعتمادات مالية، فإن العقد يكون سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة الأفراد سواء كان الاعتماد غير موجود كله أم كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 302، 303.

²- جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، السنة 20 العدد الأول شوال 1416 للهجرة، مارس 1997م، ص 172.

التكنولوجيا مثلاً تتم المفاضلة بين الوسائل التقنية المختلفة لانتقاء أفضل وسيلة تتناسب مع ظروف التجهيز الصناعي المزمع إنشاؤه.

من أجل ذلك تقوم الدراسة باختبار المعطيات الأولى للمشروع مثل¹:

الموقع: ففي عقود الإنشاءات الكبرى تجري عادة دراسة أولية لحالة الموقع (The Location) المقترح لمعرفة مدى صلاحيته من الناحية الجيولوجية لإقامة الإنشاءات عليه، وذلك ببحث طبيعة المكان واختبار عمق الأرض، وكذلك بحث آثار المشروع على البيئة المحيطة به وتأثره بها، ومدى توافر المرافق الأساسية من طرق وكهرباء ومياه ووسائل نقل واتصال .. الخ .

الأيدي العاملة: ينبغي التأكد من توافر الأيدي العاملة المتخصصة ومدى كلفتها، والحاجة إلى الاستعانة بخبراء أجانب.

ثالثاً: مصادر التمويل

لن تفكر الإدارة الدخول في علاقة تعاقدية مع الآخرين من أجل توريد مادة معينة أو القيام ببعض الأعمال، مالم تكن متأكدة من توافر الأموال اللازمة لتسديد نفقات هذه العقود، وهذه النفقات تسدد من ميزانية الدولة أو إحدى الميزانيات الملحقة بها. ولهذا فإن على الإدارة أن تتأكد أولاً من وجود الاعتماد المالي الكافي لمواجهة الأوضاع الجديدة، لأن الإدارة لا تستطيع أن تتعاقد أو أن تلتزم مالياً قبل الآخرين مالم تحصل على الاعتماد المالي اللازم لإبرام العقد². وضرورة وجود الاعتماد المالي³، لا يقتصر على النشاط الذي تقوم به الإدارة في مجال العقود الإدارية بل يشتمل على كل نشاط تقوم به الإدارة ويرتب عليها التزامات مالية معينة. وعليه فإن كل عمل تروم الإدارة القيام به ويرتب عليها التزامات مالية أيّاً كان نوعها ومقدارها فإنها لا بدّ من أن تحتاط له عن طريق توفير المبالغ اللازمة لسد نفقاته.

وقد أكدت تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية في العراق لسنة 1988، ضرورة وجود اعتماد مالي مخصص للمشروع قبل الدخول في المراحل التنفيذية⁴.

وقد تبرز مشكلة التمويل بوجه خاص في المشروعات التي تقيمها البلدان النامية، والتي يتم تمويلها بالعادة بالاقتراض من المؤسسات المالية الدولية مثل البنك الدولي للإنشاء والتعمير

¹ - رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 349 ، 350.

² - محمود حلمي، العقد الإداري، الطبعة 2 - دار الفكر العربي 1977 ، ص 51 .

³ - يرى بعضهم أن ضرورة توافر الإذن المالي ليس ركناً أساسياً في عملية التعاقد، ومن ثم فإن الإدارة إذا تعاقدت بالرغم من عدم وجود اعتمادات مالية، فإن العقد يكون سليماً وملزماً للإدارة في مواجهة الأفراد، سواء كان الاعتماد غير موجود كله أم كانت الالتزامات التعاقدية تزيد على المبلغ المسموح به. د. سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية ، مرجع سابق، ص 302 ، 303.

⁴ - نصت المادة الرابعة (فقرة 1/ب) من التعليمات المذكورة على أنه " على الجهة المنفذة قبل الدخول بالمراحل التنفيذية مراعاة استكمال المتطلبات الآتية: ب - وجود تخصيصات للمشروع أو العمل في المنهاج الاستثماري على أن يحدد وقت المباشرة في ضوء التخصيصات السنوية ".

(B.I.R.D)¹. أو يترك الأمر إلى الشركة التي ستنفذ المشروع إذ تتولى الأخيرة تمويل المشروع مقابل تسوية معينة مثل مشروعات الـ (B.O.T)².

رابعاً: جوانب التأمين

ينبغي إجراء تقدير أولي لمخاطر المشروع المتوقعة، وذلك بهدف تحديد أي من هذه المخاطر ينبغي تغطيته بثيقة تأمين، ومدى الكلفة المتوقعة لعملية التأمين، وفي المشروعات الدولية تصنف هذه المخاطر إلى نوعين³ :

النوع الأول: يكفي تغطيته بوثائق التأمين التقليدية مثل الحريق ومضار التكنولوجيا.

النوع الثاني: يتعلق بمخاطر التجارة الخارجية مثل مخاطر التصدير، وهذه تؤمن بواسطة هيئات تأمين متخصصة تنشأ خصيصاً لهذا الغرض في الدول الكبرى.

خامساً: الجوانب القانونية

يجب أن تتناول الدراسة التمهيدية الجانب القانوني للمشروع، وتتخذ الإجراءات القانونية والتراخيص الإدارية التي يجب الحصول عليها والعوائق القانونية التي قد تحول من دون تنفيذ المشروع.

وقد يتطلب المُشَرِّع وجوب حصول الإدارة على إذن بالتعاقد من جهات معينة شرطاً لازماً قبل البدء في إجراءات التعاقد المتعلقة ببعض العقود المهمة⁴.

ويُعدُّ الإذن بالتعاقد أو الموافقة على التعاقد شرطاً أساسياً لصحة الرابطة التعاقدية، وترتيباً على ذلك فإن تعاقد الإدارة من دون الحصول على هذا الإذن يؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، ذلك أن من المُسلَّم به في الفقه الإداري الفرنسي أن القواعد المتعلقة بضرورة الحصول على الإذن القانوني بالتعاقد هي قواعد متعلقة بالنظام العام لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالاً وثيقاً⁵. وعلى هدى الفقه الإداري الفرنسي سار القضاء الإداري المصري في إعتبار العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً في حالة تعاقد الإدارة من دون الحصول على هذا الإذن⁶.

¹ - للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر: د. عبدالمعز عبدالغفار، الجوانب القانونية لنشاط البنك الدولي للإنشاء والتعمير، القاهرة، من دون ذكر جهة النشر، 1977 م.

² - تعني كلمة " BOOT " باللغة الإنجليزية: (Belding, Own , Operate and Transfer) أي البناء والإدارة والتشغيل ونقل الملكية. د. عصمت عبدالله الشيخ، التحكيم في العقود الادارية ذات الطابع الدولي ، مرجع سابق ، هامش، ص 144 .

³ - د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 350 .
⁴ - نص قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم (32) لسنة 1986 المعدل على وجوب استحصال الموافقة السابقة على إبرام الإدارة لعقود البيع والإيجار، وقد اختلفت الجهات المطلوب الحصول على موافقتها. ينظر المواد (2 ، 21 ، 30، 22، 33). ويتخذ الإذن بالتعاقد صوراً متعددة، فقد يصدر في صورة = قانون من البرلمان، أو في صورة قرار إداري من الوزير المختص، وقد يصدر الإذن القانوني عن طريق موافقة أكثرية معينة من أعضاء مجلس الإدارة. ينظر: نجيب خلف الجبوري، سلطة الادارة في اختيار المتعاقد معها، دراسة مقارنة - رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد 1984، ص 154 .

⁵ - د. سليمان الطماوي، الاسس العامة للعقود الادارية ، مرجع سابق، ص 305 .

⁶ - فقد جاء في فتوى مجلس الدولة المصري ما يأتي: " .. إذا كان الثابت أن السلطة التنفيذية قد قامت بتأجير قطعة أرض بإيجار اسمي لمدة طويلة لإحدى الجهات الخيرية ... فإن هذا العقد يكون باطلاً، ذلك أن المادة (126) من دستور 1930 -الذي أبرمت في ظله هذه الإجازة -كانت تقضي بعدم جواز التبرع بأموال الدولة إلا بقانون ... ومتى انعدمت الإرادة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد،

أما في العراق فإن القضاء العراقي عد العقد الذي تبرمه الإدارة مع أحد المتقدمين من دون حصولها على الإذن القانوني اللازم عقداً باطلاً¹.

وإذا كان المشروع سينفذ في بلد أجنبي فينبغي دراسة القوانين المحلية المتعلقة بالاستثمار في هذا البلد لاسيما أن كانت هذه القوانين واجبة التطبيق عليه. ولاشك في أن القواعد القانونية المحلية المتعلقة بالنظام العام ستكون واجبة التطبيق، حتى لو كان المشروع خاضعاً لقانون دولة أخرى. هناك طرق أخرى لإجراء الدراسة التمهيدية كما يمكن أن تجرى الدراسة التمهيدية بطريق آخر، وذلك من خلال الاستعانة بالوسائل الخاصة، ويحدث ذلك بوجه خاص في الشركات الكبرى، إذ تمتلك هذه الأخيرة عادة فريقاً من المتخصصين ذوي الخبرة في العديد من المجالات، ويختص هؤلاء بعمل دراسة لكل مشروع تعتزم الشركة القيام به وتتبع هذه الطريقة أيضاً شركات القطاع العام. وعلى أي حال فإن هذه الشركات تستطيع أن تستخدم الدراسات التي أجرتها من قبل بمناسبة تنفيذ مشروعات مماثلة.

من ناحية ثانية تتم عن طريق الاستعانة بالشركة المرشحة لتنفيذ المشروع لإجراء هذه الدراسة، وكثيراً ما تتبنى الدول النامية هذا الحل، إذ تفتقر هذه الدول إلى الإمكانيات والوسائل اللازمة لعمل هذه الدراسة.

ومن ناحية ثالثة يستعان بأهل الخبرة من الغير لأجراء هذه الدراسة، فيتعاقد مع أحد مكاتب دراسات الجدوى لهذا الغرض، ويسمى العقد في هذه الحالة "عقد المشورة Contrat de Counsel"².

وكثيراً ما تقوم الإدارة قبل دخولها في علاقات تعاقدية مع الآخرين باستشارة بعض الجهات ذات الاختصاص³، وذلك من أجل تجنب بعض المخاطر التي من المحتمل أن تقع فيها فيما لو أبرمت العقد من دون هذه الاستشارة. ولاشك في أن هذه الجهات ستفيد الإدارة باستشاراتهما المهمة بخصوص العقد قيد الإبرام.

= كان العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً ... " فتوى مجلس الدولة رقم (3646) في 1954/12/22، مجموعة المبادئ القانونية، مرجع سابق، ص 226.

¹- فقد قضت محكمة التمييز " ... بعد التدقيق والمداولة تبين أن العقد الذي تبرمه الحكومة مع الشركة المميزة هو عقد إداري ... ومثل هذا العقد لا ينعقد إلا بعد موافقة هيئات إدارية عينها قانون أصول المحاسبات العامة رقم 28 لسنة 1940 .. " حكم محكمة التمييز المرقم (966/158) الصادر بتاريخ 1966/7/28م، منشور في مجلة التدوين القانوني، العدد الثاني، السنة الخامسة، 1966، ص 208.

²- ويراد بعقد المشورة ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه شخص محترف، يسمى استشاري Consultant، بتقديم المشورة إلى شخص آخر بخصوص أمر معين، وفقاً للأصول العلمية والفنية المرعية وذلك لتوجيهه في اتخاذ القرار.

للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر: د. نزيهة محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود، دراسة فقهية قضائية مقارنة - دار النهضة العربية - 1996 - ص 7 - 15.

³- من بين تلك الهيئات في العراق المركز القومي للاستشارات الهندسية والمعمارية، فالمركز يقوم بإعداد التصاميم والمواصفات للمشاريع المطلوب منه بيان الرأي بشأنها، وبيان ما إذا كان إنجاز تلك المشاريع يواجه صعوبات عند تنفيذه أو مخاطر. ينظر: قانون المركز القومي للاستشارات الهندسية والمعمارية رقم (17) لسنة 1972.

وفي أحيان أخرى يلزمها المُشرّع باللجوء إلى طلب الاستشارة لأسباب فنية أو اقتصادية أو اجتماعية¹.

وبناءً على ذلك فإن الاستشارات السابقة على التعاقد تكون على نوعين في قوتها الملزمة. فهي إما تكون غير ملزمة إِي على سبيل الاستئناس بالرأي في كل حالة لا ينص فيها المُشرّع على غير ذلك، وإما أن تكون ملزمة وذلك في حالة ما إذا جعل المُشرّع الاستشارة قبل التعاقد ملزمة للإدارة².

وبعد أن تقدم الاستشارة، تقوم الجهات المختصة بدراستها وتحليلها وتقديم التوصيات بشأنها إلى الجهة التي لها الصلاحيات في البت بتلك الاستشارات³.

ومن الأمور التي تتضمنها رحلة ماقبل المفاوضات هي البحث عن المتعاقد والتحقق من شخصيته حيث مما لاشك فيه أن المتعاقد الآخر يشكل عنصرًا جوهريًا في العملية التعاقدية، فهو الطرف الثاني في العقد، ومن ثم يجب الحرص الشديد في اختياره والتحقق من شخصيته، ولاسيما إذا كان العقد المزمع إبرامه من العقود المهمة أو العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، ففي مثل هذه العقود فإن الراغب في التعاقد لا يتفاوض مع أي شخص يصادفه، وإنما يتفاوض مع الشخص الذي تتوفر فيه صفات معينة تضمن للعقد الحد الأدنى من النجاح في المستقبل، وهو لا يختار شخصًا لمجرد أن التفاوض معه سيكون سهلاً، وأنه يجعل العقد مليئًا بالمزايا، وإنما الأهم من ذلك أن يكون هذا الشخص في مركز مالي ومهني يسمح له بتنفيذ العقد بالفعل .

أولاً: البحث عن المتعاقد

بعد دراسة فكرة العقد والتأكد من جدواها تقوم الإدارة بالبحث عن المتعاقد الآخر عن طريق توجيه دعوة إلى الجمهور أو إلى عدد محدد من الأشخاص أو الشركات وتختار من بين المتقدمين من تراه الأصلح ثم تقوم بالتفاوض معه مثل طرح مناقصة عامة أو محددة. كما أن الإدارة تستطيع أن توجه هذه الدعوة إلى من ترغب في التعاقد معه مباشرة للدخول معه في مفاوضات بشأن إبرام هذا العقد⁴.

ثانياً: التحقق من شخصية المتعاقد تلعب شخصية المتعاقد دوراً رئيساً في اتخاذ القرار النهائي بالتعاقد من عدمه، لذا فإنها تلقى اهتماماً كبيراً في المدة قبل العقدية. وهذه الشخصية وإن بدت أقل أهمية في عقود الإذعان بالنظر إلى الحاجة في سرعة تصريف السلع والخدمات بغض النظر عن شخصية المتعاقد الآخر، إلا أنها تعد عنصرًا جوهرياً في العقود المهمة التي يتفاوض

¹- وذلك لتلافي المخاطر الفنية التي تقع بها الإدارة عند إبرامها لبعض العقود أو لتلافي المخاطر القانونية أو لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة على التصرف. د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق، ص 321 .

²- د. إبراهيم طه الفياض، العقود الإدارية، النظرية العامة وتطبيقاتها في القانون الكويتي والمقارن، من دون ذكر جهة النشر، 1981م، ص 134.

³- المادة الأولى الفقرة (4) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988 ، العراق.

⁴- ويكون ذلك عندما تلجأ الإدارة إلى اتباع أسلوب الاتفاق المباشر للتعاقد كما سنرى ذلك لاحقاً .

عليها ولاسيما العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، إذ تكون شخصية المتعاقد محل اعتبار عند التعاقد. ومن ثم فإن الشخص الراغب في إبرام عقد من هذه العقود لا يدخل في تفاوض بشأنه إلا بعد التحقق من شخصية المتعاقد الآخر، لأن هذه العقود تقتضي وجود ثقة بين الطرفين، وهذه الثقة لا تتحقق إلا بالتأكد من أن الطرف الآخر أهل للتعامل معه .

وثمة صفات معينة تحرص الإدارة عادة على التأكد من توافرها في المتعاقد الآخر قبل أن تفكر في التفاوض معه¹ وهي:

الكفاية المالية: ويراد بها أن يكون الشخص المراد التفاوض معه قادرًا على الوفاء بالتزاماته المالية في المستقبل. ويمكن الاستدلال على الكفاية المالية للمتعاقد الآخر بالنظر إلى حالته الاقتصادية الظاهرة، مثل مستواه المعاشي، لكن هذا المعيار غير كافٍ دائمًا إذ لا توجد علاقة أكيدة بين مستوى معيشة الشخص وقدرته المالية الحقيقية، ولا يصح التعامل إلا وفقًا لمعلومات وأرقام دقيقة. ولذا فإن الأحوط أن تطلب الإدارة من الشخص الذي ترغب في التعاقد معه تقديم بيان مصرفي عن موقفه المالي. وتعد الكفاية المالية أمرًا جوهريًا في عقود الائتمان مثل عقد القرض .

الكفاية المهنية: وهي أن يكون لدى المتعاقد الآخر من الخبرة العملية والمهارة الفنية ما يمكنه من القيام بالعمل الذي يناط به على أكمل وجه. وتعد الكفاءة المهنية أمرًا ضروريًا بصفة خاصة في العقود التي تقتضي القيام بعمل مهني، مثل عقود الأشغال العامة، إذ يعهد إلى المتعاقد الآخر القيام بعمل مهني معين، ومن ثم يجب التأكد منذ البداية أنه قادر من الناحية المهنية على القيام به. ولذلك فإن الإدارة عندما ترغب في التعاقد مع شخص للقيام بعمل معين تحرص عادة على أن تطلب منه تقديم شهادة خبرة أو بيان بأعماله المهنية السابقة.

حسن السمعة: وهي أن يكون المتعاقد الآخر متمتعًا بسمعة طيبة بين أقرانه أو في وسطه المهني، وذلك بأن يكون معروفًا عنه الوفاء بالعهد من دون ممانعة والأمانة في أداء العمل، والدقة في احترام المواعيد. وهذه كلها صفات ينبغي أن يتحلى بها المتعاقد الآخر حتى يمكن الثقة فيه والتفاوض معه بأطمئنان. وهذا مانتصت عليه المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمشتريات الحكومية رقم 36 لسنة 2010، والتي جاء فيها (يجب على الجهات الخاضعة لأحكام هذه اللائحة في سبيل الحصول على ما تحتاج إليه من السلع أو الإنشاءات أو الخدمات أن تتعامل مع الموردين والمقاولين الذين لديهم ما يلزم من المؤهلات والكفاءة المهنية والمالية

¹- تنص المادة السادسة الفقرة السابعة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، على أنه: "على الجهات المنفذة وقبل إحالة المناقصة التأكد من إمكانيات المقاول (المرشح للإحالة) المالية والفنية وأعماله المماثلة المنجزة أو التي قيد التنفيذ " .

ينظر كذلك: شروط المقاولات لأعمال الهندسية الكهربائية والميكانيكية والكيمائية بقسميها الأول والثاني الصادرة عن وزارة التخطيط سابقًا في العراق، ص 9. و شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية بقسميها الأول والثاني الصادرة عن وزارة الحكم المحلي سابقًا لسنة 1988، ص 9.

والتجهيزات اللازمة من آلات ومعدات وأجهزة وغيرها والمقدرة الإدارية والسمعة الحسنة والخبرة اللازمة لتنفيذ عقد الشراء).

ويشترط دائماً فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعاً بحسن السمعة وهذا قيد لمصلحة المرفق العام¹، وشرط حسن السمعة نصت عليه المادتان (48، 258) من تقنين العقود العامة في فرنسا².

وهو ما أكدته صراحة المادة الثالثة من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998، إذ نصت على أنه " يكون التعاقد بطريق المناقصة المحدودة في الحالات التي تتطلب طبيعتها قصر الاشتراك في المناقصة على موردين أو مقاولين أو استشاريين أو فنيين أو خبراء بذواتهم سواء في مصر أو في الخارج، على أن تتوفر في شأنهم شروط الكفاية الفنية والمالية وحسن السمعة ".

وسلطة الإدارة في الاستبعاد لسوء السمعة أمر مُسلم به من القضاء إذ ذهبت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في مصر في جلستها المنعقدة بتاريخ 9 كانون الأول 1987، إلى أنه: "... لا يكفي في التعاقد مع الإدارة توفر المقدرة الفنية والمادية بل يجب أن تتوفر إلى جانب ذلك حسن السمعة، وللإدارة في هذا الشأن الحق في استبعاد من ترى استبعادهم من قائمة عملائها ممن لا يتمتعون بحسن السمعة، ولها سلطة تقديرية في مباشرة هذا الحق لا يحدها إلا عيب إساءة استعمال السلطة. وفي ضوء ذلك يكون من حق جهة الإدارة أن تستبعد من المناقصة أو الممارسة التي تجربها العطاء الذي يثبت لديها أن صاحبه لا يتمتع بحسن السمعة، والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدي إلى احتمال تعاقد الإدارة مع صاحب هذا العطاء رغم عدم توافر حسن السمعة لديه الأمر الذي لا يتفق مع أحكام القانون " ³.

أما في العراق فلم ينص على شرط حسن السمعة صراحة في القوانين والتعليمات المنظمة للعقود الإدارية⁴ ولكن يمكن الاعتماد على مجموعة من الأسس التي تحدد مدى توافر حسن السمعة من عدمه.

وهذه الأسس هي ما يأتي :

1. سلوك الشركة أو الشخص الراغب في التعاقد في تنفيذ أعمال سابقة سواء مع هذه الجهة أم غيرها .

¹- د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الادارية قوانين المناقصات والمزايدات في القضاء إفتاء مجلس الدولة حتى 2004 ، مرجع سابق، ص 484 .

²- الصادر سنة 1964 المعدل .

³- ملف رقم 120/147 جلسة 1987/12/9م، نقلاً عن: د. محمد ماهر أبو العينين، مرجع نفسه ، ص 487 .

⁴- إذ لم ينص عليه صراحة في قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986 المعدل. ولا في تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية الصادرة سنة 1988. وكذلك لم ينص عليه في شروط المقاولات لأعمال الهندسة المدنية. وكذلك شروط المقاولات لأعمال الهندسة الكهربائية والميكانيكية والكيميائية .

2. عدد المرات التي لجأت الشركة فيها أو الشخص الراغب في التعاقد إلى القضاء .
3. عدد المرات التي تم اللجوء فيها إلى التحكيم (إذا كان العقد ذا طبيعة دولية) .
4. هل سبق تطبيق غرامات تأخيرية على الشركة أو على الشخص الراغب في التعاقد في عمليات أخرى.

فكل هذه الأسس وغيرها تحدد مركز الشركة وتبين سمعتها في الوسط الذي تعمل فيه ما يتيح للإدارة سلطة تقديرية وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة في استبعاد العطاء المقدم من هذه الشركة أو هذا الشخص لأن شرط حسن السمعة غير متوفر.

كما تجدر الإشارة إلى أن هناك نوعين من المفاوضات وهي **المفاوضات العامة** التي تتمثل بمجرد استطلاع كل طرف لوجهة نظر الطرف الآخر أو مجرد دراسة الجدوى الاقتصادية للعقد المراد إبرامه وما يترتب عليه من مزايا مالية أو حتى استطلاع مدى حقوق والتزامات طرفي العقد أما النوع الآخر من المفاوضات التي يطلق عليها **المفاوضات العقدية** التي تتمثل بالإيجاب المشترك أو مشروع العقد بحيث يكفي أن يوقع الطرفان فيقوم عقد التفاوض بينهما¹، وترى الباحثة أن ما يطلق عليه بالمفاوضات العامة وفقاً لما ذكر أعلاه لا تعد مفاوضات بالمعنى الفني الدقيق إنما تدخل ضمن نطاق المراحل السابقة على المفاوضات.

وأخيراً **فترى الباحثة** وعلى ضوء ما ذكر أعلاه فإن مرحلة ما قبل المفاوضات تمثل نقطة البداية في المفاوضة في ضوء ما يصل إليه مقدمو العروض من نتائج وملاحظات وفضلاً عما يروونه من اشتراطات أو تحفظات على شروط التعاقد المعلنة وكذلك ما تصل إليه الإدارة من نتائج وفق الدراسة التمهيدية التي اعدتها حيث تؤدي هذه المرحلة إما إلى صرف النظر عن المفاوضات إما بصورة مؤقتة أو بصورة نهائية أو اتخاذ قرار التفاوض.

¹ -د. فؤاد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الادارية، مرجع سابق، ص 12- 13.

المطلب الثاني

السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في العقود الإدارية

إذا كانت القاعدة العامة هي حرية الإدارة في اتباع الأسلوب الذي تريده في التعاقد وفي اختيار المتعاقد معها، فإن الإدارة لا تكون حرة في كل الحالات في اختيار المتعاقد معها، وذلك خلافاً للوضع بالنسبة إلى الأفراد في عقودهم الخاصة حيث إن القانون حدد للإدارة طرقاً وإجراءات معينة يقتضي اتباعها لغرض تأمين حسن اختيار المتعاقدين التي تتضمن عطاءاتهم على أفضل الشروط الفنية والمالية، وذلك تحقيقاً للمصلحة العامة. لكن الإدارة لا تملك حرية واسعة عند التعاقد كما هو الحال في إبرام الأفراد لعقودهم، فالنسبة إلى قواعد القانون الخاص نجد الأفراد يتمتعون بحرية في تعاقدهم مع الآخرين وفقاً لل فلسفة الاقتصادية والسياسية للمجتمع في حين يختلف الأمر بالنسبة إلى قواعد القانون العام إذ يظهر أن حرية الإدارة تحدد بعدد من القيود التي يجب عليها الالتزام بها أثناء عملية التعاقد.

وحيث إن العقد الإداري يفتقد إلى تلك الخصيصة المهمة التي تقوم عليها العقود المدنية كون التعاقد فيه يخضع لأساليب محددة والتي تشكل في ذاتها قيداً على حرية الإدارة في اختيار الطرف الآخر في التعاقد، وذلك لغرض تحقيق هدفين أساسيين أولها تحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة وثانيهما مراعاة مصلحة الإدارة في إنجاز العمل في الوقت المحدد بحسب المواصفات المطلوبة.

ولما كانت النظرية العامة في العقود الإدارية تبدأ كمثيلتها في العقود المدنية بالبحث عن شروط تكوين العقد الإداري ومن ثم البحث عن شروط صحة انعقاد العقد فالعقود الإدارية تتميز بشكليات أكثر تعقيداً منها في العقود المدنية حيث يتركز هذا التعقيد بوجه خاص في الشق المتعلق بالتعبير عن إرادة جهة الإدارة التي تكون طرفاً في العقد الإداري، حيث غالباً ما يتم في شكل عملية مركبة متشابكة وقد تكون على مراحل متعددة وفي فترات متلاحقة على حسب الأحوال وعلى حسب الأسلوب الذي تتبعه الإدارة في اختيار المتعاقد معها.

حيث إن الإدارة تتبع أساليب عديدة في إبرام عقودها الإدارية وحيث إن السلطة المختصة لإبرام العقد الإداري تختلف بحسب الأسلوب الذي تتبعه الإدارة في إبرامه وهذا ما ينتج عنه اختلاف السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في العقود الإدارية بحسب الأسلوب الذي تتبعه الإدارة في اختيار المتعاقد معها.

وعليه سنعرض في هذا المطلب السلطة المختصة بالتفاوض في حالة التعاقد بأسلوب المناقصة وفي حالة التعاقد بأسلوب الممارسة وحالة التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة.

الفرع الثاني: السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الممارسة.

الفرع الثالث: السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر

الفرع الأول السلطة المختصة بإجراءات المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة

بالرجوع إلى أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية في مملكة البحرين نجد أن المُشرّع البحريني لم يحدد بشكل صريح الجهة المختصة بإجراء المفاوضات في حال التعاقد بأسلوب المناقصة إلا أنه بالرجوع إلى المادة 33 من قانون رقم 29 لسنة 2010، والمتعلق بتعديل أحكام المرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2002، بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية حيث جرى نص المادة على: (ولا يجوز للجهة المتصرفة الدخول في مفاوضات مع أي مورد أو مقاول بشأن عطائه وخاصة فيما يتعلق بالسعر، على أنه يجوز وبعد موافقة المجلس التفاوض مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بسعره إلى أدنى سعر ممكن إذا كان سعر عطائه أعلى من الكلفة التقديرية المخصصة للشراء، وذلك من دون الإخلال بالشروط والمواصفات المنصوص عليها في وثائق المناقصة. ويجب الرجوع إلى المجلس بنتيجة التفاوض. وفي جميع الأحوال يكون للمجلس القرار الأخير في هذا الخصوص)¹، يفهم من نص المادة المشار إليها أعلاه أن المُشرّع البحريني أسند مهمة إجراء المفاوضات مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بالسعر إلى سعر السوق إلى الجهة المتصرفة ويقصد بها كل الوزارات والهيئات الحكومية والمؤسسات العامة والبلديات والجهات الحكومية التي لها موازنة مستقلة أو ملحقة أو الشركات المملوكة بالكامل للدولة ومجلسي الشورى والنواب التي يطبق عليها قانون المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية²، حيث إن هذه الجهات هي المهيمنة على إجراءات التعاقدات الحكومية سواء بأسلوب

¹-الجريدة الرسمية - العدد 2954، البحرين الصادره في 1 يوليو 2010 م.

²-المادة 3 من مرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2002 البحريني.

المناقصة أو غيرها من أساليب التعاقد الإداري. كما ألزمت المادة 33 الجهة المتصرفة بأخذ موافقة مجلس المناقصات قبل البدء بإجراء المفاوضات وبالرجوع إلى مجلس المناقصات بعد الانتهاء من المفاوضات مع أي مورد أو مقاول، وذلك لأن مجلس المناقصات هو صاحب القرار الأخير بهذا الخصوص.

أما في مصر فإن أحكام قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998، ولائحته التنفيذية¹ نجد أن المشرع المصري لم يتضمن أي نصوص تتعلق بالمفاوضات في حالة التعاقد بأسلوب المناقصة، وذلك على عكس النحو الوارد في المادة 16 من القانون رقم 9 لسنة 1983، (قانون المناقصات والمزايدات الملغي) حيث جرى نص المادة 16² على: (لا يجوز بعد فتح المظاريف الدخول في مفاوضات مع أحد مقدمي العطاءات في شأن تعديل عطائه ومع ذلك يجوز للجنة البت مفاوضة مقدم العطاء الأقل المقترن بتحفظات أو تحفظات للنزول عن كل تحفظاته أو بعضها، مما يجعل عطاءه متفقا مع شروط المناقصة بقدر الإمكان، كما يجوز للجنة البت مفاوضة صاحب العطاء الأقل غير مقترن بتحفظات للنزول بسعره إلى مستوى سعر السوق، وتجرى المفاوضة في الحالتين المشار إليهما بقرار من السلطة المختصة) يتضح من النص المشار إليه أعلاه أن المشرع المصري أسند مهمة التفاوض في مجال التعاقد إلى الإدارة بأسلوب المناقصة إلى لجنة البت نظرا إلى ما تملكه من صلاحيات تصل إلى إرساء المناقصة على مقدم العطاء الأفضل شروطا والأقل سعرا هذا بالإضافة إلى أن هذه اللجنة تتشكل من عناصر قانونية ومالية وفنية تعطيها القدرة على المفاوضات مع أصحاب العطاءات أما بشأن تعديل عطائه أو بشأن النزول عن كل أو بعض التحفظات، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن لجنة البت هي الأقدر على إجراء المفاوضات، وذلك لإلمامها بكل جوانب العملية التعاقدية. وكل ذلك مشروط بصدر قرار من السلطة المختصة³ قبل بدء لجنة البت بإجراء المفاوضات وهذا ما أوضحته المادة المشار إليها أعلاه⁴.

أما في العراق فقد نصت الفقرة 5/ب من المادة 6 من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، على (للجهة المنفذة وبموافقة الوزير المختص التفاوض من أي من المتناقصين إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك للحفاظ على سرية المعلومات الواردة في عطاءات المتناقصين وتفاصيل التفاوض مع أي منهم)⁵. وعليه يتضح مما سبق أن المشرع العراقي أسند إلى الجهة المنفذة لإجراءات التعاقد بطريق المناقصة مهمة مباشرة إجراءات

1- الجريدة الرسمية - العدد 19 مكرر، المصري الصادرة في 8 مايو 1998.

2- من القانون الملغي (المصري) رقم 9 لسنة 1983، ولائحته التنفيذية.

3- تتمثل السلطة المختصة بالمدير العام أو رئيس الإدارة المركزية المختص أو الوزير المختص أو من يمارس سلطاته.

4- د. محمد عبدالنعم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، 110-111-112، فؤاد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق، 37-38.

5- عبداللطيف نايف الجبوري، التنظيم القانوني لمفاوضات العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق، ص 118.

التفاوض، وذلك بعد موافقة الوزير المختص وعليه فإن موقف المُشرّع العراقي لم يختلف عن نظيره المصري والبحريني في هذا الصدد.

أما القانون الفرنسي فلم يرد فيه نصوص مماثلة تنظم المفاوضات وتحدد الجهة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة ويمكن تفسير هذا الاتجاه من جانب قضاء مجلس الدولة الفرنسي بما اطردت عليه أحكامه من رفض إدخال أي تحفظات من جانب مقدمي العطاءات، فكل عطاء يتضمن تحفظات يجب استبعاده فيما عدا التحفظات التي تتعلق بالشروط غير القانونية أو غير المشروعة أو التحفظات الشكلية التي لا تتعلق بمضمون العطاء ذاته¹.

الفرع الثاني السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب الممارسة

ولمّا كانت المفاوضات تشكل مرحلة أساسية عند تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة على نحو يتفق مع طبيعة الممارسة وحيث إن الإدارة تتمتع بحرية اختيار المتعاقد معها وفقاً لإسلوب الممارسة وتتجلى هذه الحرية من خلال مرحلة المناقشات والمفاوضات التي تجري بين الإدارة وراغبى التعاقد، وذلك بهدف الوصول إلى أفضل العروض بما يحقق مصلحة الإدارة.

يقوم المُشرّع عادة بتحويل جهة مختصة للقيام بالتفاوض، وكثيراً ما تكون هذه الجهة هي لجنة تتولى مباشرة إجراءات التعاقد بأسلوب الممارسة، وبالرجوع إلى المادة 47 من قانون المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية² الجهة المختصة بمباشرة المفاوضات مع مقدمي العروض في حال تعاقد الإدارة بأسلوب التفاوض التنافسي - الممارسة - وهي الجهة المشتريّة حيث جرى نص المادة على (تجري الجهة المشتريّة³ في حالة اتباع إجراءات الممارسة من خلال لجنة يقرر المجلس تشكيلها، مفاوضة أصحاب العروض أو مندوبيهم وعلى الجهة المشتريّة إبلاغ أصحاب العروض المشتركين في الممارسة بأية اشتراطات أو توجيهات أو وثائق أو معلومات ذات صلة بالممارسة) ويتبين من نص المادة أن المُشرّع البحريني أسند مهمة التفاوض عند تعاقد الإدارة بأسلوب التفاوض التنافسي - الممارسة - إلى لجنة يتم تشكيلها بموجب قرار من مجلس المناقصات تتولى مفاوضة أصحاب العروض أو مندوبيهم.

وعند مراجعة نصوص التقنين المصري نجد أن المُشرّع المصري أسند مهمة التفاوض عند تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة إلى لجنة الممارسة وهذا ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 47 من

¹-نقلا عن دكتور محمد أحمد عبدالنعم ، مرحلة المفاوضات في العقود الادارية، مرجع سابق ، ص 108.
²-راجع المادة 1 من مرسوم بقانون رقم 29 لسنة 2010، والخاص بتعديل أحكام المرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2002، بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية.

³-تم تعديل عبارة الجهة المشتريّة لتحلّ معاً عبارة الجهة المتصرفة - الفقرة 2 من المادة 1 من المرسوم بقانون رقم 29 لسنة 2010، الخاص بتعديل بعض أحكام المرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2002، بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية.

اللائحة التنفيذية للقانون رقم 9 لسنة 1983، على..... تتولى لجنة الممارسة إجراء ممارسة الموردّين والمقاولين ومناقشتهم في جلسة علنية مفتوحة للموردّين والمقاولين أو مندوبيهم) كما أشارت المادة 44 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، إلى قيام لجنة الممارسة بالتفاوض مع مقدمي العروض المقبولة فنياً وإن لم يستخدم مصطلح التفاوض بشكل صريح إنما استخدم مصطلح الممارسة فقد جرى نص المادة على: (تتولى لجنة الممارسة إجراء ممارسة مقدمي العروض المقبولة فنياً أو مندوبيهم في جلسات علنية للوصول إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار بمراعاة توحيد أسس المقارنة بين العروض من جميع النواحي الفنية والمالية). وكون أن المُشرّع أسند مهمة المفاوضات إلى لجنة الممارسة لذا لا بدّ من أن تتشكل اللجنة من عناصر فنية ومالية وقانونية وهذا ما أكدته المادة 40 من اللائحة التنفيذية التي نصت على (يكون التعاقد بطريق الممارسة بقرار من السلطة المختصة التي تصدر قراراً بتشكيل لجنة ممارسة برئاسة موظف مسؤول وعضوية فنية ومالية وقانونية وفق أهمية وطبيعة التعاقد ويجب أن يشترك في عضوية لجنة الممارسة من تنديه وزارة المالية لذلك، وعضو من إدارة الفتوى المختصة بمجلس الدولة يندبه رئيسها....).

أما في العراق فلم يتطرق المُشرّع العراقي إلى ذكر أسلوب الممارسة من أساليب التعاقد عندما أشار في المادة 3 من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، ومن جانبنا نهيى بالمُشرّع العراقي التدخل في هذه المسألة نظراً إلى حاجة الإدارة إلى هذا الأسلوب من أساليب التعاقد ففي حالات معيّنة يكون من الضروري أن يترك فيها للإدارة حرية أكبر من أجل اختيار التعاقد معها¹.

أما في فرنسا فقد بينت المادة 59 من تقنين العقود الفرنسي أن الجهة المختصة بإجراء المفاوضات عند تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة هي لجنة الممارسة حيث يمكنها إجراء المناقشات مع الممارسين وفي الحالات التي حددها القانون والتي سبق الإشارة إليها².

الفرع الثالث السلطة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال تعاقد الإدارة

بأسلوب الاتفاق المباشر

لما كان التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر من الأساليب الاستثنائية التي تلجأ إليها الإدارة في حالات محددة على سبيل الحصر لذا فقد حدد المُشرّع الجهة أو الجهات التي تتولى مباشرة إجراءات التفاوض، وبالرجوع إلى القوانين محل المقارنة نجد أن المُشرّع في البحرين أناطه في

¹-عبداللطيف نايف الجبوري، التنظيم القانوني لمفاوضات العقود الادارية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق، ص 145 .

²-راجع المطلب الثاني - حدود التفاوض في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة.

المادة 60 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 36 لسنة 2002، وتعديلاته مهمة مباشرة إجراءات التعاقد بأسلوب الشراء المباشر (من مصدر واحد) إلى مجلس المناقصات حيث نصت المادة على: (يكون التعاقد بطريق الشراء المباشر بموافقة المجلس في الحالات المنصوص عليها في القانون، ويحدد المجلس من يناط بهم مباشرة إجراءات التعاقد من أهل الخبرة والاختصاص في العملية المطلوبة والذين يقع عليهم مسؤولية التحقق من مطابقة السلع أو الإنشاءات أو الخدمات، من حيث النوع والمواصفات للغرض المطلوب من أجله ومن كون أن الأسعار مناسبة لأسعار السوق من واقع ما يتم الحصول عليه من عروض ترفق بوثائق العملية ...) ويتضح من نص المادة أن المُشرّع البحريني لم يختلف عن نظيره المصري من حيث اشتراط الحصول على ترخيص مسبق من سلطة إدارية معينة بالإضافة إلى إسناده جميع إجراءات التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر بما فيها المفاوضات إلى لجنة من أهل الخبرة والاختصاص يتم تشكيلها بموجب قرار من جهة إدارية لتتولى إجراءات التعاقد.

أما في مصر نجد أن المُشرّع المصري في المادتين السابعة والثامنة من قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998م، حدد حالات تعاقد الإدارة بأسلوب الاتفاق المباشر وهذا ما بيناه فيما سبق. كما حددت المادة (50) من اللائحة التنفيذية الجهة التي تولى عملية التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر حيث نصت المادة على أنه: (يكون التعاقد بطريق الاتفاق المباشر بقرار مسبب من السلطة المختصة في الحالات والحدود المنصوص عليها بقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، وتحدد تلك السلطة من يناط بهم مباشرة إجراء التعاقد من أهل الخبرة في العملية المطروحة والذين يقع على عاتقهم مسؤولية التحقق من مطابقة الأصناف من أجله وأن الأسعار مناسبة لسعر السوق من واقع ما يتم الحصول عليه من عروض ترفق بأوراق العملية) يتبين لنا من نص المواد المشار إليها أعلاه أن المُشرّع المصري استلزم أولاً صدور ترخيص من السلطة المختصة يسمح للجهة الإدارية مباشرة إجراءات التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر وضمن الحالات التي أجاز فيها القانون للجهة الإدارية للتعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر كما أسند المُشرّع مهمة المفاوضات إلى لجنة من أهل الخبرة يتم تشكيلها بموجب قرار من السلطة المختصة لتتولى إجراءات التعاقد¹.

أما في القانون العراقي فلم ترد فيه نصوص مماثلة تنظم المفاوضات وتحدد الجهة المختصة بإجراء المفاوضات في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب الاتفاق المباشر كما تجدر الإشارة هنا إلى أن تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع أعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، جاءت خالية من النص على أسلوب الاتفاق المباشر كأحد أساليب التعاقد الإداري².

¹- د. فؤاد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الادارية، مرجع سابق، ص 41.

²- عبد اللطيف نايف الجبوري، التنظيم القانوني لمفاوضات العقود الادارية، أطروحة دكتوراه، مرجع سابق، ص 156.

أما في فرنسا فعند مراجعة القانون الفرنسي نجد أن المُشرّع لم يتطرق إلى بيان الجهة المختصة بإجراء المفاوضات عند تعاقد الإدارة بأسلوب الاتفاق المباشر كما لم يتطلب ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من سلطات إدارية معيّنة عند لجوء الإدارة إلى التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر وهذا خلافا لنظيره المصري.

المطلب الثالث

بدء المفاوضات

تشتمل المفاوضات على كل ما يصدر من أحد الطرفين متصلًا بعلم الطرف الآخر بهدف صياغة تصور مشترك لإيجاب أو مشروع عقد يسعيان إلى إبرامه¹. فالمفاوضات تبدأ إذا بكل اتصال بين الطرفين بقصد تحقيق هذا الهدف وهذا الوصف يتحقق على ما يتعلق بصياغة تصور مشترك لإيجاب أو مشروع عقد يسعي الأطراف إلى إبرامه.

وتبدأ المفاوضات عادةً بدعوة يوجهها أحد الطرفين إلى الآخر أو إلى أفراد الجمهور تسمى الدعوة إلى التفاوض يعلن فيها رغبة في التفاوض بشأن عقد من العقود تمهيداً لإبرامه.

وتتضمن هذه الدعوة اقتراحاً للتعاقد تتفاوت قيمته القانونية تبعاً لمضمونه. غير أنه كلما تقدمت المفاوضات بين الطرفين فإن هذا الاقتراح يكون محلاً للتغيير والتطوير في قيمته ووضوحه، نتيجة لاقتراحات مقابلة أو مضادة متبادلة بين الطرفين تتضمن تعديلات لمضمونه²، إلى أن يرقى إلى مستوى الإيجاب المشترك الذي تنتهي به المفاوضات بين الطرفين عادة، إذ لا يتبقى سوى توقيعهما على مشروع العقد حتى يقترن القبول بهذا الإيجاب فينشأ العقد قانوناً³.

وإذا كان هذا المبدأ يصدق كلية على العقد المدني فإنه يختلف نسبياً في العقد الإداري، فأعلان الرغبة في التعاقد من جانب الإدارة وفقاً لأسلوب محدد وشروط معينة لا يمثل إيجاباً بل مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض، ويمثل العطاء المقدم من الراغب في التعاقد معها إيجاباً إذا لم يتضمن أي تحفظات، ولا يعد الإرساء قبولاً نهائياً بل لا بدّ من اعتماد السلطة الإدارية المختصة له - عن طريق التصديق - وفي هذه اللحظة يمكن القول بانعقاد العقد، ويبدأ التزام أطرافه بمضمونه، وهذا ما سنتناوله لاحقاً في الفصل الثالث.

وبناء على ذلك سنعرض كيفية سير المفاوضات والنتائج المترتبة على بدء مرحلة المفاوضات، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: سير المفاوضات.

الفرع الثاني: انتهاء المفاوضات.

¹ - د. محمد إبراهيم دسوقي، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار إيهاب للنشر والتوزيع، 1985، ص 30.
² - قد يبريث المفاوض في قبول أو رفض مشروع العقد المطروح عليه، مواصلاً التفاوض فينقدم بعرض من جانبه يتضمن استبعاداً أو إضافة أو تعديل شرط أو أكثر بما يختلف عما ورد في هذا المشروع فيكون قد أبدى اقتراحاً مقابلاً أو مضاداً له، مثل يطلب خفض الثمن. ويستوي في ذلك أن يكون الشرط جوهرياً أم ثانوياً. د. عبدالفتاح عبدالباقي، موسوعة القانون المدني المصري، نظرية العقد والإرادة، مرجع سابق، ص 104.
³ - د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 35.

الفرع الأول سير المفاوضات

متى حصل الاتفاق على التفاوض - صراحة أو ضمناً - صحيحاً نشأ عنه التزام بالتفاوض على عاتق الطرفين، أي التزام بالدخول في المفاوضات والسير فيها بغية التوصل إلى اتفاق نهائي بشأن العقد المزمع إبرامه¹. غير أن هذا الالتزام لا يصادر حرية المتفاوض في قراره بشأن العقد النهائي، إذ من حقه دائماً العدول عن السير في المفاوضات والتخلي عن إبرام العقد من دون أي مسؤولية طالما أن طرفي التفاوض قد احترما مبدأ حسن النية في التفاوض وما يتفرع عنه من التزامات².

وحيث إن الالتزام بالتفاوض هو التزام ذو شقين:

الشق الأول: الالتزام بالدخول في التفاوض، إذ يجب على الطرفين الدخول في التفاوض بالفعل، وذلك بالبداية في مناقشة شروط العقد في الحال، أو بالذهاب إلى قاعة المفاوضات في الموعد المحدد لبداية المفاوضة أو أن يتفق الطرفان على هذا الموعد صراحة، فإذا لم يكن ثمة اتفاق التزم كل منهما بالبداية في المفاوضات في المدة المعقولة³.

الشق الثاني: الالتزام بالتفاوض بحسن نية، وهذا الالتزام هو الالتزام الجوهرى في مرحلة التفاوض على العقد، إذ يعد مبدأ حسن النية مطلباً أساسياً لنجاح المفاوضات، وإذا كان الالتزام بحسن النية في التفاوض يمثل الالتزام الرئيسي فأن ثمة التزامات ثانوية تنفرع من هذا الالتزام وتضعه موضع التنفيذ⁴.

ويتم التفاوض على العقد إما في مرحلة واحدة وإما في مراحل عديدة بحسب أهمية العقد ومدى تعقيده، فإذا كان العقد بسيطاً مثل عقد البيع أو الإيجار الوارد على شيء بسيط فإن التفاوض - على الأغلب - يتم سريعاً بحيث لا يستغرق أكثر من لقاء واحد تقريباً. أما إذا كان العقد مهماً ومعقداً مثل بعض حالات عقد التوريد، وعقد الأشغال العامة، وعقد الامتياز ... إلخ فإن التفاوض عليه يستغرق عادة مراحل عديدة يتم خلالها عقد جلسات مكثفة وجولات متلاحقة، وإذا ما توصل الطرفان أثناء الجلسة أو الجولة التفاوضية إلى اتفاق على بعض النقاط فإنهما يقومان ببلورة هذه النقاط في اتفاق مرحلي، ثم يواصلان التفاوض على باقي النقاط، وهكذا حتى يتفقا على شروط العقد كافة .

¹- إن مصدر هذا الالتزام هو مبدأ حسن النية في التعامل، الذي من أثره المباشر أنه لا يجوز لأي طرف قطع التفاوض بلا أسباب مقنعة وجدية. ينظر: فؤاد العلواني، د. عبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد، بيت الحكمة، بغداد، 2003م، ص 17.

²- د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 102.

³- للمزيد من التفاصيل ينظر: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 115 - 117.

⁴- من هذه الالتزامات على سبيل المثال لا الحصر: الالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون، والالتزام بمواصلة التفاوض والالتزام بالمحافظة على الأسرار. للمزيد من التفاصيل بشأن هذه الالتزامات التي سبق لنا الإشارة إليها في المطلب الثالث من المبحث الأول من هذا الفصل - ينظر: د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 14-33. د. أبو العلا علي أبو العلا، مفاوضات عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2002، ص 145، 172.

ويحرص الطرفان عادة على تحديد زمان ومكان التفاوض، ولاسيما إذا كان التفاوض سيتم في وقت لاحق. كما يحرصان على تحديد جدول زمني للمفاوضات يطلق عليه (جدول الأعمال) تدرج فيه النقاط التي ينوي الطرفان مناقشتها في كل جلسة من جلسات التفاوض، وترتب هذه النقاط بشكل تنازلي بحسب أهمية كل نقطة . وفي الموعد المحدد لبدء المفاوضات يذهب الطرفان إلى طاولة التفاوض ويحمل كل منهما الشروط والعروض التي ينوي طرحها على الطرف الآخر. والواقع أنه من الأفضل دائماً البدء بمناقشة الشروط التي لا تثير خلافاً كبيراً، لأن ذلك من شأنه التشجيع على الاستمرار في المفاوضات، فكلما كانت البداية طيبة ومشجعة كلما أدى ذلك إلى خلق جو مفعم بالطمأنينة والثقة بين الطرفين مما يساعد على كسر التوتر الذي يسود عادة في الجلسات الأولى من المفاوضات¹. وهنا يثور التساؤل حول أثر ما تتمتع به الإدارة من سلطات على المفاوضات في العقود الإدارية ؟

لما كان ماتتمتع به الإدارة من سلطات في مواجهة المتعاقد معها لا تملك ممارستها إلا بعد إبرام العقد حيث تدخل آثار العقد بين طرفي العقد حيز التنفيذ وهذه السلطات مقررة للإدارة في مواجهة المتعاقد معها أما قبل إبرام العقد أي في مرحلة المفاوضات فلا تملك الإدارة هذه السلطات وبالتالي لا مجال للحديث عن تأثير السلطات التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة المتعاقد معها في هذه المرحلة، والذي يؤكد صحة القول إن التفاوض على العقد يعتبر مسألة جوازية سواء بالنسبة إلى الإدارة أو بالنسبة إلى الراغب بالتعاقد معها².

الفرع الثاني انتهاء المفاوضات

تختلف النتائج التي تترتب عن مرحلة التفاوض باختلاف الظروف والمبررات والتفاعلات التي قد تحدث في المفاوضات³. فبعد أن يستنفد كل طرف المساعي التفاوضية في سبيل التوصل إلى اتفاق نهائي، وبعد مناقشة وتمحيص كل ما لديهما من اقتراحات واشترطات يكون كل طرف قد وقف على حقيقة العقد المتفاوض عليه وأدرك ما به من مزايا وعيوب، ومن ثم يكون بإمكانه أن يتخذ قراره النهائي بإبرام العقد من عدمه وهو على بينة من أمره⁴.

وهنا تكون المفاوضات قد وصلت إلى نهاية المطاف فتتوقف مسيرتها، وينتهي أمدها إما مكلفة بالنجاح المتمثل في إبرام العقد النهائي وإما مصحوبة بالفشل الناجم عن وصولها إلى طريق مسدود أو جمودها أو قطعها من جانب واحد .

وبناءً على ذلك سنتناول هذين الفرضين بشيء من الإيضاح، وذلك على النحو الآتي:

¹-د. رجب كريم عبد اللّاه، التفاوض على العقد ، مرجع سابق، ص 414 و 415.

²-للمزيد من التفاصيل انظر د.فؤاد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الادارية ، مرجع سابق ، ص 35، 36 .

³-نبيل سعدون العذاري،العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض ، دراسة ميدانية في قطاع التجارة الخاص العراقي ، رسالة ماجستير ، كلية الادارة والاقتصاد ، جامعة بغداد 2001 ، ص 25.

⁴-د. رجب كريم عبد اللّاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 544.

أولاً نجاح المفاوضات

ولمّا كانت أهمية المفاوضات ترجع إلى أنها ليست سباقًا تنافسيًا، وإنما هي فرصة لترسيخ علاقات عمل جيدة والحصول على صفقة متميزة، وكثيرًا ما يمثل هذا الأمر أساسًا لإقامة صلة قوية بين الطرفين يمكن أن تقود إلى التزام طويل الأمد¹. لذا فإن نجاح المفاوضات هو النهاية الطبيعية التي ينشدها الطرفان عادة، إذ تكون لدى كل منهما رغبة حقيقية في إنجاح المفاوضات وإبرام العقد، من أجل تحقيق مصلحته التي يبتغيها. وإذا ما اتبع الطرفان مبدأ حسن النية والتعاون في تفاوضهما فإن مساعيهم الرامية إلى إبرام العقد عادة ما تكلل بالنجاح، فيثمر لهما التفاوض الوصول إلى نقطة اتفاق مشتركة يكون من شأنها تحقيق توازن بين مصلحة الإدارة المتمثلة في المصلحة العامة، وبين مصلحة الطرف الآخر الراغب في التعاقد مع الإدارة. ولا توصف المفاوضات بأنها قد نجحت إلا إذا أسفرت عن صياغة إيجاب مشترك يصلح لأن يتحول إلى عقد بمجرد قبوله². ويعتمد نجاح المفاوضات والوصول بها إلى نتائج جيدة ترضي الشخص المفاوض على عوامل عديدة تتمثل بالإعداد الجديد للمفاوضات والاستراتيجية المستخدمة والتكتيكات المصاحبة لها وأسلوب التفاوض³.

ثانياً فشل المفاوضات

قد لا يتمكن المفاوض من الوصول إلى نتائج ناجحة من المفاوضات على الرغم من أنه قد بذل جهدًا في الحصول على ذلك. وهنا تعد المفاوضات قد وصلت إلى الفشل أن أهم أسباب فشل المفاوضات⁴ وهي جمودها ووصولها إلى طريق مسدود وهذا ماسنتناوله بشيء من التفصيل عند الحديث عن الآثار القانونية التي تترتب على الإدارة في حال فشل المفاوضات.

¹ -نبيل سعدون العذاري، العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 27.

² -د. محمد إبراهيم دسوقي، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، مرجع سابق، ص 50.

³ -للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر: د. صديق محمد عفيف، د. جرمين حزين سعد، التفاوض الفعال في الحياة والاعمال، طبعة 7، مكتبة عين شمس، الاسكندرية، 2003، ص 18 - 24 و د. محسن أحمد الخضيرى - مبادئ التفاوض، مجموعة النيل العربية، القاهرة 2003، ص 151، 113 وحسين الدوري - فن التفاوض أسسه وتطبيقاته - مطبعة جامعة المستنصرية - بغداد 1984.

⁴ -للمزيد من التفاصيل بشأن أسباب فشل المفاوضات ينظر: د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 544 - 551. نبيل سعدون طه العذاري، العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص 29-44.

الفصل الثاني

أساس المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات وطبيعتها القانونية
وشروط قيامها

تمهيد وتقسيم

تعني المسؤولية في اللغة حالة المؤاخذه أو تحمل التبعية، أي أنها الحالة الفلسفية أو الأخلاقية والقانونية التي يكون فيها الإنسان مسؤولاً ومطالباً عن أمور وأفعال أتاها إخلالاً بقواعد وأحكام أخلاقية واجتماعية وقانونية¹. من ذلك قوله تعالى (وَقَفُّهُمْ إِنَّهُمْ مَسْئُولُونَ)².

أما مفهوم المسؤولية بالاصطلاح فيقصد بها هو الجزاء والمحاسبة والتبعية، أما من الناحية القانونية فيقصد بالمسؤولية هي ذلك الالتزام الذي يفرض على شخص ما أن يصلح الضرر الذي ألحقه بشخص آخر³.

ويقصد بمسؤولية الإدارة هو التزامها بدفع تعويض لمن يصيبه ضرر نتيجة النشاط الإداري، وذلك في إطار وأحكام المسؤولية المعمول بها.

وقد مرت المسؤولية الإدارية بصورة عامة بمراحل عديدة إلى أن وصلت إلى ما هي عليه اليوم حيث أصبحت من المبادئ الأساسية والمستقرة في القانون الإداري في الوقت الحاضر، حيث كان المبدأ المستقر قديماً هو عدم مسؤولية الإدارة هو الأصل ثم تطور الأمر حتى أصبح مبدأ المسؤولية هو الأصل العام في هذا الشأن وعدم المسؤولية هو الاستثناء على هذا الأصل، لذا تمثل المسؤولية الإدارية أحد أنماط المسؤولية القانونية بشكل عام.

وعليه فإن المسؤولية الإدارية لا تختلف من حيث الإطار العام أو المضمون عن المسؤولية المدنية بل يمكن تمييز المسؤولية الإدارية من زاوية مدى ارتباط النشاط الذي تمارسه الإدارة بتسيير وإدارة أحد المرافق العامة.

وتتنوع المسؤولية الإدارية في مجال العقود الإدارية ما بين مسؤولية سابقة لإبرام العقد التي يطلق عليها البعض المسؤولية الشبه عقدية والتي هي في حقيقتها مسؤولية تقصيرية أساسها خطأ الإدارة في تصرفاتها وهي بصدد إبرام العقد الإداري ومسؤولية عقدية أساسها ما شاب عملية التعاقد من خطأ يولد مسؤولية الإدارة متى توافر ركني المسؤولية من ضرر وعلاقة سببية.

¹ - اللغة العربية ، المعجم الوجيز ، مجمع اللغة العربية بالقاهرة ، دار التحرير للطباعة والنشر 1980م ، ص 299 .

² - سورة الصافات الآية 24 .

³ عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، الاسس العامة للعقود الادارية ، مرجع سابق ، ص 181

ويقتضي تأصيل المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات الرامية إلى إبرام العقد الإداري وما إذا كانت المفاوضات تعد واقعة مادية يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية التقصيرية في حال إثبات تضرر أحد المتفاوضين جراء خطأ المتفاوض الآخر أم أنها تندرج ضمن أعمال الإدارة المادية المشروعة، وذلك عند عدم وجود خطأ مادي ينسب إلى الإدارة أم أن المفاوضات ذات طبيعة عقدية يترتب على الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية، لذا فإن تحديد طبيعة التفاوض تعد نقطة البداية في تأصيل المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات¹. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن الخطأ العقدي قد يشكل خطأ تقصيرياً بحيث يجمع بين نوعي الخطأ، وذلك عندما يشكل الخطأ العقدي جريمة جنائية، أو يصل إلى حد الغش أو الخطأ الجسيم .

الأمر الذي يثير إمكانية الخيرة بين المسؤولينين العقدية والتقصيرية من جانب المتفاوض المتضرر جراء خطأ المتفاوض الآخر، يستوي في ذلك جهة الإدارة أو المتفاوض معها بشأن إبرام عقد من العقود الإدارية.

وترتيباً على ماتقدم فإن تحديد أساس المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات يتطلب منا تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث نتصدى في الأول إلى بيان طبيعة المفاوضات السابقة على إبرام العقد الإداري ونكرس في الثاني لنتناول فيه الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الإدارية في المرحلة السابقة على التعاقد أي في مرحلة المفاوضات في حين نخصص الأخير للحديث عن شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات وذلك على الوجه الآتي:

المبحث الأول : طبيعة المفاوضات السابقة على إبرام العقد الإداري.

المبحث الثاني : الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الإدارية في المرحلة السابقة للتعاقد.

المبحث الثالث : شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات.

¹-د. شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، دار النهضة ، طبعة سنة 2016، 1م ، ص 113.

المبحث الأول

طبيعة المفاوضات السابقة لإبرام العقد الإداري

إذا قام أحد أطراف العملية التفاوضية بسلوك معين خلال المدة السابقة لإبرام العقد وكان هذا السلوك يشكل إخلالاً بما يفرضه مبدأ حسن النية من التزامات فإن الطرف المخل في هذه الحالة يكون مخطئاً بسلوكه ذلك، ما من شأنه أن يترتب مسؤوليته عن كل ضرر يحصل للطرف الآخر وهنا يثار التساؤل حول طبيعة المفاوضات السابقة على إبرام العقد سواء كان إدارياً أو مدنياً وعمّا إذا كانت المفاوضات عملاً قانونياً ذا طابع عقدي أم لا تعدو كونها واقعة مادية؟

ومن هنا تتجلى أهمية الإجابة عن التساؤل المعروض في أنه يتحدد على ضوءها الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن الإخلال بتلك المفاوضات وما إذا كانت المسؤولية المترتبة على الإدارة عقدية أم تقصيرية. فإذا اعتبرنا أن المفاوضات السابقة على إبرام العقد تعد عملاً قانونياً ذا طابع عقدي تتصرف إرادة طرفيه أي جهة الإدارة والمتفاوض معها صوب إحداث وترتيب آثار قانونية عليه، فإن الإخلال به من قبل أحد المتفاوضين وتضرر المتفاوض الآخر جراء ذلك يستوجب بالضرورة قيام المسؤولية العقدية في حق الطرف المخطئ لإخلاله بالتزام عقدي.

أما إذا اعتبرنا أن المفاوضات السابقة على إبرام العقد هي واقعة مادية بحتة بحيث لا تتصرف إرادة المتفاوضين إلى إحداثها أو ترتيب أي آثار قانونية عليها فهنا يشكل الإخلال من جانب أحد المتفاوضين خطأ تقصيرياً يترتب مسؤوليته التقصيرية حال تضرر المتفاوض الآخر.

اختلف الفقه في تحديد طبيعة المسؤولية القانونية للمفاوضات السابقة على إبرام العقد إدارياً كان أم مدنياً فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار المفاوضات مجرد عمل مادي لا تترتب عنه أي التزامات إلا ما يقتضيه مبدأ حسن النية في التعامل والذي يلزم الأطراف بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد والمألوف على نحو يلحق بالطرف الآخر ضرراً في حين ذهب جانب آخر من الفقه إلى اعتبار أن المفاوضات تصرف قانوني ذو طابع عقدي¹.

ولما كان معظم الكتابات الفقهية التي تناولت هذا الموضوع تحدثت عن طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض السابقة على إبرام العقد، وما إذا كانت عقدية أم تقصيرية ولم تتحدث عن الطبيعة القانونية للمفاوضات الرامية إلى إبرام العقد، وعلى الرغم من أن التفاوض يعد الأصل

¹ - يونس صلاح الدين علي ، العقود التمهيدية ، مرجع سابق ، ص 41.

والمسؤولية تتبع له. بمعنى أنه على ضوء تحديد طبيعة المفاوضات السابقة إلى إبرام العقد تتحدد بالتبعية المسؤولية الناتجة من الإخلال بالمفاوضات. فإذا اعتبرنا أن التفاوض ذو طابع عقدي لأضحت المسؤولية عقدية، أما إذا اعتبرنا التفاوض مجرد واقعة مادية لأصبحت المسؤولية تقصيرية.

ولتحديد الطبيعة القانونية للتفاوض على العقد فإن الفقه يفرق بين ما إذا كان التفاوض يجرى بين الطرفين بموجب اتفاق تفاوض وما إذا كان التفاوض يجرى بغير إتفاق مع ما يترتب على ذلك من اختلاف طبيعة التفاوض وبالتالي اختلاف المسؤولية الناتجة عن الإخلال به.

وعلى ذلك فإن لتحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات أهمية بالغة، ذلك لما يترتب عليها بالتبعية تحديد نوع المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالمفاوضات السابقة على إبرام العقد، بحيث إذا اعتبرنا أن التفاوض ذو طبيعة عقدية فإن المسؤولية الإدارية هنا تكون مسؤولية عقدية أما إن اعتبرناه مجرد وقائع مادية لأصبحت مسؤولية الإدارة إما تقصيرية في حال إثبات الخطأ من جانب أحد الأطراف وإما تندرج ضمن نطاق مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة.

وعلى ضوء ذلك سنتناول في هذا المبحث بيان الطبيعة المادية والعقدية للمفاوضات والتمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق وغير المصحوبة باتفاق، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: الطبيعة المادية للمفاوضات.

المطلب الثاني: الطبيعة العقدية للمفاوضات.

المطلب الثالث: التمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق وغير المصحوبة باتفاق.

المطلب الأول

الطبيعة المادية للمفاوضات

جَرَتْ القاعدةُ العامةُ على اعتبار المفاوضات ذات طبيعة مادية وهذا يعني ألا يترتب أي التزامات على طرفي التفاوض قبل إبرام العقد محل التفاوض، فالعقد هو الذي يحدد التزامات طرفيه حيث إن المفاوضات لا تقيم رابطة عقدية بين الطرفين، إن المفاوضات بحسب الفقه التقليدي، فهي مجرد عمل مادي يقوم به الطرفان، وهذا العمل المادي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني ولا يترتب عليه أي أثر قانوني فهي مرحلة غير ملزمة لأي من أطراف العملية التفاوضية بضرورة التوصل إلى اتفاق.

إذ إن المفاوضات بطبيعتها المادية تستند إلى مبدأ حرية التعاقد الذي تشكل فيها الإرادة الحرة الأساس في الالتزامات التعاقدية لذا فيجب أن يترك تكوين العقد بكامله لإرادة أطرافه كما يجب أن تكون حرية التعاقد حاضرة في كل مراحل تكوين العقد، ابتداءً من مرحلة اختيار المتعاقد وحرية التفاوض وتحديد مضمون العقد، بالنتيجة حرية التعاقد من عدمه. لذا فقد عرّف الفقه مفهوم الحرية التعاقدية بأنه ذلك المبدأ الذي يقتضي فيه أن يكون العقد عملاً إرادياً وحرراً وواعياً من جانب كل متعاقد. وهذا يعني أن المتعاقد يجب ألا يمارس إرادته كاملة بل يجب أن يكون حرّاً بإبرام أو عدم إبرام العقد¹.

ولما كان أساس الطبيعة المادية للمفاوضات هو مبدأ الحرية التعاقدية، وحيث إن الحرية التعاقدية ذات طابع تغييرى تتبدل بحسب الأزمان والعقود، فتتفاوت درجة حرية التعاقد للشخص العام بحسب العقود الإدارية حيث ترتبط هذه الحرية مع القاعدة القانونية التي منحت له حق التعاقد، ويمكن ملاحظة معيار الحرية التعاقدية من خلال علاقة العقود مع تلك القاعدة القانونية فهناك عقود تستفيد من مبدأ حرية التعاقد بشكل كامل بينما هناك عقود أخرى خاضعة للقواعد القانونية بالحد الأدنى كالعقود المبرمة على أساس المناقصة والممارسة.

وحيث إن مفهوم الحرية التعاقدية لا تتعلق في الحقيقة إلا بالإمكانات الممنوحة للسلطات المختصة لإبرام العقد الإداري من حيث اختيار المتعاقد معها ومن حيث تحديد شروط العقد وفي التطبيق الاحتمالي للسلطات التعاقدية الممنوحة للإدارة بموجب النظرية العامة للعقود الإدارية، وهذه الإمكانات تتجسد على أساس السلطة التقديرية فلا يمكن أن ينظر إليها على أنها معطيات لحرية حقيقية للتعاقد. وهذا يبرز بوضوح عند مقارنة الحرية التعاقدية الإدارية بالحرية التعاقدية الحقيقية فالأولى ممنوحة من المشرّع بينما الثانية لا تمنح بل تحمى وتسان. كما أن الحرية

¹ -د. علي عبد الأمير قبلاّن، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، ج1 - ط2، 2014، ص 117.

الإدارية ذات غاية غائبة وتتسم بالموضوعية وهاتان الخاصيتان تتناقضان على مستوى المبادئ مع خصائص الحرية الحقيقية باعتبارها دستورا، وذلك لأن الحرية الحقيقية تتجسد بعدم تعيين غايتها.

وعليه فإن هذه الحرية تقتضي وفق المفهوم السابق إلى عدم إجبار المتفاوض على إبرام العقد، فيستطيع كل واحد من المتفاوضين أن يعدل عن المفاوضات ولا يخشى تحقق مسؤوليته، إذ إن العدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سببا للمسؤولية، واستناداً على ذلك فإن المتفاوض غير ملزم بتقديم مبرر لعدوله، وعلى ذلك سوف نتناول في هذا المطلب بيان الطبيعة المادية للمفاوضات التي تقوم في أساسها على مبدأ حرية التعاقد، وذلك على النحو الآتي:

يذهبُ جانبٌ من الفقه إلى اعتبارِ المفاوضات مجرد عمل مادي تقوم على أساس الواجب القانوني العام المتمثل بعدم الانحراف عن المسلك المألوف على نحو يلحق ضرراً بالطرف الآخر. وهذا يعني ألا تترتب أي التزامات على طرفي التفاوض قبل إبرام العقد محل التفاوض، فالعقد هو الذي يحدد التزامات الطرفين والمفاوضات بحد ذاتها لا تقيم أي رابطة تعاقدية بين الطرفين¹، ولما كان هذا العمل المادي الذي لا يرقى إلى مصاف التصرف القانوني ويخضع لمبدأ حرية التعاقد وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر قانوني ملزم حيث يمكن لأي طرف العدول عن المفاوضات وهذا العدول لا يصلح بذاته أن يكون سبباً لنهوض المسؤولية فيستطيع كل طرف من المتفاوضين أن يعدل عن المفاوضات من دون أدنى مسؤولية، وذلك بالاستناد إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يتيح للمتفاوض بعدم تقديم أي مبرر لعدوله لأن أساس الالتزام بتقديم مبرر للعدول عن المفاوضات يعد من قبيل الآثار القانونية للمفاوضات هذا بالإضافة إلى أنه يتعارض مع مبدأ حرية العدول عن التفاوض لأن المقصود بحرية العدول هو العدول في أي وقت².

إلا أن الأخذ بمبدأ حرية التعاقد على إطلاقه يؤدي إلى عدم جدية المفاوضات، لذلك فإن هناك اتجاهاً فقهياً يرى أن العدول عن المفاوضات قد يؤدي إلى إثارة المسؤولية التقصيرية متى ما كان العدول مقترناً بخطأ سبب ضرراً للطرف الآخر ونوع المسؤولية هنا مسؤولية تقصيرية والقواعد التي تطبق هي قواعد المسؤولية التقصيرية³. وأساس المسؤولية هنا هو السلوك غير المألوف الذي اقترن بالعدول عن المفاوضات لا عن العدول في حد ذاته، حيث إن القاعدة العامة التي تقضي بحرية التعاقد أي حرية الموجب بالرجوع عن إيجابه لا تنطبق على المفاوضات فمتى تمخض عن المفاوضات إيجاب فإن مبدأ حسن النية يترتب التزام بعدم الرجوع عن هذا الإيجاب الذي كان وليد الإرادة المشتركة لطرفي التفاوض⁴.

فمتى ما قطع طرفا التفاوض شوطاً طويلاً من المفاوضات وتولّد لدى كل منهما قناعة واعتقاد راسخ بقرب إبرام العقد ثم فجأة عدل أحدهما ومن دون سبب فالعادل هنا يكون مخطئاً وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية حيث جاء نص الحكم على (إن قطع المفاوضات فجأة من دون مبرر بعد أن بلغت مبلغاً متقدماً مما يخالف مقتضيات حسن النية في المعاملات التجارية ويعتبر من قبل الخطأ التقصيري الموجب للمسؤولية)⁵. فالقضاء الفرنسي يؤكد أن المفاوضات يحكمها مبدئان وهما مبدأ حرية التعاقد الذي يعطي الحق لكل متفاوض في حرية قطع

¹-مصطفى خضير نشمي ، النظام القانوني للمفاوضات التمهيدية للتعاقد ، رسالة ماجستير ، جامعة الشرق الأوسط ، عمان الأردن ، 2014/2013م، ص 44 .

²-مصطفى خضير نشمي ، المرجع نفسه ، ص 44.

³-يونس صلاح الدين ، العقود التمهيدية ، مرجع سابق ، ص 43 .

⁴-جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والمرحلة السابقة على العقد ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، السنة 20 ، العدد الأول ، 1996م ، ص 165.

⁵-يونس صلاح الدين ، العقود التمهيدية ، مرجع سابق ، هامش رقم (1) ، ص 45.

المفاوضات ومبدأ حسن النية الذي يتطلب أن تتم المفاوضات بشرف وأمانة بحيث إن قطع المفاوضات من دون مبرر مشروع يشكل إخلالاً تقوم به المسؤولية التقصيرية. ولم يختلف موقف القضاء المصري عن نظيره الفرنسي حيث ذهب في أحد أحكامه إلى (المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليه أي أثر قانوني وأن كل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يترتب على ذلك العدول أي مسؤولية إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية)¹.

كما لم يختلف موقف البحرين عن نظيره المصري والفرنسي بهذا الخصوص حيث اعتبر أن المفاوضات مجرد عمل مادي لا ترتب أي أثر قانوني وهذا ما جاء في نص مذكرة الرأي القانوني الصادرة عن هيئة الإفتاء والتشريع في مملكة البحرين والتي ورد فيها الآتي (ورد إلى هيئة الإفتاء والتشريع القانوني كتاب رئيس الجهة الإدارية بالوزارة رقم (رج/675/16/31) المؤرخ 14 فبراير 2016م، بشأن طلب إبداء الرأي القانوني بمذكرة التفاهم المراد إبرامها مع السادة / الشركة كمرحلة سابقة على التعاقد لغرض استحداث نظام خاص بالمشروع. وتتلخص الوقائع - حسبما يبين من الأوراق - في شؤون الجهة الإدارية بالوزارة بصدد استحداث نظام خاص بالمشروع وهو ما يقتضي التعاقد مع الشركة باعتبارها المشغل الوحيد لمثل هذا النظام.

قامت الشركة المذكورة وقبل القيام بعملية التعاقد بإرسال مذكرة تفاهم باللغة الإنجليزية إلى شؤون الجهة الإدارية من أجل التوقيع عليها كمرحلة سابقة على التعاقد. خشية من الجهة الإدارية مما قد يترتب توقيع هذه المذكرة من آثار ملزمة لها قانونياً قد يكون من شأنها إلزامها - بناء على هذه المذكرة - بإبرام العقد مستقبلاً مع الشركة المذكورة، فقد طلبت ان تراجع هيئة الإفتاء القانوني مذكرة التفاهم لبيان ما إذا كان هنالك أي مانع قانوني يحول دون توقيعها، ومن ثم لبيان هل من شأن توقيعها إلزام شؤون الجهة الإدارية بإكمال التعاقد مع الشركات المذكورة ومن ثم توقيع عقد نهائي هذا الشأن، وفيما إذا كانت إي اشتراطات أو تعديلات أو تحفظات ترى الهيئة إدراجها في المذكرة من قبل شؤون الجهة الإدارية، وذلك لإلغاء الأثر الملزم لها اتجاه شؤون الجهة الإدارية... ولما كان ذلك فإنه من المتعين وقبل الدخول في مرحلة المفاوضات مع المتعاقد وإبرام مذكرة التفاهم التي يترتب عليها نفقات تكبدها الطرف الثاني - وما قد يترتب على ذلك من آثار سيأتي ذكرها لاحقاً - أن تحرز الجهة الإدارية موافقة مجلس المناقصات على الدخول في مفاوضات مع المتعاقد تمهيداً لاتباع أسلوب التعاقد المباشر في الشراء ما تم التوصل إلى الاتفاق النهائي على التعاقد... أما من حيث الاستفسار حول ما إذا كان من شأن توقيع مذكرة التفاهم

¹ - يونس صلاح الدين ، مرجع سابق ، هامش رقم (1) ، ص 45.

إلزام شؤون الجهة الإدارية بإكمال التعاقد مع الشركات المذكورة ومن ثم توقيع عقد نهائي بهذا الشأن فإنه من البين وفقاً للطبيعة القانونية لمذكرة التفاهم أنها لا تمثل وعداً بالتعاقد كما أنها ليست ذات طبيعة عقدية، وإنما هي اتفاق ممهّد للتعاقد يهدف إلى ضبط جزء من عناصر العلاقة التعاقدية ودفع الطرفين إلى الاستمرار في المفاوضات... ويتضح مما سبق أن الجزء الذي تسعى مذكرة التفاهم لضبطه من العلاقة التعاقدية المقترحة هو مسألة فنية تتمثل في التحقق من صلاحية نظام التفويض المستحدث ومن ناحية أخرى فإن المذكرة تتضمن الاتفاق على التفاوض بشأن المسائل الأخرى المتعلقة بالعلاقة التعاقدية بعد نجاح النظام المستحدث.

وبالتالي فإن نجاح البرنامج يعني الاستمرار بالتفاوض لحين الوصول إلى الاتفاق النهائي، وبهذا المعنى تشكل مذكرة التفاهم وسيلة لبيان النية الصادقة والجادة لدى كل طرف بالتفاوض وفي الاجتهاد في سبيل الوصول إلى العقد النهائي... وأن مذكرة التفاهم إذا أثارت مسؤولية الجهة الإدارية فإنها لن تثيرها إلا في الأحوال التي تخل فيها الجهة الإدارية بالالتزام بالتفاوض بحسن نية وهي مسؤولية تقصيرية لا يجوز الإعفاء منها وفق المادة 181 من القانون المدني التي تنص على " يقع باطلاً كل اتفاق يبرم قبل قيام المسؤولية عن العمل غير المشروع ويكون من شأنه أن يعفى منها كلياً أو جزئياً...)¹.

ومن هنا نجد أن هيئة التشريع والإفتاء البحريني في هذا الرأي القانوني تبنت الاتجاه السائد في اعتبار أن المفاوضات ذات طبيعة مادية وأن المسؤولية التي تترتب عليها هي مسؤولية تقصيرية. وأما إذا لم يقترن العدول بخطأ فهذا يمكن أن تؤسس المسؤولية على أساس مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة² وهذا ماسنوضحه في المبحث الثاني.

وترى الباحثه وعلى ضوء ماتقدم أن الالتزام الناشئ عن المفاوضات باعتبارها وقائع مادية هو التزام التفاوض بحسن النية وهذا الالتزام مصدره القانون ويتفرع عن الالتزام بحسن نية التزامات ثانوية تستند إليه وتضعه موضع التنفيذ وهي الالتزام بالسرية والالتزام بالإعلام والاستمرار بالمفاوضات التي سبق بيانها في الفصل الأول.

¹ مذكرة بالرأي القانوني الصادرة عن هيئة الإفتاء والتشريع القانوني في مملكة البحرين ، رأي غير منشور.

² يونس صلاح الدين ، العقود التمهيدية ، مرجع سابق، ص 43 وما بعدها .

المطلب الثاني

الطبيعة العقدية للمفاوضات

ذهبَ جانبٌ من الفقه إلى اعتبار أن المفاوضات ذات طبيعة عقدية لأنها تتمخض عن تصرف قانوني ينشأ بين طرفي التفاوض وهذا التصرف يعد مصدراً للالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات التي تتجسد بشكل رئيسي بالالتزام بالتفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات أخرى وعلى ذلك فإن المسؤولية التي تترتب من الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية.

وحيث إن المفاوضات يتنازعها اتجاهان أساسيان لا يقل أحدهما عن الآخر في الأهمية وهما اتجاه حرية التفاوض واتجاه وأمن التفاوض، فحرية التفاوض تستوجب احتفاظ المتفاوض بكامل حريته طيلة فترة المفاوضات بحيث يكون بإمكان المتفاوض العدول عن المفاوضات في أي وقت من دون أي مسؤولية، أما أمن المفاوضات فإنه يعطي للمتفاوض الشعور بالأمان والطمأنينة أثناء المفاوضات، ومن أجل التوفيق بين هذين الاتجاهين المتضاربين يلجأ جانب من الفقه إلى اعتبار المفاوضات ذات طبيعة عقدية سواء كان هناك اتفاق تفاوض صريح أو ضمني، وذلك لتوفير قدر من الحماية القانونية للالتزامات الناشئة خلال مرحلة المفاوضات¹.

لان ان اعتبار المفاوضات مجرد عمل مادي غير ملزم، فكرة لا يمكن التسليم بها لانها تتنافى مع المنطق القانوني السليم للمفاوضات.

لذا يمكن القول إن هناك اتجاهين اثنين متفقين من وجه ومختلفين من وجه آخر، فوجه الاتفاق يتحدد في أن مضمونها واحد يتمثل بأن المفاوضات ذات طبيعة عقدية أما وجه الاختلاف فيتمثل من حيث الأساس الذي بُني عليه التأصيل القانوني لطبيعة المفاوضات، فالاتجاه الأول يرى أن أساس الطبيعة العقدية للمفاوضات هو وجود العقد الضمني المفترض للتفاوض بين أطراف التفاوض، فالإخلال الحاصل يكون خطأً عقدياً وبالتالي تكون المسؤولية المترتبة هنا مسؤولية عقدية وهنا يجب معالجة الضرر الناتج وفق أحكام المسؤولية العقدية.

أما الاتجاه الثاني فيرى أن أساس الطبيعة العقدية للمفاوضات هو وجود عقود أولية ممهدة لإبرام العقد الأصلي، تكون هذه العقود مستقلة عنه وغايتها التمهيد له والتحضير للعقد المنشود، فأى خرق للالتزامات تحصل تعد مخالفة عقدية وبالتالي تجبر الأضرار وفق أحكام المسؤولية العقدية، وعليه سوف نبحث هذين الاتجاهين² في هذا المطلب وذلك على النحو الآتي:

¹-د.شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري ، مرجع سابق، ص 129.

²-صبري حمد خاطر قطع المفاوضات العقدية ، بحث منشور في مجلة الحقوق ، جامعة النهدين ، مرجع سابق ، ص 130.

دَهَبَ جانباً آخر من الفقه إلى القول إن المفاوضات ذات طبيعة عقدية، وذلك لأنها تتمخض عن تصرف قانوني ينشأ بين أطراف التفاوض وهذا التصرف يعد مصدراً للالتزامات الناشئة في فترة المفاوضات وأبرزها التزام التفاوض بحسن نية وما يتفرع منه من التزامات أخرى. لذا تكون المسؤولية المترتبة من الإخلال بهذه الالتزامات مسؤولية عقدية، لكن كيف ينشأ هذا التصرف القانوني الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات؟

هناك رأيان يوضحان كيفية نشوء التصرف القانوني في مرحلة المفاوضات:

الرأي الأول: قال به الفقيه الألماني اهرنج (IHERING) وذلك عام 1860، لبيان مسؤولية المتفاوض عن الخطأ الذي يقترفه أثناء التعاقد (وسميت نظريته بنظرية الخطأ عند إبرام العقد)¹، ويذهب هذا الفقيه إلى أنه يوجد عقد ضمني بين المتفاوضين يلتزم بمقتضاه كل واحد من المتفاوضين تجاه الآخر بأن يكون في وضع يسمح له بإبرام العقد موضوع التفاوض أو بالامتناع عن أي عمل يعوق إبرام هذا العقد، فإذا قطع أحد المتفاوضين المفاوضات من دون عذر مشروع فإنه يكون بذلك قد أخل بهذا الالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني ومن ثم يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق المتفاوض الآخر².

أما عن كيفية نشوء هذا العقد الضمني بين الطرفين فيذهب هذا الفقيه قائلاً: " إن الإيجاب الصادر أثناء التفاوض يمكن تحليله إلى إيجابين. أما الأول فموضوعه إبرام العقد بين الطرفين، وأما الثاني فموضوعه ضمان صحة التعاقد "، ولما كان هذا الأخير متمخضاً لمصلحة الموجب له فإنه لا يشترط صدور قبول صريح منه بل إن سكوته كافٍ لإبرام اتفاق ضمني بين الطرفين، وعليه فالمفاوض الذي يقطع المفاوضات بسبب غير مشروع يكون قد أخل بهذا الاتفاق الضمني، ومن ثم يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر. فالمفاوضات من وجهة نظر هذا الفقيه ليست عديمة الأثر، وإنما ينشأ عنها التزام بعدم الإخلال بها استناداً إلى التصرف القانوني الذي ينشأ بين المتفاوضين، لكن مثل هذا الأثر لا ينشأ إلا بعد صدور إرادة بآية بالتعاقد، أما قبل ذلك فلا يوجد مثل هذا الاتفاق الضمني ومن ثم لا يوجد أي التزام بالاستمرار فيها، بمعنى أنها تبقى خاضعة لمبدأ حرية التعاقد، وكل متفاوض حر في الرجوع عنها متى شاء ولا يسأل عن هذا الرجوع.

إلا أن هذه النظرية منتقدة من نواحٍ عديدة. فمن ناحية أنها تقوم على الافتراض في نشوء التصرف القانوني، فأبي اتفاق لا بُدّ لنشوئه من انصراف إرادة أطرافه إلى أحداث الأثر المترتب

¹ - للمزيد من التفاصيل بشأن مضمون النظرية ينظر: د. محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، مرجع سابق، ص 43-34. وسميت هذه النظرية أيضاً (بنظرية الخطأ عند تكوين العقد) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 667.

² - د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، ط 3 القاهرة 1978م، ص 133 و134.

عليه، وهنا من الصعب الجزم بانصراف نية الطرفين المتفاوضين إلى إنشاء مثل هذا الأثر، فالموجب عندما يصدر إرادته الباتة بالتعاقد لا يبقى شيئاً آخر غير إبرام العقد¹، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن هذه النظرية ليست لها أي علاقة بمرحلة التفاوض على العقد أو بطبيعة المسؤولية عن قطع المفاوضات. فهي تتعلق فحسب بمسألة التعويض عن بطلان العقد. وتؤسس المسؤولية بهذا التعويض على العقد الباطل نفسه وليس على اتفاق ضمنى. بالإضافة إلى أن هذه النظرية لا تنطبق إلا على مرحلة إبرام العقد وبالتحديد عندما يقبل الإيجاب وينعقد العقد، وبذلك يتأكد لنا أن نظرية اهرنج لا تنطبق على مرحلة التفاوض على العقد إذ إن مرحلة التفاوض على العقد تسبق مرحلة إبرامه، وأن الإيجاب النهائي للعقد هو الذي يفصل بينهما، فبصدور هذا الإيجاب تنتهي مرحلة التفاوض وتبدأ مرحلة إبرام العقد، أي مرحلة تبادل الإيجاب والقبول الذي ينعقد به العقد فإذا كانت نظرية اهرنج لا تنطبق بصدور الإيجاب وإنما بعد قبول هذا الإيجاب، فالأولى ألا تنطبق هذه النظرية على مرحلة التفاوض التي تسبق صدور الإيجاب².

إن نظرية الخطأ عند إبرام العقد التي قال بها اهرنج لا علاقة لها بمرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم لا يصح الاستناد إليها لتحديد طبيعة التفاوض على العقد.

الرأي الثاني: يفسر هذا الرأي نشوء التصرف القانوني الذي يضيف الطبيعة العقدية على المفاوضات على أن المفاوضات تتشابه ابتداءً بناءً على دعوة يتم قبولها، وهذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في مرحلة المفاوضات ذلك أنه ينطوي على شرط ضمنى يتعهد بمقتضاه كل متفاوض قبل الآخر بأن يستمر في المفاوضات وألا يقطعها تعسفاً حتى يتحقق الغرض النهائي منها وإلا التزم بتعويض المتفاوض الآخر عن فوات هذا الغرض. وما دام هذا الاتفاق هو مصدر الضمان المتبادل لذا يشترط ألا يكون اتفاقاً باطلاً، ويكون باطلاً إذا استهدفت المفاوضات إيجاباً ينصب على تعاقد يخالف النظام العام.

إذ لاضمان لنتيجة يحرمها القانون. وقد يكون هذا الاتفاق قابلاً للإبطال كما لو كان أحد طرفيه ناقص الأهلية فكما لناقص الأهلية أن يقطع المفاوضات في كل وقت وأن يصل إلى تقرير مبدأ انعدام المسؤولية بإبطال شرط الضمان. كما أن للمتفاوض حق الانسحاب من المفاوضات إذا تبين نقص الأهلية للمتفاوض الثاني لأن من مصلحته ألا يرتبط بالعقد مادام المتفاوض (ناقص الأهلية) يستطيع في كل وقت أن يبطل شرط الضمان المتبادل. ولكن إذا زال هذا الخطر لبلوغ

¹ - سليمان براك الجميلي ، المفاوضات العقدية ، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير ، كلية الحقوق جامعة النهرين ، 1998م ، ص 43.

² - د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد ، مرجع سابق، ص 231.

المتفاوض سن الرشد أثناء المفاوضات زال حق المتفاوض الآخر في قطع المفاوضات من دون تعويض¹.

وهذا الرأي منتقد أيضا لأنه يغفل حقيقة أن العقد لا يبرم إلا بتلاقي إرادة الأطراف بشكل بات لا لبس فيه، كما أن قبول الدعوة إلى التفاوض لا ينشأ اتفاقاً يكون مصدراً للالتزام بالضمان، لأن الإرادة لم تنصرف إلى إحداث مثل هذا الأثر القانوني (الالتزام بالضمان)².

وهناك من الفقهاء من نادى بفكرة العقد التمهيدي ومن أبرز أنصار هذه الفكرة هو الفقيه سالي، حيث يرى أنه يوجد عقد تمهيدي بجانب العقد الأصلي وهو عبارة عن وعد بالتعاقد يتضمن تعهداً جدياً من جانب الواعد ويثير مسؤوليته العقدية إذا صادف قبولاً من الطرف الآخر وبالتالي تتحقق المسؤولية العقدية وإن لم يبرم العقد الأصلي³.

¹-د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1963م، ص 82 و 83.

²-د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص 130.

³-د. نزيه محمد صادق المهدي – الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات التعاقدية، مرجع سابق، ص 304.

المطلب الثالث

التمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق وغير المصحوبة باتفاق

يلجأ أطراف العلاقة التعاقدية في بعض الحالات إلى إبرام عقود من شأنها أن تمهد للعقد النهائي كعقد التفاوض أو عقد تنظيم المفاوضات الذي يمهد لإبرام العقد النهائي حيث من خلال هذه النوع من الاتفاقيات يتحقق أهم وسائل اللازمة للتعاقد.

ورغم أن مبدأ الاقتصاد الحر وخصوصاً مبدأ حرية التعاقد أو رفضه تعطي مجالاً واسعاً للتفاوض من دون ارتباط تعاقدى ملزم، بل وقطع المفاوضات في أي وقت، إلا أن التطورات التي شهدتها المعاملات الدولية فيما يتعلق بالمفاوضات حولها من حيث تعقيدها ومدتها وتكاليفها التي دفعت بالمستثمرين إلى البحث عن وسيلة أو أداة لتأمين مرحلة المفاوضات ضد احتمالات إفشالها بسبب عدم وجود مسؤولية رادعة، وتمثلت تلك هذه الأداة في إسباغ الطابع التعاقدى على الالتزامات المترتبة على طرفي التفاوض، وهذا مايدفعنا إلى تمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض صريح والمفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوضي.

ولما كان الرأيان السابقان اللذان عرضناهما في المطلب السابق قد تناولوا تحديد طبيعة المفاوضات، لم يدركا أهمية المفاوضات لأنهما كانا مدفوعين بتحقيق غاية واحدة وهي الحفاظ على الحرية التعاقدية التي تغير مفهومها عما كان معروفاً، وترجم هذا المفهوم الجديد بقيود عديدة تفرض على طرفي العلاقة القانونية ولعل أبرز هذه القيود هي قاعدة عدم الإضرار بالغير.

فالمتفاوض ملزم أثناء ممارسته لحرية في التعاقد علي أن لا يضر بغيره، كما أنه ملزم بوجوب مراعاة حسن النية في التعامل الذي يوجب على المتفاوض ممارسة حريته العقدية التي فرضها ظرف الزمان والمكان، أي الممارسة الاعتيادية أو المألوفة على وفق سير المفاوضات¹.

وبناءً على ذلك لا بدّ لنا من التمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق وغير مصحوبة باتفاق، وذلك للوقوف على الطبيعة القانونية للمفاوضات وعليه سنتطرق هنا إلى التمييز بين المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض وغير المصحوبة باتفاق تفاوض، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض.

الفرع الثاني: المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض.

¹-سليمان براك الجميلي، المفاوضات العقدية ، رسالة ماجستير ، مرجع سابق، ص 48، 50.

الفرع الأول المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض

المقصود بهذا النوع من المفاوضات هي تلك المفاوضات التي تجرى بناء على اتفاق صريح بين الطرفين بحيث يتفقا قبل الدخول في المفاوضات على التفاوض من أجل إبرام العقد النهائي وهذا الاتفاق يعمل على تنظيم العلاقة بين الطرفين المفاوضين أثناء مرحلة المفاوضات¹.

لما كانت عملية التفاوض يتنازع مبدئان أساسيان وهما حرية التعاقد الذي يقتضي احتفاظ المتفاوض بكامل حريته طوال مرحلة المفاوضات في العدول عن المفاوضات أو الانسحاب منها في أي وقت ومن ناحية أخرى مبدأ أمن المفاوضات الذي يقتضي شعور المتفاوض بالأمن والطمأنينة طوال مرحلة المفاوضات بحيث يتسنى لكل طرف مواصلة المفاوضات من دون خشية التعرض لأي ضرر جراء قيام المتفاوض الآخر بتصرفات تتنافى مع ما يستوجبه مبدأ حسن النية في التفاوض²، لذا يحرص الطرفان في وضع التفاوض في إطار عقدي، وذلك عن طريق إبرام اتفاق تفاوض صريح يتضمن تنظيمًا لحقوق والتزامات كلا منهما وكل ما يتعلق بمدة التفاوض إدارة المفاوضات وكيفية تحمل نفقات المفاوضات والمسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات، فيهدف الطرفان المتفاوضان من وراء ذلك إلى تأكيد أن تفاوضهما تم بناء على اتفاق سابق وصريح يحكم وينظم العلاقة بينهما المفاوضات.

وعليه فإن اتفاق التفاوض هذا يحكم العلاقة القانونية بين الأطراف فتتحول المفاوضات بوجوده من مجرد عمل مادي غير ملزم إلى تصرف قانوني ملزم بحيث تتغير قواعد من المسؤولية التقصيرية إلى المسؤولية العقدية حال إخلال أحد الأطراف بالتزاماته عقد التفاوض³، وهذا ما أكدته القانون المدني الفرنسي حيث اعتبر اتفاق التفاوض ينشئ على عاتق الطرفين المتفاوضين التزامًا حقيقيًا تنهض به المسؤولية العقدية بمجرد إخلال أحد الأطراف بالتزامات التي يربتها اتفاق التفاوض⁴. أما موقف القانون المدني المصري فلم يختلف عن نظيره الفرنسي بالاعتراف بالطبيعة العقدية بالمفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض⁵ بالرغم من تشدد محكمة النقض المصرية بأعتبار المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض مجرد عمل مادي.

¹-يونس صلاح الدين على، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 62.

²-د.رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 211.

³-شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، ص 117-118.

⁴-المادة 1124 من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 م، طبعه 2003 م- إشار إليه ديونس صلاح الدين، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 63.

⁵-انظر المادة 1/148 والمادة 215 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1949، المعدل.

أما موقف كل من القانون المدني البحريني والعراقي فالبرغم من عدم تنظيم كل من القانونين للمرحلة السابقة على التعاقد بنصوص صريحة وخاصة إلا أنه يمكن القول بأنه لا مانع من وجود عقد تفاوض يبرمه الطرفان المتفاوضان لتنظيم مرحلة التفاوض، وأن يترتب على هذا العقد التزامات حقيقية ينجم عن الإخلال بها قيام المسؤولية العقدية للطرف المتفاوض المخل بالتزامه ومن دون اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية.

ومن الجدير بالذكر هنا أن اتفاق التفاوض هذا لا يلزم الطرفين سوى بالتفاوض بحسن نية من دون إلزامهما بإبرام العقد النهائي بحيث يحق لأي طرف العدول عن المفاوضات في أي وقت من دون التعرض لأي مسؤولية طالما كان عدوله بحسن نية.

الفرع الثاني المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض

لمّا كانت المفاوضات غير مصحوبة باتفاق تفاوض تعد الصورة الغالبة للمفاوضات حيث يقصد بها تلك المفاوضات التي تتم من دون التوصل إلى اتفاق صريح بين الأطراف لتنظيمها بحيث يدخل طرفان في مفاوضات من دون صياغة اتفاقهما على إجراء التفاوض بصورة مكتوبة، هنا لا تعدو أن تكون المفاوضات سوى أعمال مادية غير ملزمة لا ترقى إلى مرتبة العمل القانوني بحيث لا يترتب عليها أي أثر قانوني، فيحق لكل متفاوض الانسحاب أو قطع المفاوضات في أي وقت يشاء من دون أن يتعرض إلى أي مسؤولية مالم يقترب عدوله بخطأ يلحق ضرراً بالطرف الآخر فعندئذ تقوم عليه المسؤولية التقصيرية (المبنية على خطأ واجب الإثبات) وذلك لاقترب عدوله عن المفاوضات بخطأ ألحق ضرراً بالمفاوض الآخر لكون أن العدول عن التفاوض لا يصلح بذاته سبب لقيام المسؤولية إعمالاً لمبدأ حرية التعاقد وما يترتب عليه من آثار قانونية¹.

وهذا ما استقر عليه الفقه والقضاء في كل من فرنسا ومصر والبحرين والعراق على اعتبار القيمة القانونية للمفاوضات غير مصحوبة باتفاق تفاوض صريح مجرد عمل مادي غير ملزم فمجرد الدخول في المفاوضات لا ينشأ على عاتق الطرفين أي التزام وهذا ما يجعل المسؤولية الناجمة عن الإخلال بمثل هذا النوع من المفاوضات مسؤولية تقصيرية قائمة على خطأ واجب الإثبات².

واستناداً إلى ذلك حظي الاتجاه الفقهي والقضائي السابق بتأييد جانب من فقه القانون العام بحيث اعتبروا أن المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض والسابقة على إبرام العقد تعد مجرد أعمال مادية لا يترتب عليها سوى المسؤولية التقصيرية دون العقدية إلا إذا اقترن العدول بخطأ من

¹-شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق 120،

²-انظر حكم محكمة النقض الفرنسية وحكم محكمة النقض المصرية والسابق الإشارة إليهما أعلاه .

جانب أحد المتفاوضين ترتب عليه ضرر للمتفاوض الآخر بحيث يمكن من الرجوع إليه بالتعويض استناداً إلى قواعد المسؤولية التقصيرية¹.

وترى الباحثة أن التمييز بين المفاوضات بالاستناد إلى وجود الاتفاق مسبق بين الأطراف من عدمه يفتقر إلى الأساس القانوني السليم بحيث تكون المفاوضات مجرد عمل مادي لا يرتب سوى المسؤولية التقصيرية متى توافرت شروطها تارة، وتكون تصرفاً قانونياً ملزماً يجعل المسؤولية الناجمة عنها مسؤولية عقدية تارة أخرى، وذلك لمجرد أن الطرفين لم يصرحا باتفاق تفاوض في الحالة الأولى بينما صرحا به في الحالة الثانية. لذا ووفق الاتجاه الفقهي الذي نؤيده يعد التفاوض السابق على إبرام العقد دائماً ذو طبيعة عقدية لأنه يحدث في جميع الأحوال بالاستناد إلى اتفاق سابق بين الطرفين سواء كان ذلك الاتفاق صريحاً أم ضمناً شفهياً أم مكتوباً².

ويستند القول بالطبيعة العقدية للمفاوضات السابقة على إبرام العقد إلى مجموعة من المبررات القانونية وهي أن التفاوض يكون أساسه اتفاق الطرفين على الدخول في مفاوضات وليس بالمصادفة فليس من المتصور أن يجد الطرفان نفسيهما فجأة يتفاوضان على عقد دون سابق علمهما أو رغبة كل منهما في الدخول في مفاوضات بشأن إبرام هذا العقد ويستوي بعد ذلك أن يكون اتفاقهما صريحاً أم ضمناً مكتوباً أو شفهياً³، هذا من جانب ومن جانب آخر إن المتفاوضين عند الدخول في المفاوضات فهما يهدفان إلى تحقيق أثر قانوني معين متمثل بحسم بعض الأمور الخلافية تمهيداً لإبرام العقد وليس مجرد التسلية أو تجاذب أطراف الحديث، وأخيراً فإن المتفاوضين يتقيدان بالتزامات حقيقية متمثلة بالالتزام بمبدأ حسن النية وما يتفرع عنه من التزامات أخرى كالالتزام بالاستمرار بالمفاوضات والالتزام بالإعلام والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وكل هذه هي التزامات حقيقية وليست مجرد واجبات عامة ومصدر هذه الالتزامات هو اتفاق التفاوض سواء أكان صريحاً أم ضمناً مكتوباً أو شفهياً⁴.

وأخيراً الباحثة ترى وعلى ضوء ماتقدم إن المفاوضات لم تعد مجرد أعمال مادية تتبادل فيها وجهات النظر، وإنما تحولت إلى مرحلة مهمة لها نظامها القانوني القائم بذاته⁵، إذ فيها يتقرر وجود العقد ومصيره¹.

1- شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، ص 122.

2- رجب كريم عبدالله ، التفاوض على العقد ، مرجع سابق ، ص 289 .

3- شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق ، ص 124.

4- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد ، مرجع سابق ، ص 307 .

5- إن هذه الطبيعة المتميزة للمفاوضات المتمثلة في أنها ليست أعمالاً مادية كما أنها ليست عقداً وإنما نظام قانوني قائم بذاته تنعكس على المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالمفاوضات فتجعلها مسؤولية ذات طبيعة متميزة، في ضوء الموازنة بين حرية التعاقد من جهة وبين

ومصدر هذا النظام هو المُشرّع إذا كان قد وضع قواعد خاصة لتنظيم المفاوضات، كما أن القضاء وهو يواجه خلو التشريع أحياناً من قواعد تنظيم المفاوضات أسهم في إرساء قواعد هذا النظام بالاستناد إلى مبدأ حسن النية الذي استلزم القضاء وجوده في مرحلة التفاوض بدرجة وجوده نفسها في مرحلة تنفيذ العقد².

إلا أنه قد يشكل الفعل الضار للمفاوض في مفاوضات العقود الإدارية خطأ عقدياً يتمثل في إخلاله باتفاق التفاوض وخطأ تقصيرياً يتمثل في إخلاله بالواجب العام بعدم الإضرار بالغير بحيث يثير مسؤولية الإدارة العقدية والتقصيرية في الوقت نفسه، وهنا يثار التساؤل حول مدى حق المتفاوض المتضرر في الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية حال رجوعه إلى المتفاوض المخطئ ؟

في معرض الإجابة عن هذا التساؤل المائل يكاد يجمع الفقه والقضاء في القانون الخاص على عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية كقاعدة عامة بحيث يتعين على المتضرر دائماً الرجوع إلى المخطئ المسؤول بالاستناد إلى المسؤولية العقدية عند وجود اتفاق تفاوض وكان الضرر الذي أصاب المتفاوض قد وقع بسبب إخلال الطرف الآخر بأحد التزاماته العقدية لأن أحكام العقد هنا هي التي تضبط العلاقة بين الطرفين ومن ثم فلا يجوز الأخذ بأحكام المسؤولية التقصيرية في الحالة التي يرتبط المتضرر فيها بعلاقة عقدية مع الطرف الآخر وإلا يعتبر ذلك إهداراً لنصوص العقد المتعلقة بالمسؤولية عن عدم تنفيذه وبالتالي بالقوة الملزمة له، أما على صعيد فقه القانون العام في كل من فرنسا ومصر والبحرين فإنهم بدورهم يرون كذلك عدم إمكانية الخيرة بين المسؤوليتين التقصيرية والعقدية في كل حال يكون فيها اتفاق تفاوض بين الجهة الإدارية والراغب في التعاقد معها بحيث يتعين دائماً اللجوء إلى أسس المسؤولية العقدية من دون التقصيرية نظراً إلى خصوصية الرابطة التعاقدية وما تلقى على طرفيها من التزامات متبادلة حيث إن القول بغير ذلك يفقد العقد فعاليته تجاه طرفيه بحيث يصبح مجرداً من كل قيمة قانونية وهو مالا يمكن التسليم به³.

وبالاستناد إلى ما ذكر أعلاه، من عدم جواز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية في مرحلة تنفيذ العقد - إدارياً كان أم مدنياً- فالسؤال هنا هو: هل ينسحب ذلك على المفاوضات السابقة على

=حرية المفاوضات كونها الوسيلة المثلى لإبرام العقد وتحديد شروطه من جهة أخرى مما يجعلها تتصف بصفات تميزها عما سواها من أنواع المسؤولية في أركانها وآثارها. للمزيد من التفاصيل ينظر: رجب كريم عبد اللاه، مرجع سابق، ص 89-115.

1-د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 119.

2-د. سعد حسين عبد ملحم، التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت، ط1، موسوعة القوانين العراقية، بغداد، 2004 م، ص 28.

3-د. حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 2001م،

إبرام العقد الإداري أي أن الإخلال بالالتزامات التفاوضية يشكل خطأ عقدياً وتقصيرياً في الوقت نفسه؟

ووفقاً لما استقر عليه فقه وقضاء القانون الخاص والعام بهذا الصدد فإنه لا يمكن للمتفاوض المتضرر من جهة الإدارة الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية كقاعدة عامة فلا خلاف بين الفقهاء على عدم جواز الجمع بين المسؤوليتين فلو أخل أحد أطراف التفاوض بأحد الالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض فلا يجوز للمتضرر الرجوع على المخطئ للمطالبة بتعويضين، تعويض على أساس المسؤولية العقدية استناداً إلى الإخلال بالالتزام العقدي وتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية استناداً إلى أن الالتزام الذي تم خرقه التزاماً عاماً يتفرع عن مبدأ حسن النية فيكون محمياً وفقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية.

وهذا أمر منطقي لأن القول بغير ذلك يقودنا إلى تعويض يتجاوز قيمة الضرر هذا من جانب، ومن جانب آخر لا يجوز للمتضرر أن يجمع في دعواه خصائص المسؤولية العقدية والتقصيرية في آن واحد حيث سنكون أمام دعواه غير واضحة المعالم لا هي بالعقدية ولا هي بالتقصيرية، فضلاً عن ذلك لا يجوز للطرف المتضرر أن يرفع إحدى الدعويين فخرها وثم يلجأ إلى تقييد الدعوى الأخرى لأن قوة الشيء المقضي به ستحول دون ذلك فعليه أي المتضرر أن يتحمل غرم ذلك¹.

إلا أنه يمكن للمتفاوض المتضرر الاختيار بين المسؤوليتين العقدية أو التقصيرية حسبما يحقق صالحة في الحالة التي يشكل خطأ المتفاوض الآخر جريمة تصل إلى درجة الغش أو الخطأ الجسيم، وكذلك في الحالة التي يمثل خطأ الإدارة في قرار إداري غير مشروع إعمالاً لمبدأ المشروعية وخضوع الإدارة للقانون ففي تلك الحالات فقط يحق للمتفاوض المتضرر الخيرة بين المسؤوليتين واختيار أيهما أكثر تحقيقاً لمصلحته²، ففي تلك الحالات فقط يحق للمتفاوض المتضرر الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية كأن يلجأ إلى دعوى العقدية نظراً إلى سهولة إثبات الخطأ فيها وطول مدة التقادم، أو أن يلجأ إلى دعوى المسؤولية التقصيرية ليستفيد من التعويض عن كافة الأضرار المباشرة المتوقعة وغير المتوقعة، وكذلك الاستفادة من أي شروط تتعلق بالإعفاء من المسؤولية بالإضافة إلى تضامن المدينين فيها³.

وتطبيقاً لذلك فليس أمام المتفاوض ضحية الإخلال بالالتزامات التفاوضية إلا دعوى المسؤولية العقدية أو دعوى المسؤولية التقصيرية بحسب الأحوال وإن كان له الخيرة بين المسؤوليتين إذا شكل الخطأ جريمة أو غشاً أو خطأ جسيماً.

¹ - حسن علي الذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية، ج 1، التامس للطباعة والنشر الاهلية، بغداد، 1991، ص 150.

² - رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 648.

³ - د. محمد جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج 1، مطبعة جامعة القاهرة، ط 1978، ص 84، 95.

وتستخلص الباحثه من هذا كله أنه إذا وجد هناك شرط يقضي باللجوء إلى قواعد المسؤولية العقدية وحدها، فلا يجوز لأي منهما الالتجاء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لأن الطرفين قد أفصحا بإدراج هذا الشرط عن إرادة صريحة وواضحة. لذا نرى أن هذا الأمر يسري حتى في حالة الخطأ الجسيم فلا يجوز اللجوء إلى قواعد المسؤولية التقصيرية لأن هذا الخطأ الجسيم لا يخرج عن دائرة المسؤولية العقدية وهذا مأخذ به المشرع العراقي إذ قضى بأن جزأ الخطأ الجسيم أو العمد هو تعويض المتعاقد عما لحقه من ضرر مباشر كان متوقعا أو غير متوقع¹.

وعلى ضوء ذلك تؤيد الباحثه ما ذهب إليه بعض الفقه من أنه إذا كان إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه التعاقدى يشكل جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات، كما يعد في ذات الوقت جريمة مدنية فحينئذ يجوز للمتفاوض المتضرر الالتجاء إلى إحدى المسؤوليتين، أي يحوز له في هذه الحالة فقط الخيرة بين المسؤوليتين، أي الرجوع على المتعاقد الآخر إما بدعوى العقد أي المسؤولية العقدية، وإما بدعوى الفعل الضار أي المسؤولية التقصيرية، لكن يبقى الأصل هو أنه إذا اختار أحد هذين الطريقين استنفذ حقه ولم يعد له بعد أن يلجأ إلى الطريق الآخر إلا إذا كان عدوله عن الطريق الذي اختاره قد تم قبل صدور الحكم النهائي².

¹- هذا ما يستفيد من مفهوم المخالفة لنص الفقرة (3) من المادة 169 من القانون المدني العراقي التي نصت على (فإذا كان المدين لم يرتكب غشا أو خطأ جسيما فلا يجاوز التعويض ما يكون متوقعا عادة وقت التعاقد من خسارة تحل أو كسب يفوت).

²- لمزيد من التفاصيل ينظر دكتور حسين علي ذنون ، المبسوط في المسؤولية المدنية ، مرجع سابق ، ص 150 ، 151 .

المبحث الثاني

الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات

لمّا كنّا قد انتهينا في المبحث السابق من هذا الفصل إلى ترجيح الطبيعة العقدية للمفاوضات الرامية إلى إبرام العقد الإداري، وذلك لوجود اتفاق تفاوض بين الجهة الإدارية وبين المستثمرين المؤهلين فنياً¹، أو بين الجهة الإدارية وصاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً²، ويستوي أن يكون هذا الاتفاق صريحاً أو ضمنياً مكتوباً أو شفهيّاً وأن هذا الاتفاق هو الذي يحكم العلاقة بين الطرفين أثناء التفاوض.

ولما كانت المسؤولية الإدارية في مجال التصرفات الإدارية القانونية أساسها الخطأ الأصل العام والذي يتمثل في ممارسة النشاط الإداري على نحو غير مشروع، وهذا يعني أن ممارسة الإدارة لنشاطها بصورة مشروعة لا يترتب مسؤوليتها عن الأضرار التي لحقت بالمتعاملين مع الإدارة من جراء ممارسة الإدارة لتصرفها، لذا فإنه يتعين لتقرير المسؤولية عن الضرر أن يكون ناجماً عن خطأ أي ممارسة غير مشروعة من جانب الإدارة لنشاطها.

لذا فإن الخطأ كنظام للمسؤولية لا تنفرد به المسؤولية الإدارية إنما يمثل القاعدة العامة في جميع فروع القانون، وذلك باعتباره النظام الأوسع انتشاراً بين أنظمة القانون المختلفة.

فإذا كانت القاعدة العامة أن الإدارة لا تسأل إلا حيث يكون هناك خطأ من جانبها، وذلك باعتبار أن الخطأ هو الركن الأساسي لمسؤوليتها ومحور أحكامها، إلا أن تطور أساليب الإدارة وأنشطتها المتعددة أوضحت أنه قد يترتب من جراء ممارسة الإدارة المرافق العامة أضرار عديدة تصيب الراغبين في التعاقد مع الإدارة من دون أن تمثل تصرفات الإدارة خطأ فلا يمكن ترتيب مسؤولية الإدارة التقصيرية أو العقدية، وذلك لانعدام الخطأ الذي يشكل عماد تلك المسؤولية.

ولما كان النظام القانوني للمسؤولية الإدارية يتميز بخصائصه الذاتية التي تشكل هوية ذاتية واستقلالية وخصوصية هذا النظام واختلافة عن النظام القانوني للمسؤولية المدنية، حيث إنه نظام قضائي النشأة أصلاً، ويتمتع باستقلالية وأصالة حيث يقوم على أساس التوازن بين المصلحة

¹ نصت المادة 23 من قانون رقم 67 لسنة 2010، والخاص بتنظيم مشاركة القطاع الخاص في مشروعات البنية الأساسية والخدمات والمرافق العامة المصري على (للجهة الإدارية أن تجري حواراً تنافسياً مع المستثمرين المؤهلين الذين تقدموا بعروضهم غير ملزمة. ... بهدف الحصول على إيضاحات بشأن العطاء الفني والمالي).

² تنص المادة 33 من المرسوم بقانون رقم 29 لسنة 2010، من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على (..... يجوز بعد موافقة المجلس التفاوض مع صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بسعره إلى أدنى سعر ممكن إذا كان سعر عطاءه أعلى من الكلفة التقديرية المخصصة للشراء) - الجريدة الرسمية العدد 2954.

العامّة والمصلحة الخاصّة، كما تنظم قواعده ومبادئه المرونة والواقعية والقابلية للتغيير والتطوير وفقاً للظروف واحتياجات المصلحة العامّة.

فإذا كان الخطأ والضرر هما ركنا المسؤولية الإداريّة وأساسها لذا نشأت المسؤولية الإداريّة عن العمل المشروع كأساس تكميلي للمسؤولية الإداريّة القائمة على فكرة الخطأ.

وترتيباً على ذلك سنتناول في هذا المبحث أساس المسؤولية الإداريّة في مرحلة المفاوضات عند عدم وجود خطأ ينسب إلى الإدارة في تلك المرحلة، وذلك كأساس تكميلي للمسؤولية الإداريّة على أساس الخطأ، وذلك على الوجه الآتي:

المطلب الأول: قيام المسؤولية الإداريّة في مرحلة المفاوضات على أساس المخاطر.

المطلب الثاني: قيام المسؤولية الإداريّة في مرحلة المفاوضات على أساس نظرية الإثراء بلا سبب.

المطلب الثالث: قيام المسؤولية الإداريّة في مرحلة المفاوضات على أساس المساواة أمام الأعباء العامّة.

المطلب الأول

قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس المخاطر

تتميز الأحكام المنظمة لنشاط الإدارة بكونها قواعد متطورة ومتجددة تهدف إلى مواكبة الظواهر الإدارية المستجدة وتعدد المهمات والمسؤوليات الملقاة على كاهل الإدارة، لذا اتجه القضاء الإداري إلى إنشاء وخلق مبادئ ونظريات قانونية قادرة على استيعاب هذا التطور الهائل في إدارة الإدارة العامة ومسؤوليتها ومواكبته.

وجاء هذا التطور القضائي المستحدث لإيجاد الحلول القانونية المناسبة للمنازعات الإدارية، فقد تبين للقضاء الإداري أن المبادئ والقواعد التي تحكم العلاقات فيما بين الأفراد العاديين لا تصلح لتنظيم علاقات الإدارة مع الأفراد. ولهذا تم وضع الأحكام القانونية التي تنظم مسؤولية الإدارة على أساس الخطأ، وحيث تبين للقضاء الإداري عدم ملائمة هذه القواعد والأحكام التي تقرر مسؤولية الإدارة في بعض الأحيان إذا لا يمكن أن ينسب خطأ إلى الإدارة وفق المفهوم التقليدي لذا بدأ القضاء أن يؤسس ويبني مسؤولية الإدارة على أساس آخر مختلف عن الأساس الأول والتمثل بالخطأ، وهذا الأساس يتجلى بمسؤولية الإدارة من دون خطأ أو ما يعرف بالمسؤولية على أساس المخاطر. لذا فإن المسؤولية على أساس المخاطر هي رمز المسؤولية من دون خطأ بدرجة تعتبر أحيانا كأنها مختلطة معها.

إن فكرة المخاطر أساس المسؤولية من دون خطأ تقوم على فكرة أن المجتمع الحديث يتميز بتدخل الدولة في مفاصل الحياة المختلفة وبصورة متزايدة، فهذا المجتمع يعد مجتمعاً صناعياً يعتمد على تنوع الصناعات والتي يتميز بعضها بممارسة أنشطة ذات طابع خطر على حياة الأفراد وعلى أموالهم مما قد يؤدي إلى إصابة الأفراد بأضرار كبيرة وجسيمة.

لذا كان من الضروري على الدولة أن تؤمن لمواطنيها ضد المخاطر المباشرة التي قد تصيبهم جراء ممارسة الإدارة لنشاطها المشروع، ومن هنا نشأت فكرة المسؤولية بناء على تبعية المخاطر وأمام هذا النشاط تتزايد المخاطر الناجمة عن هذه الأنشطة فكان حتماً أن يتوافر ضمانات ضد تلك المخاطر التي تضر بالأفراد نتيجة لهذا النشاط الذي تباشره الإدارة وإن لم يكن خطأ مرتكباً من جانب الإدارة.

وبناء على ما ذكر سنتناول في هذا المطلب مدى إمكانية تأسيس المسؤولية الإدارية في مرحلة في المفاوضات بناء على نظرية المخاطر كأساس لمسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، وذلك على النحو الآتي:

يعد قيام المسؤولية الإدارية عن أعمالها المادية وفق نظرية المخاطر من أدق الموضوعات في المسؤولية الإدارية لأنها تدور في حدود السلطة التقديرية للقاضي وبعض التشريعات الجزئية، وذلك للتوفيق بين فكرة الصالح العام والظروف والاعتبارات المحيطة به من جانب ومن جانب آخر مقتضيات حماية حقوق الأفراد سواء المتعاملين مع الإدارة أو المتعاقدين معها. وإذا كانت المسؤولية على أساس الخطأ هي المسيطرة في القانون الإداري إلا أنه ومنذ عام 1895م، وجد نوعاً آخر من المسؤولية الإدارية التي لا يستند فيها إلى خطأ بل إلى أسس أخرى¹.

وعليه فإن المسؤولية الإدارية وفق نظرية المخاطر تقوم بمجرد حصول ضرر للغير (الراغب بالتعاقد مع الإدارة) من دون الحاجة إلى أن ينسب الضرر إلى خطأ معين من جانب الإدارة². لذا فقد عرّف بعض الفقهاء نظرية المخاطر (بأنها نظام استثنائي تقوم عليه مسؤولية الإدارة كلما ترتب عن نشاطها ضرر للأفراد ولو كان هذا النشاط مشروعاً)³.

وبرجعنا إلى الطبيعة القانونية للمفاوضات نجد أن جانباً كبيراً من الفقه المعاصر يميل إلى اعتبار أن المفاوضات التي تتم من دون أن يكون هناك اتفاق صريح بشأنها - وهي الصورة الغالبة في العمل - مجرد واقعة مادية - ومن ثم فهي غير ملزمة ولا يترتب عليها أي أثر قانوني ملزم فالمفاوضات وفقاً لهذا الرأي الغالب هي ذات طبيعة مادية، وذلك لعدم وجود تنظيم اتفاقي لعملية التفاوض بين الأطراف بالإضافة إلى عدم وجود نص قانوني ينظم العلاقة بين طرفي التفاوض⁴.

وعلى صعيد القانون الإداري فإن المفاوضات التي تتم في المرحلة السابقة على التعاقد بين السلطة الإدارية ومقدمي العروض بهدف الإعداد الجيد والتمهيد لإبرام العقد بما يكفل تحقيق مصلحة المرفق العام في الدرجة الأولى مندون الإخلال بمصلحة الطرف المتعاقد مع الإدارة بمعنى أن المفاوضات تتم في مرحلة الإيجاب أي قبل نشوء العلاقة العقدية بين الطرفين وحيث

1- عبدالفتاح صالح، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، رسالة ماجستير، جامعة محمد خضير بسكرة، الجزائر، 2013/2012م.

2- وتعتبر نظرية المخاطر امتداداً لنظرية الخطأ ونتيجة لتطورها المستمر فقد تطورت فكرة الخطأ الموجب للمسؤولية إلى فكرة الخطأ المفترض القابل لإثبات العكس ثم إلى الخطأ المفترض غير قابل لإثبات العكس وأخيراً إلى الخطأ المجهول وفي نهاية هذا التطور ظهرت نظرية المخاطر وهذا ما نجده ملائماً بالنسبة إلى مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، وذلك لعدم إمكانية إثبات خطأ الإدارة فيها، عبدالفتاح صالح، المرجع نفسه.

3- عبدالفتاح صالح، المرجع نفسه.

4- أم كلثوم صبيح محمد، المفاوضات الممهدة للتعاقد (ماهيتها وأحكامها دراسة مقارنة)، بحث منشور، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، ص292.

إن مرحلة الإيجاب تبدأ من لحظة تقديم العطاءات وتستمر حتى اعتماد السلطة الإدارية المختصة لأعمال اللجان المكلفة بإنهاء إجراءات التعاقد، وعلى ذلك فإن ما يتم من إجراءات خلال هذه المرحلة لا يعد نتاجاً للعلاقة العقدية¹.

فالمفاوضات في العقد الإداري هي إما أن تكون تصفية لإجراءات المناقصة التي تنتهي بإرساء العقد على أحد مقدمي العروض بذاته وإما باعتبارها بداية لإجراءات الممارسة أو الاتفاق المباشر والتي تعتمد على المناقشات والمباحثات بين الإدارة ومقدمي العروض ففي الحالتين تظل المفاوضات مجرد إجراءات تمهيدية للتعاقد وتساعد الإدارة على اختيار أفضل العروض شروطاً وأقلها سعراً².

ولما كنا قد أسلفنا القول في المبحث الأول عن أن التفاوض على العقد يتنازع أمران متلازمان هما أمن المفاوضات من جهة وحرية التفاوض من جهة أخرى وكلاهما على جانب كبير من الأهمية، لذا فإن أساس اعتبار المفاوضات ذات طابع مادي يكمن في حرية الأطراف في العدول عن المفاوضات دون أدنى مسؤولية عقدية إلا إذا اقترن العدول بخطأ تكتمل بوجوده أركان المسؤولية التقصيرية وعليه فإن الخطأ في مجال المفاوضات يتمثل بالإخلال بالواجب القانوني العام بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد المؤلف³.

ألا أن السؤال هنا هو كيف يتحقق عامل أمن المفاوضات في العقود الإدارية التي تتمتع فيها الإدارة بامتيازات السلطة العامة بمعنى آخر ماذا لو قطعت الإدارة المفاوضات وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة بعد إشاعة الأمل والثقة في إبرام العقد الإداري مع المتفاوض مع الإدارة مما يترتب على قطع المفاوضات ضرر يلحق بالطرف المتفاوض مع الإدارة، فما هو أساس الذي يمكن أن تستند عليه المسؤولية هنا ؟

بالرجوع إلى النظام القانوني للمسؤولية الإدارية نجد أن هذا النظام يتميز بخصائص ذاتية تشكل هوية ذاتية واستقلالية وخصوصية هذا النظام واختلافه عن النظام القانوني للمسؤولية المدنية حيث إنه نظام قانوني حديث النشأ يتمتع باستقلالية وأصالة ويقوم على أساس التوازن بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة وتنظم قواعده ومبادئه المرونة والواقعية والقابلية للتغيير والتطوير وفقاً للظروف واحتياجات المصلحة العامة.

ولما كان تطور أساس المسؤولية المدنية حيث أصبحت قائمة على فكرة الإصلاح وابتعادها عن فكرة العقاب لأن الغاية من هذه المسؤولية هو جبر الضرر وهذا ما دفع عدد من الفقهاء إلى بناء

¹- د. محمد أحمد عبدالنعم-، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 62.

²- محمد أحمد عبدالنعم ، المرجع نفسه ، ص 72 .

³- أم كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد، مرجع سابق ، ص 310 ، 311 .

نظرية بمعزل عن فكرة الخطأ التقليدية وكان دافعهم هو الظروف الاقتصادية والتحولات الاجتماعية مما أدى إلى قيام نظرية تحمل التبعية أو ما تعرف بنظرية المخاطر¹. أما في نطاق القانون العام فإن المسؤولية الإدارية عن العمل المادي المشروع للإدارة نشأت كأساس تكميلي للمسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ، وذلك لتحقيق نوع من التوازن بين سلطة الإدارة وامتيازاتها وبين حقوق الأفراد سواء المتعاملين مع الإدارة أو المتعاقدين معها². ولقد نجح القانونين الفرنسي و المصري في إرساء أساس تكميلي للمسؤولية الإدارية وهو ما يعرف بمسؤولية المخاطر أو المسؤولية على أساس العمل المادي المشروع كأساس تكميلي إلى جانب المسؤولية على أساس الخطأ وهذه المسؤولية لا علاقة لها بفكرة الخطأ بتاتاً بمعنى أن يقر مبدأ التعويض عن أضرار نجمت عن تصرف مشروع من جانب الإدارة، وأساس هذه المسؤولية هنا فكرة الغنم بالغرم أو مساواة الأفراد أمام التكاليف العامة وهذا ما عبرت عنه المحكمة الإدارية العليا بمصر في طعن رقم 1519 لسنة 2ق جلسة 1965/12/15م، بقولها (إن القول بإقامة مسؤولية الحكومة على أساس تبعية المخاطر لا يمكن الأخذ به كأصل عام، إذ مقتضاه أن تقوم المسؤولية على ركنين فقط، هما الضرر وعلاقة السببية بين نشاط الإدارة في ذاته وبين الضرر حتى لو كان هذا النشاط غير منطوق على خطأ...)³.

ولما كانت المسؤولية الإدارية في إطار العقود الإدارية تتعقد بثبوت خطأ الإدارة إلا أنه مراعاة لاعتبارات العدالة والمصلحة العامة تتعقد المسؤولية الإدارية لصالح المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد الإداري من دون أن يكون هناك خطأ من قبل الإدارة، وذلك في حالة الظروف الطارئة أو الصعوبات المادية غير المتوقعة. وتأسيساً على ذلك يمكن القول بقيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات عن العمل المادي المشروع، وذلك وفق نظرية المخاطر التي تستند فيها المسؤولية إلى فكرة المنفعة أو الربح، فالفائدة التي جنتها الإدارة من المفاوضات لا ينبغي أن تكون سبباً في إلحاق ضرر بالمفاوض معها فإذا كانت المسؤولية الإدارية غير المستندة إلى خطأ تتعقد لصالح المتعاقد مع الإدارة أثناء تنفيذ العقد وفقاً لمقتضيات المصلحة العامة فمن باب أولى أن تتعقد ذات المسؤولية الإدارية وفق نظرية المخاطر في المرحلة السابقة على التعاقد⁴، كون أن المفاوضات مرحلة من مراحل الممهدة لإبرام العقد الإداري.

¹- بشير علي خلف جاسر العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، المصدر القومي للإصدارات القانونية، ط 1، 2018م، ص 42-3.

²- بشير علي خلف جاسر العبيدي، المرجع نفسه، ص 43.

³- حكم منشور في كتاب قواعد المسؤولية والتعويض في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة منذ عام 1955م حتى 2001م، دار الكتب القانونية، 2003م، ص: 146، 147.

⁴- كمال عبد السمیع، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة في ضوء القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، دار النهضة، 2002م، ص 280.

ويترتب على تأسيس المسؤولية الإدارية وفق نظرية المخاطر في مرحلة المفاوضات عدم التزام المتفاوض المتضرر من جراء قطع الإدارة للمفاوضات بإثبات وجود خطأ وبالتالي تسهل مهمة في الدعوى ويتخفف من عبء إثبات هذا الركن، حيث ينحصر التزامه لاستحقاق التعويض على أساس المخاطر إثبات وجود علاقة سببية بين نشاط الإدارة وبين الضرر الذي أصابه من جراء قطع المفاوضات¹.

والجدير بالذكر هنا القول بأن نظرية المخاطر كأساس للمسؤولية الإدارية عن العمل المادي المشروع بوجه عام والمفاوضات بوجه خاص تشكل نظرية تكميلية استثنائية عن الأصل العام للمسؤولية الإدارية المبنية على أساس الخطأ فهذه المسؤولة ذات صفة استثنائية تكميلية ومن ثم لا يكون لهذه المسؤولية أي دور إلا في حالة غياب الخطأ أو عدم إمكان نسبته إلى المضرور أنه هو الذي تسبب بخطئه أو عدم إثبات أن الضرر قد وقع نتيجة لخطأ الإدارة، فالحكمة من ابتداء مجلس الدولة الفرنسي لهذا النوع من المسؤولية الإدارية، أنها تعتبر مكملية للمسؤولية القائمة على أساس الخطأ إذ إن اشتراط الخطأ في بعض الحالات قيد يتعارض مع مبدأ العدالة².

وأخيرا ترى الباحث أنه يمكن القول بأن أساس هذه المسؤولية هو الضرر الذي ألحق بالمتفاوض مع الإدارة ونسب ذلك الضرر إلى نشاط الإدارة فوقوع الضرر هو الأساس الذي تبنى عليه المسؤولية الإدارية فمتى ما ألحق بالمتفاوض ضرر نتيجة لقطع المفاوضات أو نتيجة لعدول الإدارة وفقا لمقتضيات المصلحة العامة ومن دون أي خطأ من جانب الإدارة عن ذلك قطع أو العدول وخاصة بعد أن قطع الطرفان شوطا كبيرا في المفاوضات أدى إلى إشاعة الأمل أو الثقة في إبرام العقد الإداري لذا فيمكن أن نأسس المسؤولية الإدارية هنا على أساس نظرية المخاطر.

¹-كمال عبدالمميع ، مرجع سابق ، ص 229.

²-بشير علي خلف جاسر العبيدي ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، مرجع سابق ، ص 49 .

المطلب الثاني

قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس نظرية الإثراء

بلا سبب

يعتبر القانون المدني أساساً للقانون الإداري والأصل الذي يرجع إليه لتنظيم مختلف العلاقات بين الأفراد والإدارة. ثم ابتداء القانون الإداري بالاستقلال تدريجياً عن القانون المدني، وذلك لأن قواعد القانون المدني تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم على أساس مبدأ التعادل والمساواة في حين تختلف علاقة الأفراد بالإدارة، بحيث تمتاز امتياز الإدارة، فلا يحكمها مبدأ التعادل لما تتمتع به الإدارة من سلطة عامة وهي تباشر وظيفتها الإدارية.

وعلى الرغم من أن الجهود التي بذلت لاستقلال قواعد القانون الإداري عن القانون المدني فإن ذلك لم يكن في درجة واحدة، بل كان استقلالاً متدرجاً وعلى مسارات عديدة. لقد استعار القانون الإداري بعض القواعد المدنية بعد تعديلها، وأكسبها طابعاً يتلاءم مع نشاط الإدارة وغايته تحقيق المصلحة العامة كنظرية العقد الإداري ونظرية الشخصية المعنوية وغيرها من النظريات.

هذا من جهة ومن جهة أخرى فقد استعار فقهاء القانون الإداري بعض قواعد القانون المدني بحالتها من دون تعديل فقد اعتمد القضاء الإداري على اقتباس مبادئ قانونية عامة موجودة في نصوص القانون الخاص، أو في اجتهاده المستقر، وتتحول هذه المبادئ إلى مبادئ عامة للقانون الإداري، وذلك لأن القاضي قد طبقها لتناسبها مع طبيعة العلاقات في القانون العام ومن أمثلة ذلك مبدأ الإثراء بلا سبب على حساب الغير التي اقتبسها القضاء الإداري وطبقها على المنازعات الإدارية، وهذا المبدأ من المبادئ العامة للقانون.

ولنظرية الإثراء بلا سبب أهمية بالغة في مجال العقود الإدارية، وذلك باعتبارها القاعدة التي تأسست عليها المسؤولية شبه التعاقدية التي تلعب دوراً تكميلياً يحد من النقص القانوني الذي يشوب مرحلة الإعداد وتكوين العقود الإدارية الناتجة عن غياب الأساس القانوني الذي يمكن الاستناد إليه لإعادة التوازن أو لعلاج أوضاع مجحفة تأبأها العدالة، ناتجة عما تملكه الإدارة من سلطة تأثير في مجريات العقد بإرادتها المنفردة.

وحيث إن وظيفة نظرية أو مبدأ الإثراء بلا سبب يشكل أحد الأسس التي تقوم عليها المسؤولية الإدارية وخاصة في مجال المسؤولية شبه التعاقدية حيث تعتبر الأساس الوحيد لها، وذلك لوجود علاقة وثيقة بين الإثراء بلا سبب وشبه العقد الإداري.

ولما كان الأخذ بفكرة شبه العقد الإداري والمعمول بها في فرنسا ونقلها إلى القانون المصري والبحريني قد يساعد كثيرا في إيجاد الحلول المناسبة للمشاكل التي تنجم عن العلاقات التي تتم بين الإدارة والمتعاملين معها في حالة إثراء الإدارة بلا سبب على حساب الغير وحيث إن الاهتمام بهذه الفكرة قد يساعد كثيرا في صياغة نظرية عامة يمكن الاستناد إليها كمصدر من مصادر المسؤولية الإدارية.

وتأسيسا على ماسبق سنتناول في هذا المطلب مفهوم شبه العقد الإداري ومدى إمكانية قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس المسؤولية شبه التعاقدية - القاعدة العامة للإثراء بلا سبب وذلك على الوجه الآتي:

الفرع الأول: مفهوم شبه العقد الإداري.

الفرع الثاني: أساس المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات وفق قاعدة الإثراء بلا سبب.

الفرع الأول مفهوم شبه العقد الإداري

تَحْتَلُ فكرةُ شبه العقد الإداري موقفاً وسطاً بين فكرة العقد وفكرة ما لا يعد عقداً، حيث تقوم هذه الفكرة بوظيفة متممة أو مكملّة للعقد فهذه الفكرة تفترض علاقة شبه تعاقدية بين الطرفين وبالرجوع إلى المادة 1371 من القانون المدني الفرنسي نجد أنه عرف أشباه العقود بـ (هي الأعمال الإرادية البحتة الصادر من الإنسان والتي ينشأ عنها تعهد ما تجاه شخص آخر وأحياناً تعهدات متبادلة بين الطرفين)¹ كما عرّف الأستاذ Jacquet شبه العقد بأنه: (إجراء اختياري أو إرادي محض ينتج عنه إما حق لصالح فاعله أو التزام يقع على عاتقه أو التزامات متبادلة بين الغير وبينه)².

ومن خلال التعريفين السابقين يتضح لنا اقتراب مفهوم شبه العقد من مفهوم المفاوضات حيث إن المفاوضات وكما أوضحنا في الفصل الأول أنها إجراء اختياري إرادي تقوم به الإدارة بالتفاوض مع أصحاب العطاءات لاختيار الأفضل من بينهم من ناحية السعر والمواصفات الفنية أو التفاوض مع صاحب العطاء الأفضل والمقترن بتحفّظ للنزول عن تحفظه كما يترتب على المفاوضات تعهدات والتزامات متبادلة تقع على عاتق الطرفين (الإدارة والمتفاوض معها).

¹ - عبدالرؤوف بسيوني ، شبه العقد في القانون الإداري ، دار الفكر الجامعي ، ط1 ، 2007م ، ص 23.

² - عبدالرؤوف بسيوني ، المرجع نفسه ، ص 23.

ولما كانت نظرية شبه العقد الإداري في فقه القانون العام لم تحدث جدلاً لأن نظرية العقد الإداري مرت بتطورات كبيرة ولما كانت المفاوضات تشكل مرحلة من المراحل التي يمر بها العقد الإداري وبالتالي يمكن اعتبار أن مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية تندرج ضمن نطاق فكرة شبه العقد الإداري.

إن لاشباه العقود الإدارية ثلاثة نماذج رئيسية، يتمثل النموذج الأول في تنفيذ الغير عملاً نافعاً بناء على الإرادة الرئيسية للإدارة، وبذلك يقترب كثيراً من العقد ومن العمل الثنائي غير التعاقدية أو حتى العمل المنفرد المشروط، أو العمل المنفرد المتفاوض عليه، في حالة إذا ترتب على هذه الأعمال نوع من الاتفاق يكون سابقاً على العمل وليس من قبل الصدفة فهنا يكون لشبه العقد وظيفة تكميلية تارة ووظيفة متممة تارة أخرى¹. وعليه فإن شبه العقد هنا تمثل نوعاً من الاتفاق الأولي السابق على تنفيذ عمل نافع. أما النموذج الثاني لشبه العقد الإداري فتمثل بتنفيذ أداء أو عمل نافع تسمح به الإدارة وتصادق عليه لكنها لا تتدخل قبل أو عند مبادرة الغير لكنها تتدخل بعد تنفيذ العمل النافع المنجز لصالحها حيث يعتبر هذا النوع من شبه العقد إبراز لعدم توافق الإرادات بشأن التعاقد حيث لا يشكل التصديق الإداري دليلاً على إنشاء العقد وهذا النوع من شبه العقد له وظيفة معوضة تجاه العقد وتتميز عن المتممة، وذلك في حالة ما إذا ظهرت الرابطة التعاقدية خارج نطاق الإطار التعاقدية ولكن في حالات كان فيها العقد قابلاً للتفاوض.

أما النموذج الثالث من شبه العقد فتمثل بقيام القاضي باستخلاص نتائج قانونية مماثلة لحالات لا تقدم فيها إرادة الإدارة بأي دور لكن الظروف وحدها هي التي تبرر مبادرة المتدخل فهذا التدخل يجد تبريره صفة الضرورة².

وترتيباً على ذلك فإن المفاوضات تندرج ضمن النموذج الأول لأشباه العقود، وذلك لأن المفاوضات في حقيقتها نشاط ثنائي يقوم على التفاعل والمشاركة بين الطرفين - الإدارة والمتفاوض معها - اللذين اتجهت إرادتهما إلى الاتصال المباشر أو غير المباشر من أجل التوصل إلى تفاهم مشترك.

ولما كانت المفاوضات في العقود الإدارية تهدف إلى الإعداد والتمهيد لإبرام العقد الإداري فهي تتم في المرحلة السابقة على التعاقد بين السلطة الإدارية ومقدمي العروض بما يكفل تحقيق مصلحة المرفق بالدرجة الأولى ومن دون الإخلال بمصلحة الطرف الآخر بمعنى أن مرحلة المفاوضات تتم في مرحلة الإيجاب أي قبل نشوء العلاقة العقدية، لذا فإن ما يتم من إجراءات

¹- عبدالرؤوف بسيوني ، مرجع سابق ، ص 19.

²- عبدالرؤوف بسيوني ، شبه العقد في القانون الإداري ، مرجع السابق ، ص 20 وما بعدها.

خلال هذه المرحلة لا يعد نتاجاً للعلاقة التعاقدية التي لم يكتمل نموها بعد¹ وعليه فإن مرحلة المفاوضات تتميز بالصفة الوسطى التي يتمتع بها شبه العقد الإداري والتي تجعل الاثنين نموذجاً منطقياً لمصادر الالتزام، ذلك لأنهما يحتلان مركزاً وسطاً بين العمل القانوني الثنائي - العقد - وبين الفعل المجرد من كل عنصر إرادي وهنا يظهر دور القاضي في إنشاء العلاقة القانونية المترتبة على شبه العقد الإداري وعلى المفاوضات، وذلك لأن إرادة من تولى العمل القانوني لم تكن تتجه إلى إحداث هذه الآثار حيث إن العنصر الإرادي لا يمثل سوى معلومة مادية يراعيها القاضي وفقاً للحالة المعروضة عليه لأن الالتزام ينشأ عن فعل القاضي أو القانون وهما من يجعلانه ملزماً وعليه فإن الأمر يتعلق بحالات واقعية أو مادية يقوم القاضي بترتيب الآثار القانونية عليها وهذا ما يدفع القاضي إلى فحص الدعوى من زاوية نشأة الالتزام ومن هنا يظهر التطور الجديد المتمثل بالاعتراف بمسؤولية شبه عقدية والتي تنضوي تحتها المسؤولية عن المفاوضات التي يعمل القانون الإداري على تنميتها وإرساء أحكامها².

وتأسيساً على ذلك فإن دعوى المسؤولية شبه عقدية تشكل جزءاً للالتزام باسترداد يفرضه القاضي سواء لأن جهة الإدارة تحقق لها الثراء عن طريق أداء العمل المنفذ أم أن المتعامل مع الإدارة أثري على حساب الإدارة نتيجة الأضرار التي سببها لها. وعليه فإن المسؤولية شبه عقدية تأسست على القاعدة العامة لمبدأ الإثراء بلا سبب والتي يقصد من ورائها إنشاء نوع من التوفيق بين المصلحة العامة المسؤولة عنها الإدارة ومصلحة الشخص شبه متعاقد مع الإدارة³.

الفرع الثاني أساس المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات وفق

قاعدة الإثراء بلا سبب

أوضحنا فيما سبق أن مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية تدخل ضمن نطاق أشباه العقود الإدارية ولما كان الأساس التفسيري لقيام المسؤولية شبه تعاقدية يكمن في مبدأ الإثراء بلا سبب لذا لا بد لنا من أن نحدد العلاقة القائمة بين الإثراء بلا سبب وبين شبه العقد الإداري التي بذل القاضي الإداري في فرنسا جهداً لإبرازها نظراً إلى عدم وضوح هذه المسألة في القانون الخاص والمقارن.

حيث استند القاضي الإداري في فرنسا أسوة بالقاضي العادي إلى مبدأ الإثراء بلا سبب منذ عام 1961م، ففي هذا التاريخ لجأ مجلس الدولة الفرنسي إلى التكيف القانوني لهذا المبدأ لتفسير

¹ محمد عبد النعيم ، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 62.

² - عبدالرؤف بسوني ، شبه العقد في القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 33

³ - أحمد فتح الله أبو سكيمة ، النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس ، 1997م ، ص 346.

دعوى شبه العقد وفي الواقع أن الإثراء بلا سبب في القانون الإداري يرجع إلى تصورين الأول أنه مبدأ عام للتوازن، والثاني أنها وسيلة لدعوى أو أنه مبدأ يستند إلى دعوى الإثراء بلا سبب وهذه الدعوى تخضع لشروط دقيقة¹.

وحيث إن الإثراء بلا سبب يشكل الأساس الوحيد في مجال المسؤولية شبه التعاقدية، وذلك لوجود علاقة وثيقة بين الإثراء بلا سبب وشبه العقد في القانون الإداري وتأسيسا على ذلك فإن مفهوم الإثراء بلا سبب في القانون العام يظهر بمناسبة المنازعات المتعلقة بالمسائل شبه التعاقدية لأن القاضي الإداري أسس المسؤولية شبه تعاقدية على هذا المبدأ. لما كان المسؤولية شبه التعاقدية مسؤولية من دون خطأ لأن الفعل الذي يكون مصدره الضرر هو عمل منفذ من أجل المصلحة العامة وبناءً على قبول من الإدارة، وبالتالي يتم تعويض المتعاقد مع الإدارة عن افتقارناجم عما أداه من أعمال نافعة للإدارة حيث تكون الإدارة قد أثرت على حسابه من دون سبب لعدم قيام العقد الإداري².

وبرجعنا إلى مفهوم المفاوضات نجد أنه قائم على فكرة تبادل الأفكار ووجهات النظر بين طرفي التفاوض لدراسة الجوانب الفنية أو المالية أو الاقتصادية أو القانونية للعقد المزمع إبرامه ولما كانت المفاوضات محكومة بمبدأ سلطان الإرادة بمعنى أنه عندما ينخرط الطرفان في عملية تفاوضية لغرض الوصول إلى رابط عقدي يحكم علاقتهم المشتركة، يكون لكل من أطراف العملية التفاوضية ألا يذهب في مفاوضاته إلى هذه النهاية فله أن ينسحب منها متى ما شاء من دون أن يترتب عليه أي مسؤولية حيث إن هذا الحق مكفول بمبدأ قانوني ألا وهو مبدأ حرية التعاقد³.

حيث إن المفاوضات كما بينا ذلك مسبقا لا ترقى إلى مرتبة العقد ولا تنشئ التزاماً أو رابطة عقدية بين طرفيها، ألا أن الأخذ بهذا المبدأ على إطلاقه ليس بالأمر المحمود، فالعدول عن المفاوضات خاصة تلك المترتبة بالعقود والصفقات الكبيرة كعقود الأشغال العامة وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص وعقود نقل التكنولوجيا تتطوي على أضرار كبيرة بالطرف المتفاوض مع الإدارة فالعدول في مثل هذه الحالات قد يحمل آثارا سيئة متمثلة بضياح الفرصة بالنسبة إلى الطرف المتفاوض مع الإدارة وإضاعة الوقت والمصاريف، مما يجعل عدم إتمام المفاوضات مكلفا بدرجة كبيرة⁴، وبالتالي تكون الإدارة قد أثرت على حساب المتفاوض معها في الوقت الذي لا يمكن فيه ترتيب مسؤولية الإدارة عن تعويض على أساس المسؤولية التقصيرية لانعدام الخطأ الذي يعد عماد تلك المسؤولية كما لا يمكن تعويض المتفاوض مع الإدارة على أساس الخطأ

1- عبدالرؤوف بسيوني، شبه العقد في العقد الإداري، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها.

2- عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المسؤولية الإدارية، مرجع سابق، ص 58.

3- وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها إذ قررت أن (المفاوضات ليست سوى عمل مادي لا يترتب عليها بذاتها أي أثر)، نبيل إسماعيل شبلق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، مرجع سابق، ص 318.

4- نبيل إسماعيل شبلق، الطبيعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد، مرجع نفسه، ص 317، 318.

العقدي حيث لم ترتكب الإدارة خطأ إلى جانب أنه ليس هناك عقد من الناحية القانونية حتى تقوم المسؤولية الإدارية على أساسه لذلك لا سبيل لتعويض المتفاوض مع الإدارة هنا إلا وفق نظرية الإثراء بلا سبب فهي الأساس الوحيد الذي تقوم عليه المسؤولية الإدارية في مجال المسؤولية شبه التعاقدية والتي تدخل المفاوضات ضمن نطاقها، وهذا ما قضى به كل من مجلس الدولة الفرنسي الذي أكد حق المقاول في اقتضاء مقابل الاشغال التي استفادت الإدارة منها والتي نفذت بموافقتها، ومحكمة القضاء الإداري في مصر بأن (انتفاء المسؤولية الإدارية التعاقدية لعدم انعقاد العقد وانتفاء مسؤوليتها لعدم ثبوت الخطأ أو الانحراف بالسلطة، لايحول دون رجوع الشركة إلى الوزارة على أساس الإثراء بلا سبب، وذلك إذا ثبت أن ما قامت به من أعمال بعلم المصلحة وموافقتها الصريحة أو الضمنية قد عاد بفائدة حقيقية على الوزارة)¹.

وترى الباحث أن تطبيق مبدأ الإثراء في مجال العقود الإدارية جاءت لعلاج لحالة عدم التوازن الناتج عن تنفيذ عقد لم يرخص للمستفيد منه بالتعاقد وهذا ما اتجهت إليه المحكمة الإدارية بمصر بحكمها الصادر 27 مايو 1962م، حيث قالت المحكمة في هذا الحكم: (متى ثبت أن مآدار بين المصلحة والشركة من مفاوضات وهي أعمال تمهيدية لم تؤد إلى إبرام العقد مع الجهة التي لها ولاية إبرامه، فإن الرابطة التعاقدية تعتبر منعدمة سواء كعقد التزام أو وعد بإبرام عقد التزام. وينبني على ذلك أن استناد الشركة في الرجوع إلى الوزارة بالتعويض إلا أنها أخلت بالتزام عقدي يكون غير قائم على أساس سليم، والشركة المدعية قد أقدمت على مفاوضة مصلحة السواحل والمصايد وحرس الجمارك وهي تعلم سلفاً أن هذه المصلحة ليست هي الجهة المختصة بإبرام عقد الالتزام، وأن إبرام مثل هذا العقد يقتضي استئذان السلطة التشريعية في التعاقد معها، ثم توقيع الوزير للعقد وهي جهات تملك في ذلك سلطة تقديرية واسعة في حدود المصلحة العامة ومجرد عدم موافقة الوزارة على السير في إتمام إجراءات التعاقد مع الشركة المدعية وغيرها ممن يتقدمون بطلباتهم لا ينطوي بذاته على خطأ يترتب مسؤوليتها قبل الشركة المذكورة ما لم يثبت أن تصرفها في هذا الشأن كان مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة وهو ما ادعته الشركة من دون أن تقيم دليلاً، إذ ليس في الأوراق ما يفيد بأن الوزارة قد انحرفت عن الجادة أو أنها قصدت بإجراء المزايدة محاباة ممن تقدموا إليها، أو التوصل إلى إرساء تلك المزايدة على فرد أو شركة بعينها، وفضلاً عن ذلك فإنه ليس في الأوراق ما يفيد بأن مصلحة السواحل والمصايد وحرس الجمارك قد أوقعت الشركة المدعية في الخطأ أو دفعتها بموقفها خلال مرحلة المفاوضة إلى تكبد مصاريف أو نفقات، إذا كانت المصلحة فيما ضمنته في مكاتباتها مع الشركة على إبراز أن ما تم من

1- أحمد عثمان عياد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، دار النهضة، 1973م، ص 188.

جانبها لا يخرج عن كونه موافقة مبدئية وأن الأمر مرجعه في النهاية إلى السلطة التشريعية وإلى الوزارة المختصة بإبرام العقد بعد استئذان تلك السلطة.

وعلى ذلك فإن إقدام الشركة المدعية في مثل تلك الظروف على إجراء أعمال تمهيدية لاستغلال صيد الاسفنج كاستخدام فنين أو إعداد مراكب وإجراء تجارب وتكبد نفقات في هذا السبيل أن ما كان على مسؤوليتها وهي على بينة من موقفها، ومن أنها أقدمت على كل ذلك قبل أن تنشأ بينها وبين الجهة المختصة رابطة عقدية، وموافقة المصلحة لما قامت به الشركة في هذا الشأن وإجابتها إلى ما طلبته منها من معاونة لا ينطوي على خطأ من جانب تلك المصلحة مادام أنها لم تكلف الشركة بالقيام بشيء من ذلك، ولم يصدر منها ما يمكن أن يوقع الشركة في خطأ في شأن تفهم حقيقة موقفها، قبل أن يصدر القانون والإذن في منحها الالتزام وقبول التعاقد معها لذلك تكون مطالبة الشركة المدعية بالتعويض على أساس الخطأ والانحراف غير قائم على أساس سليم.

إن انتفاء مسؤولية الإدارة العقدية لعدم انعقاد العقد، وانتفاء مسؤوليتها لعدم ثبوت الخطأ والانحراف بالسلطة لا يحول دون رجوع الشركة إلى الوزارة بالتعويض على أساس الإثراء بلا سبب، وذلك إذ ثبت أن ما قامت به من أعمال بعلم المصلحة، وموافقتها الصريحة أو الضمنية قد عاد بفائدة حقيقية على الوزارة، أو على استغلال صيد الإسفنج بالمياه الإقليمية وتصنيعه¹.

ويتضح من هذا الحكم الضوابط لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون الإداري، حيث يتضح من خلال الحكم الآتي:

1. انعدام الرابطة العقدية بين الشركة المدعية وبين الإدارة، وذلك لغياب الترخيص السابق من السلطة التشريعية، مما أدى إلى غياب أي التزام تعاقدية من جانب الإدارة.
2. عدم توافر الخطأ في حق الإدارة وانتفاء مسؤوليتها التقصيرية لعدم انحرافها بالسلطة.
3. إن إمكانية تطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب في نطاق القانون الإداري يستند إلى معيارين أساسيين وهما معيار المنفعة الحقيقية للأعمال ومعيار رضا الإدارة الصريح أو الضمني بالأعمال المسببة للإثراء.
4. وأخيراً من الملاحظ من الحكم أن المحكمة قبل لجوئها إلى تطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب (المسؤولية شبه التعاقدية) ذهبت إلى فحص معيار الخطأ (المسؤولية التقصيرية) وهذا يعني أن القاضي قرر الصفة الاحتياطية التي تختص بها دعوى الإثراء².

¹-انظر حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 155 لسنة 12 ق ، الصادر بتاريخ 27 مايو 1962م، والمنشور بمجموعة أحكام السنوات الخمس، مبدأ رقم 44 ص 89.

²-عبدالرؤوف هاشم بسيوني ، شبه العقد في القانون الإداري ، مرجع سابق ، ص 84 .

المطلب الثالث

قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس المساواة أمام الأعباء العامة

إنَّ مبدأ المساواة أمام الأعباء والتكاليف العامة مبدأ دستوري تنص عليه صراحة المواثيق الدولية والدساتير الداخلية، وبناءً عليه يعد إخلالاً، وبهذا المبدأ الأساسي إذا بقيت الأعمال والأنشطة الإدارية المسببة للضرر بلا تعويض ما دام أن معظم الأفراد يستفيدون منها، فنجد أن أغلب أفراد المجتمع يستفيد من هذه الأنشطة من دون أن يقدموا أي تضحية ومن دون أن يتحملوا أي عبء إضافي، وفي المقابل تتحمل مجموعة الأفراد فقط سواء كانوا مستفيدين من النشاط الإداري أم غير مستفيدين أعباء إضافية بسبب الضرر الذي لحق بهم من تنفيذ هذا النشاط.

لذا فإن مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة تعتبر من المبادئ القانونية العامة التي لا تقل قيمتها عن النصوص الدستورية، ومن هنا يكون لمبدأ المساواة قيمة دستورية تلزم المشرع والإدارة على حد سواء باحترامه ومقتضى ذلك ألا تصدر إلى سلطة في دولة قراراً أو تتخذ عملاً يخل بهذه المسؤولية.

وحيث إن لهذا المبدأ الدستوري انعكاساً داخل نظام المسؤولية الإدارية لذا فتستند المسؤولية في بعض الحالات إلى هذا المبدأ الدستوري، ومن هنا يصبح الأساس الدستوري للمسؤولية الإدارية من العلامات المميزة لها عن المسؤولية التقصيرية والمعروفة في القانون الخاص.

وتأكيداً لهذا المعنى فقد حرص الدستور البحريني الصادر في 14 فبراير 2002م، على النص على مبدأ المساواة بشقيه فنص في المادة 18 على أن (الناس سواسية في الكرامة الإنسانية، ويتساوى المواطنون لدى القانون في الحقوق والواجبات العامة، ولا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة)¹.

وتأسيساً على ما ذكر فإن فرض الدول للأعباء العامة على عاتق الجميع يلزم الكافة بتحمل تبعية هذه الأعباء، ولا يجوز أن يتحمل فرد بذاته من تبعيات العبء العام، كما لا يجوز أن يتحمل فرد بذاته العبء العام وحده دون سائر أفراد المجتمع، كما لا يجوز أن تختص الدولة فرداً بذاته بتحمل تبعات العبء العام من دون سائر الأفراد وبالأخص إذا كان هذا العبء مفروضاً لتحقيق نفع عام أو مصلحة عامة.

¹ -دستور مملكة البحرين ومذكرته التفسيرية، دائرة الشؤون القانونية، الإصدار الأول، 2002م، مملكة البحرين .

وعلى هذا الأساس فإن رسوخ مبدأ المساواة ماهو إلا تأكيداً لمبدأ المشروعية وسيادة القانون وبالتالي يصبح من حق جميع الأفراد أن يطالبوا الإدارة بالتعويض عما لحقهم من أضرار ناجمة عن ممارسة الإدارة لأعمالها إذا اختصهم هذا الضرر دون سائر المواطنين في سبيل تحقيق مصلحة عامة.

انطلاقاً من مفهوم مبدأ المساواة الذي عرضناها يثور أمامنا السؤال الآتي وهو: هل يصلح مبدأ المساواة أن يكون أساس المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات (المرحلة السابقة على التعاقد) وذلك على اعتبار أن المفاوضات عمل مادي ؟

وهذا ماسنجيب عنه في هذا المطلب، وذلك على النحو الآتي:

عادة ما يسبق إبرام العقد الإداري طائفة من الإجراءات والتدابير التي تهئ لمولد العقد وتكون مكتملة له حيث يكون إبرام العقد الإداري مسبقاً بمرحلة تحضيرية تدور خلالها المفاوضات والمباحثات وتبادل وجهات النظر بين الطرفين الراغبين في إبرام العقد الإداري، ولا يترتب على هذه المرحلة أي التزام عقدي حيث إن مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية وما يصاحبها من اتفاقيات تشكل مرحلة مهيأة للتعاقد تهدف إلى ضبط جزء من عناصر العلاقة التعاقدية ودفع الطرفين إلى الاستمرار بالمفاوضات من دون أن يصدر إيجاب أو قبول من أي طرف بمعنى أن المفاوضات عمل مادي لا يترتب عليها أي أثر قانوني¹ وأساس ذلك أن كل متفاوض حر في قطع المفاوضات دون أدنى مسؤولية إلا إذا توافر عنصر الخطأ أساس المسؤولية التقصيرية أو تكاملت أركان نظرية الإثراء بلا سبب².

ولما كانت المفاوضات في العقود الإدارية تبدأ بمبادرة من جانب الجهة الإدارية تتمثل بإعلان حاجتها وفقاً لشروط معينة وهذا ما يعد دعوة إلى التعاقد من جانب الإدارة يتبع ذلك قيام الراغبين في التعاقد في تقديم عروضهم التي تمثل في حقيقة الأمر إيجاباً ومن ثم تقوم الجهة الإدارية بفحص هذا العروض والبت فيها بالاستناد إلى المعايير التي يفرضها الأسلوب التعاقدية الذي اختارته الإدارة إلا أن العلاقة التعاقدية لا تنشئ آثارها الملزمة إلا باعتماد السلطة المختصة ألا وهي لجنة البت وهو ما يعرف بالقبول³.

ولما كانت الجهة الإدارية تتمتع دائماً بسلطة تقديرية في رفض اعتماد التعاقد سواء كان بأسلوب المناقصة أو غيرها من أساليب التعاقد الإداري وهذه السلطة التقديرية تعني الحق المطلق للإدارة في قبول أو رفض الاعتماد فهي تظهر كسلطة اعتراض نهائية تسمح للإدارة برفض التعاقد مع معاون لا تريده⁴ وهذا ما أكدته القضاء والفقهاء في كل من فرنسا ومصر والبحرين⁵ على الصفة التقديرية لحق الإدارة في عدم إتمام العقد، وعليه فإن حق الإدارة في عدم إتمام العقد هو عمل تقديري وأن فكرة السلطة التقديرية في ذاتها امتياز من امتيازات الإدارة المتفرعة عن فكرة السلطة العامة التي تتمتع بها الإدارة في مواجهة الأفراد فهذا الحق يعتبر مظهراً من مظاهر السلطة العامة وما يتضمنه من امتيازات تتمتع بها الإدارة.

1- هذا ما عبرت عنه محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في 9 فبراير 1967م، نقلاً عن د. محمد عبدالنعميم، مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 72.

2- د. محمد عبدالنعميم، مرجع نفسه، ص 65.

3- د. محمد عبد النعيم، مرجع نفسه، ص 56.

4- أحمد عثمان عباد، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 175.

5- نصت المادة 36 من قانون المناقصات والمشتريات البحريني رقم 36 لسنة 2002م، على (تلغى المناقصة بقرار مسبب من المجلس، إذا استغنى عنها نهائياً بناء على طلب الجهة المشتريّة، أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، على أن يخطر جميع أصحاب العطاءات المشاركين في المناقصة بذلك).

ويترتب على استعمال الإدارة لسلطتها التقديرية في رفض اعتماد التعاقد بعد إتمام المفاوضات سواء بأسلوب المناقصة أو غيرها من أساليب التعاقد هو عدم قيام الرابطة العقدية وطالما أن الإدارة لم توقع العقد فإن المتعاقد لا يستطيع الادعاء بوجود التزام على الإدارة كما لا يحق له الاستناد إلى شروط العقد الذي تم التفاوض عليه أو حتى على العقود التي ترافق المفاوضات كونها لا تؤدي إلى إلزام الإدارة بإبرام العقد النهائي كل ما تؤدي هذه الاتفاقيات المبرمة خلال مرحلة المفاوضات أنها تخدم إبرام العقد النهائي وتسهل الوصول إليه، إلا أن رفض الجهة الإدارية إبرام العقد قد يترتب مسؤولية الإدارة سواء على أساس الخطأ أو على أساس الإثراء بلا سبب¹، وهذا ما أكدته القضاء الإداري في مصر في حكمه الصادر في 27 مايو 1962م، فقد قرر هذا الحكم أن مسؤولية الإدارة عن عدم إتمام العقد ترتب للمناقص حقاً في التعويض إذا كان هنا خطأ من الإدارة أو انحراف في استعمال السلطة أو على أساس الإثراء بلا سبب. ويشترط لاستحقاق التعويض في هذه الحالة أن يثبت الخطأ أو أن يثبت الضرر حيث لا يستحق التعويض إذا انتفى أحد هذين العنصرين.

فكان من شأن قصور فكرة الخطأ وعدم قيامها بدورها الكامل في الحفاظ على ضمانات الأفراد وحقوقهم في مواجهة الإدارة وامتنيازاتها الدور لدفع القضاء والفقه في البحث عن أساس لإقرار المسؤولية على الرغم من عدم توافر الخطأ وخاصة وجود الكثير من الأسباب التي تدفع الجهات الإدارية إلى لزوم التسليم بتعويض الأفراد عن الضرر الذي لحق بهم بغض النظر عن ضرورة توافر الخطأ في عمل الإدارة ولما كان الأصل هو عدم إمكانية التعويض لعدم وجود ركن الخطأ، إلا أن هذه الأعمال المادية المشروعة تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة فإن ما يترتب عليها من ضرر لأحد الأفراد أوجب تعويضه على أساس المساواة أمام الأعباء العامة .

وعليه فإذا ترتب ضرر للمتفاوض مع الإدارة ولم يثبت الخطأ من جانب الإدارة فإنها تسأل أيضاً عن تعويض المتفاوض معها متى ما بدأ الأخير في تنفيذ العقد قبل اعتماده، كأن يكون قد أعد الرسومات والدراسات أو بدأ جزء من الأشغال قبل اعتماد التعاقد وبناءً على موافقة الإدارة فهنا يحق للمتفاوض مع الإدارة في المطالبة بتعويض على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة حيث إن أي ضرر يترتب على الأفراد المتعاملين مع الإدارة في سبيل المصلحة العامة يجب تعويضهم من الخزنة العامة لإعادة المساواة التي اختلت فهذا النوع من المسؤولية الإدارية ذات طابع تكميلي متحرر من فكرة الخطأ ويلزم لانعقادها توافر الضرر الناجم عن نشاط لإدارة المشروع².

¹ - أحمد عثمان عياد ، مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 185، 186.

² - كامل عبدالمميع محمود ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة في ضوء القانون الوضعي والشرعية الإسلامية، مرجع سابق ، 298 .

وترتيباً على ما سبق فإن المسؤولية الإدارية على أساس المساواة أمام الأعباء العامة تتعقد في مواجهة المتفاوض مع الإدارة متى ما ترتب على المتفاوض ضرر يحدث مساساً بمبدأ المساواة، وذلك لإيجاد قدر من الموازنة بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة لأفراد، ومما لا شك فيه أن الأخذ بمبدأ المساواة على إطلاقه وتطبيقه على مرحلة المفاوضات وتعويض الأفراد المتعاملين مع الإدارة على أساس عن الأضرار التي تلحق بهم نتيجة قطع أو العدول عن المفاوضات لاعتبارات المصلحة العامة قد يؤدي إلى إرهاب الخزنة العامة وتقادياً لذلك لا بدّ من أن يكون الضرر الذي يستوجب قيام المسؤولية هنا هو ضرر يتسم بصفة غير عادية نظراً إلى جسامته مما يؤدي إلى تحمل المتفاوض مع الإدارة أعباء إضافية تكون الإدارة قد استفادت منها طيلة فترة المفاوضات أي أن يكون هناك ارتباط بين المنفعة والعبء الذي تحمله المتفاوض مع الإدارة مما تؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة مما يستوجب معه التعويض¹.

¹ -كامل عبد السميع محمود، مرجع سابق، ص 317، 318.

المبحث الثالث

شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات

إنَّ المرحلةَ السابقة على العقد هي من الغنى والتنوع بما يجعلها مادة ثرية لرجال القانون والاقتصاد والفنيين فهي عملية تمهيدية تتخللها الدراسات الاقتصادية والفنية والقانونية كما تتضمن عمليات تتعلق بالتمويل والتأمين، وازدادت أهمية العقد الاقتصادية كلما كانت هذه المرحلة أكثر تعقيداً حيث يمكن القول إن هذه المرحلة لا يمكن بأي حال تجاوزها خاصة في العقود المتعلقة بالمشاريع الكبرى مثل مشاريع البنى التحتية (مطارات - جسور) وكذلك مشاريع التنقيب عن المعادن (البترول - الغاز الخ).

ولما كانت المسؤولية الإدارية تتميز خصائص عديدة تميزها عن غيرها من أنواع المسؤولية وهذه الخصائص تتبع من طبيعتها من طبيعة النظام القانوني الذي يحكمها، فقانون المسؤولية الإدارية له كذلك مميزات خاصة تتمثل في أنه قانون مستقل وقانون قضائي متأثر بالقضاء المدني. حيث أهم خصائص المسؤولية تتمثل في أنها مسؤولية قانونية ومسؤولية مباشرة وهي كذلك مسؤولية ذات نظام قانوني مستقل بها وأخيراً هي مسؤولية حديثة النشأة ومتطورة باستمرار.

وحيث لا يمكن إجبار الإدارة على تعويض الضرر أو جبره إلا بناء على خطئها لذا يرى جانب من الفقه أن أساس المسؤولية الإدارية هو الخطأ، إلا أنه في بعض الأحيان تقوم المسؤولية الإدارية من دون خطأ إما لكون أن الضرر صادر عن فعل الإدارة على الرغم من كونها لم ترتكب الخطأ، ونكون هنا امام وجود إخلال بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، أو لكون نشاط الإدارة ذي مخاطر خصوصية والذي نتج عنه أضرار لا يمكن أن تبقى من دون تعويض وإما أن الإدارة قد استفادت من ذلك النشاط فإن الإدارة لا بد لها من أن تتحمل التعويض عن الأضرار الناشئة عنه.

لذا نجد أن المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية تتميز بأنها تركز على أساس مزدوج لقيامها، إذ إنه بجانب انعقاد المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ (العقدي أو التقصيري) كأصل عام تستند من جانب آخر على المسؤولية من دون خطأ سواء أكان على أساس المخاطر أو على أساس المساواة أمام الأعباء العامة كما أنها تستند في بعض الحالات إلى أساس نظرية الإثراء بلا سبب.

وترتيباً على ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول في الأول شروط قيام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ وفي الثاني شروط قيام المسؤولية الإدارية من دون خطأ وفي الأخير شروط قيام المسؤولية الإدارية على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: شروط قيام المسؤولية على أساس الخطأ.

المطلب الثاني: شروط قيام المسؤولية من دون خطأ.

المطلب الثالث: شروط قيام المسؤولية على أساس الإثراء بلا سبب.

المطلب الأول

شروط قيام المسؤولية الإدارية على أساس الخطأ

مبدئياً تعتبر مسؤولية السلطة العامة مسؤولية قائمة على الخطأ بمعنى أنه يشترط وجود خطأ من جانب الشخص العام لقيام المسؤولية، أو صادر عن أحد ممثليه على الأقل عوناً كان أو متبوعاً، لأن الشخص الاعتباري (الذي هو افتراضي) لا يمكن أن تصدر عنه إرادة أو سلوك وارتكاب الخطأ، وبالنتيجة تظهر المسؤولية الخطئية للأشخاص العموميين - على الخصوص - كمسؤولية عن فعل الغير مشابهة لمسؤولية المتبوعين عن أفعال تابعيهم المعمول بها في القانون المدني. بمعنى أنه لا تقوم المسؤولية إلا إذا كان الفعل الضار وقع نتيجة خطأ ومثل تلك المسؤولية بالفعل هي تلك التي يكون أساسها الأقل قابلية للمنازعة فيه، هذا تبرير منطقي لا يوجد ما هو طبيعي أكثر من المسائلة عن نتائج أخطائنا الخاصة.

تلعب المسؤولية الإدارية في مرحلة التفاوض على العقد دوراً كبيراً، وحيث إنه لا يمكن أن يكون هناك وجود للمسؤولية عن قطع المفاوضات أو العدول عنها إلا بوجود الخطأ من حيث الأصل وأن ينجم عن ذلك الخطأ ضرر للطرف الآخر سواء كان ذلك الضرر مادياً أو معنوياً من جراء الإخلال بالتزامات التفاوض وبالأخص مبدأ حسن النية وما يتفرع عنها من التزامات. فإن قيام هذه المسؤولية سواء العقدية أو التقصيرية لا يتحقق إلا إذا توافرت عناصرها الأساسية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وحيث إنه لا يتطلب لقيام المسؤولية الإدارية عن قطع المفاوضات ثبوت نية الطرف العادل سواء كانت الإدارة أو المتفاوض معها في الأضرار بل يكفي أن يقرن العدول بخطأ أو تقصير أو تعسف أو إساءة أو إفشاء أسرار أو ضياع لحقوق مالية أو غيرها من التصرفات التي تؤثر في عملية التفاوض وتؤدي إلى الإخلال بالثقة المشروعة بين الطرفين.

ولما كان الأصل العام وفق آراء الفقه والقضاء أن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد هي مسؤولية تقصيرية إلا أن هناك حالات استثنائية تكون فيها المسؤولية عقدية، وذلك في الحالات التي يقطع فيها الطرفان مراحل جادة في طريقهما إلى إبرام العقد بحيث يعتبر ما توصل إليه الطرفان بمثابة اتفاقيات تمهيدية أولية سابقة على إبرام العقد الأصلي وعليه فإن الإخلال بأي التزام ورد في هذه الاتفاقيات التمهيدية يرتب قيام المسؤولية العقدية مستقلة عن المسؤولية التقصيرية التي تنشأ نتيجة عدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي.

ولما كان هناك اختلاف يتعلق بشروط قيام كل من المسؤولية العقدية والتقصيرية عن قطع المفاوضات سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نتناول في الأول شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس الخطأ التقصيري. والفرع الثاني نتناول فيه شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس الخطأ العقدي، وذلك على الوجه الآتي:

الفرع الأول: شروط قيام المسؤولية على أساس الخطأ العقدي.

الفرع الثاني: شروط قيام المسؤولية على أساس الخطأ التقصيري.

الفرع الأول شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس الخطأ العقدي

تخضع المسؤولية العقدية في مجال العقود الإدارية لذات أحكام المسؤولية العقدية في مجال القانون المدني التي تتأسس على ثلاثة أركان وهي الخطأ العقدي الضرر والعلاقة السببية بينهما، وهذا ما ينطبق على الإخلال باتفاق التفاوض في مجال العقود الإدارية سواء كان هذا الاتفاق صريحاً أم ضمناً، بحيث يشترط لقيام مسؤولية الإدارة العقدية في مرحلة المفاوضات هو إخلال أحد المتفاوضين بالتزام أو أكثر من الالتزامات الناشئة عن هذا الاتفاق تضرر المتفاوض الآخر نتيجة لذلك أي توافر العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، وعليه سنتناول في هذا الفرع بإيجاز شروط قيام المسؤولية الإدارية العقدية في مرحلة المفاوضات، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: عنصر الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات

لما كانت المسؤولية العقدية في مجال القانون العام تتأسس على عنصر الخطأ العقدي الذي يتمثل بإخلال بالتزام عقدي¹، الأمر الذي ينطبق كذلك على مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد الإداري في حال وجود اتفاقية تفاوض، حيث يتمثل ركن الخطأ في هذه المرحلة في عدم تنفيذ المتفاوض - جهة الإدارة أو المتفاوض معها - لالتزامه الناشئ عن اتفاق التفاوض ويستوي في ذلك أن يكون عدم التنفيذ عن عمد أو إهمال كلياً أو جزئياً متأخراً أو معيباً². حيث إن عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن عقد يشكل خطأ عقدياً تترتب عليه مسؤولية من يقع على عاتقه الالتزام

¹- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 29.
²- شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، ص 132.

الذي لم ينفذ¹، وعليه فلا يستطيع الملتزم أن يدفع المسؤولية عن نفسه إلا إذا أثبت أن عدم التنفيذ راجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه وهذا ما استقر عليه إفتاء وقضاء مجلس الدولة المصري²، وتطبيقاً على ذلك فإن الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية يتمثل بإخلال الجهة الإدارية أو المتفاوض معها بالالتزام الذي يفرضه اتفاق التفاوض، وعلى صعيد مفاوضات العقود الإدارية فيمكن القول إن الخطأ العقدي الناجم عن الإخلال بالالتزامات التي يفرضها عقد المفاوضات يعد أساس مسؤولية المتفاوض العقدية ويستوي في ذلك جهة الإدارة أو المتفاوض معه³.

تتعدد صور الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات بتعدد التزامات المتفاوضين التي يمكن الإخلال بها بحيث يعد الإخلال بأي من تلك الالتزامات خطأ عقدياً يوجب المسؤولية في حق المتسبب فيه إزاء المتضرر منه⁴، ويمكن إجمال أهم صور الخطأ العقدي في مفاوضات العقود الإدارية هو رفض الدخول في المفاوضات وقطعها دون سبب مشروع والإخلال بالالتزام بالإعلام والإخلال بالالتزام بالسرية⁵، ولذا فإن هذه الصور المختلفة للخطأ يمكن نسبتها إلى مخالفة الالتزام بحسن النية بين الطرفين المتفاوضين وما يترتب على هذا المبدأ من الثقة المشروعة بين الطرفين⁶. أما بخصوص إثبات الخطأ العقدي في مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية فهنا تسري القواعد العامة في مجال المسؤولية المدنية لإثبات الخطأ العقدي الناجم عن الإخلال بمفاوضات العقود الإدارية حيث لا فرق بين الإدارة المتفاوضة والمتفاوض معها لذا تخضع مسؤولية الإدارة العقدية كأصل عام للقواعد العامة المقررة في القانون المدني مع مراعاة ما يتمتع به القاضي الإداري من دور إيجابي في توجيه ومباشرة إجراءات الدعوى ومن بينها إجراءات الإثبات⁷. وطبقاً للقواعد العامة في الإثبات فإنه يتعين على المتفاوض الذي يدعي عدم تنفيذ المتفاوض الآخر لالتزامه بأن يثبت وجود هذا الالتزام من جانب وعدم تنفيذ هذا الالتزام من جانب آخر بحيث إذا أفلح في ذلك قام الدليل على الخطأ العقدي.

إلا أن مهمة الإثبات تتفاوت بحسب نوع الالتزام ومصدره، فتكون مهمة الإثبات صعبة كلما كان الالتزام ينتمي إلى طائفة الالتزامات ببذل عناية والتي يكون مصدرها غير مكتوب بينما تكون

1- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط 2003 م، ص 536.

2- حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 2013 لسنة 33 ق.ع بجلسة 21 يوليو 1992م، فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى التشريع بجلسة 20 نوفمبر 1988م، ملف رقم 37-379، مشار إليهما لدى د. محمد ماهر أبو العينين، العقود الإدارية وقوانين المناقصات والمزايدات في قضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004م، الكتاب الثالث، ص 314.

3- شحبان أحمد رمضان - مفاوضات إبرام عقد المشاركة الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، ص 132، 133.

4- عبدالعزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع العقدي، مرجع سابق، ص 75، 76.

5- نحيل القاري إلى ما سبق ذكره في الفصل الأول فيما يتعلق بالالتزامات الإدارية في مرحلة المفاوضات منعاً للإطالة والتكرار.

6- محمد شاكر محمود، المسؤولية عن قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص 182.

7- حمدي حسن الحلفاوي، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري، مرجع سابق، ص 29، 30.

أيسر في الإثبات متى كان الالتزام بتحقيق نتيجة والذي مصدره مكتوب¹. فإثبات الالتزام يكون بإثبات مصدره أولاً أي إقامة الدليل فيما يتعلق بالمفاوضات الرامية إلى إبرام العقد الإداري أي إقامة الدليل على وجود اتفاق تفاوض بين الأطراف فيكون هذا الإثبات ميسوراً عندما يكون هناك اتفاق مكتوباً بشأن تنظيم عملية التفاوض بينما يكون عسيراً عندما لا يوجد مثل هذا الاتفاق كما هو في حالة الاتفاق الضمني والذي يمكن للمدعي إقامة الدليل عليه بإثبات الدخول في واقعة التفاوض نفسها مع جهة الإدارة بحيث يمكن للقاضي أن يستخلص هذا الاتفاق من تلك الواقعة، ولا شك في أن مفاوضات العقود الإدارية حتى لو لم يكن ثمة اتفاق صريح ينضمها فإن إثباتها أمر ميسوراً، وذلك لأنها تتم بدعوة من جهة الإدارة للمستثمرين والمؤهلين فنياً أما للحصول على إيضاحات بشأن عناصر العطاءات الفني والمالي، وذلك عن طريق لجنة إدارة الحوار التنافسي أو تفاوض جهة الإدارة - الجهة المتصرفة - مع صاحب العطاء الفائز والمقترن بتحفظ، وذلك للنزول بسعره إلى سعر السوق بحيث يتعين إعداد محاضر لجلسات يسجل فيها ما يتم التوصل إليه. الأمر الذي يمكن للقضاء الإداري من خلاله استخلاص واقعة التفاوض الضمني والتي تشكل مصدراً لالتزامات جهة الإدارة من ناحية والمتفاوض معها من ناحية أخرى.²

ثانياً: عنصر الضرر في مرحلة المفاوضات

يتمثل الضرر في مرحلة المفاوضات بالأذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة له، وهو ركن أساسي في المسؤولية لأن المسؤولية تعني التزاماً بالتعويض وهذا التعويض يقدر بمقدار الضرر وبانتفائه تنتفي المسؤولية ولا تظل محلاً للتعويض ولا تكون للمدعي - سواء كانت جهة الإدارة أو المتفاوض معها - مصلحة في إقامة الدعوى³. ويتمثل الضرر كعنصر من عناصر المسؤولية الإدارية بما تنفقه الإدارة أو المتفاوض معها من نفقات انتقال أو إعداد للتفاوض من دراسات جدوى واستشارات قانونية وعمليات حسابية وقد يدخل أيضاً ما تتكبده الإدارة أو المتفاوض معها لإعداد مكان التفاوض كما قد يتمثل الضرر في مقابل الوقت الذي أضاعه الطرف المتضرر - سواء كانت الإدارة أو المتفاوض معها - في المفاوضات من دون جدوى وغيرها من أنواع الخسائر المالية التي تلحق به جراء فشل المفاوضات وقد لا يقتصر الأمر على الضرر المادي فحسب إنما يشمل الضرر المعنوي المتمثل بالتشهير وإساءة السمعة⁴.

¹ - رجب كريم عبد اللاه ، التفاوض على العقد ، مرجع سابق ، ص 610 ، 611.

² - شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الاخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق ، ص 143.

³ - علي حمزة الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 155.

⁴ - بخصوص الضرر المعنوي فإنه من غير المتصور وقوع ضرر معنوي باعتبارها من أشخاص القانون العام إلا إذا أثبتت الإدارية أن المتفاوض معها قد تعمد بعد فشل المفاوضات التشهير بأن الفشل يرجع إلى عدم قدرة الدولة على حماية الاستثمارات إن فشل المفاوضات يرجع إلى الفساد المالي والإداري وهو ما قد يشكل أضراراً معنوية يمكن التعويض عنها لأنها تشكل إساءة لسمعة الجهة الإدارية والدولة

حيث يتجسد الضرر المعنوي بالنسبة إلى المتفاوض من الجهة الإدارية في حال قيام الإدارة في استبعاد العطاءات غير المطابقة للشروط والمواصفات طبقاً للمادة 28 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني¹. الأمر الذي يستفاد منه أن الجهة الإدارية حال إلغائها لإجراءات الطرح بعد اختيار المؤهلين فنياً، أو إنهاؤها للمفاوضات مع صاحب العطاء الفائز والمقترن بتحفظ بدعوى عدم قدرته على تنفيذ العقد مع الإدارة فإن ذلك يسبب للمتفاوض مع الإدارة أضراراً معنوية تلحق بسمعتهم المهنية والفنية والاقتصادية ضرراً يستوجب التعويض عنه².

ولما كان الضرر هو مناط المسؤولية والتعويض عنه على نحو ما استقر عليه الفقه والقضاء لذا فإنه يشترط للتعويض عنه أن تتوافر فيه ثلاثة شروط مجتمعة تتمثل في كونه ضرراً محققاً، ومباشراً ومتوقعاً طبقاً للقواعد العامة في المسؤولية العقدية وهو ما ينطبق على الضرر الناجم عن الإخلال بمفاوضات العقود الإدارية. أما فيما يتعلق بإثبات الضرر فإنه يخضع للقاعدة العامة التي تقضي بأن على المدعي إثبات ما يدعيه، ومن ثم فإنه يقع على عاتق المتفاوض المتضرر إثبات ما لحق به من ضرر، ولما كان الضرر يعدو واقعة مادية فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات³.

ثالثاً: العلاقة السببية

تُعدُّ علاقة السببية الركن الثالث والأخير من أركان قيام المسؤولية عقدية كانت أم تقصيرية إعمالاً بالمادة 158 من القانون المدني البحريني التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أحدثه تعويضاً، لذا فإن علاقة السببية تعني أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه العقدي في المسؤولية العقدية وأن يكون نتيجة مباشرة للإخلال بواجبه القانوني في المسؤولية التقصيرية ولا فرق بين النتيجة الطبيعية والمباشرة في هذا المعنى. وإعمالاً للأحكام العامة بشأن علاقة السببية في مجال المفاوضات في العقود الإدارية فإنه يتعين لقيام المسؤولية العقدية للمتفاوض - جهة الإدارة أو المتفاوض معها - أن تتوافر علاقة السببية بين الخطأ الذي ارتكبه والضرر الذي ألمّ بالمتفاوض الآخر بشكل مباشر، وإلا فلا قيام للمسؤولية بحيث لا يكفي مجرد وقوع الخطأ وحدوث الضرر إما يجب أن تكون هناك علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر

=على حد سواء ، شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق ، ص 150.

¹ -تنص المادة 28 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية (للمجلس ان يستبعد من سبق تأهيله من الموردين أو المقاولين، إذا توافرت لديه أدلة قاطعة من أي جهة حكومية تقيد عدم قدرته على تنفيذ العمل موضوع التأهيل، أو أنه سبق أن أخل بالتزاماته التعاقدية في أي مشروع داخل المملكة أو خارجها أو أنه عمد إلى تقديم معلومات غير صحيحة عن أوضاعه المالية أو الفنية أو الإدارية، أو أن حجم التزاماته التعاقدية داخل المملكة قد أصبح مرتفعاً على نحو يفوق قدراته المالية أو الفنية أو الإدارية مما يؤثر في تنفيذ العمل موضوع التأهيل)، الجريدة الرسمية ، العدد 2551 ، الأربعاء 9 أكتوبر 2002م.

² -شعبان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد الشراكة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق ، ص 150.

³ -رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد ، مرجع سابق ، ص 651.

ومن قبيل توافر السببية المباشرة بين الخطأ والضرر في مفاوضات العقود الإدارية ما يلحق جهة الإدارة وإما المتفاوض معها من خسائر مالية في حال فشل المفاوضات بسبب إفشاء المتفاوض الآخر للأسرار التي اطلع عليها خلال مرحلة المفاوضات.

ومن الجدير بالذكر هنا أن الضرر الذي يلحق بالمتفاوض - جهة الإدارة أو المتفاوض معها - من جراء خطأ المتفاوض الآخر هو ضرر مفترض فمجرد إضاعة الفرصة أو إضاعة الوقت أو النفقات التي يتكبدها المتفاوض المتضرر لإعداد الدراسات الفنية والاستشارية للعقد يعتبر قرينة على توافر العلاقة السببية¹.

بيد أن السؤال الذي يثار في هذا الصدد عن معيار السببية المباشرة في حال تعاقب الأضرار عن السبب الواحد وكذلك في حال تعدد الأسباب ؟

للإجابة عن هذا التساؤل بشأن تعاقب الأضرار التي يتسبب فيها ضرر واحد كأن يتم قطع المفاوضات فيترتب على ذلك ضياع فرصة التعاقد على المتفاوض الآخر من ناحية وسوء حالته المالية من ناحية أخرى مما يؤدي إلى شهر إفلاسه ففي هذا الحالة يرى فقه القانون الخاص أن المتفاوض المتسبب بخطئه في قطع المفاوضات لا يسأل إلا عن الضرر المباشر الناتج مباشرة عن خطئه²، وهو ما يصلح تطبيقه في حال فشل مفاوضات بين الإدارة والمتعاقد معها نتيجة لخطأ أحد المتفاوضين سواء كانت جهة الإدارة أو المتفاوض معها وتضرر المتفاوض الآخر نتيجة لذلك. أما فيما يتعلق بتحديد معيار السببية المباشرة في حال تعدد الأسباب التي تسهم في إحداث الضرر كما هو في حال فشل المفاوضات لأكثر من سبب وتضرر المتفاوض الآخر جراء ذلك مع استغراق أحد الأسباب لبقية الأسباب الأخرى فإن معيار السببية هنا تتمثل بالسبب المباشر المسؤول عن إحداث الضرر الذي يكفي بذاته لقيام علاقة السببية بين الخطأ والضرر³ ومثال هذه الحالة فشل المفاوضات بسبب إلغاء جهة الإدارة لإجراءات التعاقد لأزمة اقتصادية طرأت بشكل غير متوقع بجانب عدم تعاون المتفاوض معها بالإضافة إلى خطأ الغير بإفشاءه لبعض أسرار التفاوض مما أصاب المتفاوض مع الإدارة ببعض الأضرار بحيث يرجع الضرر في هذه الحالة الماثلة إلى إلغاء إجراءات التعاقد من جانب جهة الإدارة لاستغراقه خطأ المتضرر وخطأ الغير مما يجعله السبب المباشر في إحداث الضرر⁴.

1- علي حمزة عباس الغانمي ، عطاء العقد وعطاء التفاوض ، مرجع سابق ، 155 ، 156.

2- عبدالعزيز مرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية ، مرجع سابق ، ص 94.

3- انظر في علاقة السببية ، جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، دار النهضة العربية ، 1998م ، ص 273 - أنور أحمد رسلان - مسؤولية الدولة غير التعاقدية ، دار النهضة العربية ، ط 1998م ، ص 282 ، جورج شفيق ساري ، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها ، دار النهضة العربية ، ط 2005م ، ص 267.

4- شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري ، مرجع سابق ، 160 ،

أما في حالة تعدد أسباب الضرر مع عدم استغراق أحدها لغيره من الأسباب بحيث تبدو جميعها أسبابا مباشرة لإحداث الضرر الناجم عن فشل المفاوضات، ونميل هنا إلى ترجيح نظرية تعادل الأسباب، وذلك لكونها الأقرب إلى قواعد العدالة فيما يتعلق بمسؤولية المخطئ عن تعويض المتضرر في حدود خطئه بحيث يتحمل كل مخطئ قدرًا من التعويض يتناسب مع قدر مساهمته في إحداث الضرر من دون زيادة أو نقصان، وهذه المسألة متروكة للقضاء لتقديرها طبقًا لظروف وملايسات كل حالة على حدة. فعلى سبيل المثال لو فشلت مفاوضات بسبب خطأ المتفاوض مع جهة الإدارة لعدم تعاونها إضافة إلى خطأ الغير بإفشائه لبعض الأسرار التي حصل عليها بشكل ما، وإلغاء إجراءات الطرح من قبل جهة الإدارة في حالة من الحالات المنصوص عليها قانونًا بحيث تترتب على ذلك أضرار بالغة بالمتفاوض مع الإدارة تتمثل في النفقات التي تكبدها في دراسات الجدوى والدراسات الفنية والاستشارية وتضييع فرصة التعاقد عليه بالإضافة إلى إفشاء أسرارها ففي هذه الحالة الماثلة نرى أن قواعد العدالة والمنطق تقتضيان أن تكون الأخطاء السابقة جميعها تعد أسبابًا مباشرة لإحداث الضرر أي يكون التعويض عنه على قدر مساهمة كل منهما في حدوثه بحيث يتحمل المتضرر جزءًا من التعويض لخطئه، ويتحمل الغير جزءًا آخر، في حين تتحمل الإدارة جزءًا بدورها كل على قدر مساهمته في إحداث الضرر لكونها جميعًا - أي هذه الأخطاء - أسبابًا متعادلة ومباشرة لإحداث الضرر.

أما فيما يتعلق بنظرية السبب المنتج والفعال طبقًا للمتعارف عليه في فقه القانون الخاص فمن جانبنا نرى عدم ملاءمتها في حال فشل المفاوضات في العقود الإدارية لأنه يُغني عنها نظرية استغراق أحد أسباب فشل المفاوضات لغيره من الأسباب الأخرى التي تتلاشى بوجود هذا السبب المستغرق.

ويعد من قبيل فشل المفاوضات إبرام العقد الإداري لسبب يرجع إلى غش المتفاوض مع الإدارة وتدليسه إلى جانب خطأ الغير عبر إفشائه لبعض أسرار التفاوض مما اضطر جهة الإدارة إلى إلغاء إجراءات التعاقد الإداري مما سبب لها وللمتفاوض معها بعض الأضرار ففي هذه الحالة نرى أن غش المتفاوض وتدليسه يشكل خطأ يستغرق بقية الأخطاء الأخرى بحيث يمثل السبب الرئيسي للأضرار ومن ثم لا يستحق المتفاوض مع الإدارة تعويضًا عما أصابه من أضرار إنما يتحمل هو تعويض جهة الإدارة عما لحق بها من أضرار، وذلك إعمالًا لقاعدة الغش يفسد كل التصرفات¹.

وفيما يتعلق بإثبات علاقة السببية بين الخطأ والضرر في مرحلة المفاوضات فإنه يقع على عاتق المتفاوض المتضرر طبقًا لقواعد العامة من خلال إثباته للخطأ والضرر فيفترض توافر علاقة

¹ شعيان أحمد رمضان، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، 162.

السببية بينهما ما دام الضرر نتيجة طبيعية لهذا الخطأ بحيث تقوم قرينة على توافر تلك العلاقة بينهما من دون الحاجة إلى إثباتها، وأن كانت قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس حيث يستطيع المتفاوض الآخر المخطئ دحضها بإثبات السبب الأجنبي لحدوث الضرر. بمعنى أن الضرر الذي أُلِمَّ بالمتفاوض الآخر حال فشل المفاوضات كان لسبب أجنبي لا دخل له فيه، وذلك أعمالاً لنص المادة 165 من قانون المدني البحريني¹ بحيث تنتفي علاقة السببية بين الخطأ والضرر الذي لحق بالمتفاوض الآخر فلا يحتمل ثمة تعويض.

الفرع الثاني شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس الخطأ التقصيري

تخضع المسؤولية التقصيرية للمتفاوض الذي يتسبب في إفشاء المفاوضات للأحكام العامة للمسؤولية التقصيرية الواردة بالمادة 158 من القانون المدني البحريني التي تقضي بأن كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أحدثه بتعويضه²، وعليه فإن يتعين لقيام مسؤولية المتفاوض التقصيرية جراء إفشاله للمفاوضات في العقود الإدارية توافر أركان المسؤولية التقصيرية المتمثلة في الخطأ والضرر وعلاقة السببية، ولما كان ركن الخطأ في مجال المسؤولية الإدارية يتخذ صورة غير مألوفة عن تلك المتعارف عليها في مجال القانون المدني وأبرزها القرار الإداري غير المشروع³ هذا بالإضافة إلى أن للخطأ مفهوم مختلف يتناسق مع الطبيعة الخاصة للمسؤولية الإدارية وهو ما يلقي بظلاله على مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية عندما يقع الخطأ من جانب الإدارة وليس من جانب المتفاوض معها الذي يخضع خطأه التقصيري للأحكام العامة للقانون المدني لذا يتعين علينا بيان ماهية الخطأ التقصيري ومعياره وصوره على ضوء الطبيعة الخاصة للمسؤولية الإدارية في مرحلة مفاوضات العقود الإدارية، أما فيما يتعلق بركني الضرر والعلاقة السببية فنحيل شأنها إلى ما سبق ذكره في الفرع الأول، وذلك منعا للإطالة والتكرار، وعليه سوف نتناول في هذا الفرع ماهية ركن الخطأ ومعياره تحديده وصوره .

¹ -تنص المادة 165 من القانون المدني البحريني الصادر بموجب المرسوم قانون رقم 19 لسنة 2001م، على(إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك) ، الجريدة الرسمية العدد ، 2476 ، الأربعاء 9 مايو 2001م.

² -الجريدة الرسمية العدد 2476 البحرين والصادرة في 19 مايو 2001م.

³ -حمدي حسن الحلفاوي ، ركن الخطأ في مسؤولية الإدارة الناشئة عن العقد الإداري ، أطروحة دكتوراه ، مرجع سابق ص 28.

يقصد بالخطأ التقصيري طبقاً لما استقر عليها لفقهاء والقضاء في القانون الخاص، هو الانحراف عن السلوك المعتاد الذي يوجد في الظروف المحيطة الخارجية بالطرف المخطئ¹، وفي مجال المفاوضات فإن مفهوم الخطأ لا يختلف عن المعنى العام المذكور بحيث يشكل الانحراف عن السلوك المألوف للمفاوض المعتاد عبر الإخلال بالواجب العام بحسن النية في التفاوض وإلحاق الضرر بالمفاوض الآخر مما يستلزم معه تعويضه عن هذا الضرر المتمثل بفشل المفاوضات².

ففي مجال المفاوضات في العقود الإدارية فإن الخطأ في مرحلة التفاوض من جانب المتعاقد مع الإدارة - المستثمر المؤهل فنياً أو صاحب العطاء الفائز - لا تثير أي مشكلة، ذلك لكونهم أشخاص قانون خاص وتطبق عليهم قواعد المسؤولية المدنية في هذا الخصوص سواء تعلق ذلك بخطئه الشخصي أو خطأ تابعيه وممثليه في التفاوض الذي يسأل عنهم بحيث إذا صدر عن صاحب العطاء الفائز في حال تفاوضه مع جهة الإدارة سلوكاً خاطئاً يشكل إخلالاً بما يقتضيه الالتزام بالتفاوض بحسن نية كأن يدخل في التفاوض من دون نية حقيقية في التعاقد إنما لمجرد إضاعة الفرصة على الإدارة في التعاقد مه مستثمر آخر مؤهل فنياً ويتحقق هذا الفرض عندما يمتنع صاحب العطاء الفائز عن إكمال التأمين النهائي في الوقت المحدد بعد ترسية العقد عليه طبقاً لنص المادة 76 من اللائحة التنفيذية للقانون. أو يدخل في المفاوضات بنية الحصول على بعض المعلومات والأسرار المتعلقة بالعقد الإداري ثم يقوم بقطع المفاوضات بعد الحصول على تلك المعلومات إضراراً بجهة الإدارة، وكذلك سكوته عمداً عن إعلام الإدارة بواقعة مؤثرة في التعاقد بما يشكل غشاً وتدليساً من جانبه وهذا في الحالة التي تستفسر فيها جهة الإدارة خلال المفاوضات معه عن بعض الإيضاحات الفنية أو المالية الواردة بعطاءه³ فيتعهد الكتمان إضراراً بها بغية الحصول على منافع لا يستحقها عن طريق غشه وإخفاء الحقيقة عنها بما يشكل خطأً تقصيرياً يلزم المتفاوض المدلس بالتعويض ففي الحالات السابقة وأشباهاها فإن سلوك المتفاوض مع الإدارة يعد خطأً تقصيرياً يستوجب تعويض جهة الإدارة عما لحق بها من أضرار طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية⁴.

أما إذا كان الخطأ في مرحلة المفاوضات من جانب الإدارة فإن معيار تميزه في هذا المرحلة ليس بالسهولة ذاتها إنما يثير مشكلة حقيقية خاصة في ظل الطبيعة الخاصة لمسؤولية الإدارة

¹ إن الانحراف الذي يشكل خطأ تقصيرياً هو ذلك الانحراف الذي يشكل خروجاً عن الواجب العام الملزم للكافة والذي يفرض على الشخص اليقظة والتبصر في سلوكه حتى لا يضر الغير. شعبان أحمد رمضان مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق، ص 184.

² رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 639.

³ تنص المادة 52 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على: (يجوز للجهة التي تتولى تقييم العطاءات والمقارنة بينها أن تطلب من الموردين أو المقاولين أي بيانات عن عطاءاتهم وأن تسوضح ما خفي من أمور فنية بما يعينها على إجراء عملية التقييم الفني الدقيق للعطاءات، وذلك من دون إخلال بتكافؤ الفرص والمساواة بين أصحاب العطاءات ومن دون تغيير في أي مسألة جوهرية في العطاء - بما في ذلك السعر - قد تؤدي إلى تحويل العطاء غير المقبول إلى عطاء مقبول).

⁴ رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 426.

التقصيرية وما يستوجب معه من ضرورة التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي الأمر الذي يستلزم معه إيضاح هذه المسألة بشكل موجز ، وذلك على الوجه الآتي:

(أ) مفهوم الخطأ التقصيري للإدارة المتفاوضة وفق الطبيعة الخاصة للمسؤولية الإدارية

الأصل أن الإدارة كشخص معنوي لا تقوم بإجراءات المفاوضات بنفسها في العقود الإدارية إنما تقوم بتلك المفاوضات لجان متخصصة ينص عليها القانون من عمال الإدارة وتابعيها حيث تتولى تلك اللجان مفاوضة أصحاب العطاءات المؤهلة فنياً أو المقترنة بتحفظ في حال تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة، وقد يرجع فشل المفاوضات هنا إما إلى أخطاء شخصية ترتكبها تلك اللجان المشكلة من عمال الجهة الإدارية أو الإدارة نفسها مما يوجب معه تحديد المسؤول عن تحمل تلك الأخطاء وتعويض المتفاوض مع الإدارة، لذا يستوجب التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي في مفاوضات العقود الإدارية.

ولما كان المستقر في فقه وقضاء القانون العام أن المسؤولية التقصيرية للإدارة عن أفعالها الضارة تكون بسبب أخطاء عمالها وموظفيها، وذلك أن الإدارة كشخص معنوي لا تقوم بالعمل بنفسها أما عن طريق موظفيها وعمالها الذين قد يتسببون بأخطائهم بإضرار تصيب الغير وهذا الخطأ ينسب إلى الموظف نفسه أو إلى جهة الإدارة بحيث يعد خطأ شخصياً في الحالة الأولى يستوجب معه مسؤولية الموظف نفسه ويكون خطأ مرفقياً في الحالة الثانية تتحمل الإدارة التعويض عن الضرر الناجم عنه¹.

وعلى الرغم من كثرة المعايير التي ساقها فقه القانون العام بخصوص التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي وحسناً فَعَلَ القضاء في كل من فرنسا ومصر والبحرين فإنه لم يشأ أن يقيد نفسه بمعيار محدد ما؛ حرصاً على بحث كل حالة على حدة بحيث يستخلص من ظروفها وملاساتها ما إذا كان الخطأ شخصياً أم مرفقياً.

إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا هو كيف يمكن أن نطبق قواعد المسؤولية الإدارية بشأن التفرقة بين الخطأ الشخصي والمرفقي في مجال مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية في الحالة

¹ -د. سليمان محمد الطماوي ، الكتاب الثاني ، قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، 1986م ، ص 124.

ومن الجدير بالذكر أن قضاء مجلس الدولة في كل من فرنسا ومصر قد استقر على تحمل الإدارة عبء التعويض عن أخطاء موظفيها الشخصية أثناء تأدية وظائفهم أو بمناسبتها، وذلك باعتبارها أخطاء مرفقة تتحملها جهة الإدارة مع ملاحظة أن الأساس الذي يحكم مسؤولية الإدارة في تلك الحالة هو أن الإدارة مسؤولة عن موظفيها وليست مسؤولة معهم وهذا يعني أحقية الإدارة بالرجوع إليهم بما دفعته من تعويضات طالما أن الضرر قد نتج عن أخطائهم الشخصية ، جورج شفيق ساري ، مسؤولية الدولة عن أعمال سلطاتها ، دار النهضة ، 2005م ، ص 443 ، 444.

التي تفشل فيها المفاوضات بسبب خطأ الإدارة أو خطأ عمالها الذين يتفاوضون بالنيابة عنها ورُتّب ضررٌ بالتفاوض مع الإدارة ؟

لما كان فقه القانون العام يقر بإمكانية مساءلة الإدارة عن أخطاء موظفيها الشخصية أثناء تأديتهم وظائفهم أو بمناسبة اعتبارها أخطاء مرفقية، وذلك لتوفير حماية للمتضرر لذا فإنه عندما تفشل المفاوضات بسبب خطأ جهة الإدارة أو خطأ عمالها الذين يتفاوضون بالنيابة عنها وبأسمها ولحسابها فإن ذلك يعد انحرافاً عن سلوك المتفاوض المعتاد وما يقتضيه الالتزام بالتفاوض بحسن نية وعليه فإن الإدارة تتحمل المسؤولية عن تعويض الأضرار المترتبة على الأخطاء المرتكبة في تلك المرحلة بحيث تقوم مسؤوليتها التقصيرية في هذه الحالة الماثلة¹. ويعد من قبيل التصرفات الخاطئة فيما نحن بصده سكوت جهة الإدارة أم ممثليها عمداً عن واقعة مؤثر في التعاقد أثناء التفاوض، أو تضليل المتفاوض معها بعدم الإفصاح عن معلومات كان يتعين الإفصاح عنها كأن تخفي بيانات تتعلق بعوائق تنفيذ العقد. أو قيامها باستغلال الأسرار التي اطلعت عليها إبان عملية التفاوض من دون تصريح عن صاحبها، وكذلك إيهام المتفاوض بقرب إبرام العقد ودفعه صوب المزيد من الدراسات والاستشارات التي تكلف مبالغ طائلة أو حثه على إبرام عقود أخرى مع الغير تمهيدا لتنفيذ العقد الإداري محل المفاوضات كل ذلك رغم نيته في عدم التعاقد معه.

يقاس معيار الخطأ التقصيري للإدارة في مفاوضات العقود الإدارية بمعيار موضوعي²، بحيث يقارن سلوك المتفاوض المخطئ بسلوك متفاوض عادي من أوسط الناس بحيث لا يكون شديد الحصر ولا قليل التبصر، ويؤدي هذا المعيار إلى نتيجة موضوعية لا تختلف من شخص إلى آخر الأمر الذي يقتضي لاستقرار الأوضاع القانونية وانضباطها وخاصة في مجال المفاوضات، وإعمالاً للمعيار الموضوعي في تحديد خطأ التقصير للإدارة فإن تصرفات الإدارة المتفاوضة تعد خطأ تقصيرياً عندما تشكل انحرافاً عن السلوك المعتاد كأن تلجأ إلى الغش أو ترتكب خطأ جسيماً.

(ب) صور الخطأ التقصيري للإدارة وإثباته في مفاوضات العقود الإدارية

تتفق صور الخطأ التقصيري في مفاوضات عقود القانون الخاص التي تتمثل في إفشاء الأسرار أو السكوت عمداً عن واقعة مؤثرة في التعاقد مع صور الخطأ التقصيري التي تقع خلال مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، إلا أن هناك اختلافاً راجعاً إلى خصوصية العقد الإداري فهذه الصور قد تختلف في مجال العقود الإدارية بحيث تتخذ صوراً غير مألوفة حيث يتجسد الخطأ

¹-شعبان أحمد رمضان - مفاوضات إبرام عقد المشاركة مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الاخلال بها في النظام القانوني المصري ، مرجع سابق ، 190، 191.

²-إن معيار الخطأ التقصيري وفق المستقر عليه في فقه القانون الخاص يقاس بمعيار الرجل المعتاد الذي هو رجل من أوسط الناس في الوسط الذي ينتمي إليه المخطئ ، عبدالحكيم فوده ، الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية ، دار الفكر الجامعي ، 1996م، ص 39.

التقصيري في صورة قرار إداري غير مشروع والذي يعد الخطأ الشائع في مجال مفاوضات العقود الإدارية، لذا فسنعرض وبإجاز لهذه الصور باعتبارها أهم صور الخطأ التقصيري لجهة الإدارة في مجال مفاوضات العقود الإدارية، وذلك على الوجه الآتي:

أولاً: إفشاء الإدارة لأسرار التفاوض معها

يشكل الالتزام بالحفاظ على المعلومات ذات الطابع السري من أهم الالتزامات المترتبة على المفاوضات بين جهة الإدارة والمتفاوض معها، ويستوي في ذلك المستثمر المؤهل فنياً في مرحلة الحوار التنافسي أو صاحب العطاء الفائز ويعد هذا الالتزام التزاماً متبادلاً، إلا أن الإخلال بهذا الالتزام قد يشكل إخلالاً عقدياً - إذا كان هناك اتفاق تفاوض - وإخلالاً تقصيرياً في الوقت نفسه وذلك عندما يصل الخطأ إلى درجة الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقيم المسؤولية التقصيرية.

ونظراً إلى أن جهة الإدارة تلتزم طبقاً لنص المادة 49 من قانون المناقصات والمشتريات البحريني رقم 36 لسنة 2002، والمادة 59 اللائحة التنفيذية لذات القانون بعدم إفشاء سرية ما يدور في الحوار التنافسي بين الجهة المشتريّة وأصحاب العروض المؤهلين فنياً من معلومات بشأن عطاءاتهم الفنية والمالية¹ وكذلك بالنسبة إلى التفاوض مع صاحب العطاء الفائز بشأن بعض الإيضاحات والتفصيلات الخاصة بالاشتراطات الفنية أو المالية لعطاءه طبقاً لنص المادة 72 من اللائحة التنفيذية، لذا فإن الإخلال بهذا الالتزام القانوني عبر إفشائها لأسرار التي اطلعت عليها الإدارة أو استغلالها من دون موافقة الطرف الآخر إضراراً بالتفاوض معها، وذلك عندما يكون هدف الإدارة من التفاوض مجرد العلم بتلك الأسرار وليس إبرام العقد محل التفاوض فإن مسلك الإدارة هنا يعد من قبيل التدليس والغش بحيث إذا عدلت عن التفاوض بعد تحقيق غرضها قامت مسؤوليتها التقصيرية لأن مسلكها بهذا الخصوص يمثل انحرافاً عن السلوك المألوف للمتفاوض المعتاد لتعارضه مع ما يقتضيه حسن النية في التفاوض.

الأمر الذي يستوجب قيام مسؤولية الإدارة عن التعويض الأضرار التي ألّمت بالتفاوض معها. إلا أن ذلك لا يعني عدم حق الإدارة في العدول عن المفاوضات لأن العدول لأسباب موضوعية ومشروعة لا تثريب عليها بشأنه لكونه حقاً لكلا المتفاوضين. أما إذا اقترن العدول بنية الإضرار بالتفاوض الآخر أي عندما يكون الهدف من التفاوض مجرد الحصول على بعض المعلومات والأسرار واستغلالها فذلك يقتضي قيام المسؤولية التقصيرية عن تعويض الأضرار المترتبة عليه إعمالاً لقواعد المسؤولية التقصيرية².

¹ - راجع نص المادة 49 و 53 من القانون والمادة 59 و 72 من اللائحة التنفيذية.

² - شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري ، مرجع سابق ، ص 194.

ثانياً: سكوت الإدارة عمداً عن واقعة مؤثرة في التعاقد

لمّا كانت جهة الإدارة وهي بصدد مرحلة التفاوض على العقد تحوز على معلومات وبيانات متعلقة بالعقد محل التفاوض لذا فإنه يتعين جهة الإدارة إعلام المتفاوض معها بكل البيانات والمعلومات ذات الصلة. بل إن المُشرّع إلزامها حال إجرائها أي تعديل على كراسة الشروط والمواصفات قبل الموعد النهائي لتقديم العطاءات بإعلام المستثمرين المؤهلين فنياً بذلك ليأخذوها بعين الاعتبار عند إعداد عطاءاتهم النهائية وهذا ما نصت عليه الفقرة (ب) من المادة (42) من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني على (... وتجرى المرحلة الثانية من المناقصة بدعوة أصحاب العطاءات الذين لم ترفض عطاءاتهم بتقديم عطاءات نهائية شاملة الأسعار، على أساس مجموعة واحدة من المواصفات تضمنها الوثائق الأصلية، على أن يتم إخطار جميع أصحاب العطاءات بهذه التعديلات) وعليه فإن سكوت الجهة الإدارية عمداً عن إعلام المتفاوض معها في مرحلة التفاوض بواقعة مؤثرة في تعاقد يعد من قبل الغش والتدليس عملاً بنص المادة 90 من قانون المدني البحريني¹، وخاصة عندما يجهل المتفاوض معها بتلك الواقعة حيث إنه ما كان ليتعاقد مع الجهة الإدارية لو كان قد علم بهذه الواقعة، كأن تخفي الإدارة على المتفاوض معها معلومات مهمة تتعلق بمخاطر تنفيذ العقد محل التفاوض بحيث يعد مسلك الإدارة بهذا الصدد خطأً تقصيرياً يلزمها بالتعويض المتفاوض معها عما لحق به من أضرار جراء ذلك.

لأن الجهة الإدارية عندما تتعمد الكتمان في مفاوضاتها مع المستثمر المؤهل فنياً والراغب بالتعاقد مع الإدارة أو صاحب العطاء الفائز والمقترن بتحفظ فإنها تقصد بذلك الإضرار به والحصول على منافع عن طريق التدليس مما يستوجب مساءلتها تقصيرياً.

ثالثاً: القرار الإداري غير المشروع بقطع المفاوضات

يُشكّل القرار الإداري غير المشروع أحد صور الخطأ التقصيري في مفاوضات العقود الإدارية بل لعله أكثر الأخطاء الشائعة في هذا المجال لأن الجهة الإدارية قد تلجأ إلى قطع المفاوضات أو إنهاؤها بقرار من السلطة المختصة من دون مبرر مشروع.

ولما كانت مسؤولية الإدارة تتأسس على الخطأ التقصيري لذا فيتعين أن يكون القرار الإداري القاضي بإنهاء عملية التفاوض قراراً خاطئاً، وذلك طبقاً لما لحقه من عيوب عدم المشروعية بحيث لا يحكم بالتعويض إلا إذا ثبت أن القرار الذي أضر بالمتفاوض من جهة الإدارة قراراً غير مشروع.

¹ نصت المادة 90 من قانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001م، على: (يعتبر تدليساً الكذب في الإدلاء بالمعلومات المتعلقة بوقائع التعاقد وملابساته، أو السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة).

ولما كانت أن عدم مشروعية القرار الإداري تنحصر في تخلف أحد أركانه الشكلية والموضوعية منها الاختصاص والشكل والمحل والسبب والغاية لذا فإن السؤال الذي يطرح في هذا الخصوص هو: أي من هذه الأركان يصلح في حال تخلفه أن يكون أساساً لمسؤولية الإدارة المتفاوضة ؟ بالرجوع إلى ما استقر عليه فقه القانون العام وقضائه فإن تخلف أي ركن من أركان القرار الإداري وإن كان يصلح للحكم بعدم مشروعية القرار وإلغائه، إلا أنه لا يعني بالضرورة توافر مسؤولية الإدارة والحكم عليها بالتعويض تبعاً لذلك مالم يكون هذا العيب مؤثراً في فحوى القرار ومضمونه، حيث لا يوجد تلازم بين عدم المشروعية وتقرير مسؤولية الإدارة¹، وعليه فقد استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي وتابعه في ذلك نظيره المصري كذلك الدائرة الإدارية بالمحكمة الكبرى المدنية في مملكة البحرين على التفرقة بين أوجه العدم المشروعية الشكلية والموضوعية حيث لا يقضي كلاهما بالتعويض في حالات عدم المشروعية الشكلية - تخلف ركن الاختصاص أو الشكل - إلا إذا كانت المخالفة على درجة من الجسامة التي تؤثر في مضمون القرار فيما لو اتبعت القواعد الصحيحة في الاختصاص والشكل، بينما العيوب الموضوعية كمخالفة القانون، أو الانحراف بالسلطة كذلك انعدم السبب فإن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر الدائرة الإدارية بالمحكمة الكبرى في مملكة البحرين، على اعتبارها كقاعدة عامة على درجة من الجسامة والتي تكفي لتقرير مسؤولية الدولة عن تعويض المتضرر².

ويطبق ذلك على المسؤولية الناجمة عن الإخلال بمفاوضات العقود الإدارية فإن جانباً من الفقه أقر بعدم كفاية الأركان الشكلية في القرار الإداري لتأسيس مسؤولية الإدارة المتفاوضة عن قراراتها الخاطئة وإنما يتعين لتأسيس تلك المسؤولية على أحد العيوب الموضوعية كمخالفة القانون أو الانحراف بالسلطة لأن الخطأ في مرحلة التفاوض على إبرام العقد الإداري لا بد من أن يكشف بوضوح سوء نية الجهة الإدارية في إدارة المفاوضات بحسن نية، وهو مالا يتحقق إلا بتخلف أحد الأركان الموضوعية للقرار الإداري من دون الشكلية منها، إلا أننا لا نتفق مع الرأي الفقهي السابق إلى ما ذهب إليه في إطلاقه بشأن عدم كفاية تخلف أحد الأركان الشكلية للقرار الإداري لتأسيس مسؤولية الإدارة المتفاوضة عن قراراتها الخاطئة، حيث نرى إمكانية تأسيس تلك المسؤولية بشأن المفاوضات العقود الإدارية حال تخلف ركن الشكل والإجراء تحديداً متى كان الإجراء جوهرية يشكل ضماناً للتفاوض مع جهة الإدارة، ومؤثراً في مضمون القرار فيما لو اتبع هذا الإجراء ومن على سبيل ذلك ما أورده المشرع في المادة 36 من قانون المناقصات والمشتريات البحريني رقم 36 لسنة 2002م، بشأن ضرورة تسبيب قرار إلغاء المناقصة حيث جرى نص المادة على (تلغى المناقصة بقرار مسبب من مجلس، إذا استغني عنها نهائياً بناء على طلب

¹- رأفت فوده ، دروس في قضاء المسؤولية الإدارية ، دار النهضة العربية ، 2010 م، ص 185.

²- د. فاروق أحمد خماس ، القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين ، كلية الحقوق جامعة البحرين ، 2007 م، ص 287-280.

الجهة المشتريّة أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، على أن يخطر جميع أصحاب العطاءات المشاركين في المناقصة بذلك)، فلا شك في أن التسبب يعد ضماناً مهمة وجوهية لأصحاب العطاءات المؤهلين فنياً والراغبين في التعاقد مع الجهة الإدارية بحيث إذا لم تسبب الإدارة قرار إلغاء المناقصة تكون قد أخلت بضمانة جوهية أزمها بها القانون، هذا بالإضافة إلى أن تسبب القرار سيمنح القضاء من تسليط رقابته على تلك الأسباب وصحة تكييفها القانوني ومدى تناسبها مع قرار إلغاء إجراءات المناقصة بعد ما تكبد أصحاب العطاءات من مبالغ طائلة، فإذا كان من شأن التقيد بمثل هذا الإجراء الجوهري والمتمثل في التسبب أن يؤثر في مضمون القرار الصادر عن جهة الإدارة فيتعين تقرير مسؤوليتها عنه حال عدم التزامها به وتضرر المتفاوض معها جراء ذلك. أما بخصوص تخلف أحد الأركان الموضوعية للقرار الإداري فإننا نتفق مع ما استقر عليه الفقه والقضاء في القانون العام بشأن تقرير مسؤولية الإدارة عن قراراتها الخاطئة في تلك الحالة، بحيث يتعين لتأسيس تلك المسؤولية هو ما يشوب القرار خطأً لتخلف أحد أركانه الموضوعية كعدم مشروعية محلة أو انعدام سببه، أو إساءة استعمال السلطة بصدد، حيث إن تخلف أحد تلك الأركان ينبئ عن سوء نية جهة الإدارة حال قطعها أو إنهاؤها للمفاوضات لعدم توافر سبب مشروع لذلك كما أن تعاقد الإدارة مع غير صاحب العطاء الفائز بعد إجراء المفاوضات معه للتنازل عن كل أو بعض تحفظاته أو للنزول بسعره إلى سعر السوق واستجابته لكل ذلك أو بعضه يشير إلى إساءة الإدارة في استعمال سلطتها لإنحرافها عن جادة الصواب فإن ذلك يترتب مسؤوليتها عن تعويض المتفاوض معها عما لحقه من أضرار جراء ذلك، فكل هذا الأمور تتصل بالأركان الداخلية للقرار الإداري المعيب. ولما كانت الجهة الإدارية - الجهة المشتريّة - ملتزمة بالتعاقد مع صاحب العطاء الفائز طبقاً لنص المادة 57 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات البحريني بحيث إذا تعاقدت مع غيره عُد ذلك بدوره مخالفة واضحة للقانون وخروجاً عن السلوك المألوف مما يستوجب مسؤوليتها التقصيرية لهذا التصرف الخاطئ من جانبها.

وأخيراً ترى الباحثة إن إثبات الخطأ يخضع للقواعد العامة طبقاً للمادة الأولى¹ من قانون الإثبات البحريني التي تقضي بأن على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه. ومن ثم فإنه يتعين على المتفاوض المتضرر إثبات خطأ جهة الإدارة أي إثبات خطئها التقصيري بإثبات انحرافها عن السلوك المألوف في عملية التفاوض وتضرره نتيجة لهذا الخطأ فضلاً عن إثبات علاقة السببية بينهما حتى يكون مستحقاً للتعويض عما لحق من أضرار.

¹ -تنص المادة الأولى من قانون الإثبات البحريني رقم 14 لسنة 1996 م، على (الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه).

المطلب الثاني

شروط قيام المسؤولية الإدارية من دون خطأ

إنَّ المسؤولية الإدارية دفعت المُشرِّع إلى فرض الالتزام بالتعويض سواء كانت ذلك لإعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو سياسية.

ولما كانت المسؤولية الإدارية تتميز بأنها تركز على أساس مزدوج لقيامها إذ إنه بجانب انعقاد المسؤولية الإدارية بتوافر الخطأ كأصل عام، فتسند من جانب آخر على أساس العمل المادي المشروع كأساس تكميلي ذي أصل قضائي¹، والذي يتجلى دوره في الحالات التي تتعارض فيها اعتبارات العدالة تعارضاً صارخاً من اشتراط إثبات الخطأ من جانب الإدارة.

وعلى الرغم من استقرار القضاء الإداري المصري كقاعدة عامة على رفضه الأخذ بالمسؤولية الإدارية عن العمل المشروع، فإن غالبية فقهاء القانون العام في مصر قد نادوا بضرورة عودة القضاء إلى الأخذ بهذه المسؤولية - المسؤولية الإدارية عن العمل المشروع - وذلك كأساس تكميلي للمسؤولية الإدارية بجانب الخطأ كأساس عام.

لذا فإن ما يبرر المسؤولية هو أساسها وما يشترط لقيامها أن يكون الخطأ، فالخطأ هو أساس المسؤولية الشخصية وشرط لوجودها، وهذا لا يعني بالضرورة عدم اختلاف أساس المسؤولية وشروطها، فالتضامن الاجتماعي والمخاطر قد يكونا مبرراً للمسؤولية وأساس لها ولكن لا يشترط توافره كركن من أركان مسؤولية الإدارة أو شرط تحققها.

لذا فإن المسؤولية الإدارية القائمة على أساس العمل المشروع نشأت كأساس تكميلي للمسؤولية الإدارية القائمة على فكرة الخطأ وكان الفضل لنشوء هذا النوع من المسؤولية إلى قضاء مجلس الدولة الفرنسي أخذاً بالاعتبار عدداً من العوامل المهمة التي لها مساس بنشاط الإدارة وكان أبرزها العمل على تحقيق نوع من التوازن بين سلطة الإدارة وامتيازاتها وبين حقوق الأفراد المتعاملين مع الإدارة، حيث جاء هذا التطور القضائي لإيجاد الحلول القانونية للمنازعات الإدارية التي تنشأ بين الإدارة والمتعاملين معها، وحيث إنه في بعض الأحيان لا يمكن أن ينسب خطأ إلى الإدارة وفق المفهوم التقليدي لذا بدأ القضاء أن يؤسس أساساً آخر للمسؤولية الإدارية تسمى المسؤولية عن العمل المادي المشروع - دون خطأ - والتي قوامها نظرية المخاطر ونظرية المساواة أمام الأعباء العامة.

¹ - ذات أصل قضائي في فرنسا .

ولما كانت المسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ تتعقد كما أوضحنا ذلك بتوافر ثلاثة شروط وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، أما في مجال المسؤولية عن العمل المشروع فإن الأمر مختلف حيث لا يشترط توافر الخطأ وإنما يستند على الضرر والعلاقة السببية بينه وبين العمل المشروع، وحيث إن شرط الضرر ليس فيه اختلاف بإطاره العام في المسؤولية المدنية والمسؤولية الإدارية إلا أن فقه القضاء الإداري أكد توافر شروط خاصة في الضرر كشرط من شروط المسؤولية عن العمل المشروع وهما الجسامة والخصوصية بالإضافة إلى الشروط العامة في الضرر، أما فيما يتعلق بشرط العلاقة السببية فنحيل بشأنها إلى ماسبق ذكره في المطلب الأول وذلك منعاً للإطالة والتكرار.

وعليه سنتناول في هذا المطلب الشروط المتعلقة بالضرر الذي يترتب عليه قيام المسؤولية عن العمل المشروع - من دون خطأ- في مرحلة المفاوضات، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: شروط العامة للضرر في نطاق المسؤولية الإدارية عن العمل المشروع.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة للضرر في نطاق مسؤولية الإدارة عن العمل المشروع.

الفرع الأول الشروط العامة للضرر في نطاق المسؤولية الإدارية عن العمل المشروع

يُشكّل الضرر ركناً أساسياً في المسؤولية الإدارية وشرطاً ضرورياً لقيامها سواء قامت هذه المسؤولية على أساس الخطأ أو من دونه فإذا لم يتحقق الضرر فلا مسؤولية على الإدارة¹. وهذا وفقاً للقاعدة الثابتة التي تقضي بأنه حيث لا ضرر فلا تعويض بمعنى آخر فإنه لا يمكن الحكم بالتعويض مالم يتوافر الضرر.²

ويعرف الضرر بأنه كل ما يُصيب الفرد نتيجة لتعرض حق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة³، له سواء تعلق ذلك الحق أو تلك المصلحة بسلامة جسده أو مشاعره أو ماله أو غير ذلك. وحيث إنه يقع على عاتق المضرور عبء إثبات الضرر الذي أصابه وعليه أن يقدم الأدلة على ذلك فلا يكفي أن يقتصر المضرور على مجرد افتراضات أو ادعاءات ومع ذلك أن القاضي

¹- بشير علي خلف العبيدي ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة ، مرجع سابق ، ص 107 .

²- د. فاروق خماس ، القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين ، مرجع سابق ، ص 283.

³- يقصد بالمصلحة المشروعة هي كل مصلحة يحميها القانون فإذا كانت غير مشروعة فإنه لا يحميها ولا يترتب على المساس بها التعويض- محمد ماهر أبو العينين، الموسوعة الشاملة في القضاء الإداري التعويض عن أعمال السلطات العامة ، الكتاب الثالث ، 2007م ، ص 38.

يخفف من هذا العبء بأن يكتفي بتأكيدات المضرور وإذا كانت تبدو حقيقية وبشرط ألا تنكرها الإدارة¹. وحيث إن الضرر والتعويض عنه هو مناط مسؤولية الإدارة عن العمل المشروع لذا فيشترط للتعويض عنه أن تتوافر في الضرر مجموعة من الشروط العامة والخاصة، وطبقاً للقاعدة العامة في مسؤولية الإدارة عن العمل المشروع وهو ما ينطبق كذلك على الضرر الناجم عن الإخلال بمفاوضات إبرام العقود الإدارية سواء كان المتضرر الإدارة أو المتفاوض معها وهو ما نوجزه كالاتي:

اولاً: يجب أن يكون الضرر محققاً

من القواعد المتفق عليها أن يكون الضرر الموجب للتعويض ضرراً محققاً أي وقع بالفعل أو محقق الوقوع في المستقبل وهذا الشرط ينطبق على الضرر الناجم عن فشل المفاوضات ومن أبرز الأمثلة على الضرر المحقق في مرحلة المفاوضات العقود الإدارية النفقات التي تتحملها جهة الإدارة بشأن إعداد الدراسات الفنية والاستشارية حول العقد الإداري، وكذلك ما يتكبده المتفاوض مع الإدارة بصدد إعداد عطائه الفني من دراسات ورسومات وتصاميم ونماذج حول العقد المراد إبرامه مع الإدارة². أما بالنسبة إلى الأضرار المحققة المستقبلية في مفاوضات العقود الإدارية فتتمثل في التأثير على سمعة المتفاوض مستقبلاً، وكذلك الأضرار التي قد تصيب الجهة الإدارية أو المتفاوض معها بسبب إفشاء أحدهما للأسرار التي اطلع عليها أثناء المفاوضات أو التي قام باستغلالها من دون ترخيص من صاحبها³، ومن الجدير بالذكر هنا الإشارة إلى أن الضرر المحقق الوقوع مستقبلاً يختلف عن الضرر المحتمل الذي يقصد به الضرر الذي لم يقع بالفعل فهذا النوع من الضرر لا يمكن التعويض عنه، ومثال ذلك في مجال المفاوضات العقود الإدارية وهو أن يأمل المتفاوض الحصول على ربح في حال نجاح المفاوضات وإبرامه للعقد بالرغم من أن إبرام العقد أمر احتمالي قد يقع وقد لا يتحقق⁴، أما في ما يتعلق بالضرر المترتب عن تقويت الفرصة فإن القضاء الفرنسي والمصري والبحريني والعراقي يقبلان التعويض عن تقويت الفرصة باعتبارها نوعاً من الضرر المحقق الذي يتمثل في الحرمان من ميزة معينة والضرر هنا لا يرد إلى كسب احتمالي إنما يرد إلى الحرمان من فرصة تحقيق كسب⁵، فإذا أثبت أحد الأطراف أن ضاعته عليه فرصة إبرام صفقات أخرى بسبب المفاوضات وخاصة إذا اشترط عليه الطرف الآخر عدم التفاوض مع الغير وأثبت أن المفاوضات ترتب عليها ضياع فرصة التعاقد⁶.

1- محمد محمد عبداللطيف ، قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة ، الكتاب الثالث ، دار النهضة العربية ، 2007م ، ص 403.

2- بشير علي خلف العبيدي ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة ، مرجع سابق ، ص 108.

3- عبدالعزيز المرسى حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية ، مرجع سابق ، ص 93.

4- بشير علي خلف العبيدي ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة ، مرجع سابق ، ص 109.

5- محمد محمد عبداللطيف ، قانون القضاء الإداري ومسؤولية السلطة ، مرجع سابق ، ص 418.

6- فؤاد محمد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 84 .

ثانياً: يجب أن يكون الضرر مباشراً

يشترط للتعويض عن الضرر الناتج عن الإخلال بالمفاوضات أن يكون الضرر مباشراً أي أن يكون هناك صلة مباشرة بين الضرر المطالب بالتعويض عنه والنشاط الذي مارسه الإدارة ورتبه ضرراً أي أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لخطأ المتفاوض فمتى ما انتفت علاقة السببية لأي سبب من الأسباب فإن الإدارة تعفى ولا تسأل عن التعويض، والضرر المباشر هو الضرر الذي يعتبر من النتائج المألوفة للفعل الضار وهذا يعني أنه في حال تعدد الأضرار فإن الإدارة لا تلتزم إلا بتعويض الضرر الذي كان نتيجة مباشرة وطبيعية للفعل الذي نسب إليها من دون الأضرار غير المباشرة، وتطبيقاً للمعنى السابق للضرر المباشر على المفاوضات في مجال العقود الإدارية يتمثل بإخلال أحد المتفاوضين بالتزام حسن النية في التفاوض حيث إن ما يتكبده المتفاوض من خسائر مادية التي تتمثل في نفقات إعداد دراسات الجدوى والدراسات الاستشارية¹، تعتبر من قبل الإضرار المباشرة التي تلتزم الإدارة في التعويض عنها.

ثالثاً: يجب أن يكون الضرر قد أصاب مصلحة مشروعة

إنَّ أساسَ هذا الشرط يتمثل بأن القانون يتكفل بالحفاظ على حقوق الأفراد وحمايتهم من الاعتداء عليها وهذا مايولد حقا بالتعويض إذا كانت مستندة إلى مصلحة مشروعة أما المصلحة غير المشروعة التي يمسها ضرر فلا يجوز التعويض عنها لأن الضرر الذي ترتب عليها ليس فيه إخلال بمركز يحميه القانون وبناءً على ذلك فإن الضرر الذي تلتزم الإدارة بالتعويض عنه يجب أن يكون قد وقع على حق مشروع يحميه القانون ويستوي في ذلك أن يكون الضرر قد أخلّ بحق قانوني أو مصلحة مالية مشروعة، وتطبيقاً لما ذكر على مفاوضات العقود الإدارية فتمثل المصلحة المشروعة في النفقات التي يتكبدتها المتفاوض مع الإدارة في سبيل إعداد عطائه في حال إلغاء الإدارة للإجراءات التعاقد الإداري استناداً إلى المصلحة العامة ولما كانت بعض العقود الإدارية تنسم بضامتها كعقود للأشغال العامة لتعلقها بمشروعات البنى التحتية والمرافق العامة والخدمات فلا بدّ من كفالة الحد أدنى للتعويض عن النفقات التي يتكبدتها المتفاوض مع الإدارة والمؤهل فنياً في سبيل إعداد عطائه حال إلغاء الإدارة لإجراءات التعاقد لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة فهذه المصلحة المشروعة واجبة التعويض عنها لأن الضرر الذي ترتب على المتفاوض قد أخلّ بالمركز القانوني الذي يحميه القانون².

¹- بشير علي خلف العبيدي ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة ، مرجع سابق ، ص 108.
²- كمال عبدالسميع محمود ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة ، مرجع سابق ، ص 260 .

رابعاً: أن يكون الضرر قابلاً للتقدير بالنقد وذلك كقاعده عامة

كقاعة عامة فإنه يشترط في الضرر الذي يمكن التعويض عنه أن يكون قابلاً للتقدير بالنقد، حيث إن الأضرار المادية التي تلحق الأفراد المتعاملين مع الإدارة نتيجة لنشاط الإدارة المشروع وتصرفاتها يمكن تقدير التعويضات المالية المساوية لها بسهولة¹، أما في مجال مفاوضات العقود الإدارية فإن الأضرار القابلة للتقدير بالنقد تتمثل بالأضرار الناجمة عن ضياع الوقت حيث يعد ضياع الوقت من أهم الأضرار التي تلحق بالمفاوض بالإضافة إلى الأضرار الناجمة عن الفرص الضائعة، وكذلك الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ عقود أخرى التي يقصد بها العقود التي يلجأ إليها أطراف التفاوض إلى إبرامها مع أطراف آخرين فإذا فشلت المفاوضات فإنه يقع على عاتق الطرف الذي أبرم مثل هذه العقود بالتعويض عن عدم تنفيذها وهنا يحق للمفاوض بالرجوع إلى مطالبة الطرف الآخر - المتفاوض معه - بتعويضه عن هذه الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك وخاصة إذا كان الطرف الآخر - المتفاوض معه - يعلم بهذه العقود وأنها أبرمت تمهيداً للارتباط بالعقد محل التفاوض، وأخيراً فإن الأضرار المتعلقة بنفقات المفاوضات هي أضرار قابلة للتقدير بالنقد، أما إذا كان الضرر يتعلق بالضرر المعنوي أو الأدبي الذي لا يمس مصلحة مالية للمضرور كالضرر الذي يمس الطرف المتفاوض مع الإدارة بسمعته أو ثقته فيه أو في مصداقيته فهذا النوع من الأضرار هي أيضاً قابلة للتعويض عنها وإن كانت لا تقدر بالنقد، إلا أن الهدف من التعويض عن الضرر المعنوي هو رد اعتبار المتفاوض مع الإدارة مع الأخذ بنظر الاعتبار دور كل من الطرفين والمرحلة التي وصلت إليها المفاوضات².

الفرع الثاني الشروط الخاصة للضرر في نطاق المسؤولية الإدارية عن

العمل المشروع

لما كان ركن الضرر هو القاسم المشترك بين مسؤولية الإدارة القائمة على أساس الخطأ والمسؤولية عن أعمالها المشروعة فإنه يشترط في الضرر المرتب لمسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة، إضافة إلى الشروط العامة الواجب توافرها في ضرر، والتي سبق الإشارة إليها هناك شروط خاصة تتمثل في أن يكون الضرر خاصاً وأن يكون غير عادي وستعرض لهذين الشرطين على النحو الآتي:

¹- بشير علي خلف العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، مرجع سابق، 112.

²- فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق، 86.

أولاً: أن يكون الضرر خاصاً

يُشترط في الضرر لإعمال مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة - نظرية المخاطر - نظرية المساواة أمام الأعباء العامة- أن يكون خاصاً، والضرر الخاص هو الذي يتعلق بشخص معين أو عدد محدود من الأشخاص، أما إذا أصاب الضرر عدداً غير محدد من الأشخاص أي أن يكون ضرراً عاماً يتحمله الجميع باعتباره من قبيل الأعباء العامة التي لا تعويض عنها، حيث إن خصوصية الضرر هو شرط خاص بمسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة في جميع حالاتها سواء كانت قائمة على أساس فكرة المخاطر أو على أساس مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة¹. وتطبيقاً على ذلك في مجال المفاوضات فإن الضرر الذي يلحق بالمفاوض مع الإدارة هو ذو طابع خاص لأنه يصيب ذات المفاوض مع الإدارة وعليه فإن شرط خصوصية الضرر متحققة، إلا أن بعض الفقهاء يرون أن اشتراط الطابع الخاص للضرر في نطاق مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة يقتصر على حالات المسؤولية القائمة على مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة، وذلك استناداً إلى أن القضاء يتحدث في الغالب عن مخاطر خاصة وليس عن ضرر خاص، بحيث يؤدي تحقق هذه المسؤولية عن أعمالها المشروعة للمضرر وفي هذه الحالة ألحق في الحصول على تعويض بمجرد تحقق الضرر من دون حاجة إلى أن يكون ذلك الضرر خاصاً، وبالمقابل فإن شرط الخصوصية في نطاق مبدأ المساواة أمام الأعباء العامة يرتبط بأساس المسؤولية أي أنه يتيح معرفة الإخلال بالمساواة ولكن إذا تحمل أحدهم أو بعضهم هذا الضرر فإنه يمكن القول بأنه حدث إخلال بالمساواة أمام الأعباء العامة مما ينبغي معه إعادة التوازن، وذلك عن طريق تعويض المتعامل مع الإدارة².

ثانياً: أن يكون الضرر غير عادي

يشترط في الضرر الذي يترتب مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة هو الضرر الذي يتجاوز الأضرار التي يمكن للأفراد أن يتحملوها بحيث يعد تركه من دون تعويض إجحافاً بالعدالة، وهذا أمر طبيعي فإن قيام المسؤولية الإدارية عن العمل المادي المشروع لا يكفي فيه أن يكون الضرر بسيطاً أو عادياً، إنما يجب أن يكون على درجة من الجسامه بصورة تجعله ضرراً غير عادي يتجاوز الأضرار المعتادة التي يتحملها الأفراد، وهذا أمر منطقي فحتى يكون هناك إخلال بالأعباء العامة فإنه من يطلب التعويض يجب أن يكون قد تحمل قدراً من المخاطر أكثر من الذي تفرضه الحياة العامة، فالصفة غير العادية للإضرار تعني أن يكون الضرر قد بلغ حداً من

¹- بشير جاسم العبيدي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة، مرجع سابق، 113.

²- رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض، مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية، دار النهضة، 2008م، ص 824.

الجسامة أو الأهمية، لذلك يجب على القاضي أن ينظر إلى موقف ونشاط المتضرر حتى يمكنه من استخلاص مدى جسامة الضرر باعتباره معيارا غير ثابت يختلف وفق ظروف الزمان والمكان وطبيعة النشاط المترتب للضرر ومركز المتضرر¹، وتطبيقا لذلك في مجال المفاوضات العقود الإدارية فإن الأضرار المترتبة على مفاوضات عقود الإدارة هي في حد ذاتها أضرار غير عادية فعلي سبيل المثال الأضرار المتعلقة بنفقات المفاوضات فإن العرف قد جرى على أن هذا النوع من النفقات يتحملها من قام بإنفاقها متى كان ذلك يرجع إلى عدم احترازه أو تسرعه إلا أنه إذا ثبت أن المتفاوض مع الإدارة قد تكبد نفقات غير عادية وما كان ليقدم عليها لولا دخوله في مفاوضات مع الإدارة بشأن العقد المراد إبرامه فإنه يحق له في هذه الحالة الرجوع إلى الإدارة بالتعويض كون أن الضرر الذي ترتب على فشل المفاوضات هو ضرر غير عادي ويستوي فيما بعد أن يكون فشل المفاوضات راجعا إلى خطأ الإدارة أو عدم خطئها².

ومن الجدير بالذكر ترى الباحثه هنا أنه يشترط لتقرير مسؤولية الإدارة من دون خطأ أي عن أعمالها المشروعة توافر هذين الشرطين معا فالضرر الخاص وحده لا يعوض عنه، وكذلك الضرر غير العادي وحده لا يعوض عنه، إن اشتراط هذين الشرطين معا يحول دون التوسع في فكرة المخاطر ومبدأ المساواة أمام الأعباء العامة وهذا أمر منطقي كون أن مسؤولية الإدارة دون خطأ هي مسؤولية ذات طابع تكميلي أي أنها ليست أساس عام ترجع إليه كل حالات المسؤولية الإدارية حيث لا يكون لهذه المسؤولية أي دور إلا في حال غياب الخطأ³.

¹-عبدالفتاح الصالحي ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة ، رسالة ماجستير ، الجزائر ، مرجع سابق ، ص 48،49 .

²-فؤاد محمد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 85 .

³-بشير علي خلف العبيدي ، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة ، مرجع سابق ، ص 49.

المطلب الثالث

شروط قيام المسؤولية الإدارية على أساس نظرية الإثراء بلا

سبب

تشكل نظرية الإثراء بلا سبب أحد الأسس التي تقوم عليها المسؤولية الإدارية وخاصة في مجال المسؤولية شبه تعاقدية بحيث تعتبر الأساس الوحيد لها، لذا فقد كرس الاجتهاد الإداري شروط النظرية في العقد الإداري والمتضمنة خسارة المدعي بسبب أعمال استفادة منها المدعى عليه الكاسب، والصلة السببية بين الكسب والخسارة، وغياب السبب القانوني للكسب، وأخيرا عدم وجود طرق مراجعة أخرى بتصرف المدعي. وتنتمتع نظرية الإثراء بلا سبب بذاتية خاصة في القانون الإداري، فقد اجتهد مجلس الدولة الفرنسي في وضعها موضع التطبيق منذ بداية القرن العشرين، وذلك لإثبات استقلالية، حيث وفق بين أحكام الفصول والإثراء بلا سبب المعروفين في القانون المدني، فأخذ من الإثراء مفهوم الأعمال الضرورية أو النافعة ومن الفصول مبدأ الفائدة. وقد طبقت هذه النظرية خصوصا في مجال بطلان العقود أو عدم اكتمالها القانوني. ولما كانت المسؤولية الشبه تعاقدية في العقد الإداري التي سبق أن أوضحنا مفهومها في المبحث السابق، هي أساس نظرية الإثراء بلا سبب لذا فإن شروط المسؤولية شبه تعاقدية تكشف لنا تأثير كل من أساسها وخصوصية الواقعة التي تعبر عن مصدرها، كما تكشف لنا بدء التنفيذ النوعي أو الخصوصي للإثراء بلا سبب في مجال المسؤولية شبه تعاقدية. وحيث إن المسؤولية شبه تعاقدية هي مسؤولية دون خطأ، لأن الفعل الوحيد الذي كون مصدر الضرر هو عمل منفذ من أجل المصلحة العامة وبناءً على قبول الإدارة، فهذا العمل النافع يكفي لكي تقوم مسؤولية المجتمع.

أي أن إسناد الضرر لا يكون بالمبحث عن فعل شخص عام إنما الأمر يتعلق فقط بإسناد العمل المنجز أو الذي تحقق شكلا نافعا أو ضروري إلى المصلحة العامة، والذي اكتسب الصفة الشرعية من قبول الإدارة أو حضها عليه ومن هنا يتبين لنا أن شروط مسؤولية شبه تعاقدية هي ذات شروط نظرية الإثراء بلا سبب. وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 15 يونيو 1892م، "بأن الإثراء بلا سبب مبدأ عام مؤسس على العدالة، يمنع الإثراء على حساب الغير"¹ لذلك جاء تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في القانون الإداري لعلاج عدم التوازن الناجم عن تنفيذ عقد لم يرخص للمستفيد منه بالتعاقد.

وعليه سوف نتناول في هذا المطلب شروط قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، وذلك على النحو الآتي:

¹- عبدالرؤف هشام بسيوني، شبه العقد الإداري، مرجع سابق، ص 42، 43.

حددت المحكمة الإدارية العليا بمصر¹ شروط تطبيق نظرية الإثراء بلا سبب في مجال القانون الإداري حيث ذهب إلى أنه يتعين لتطبيق هذه النظرية توافر ثلاثة شروط أولها إثراء المدين أي المنفعة أو الربح² العائد إلى الإدارة من جراء العمل المنفذ لصاحبها والمجاز به من قبل الإدارة المستفيدة (هذا يعني وجوب تحقق رضا لجهة الإدارية عن العمل المنفذ) وهذا لا يكون إلا بدخول قيمة ما تنثري به الإدارة في ذمتها المالية وثانيها أن يقابل هذا الإثراء افتقار للدائن بسبب انتقال عين أو قيمة أداها بمعنى أن تتحقق المنفعة العامة نتيجة نفقات دفعها المفتقر وثالثها ألا يكون للإثراء الحادث أو الافتقار المترتب إلى سبب قانوني يبرره.

ولمفهوم السبب معنيان الأول: يتمثل بالعمل القانوني أي الطريقة القانونية في شأن اكتساب أحد الحقوق التي يترتب عليها حصول الشخص على ميزة والمعنى الثاني: يتمثل بالسبب القانوني وهو إما أن يكون عقداً وإما أن يكون نصاً في القانون وعليه فلا يجوز اللجوء إلى الإثراء بلا سبب عند وجود عقد³، وعليه فإن الإثراء بلا سبب لا يقوم عندما يكون له مصدر في عمل قانوني متضمناً موافقة صاحب الشأن "ويرى الأستاذ جورج فيدل أن سبب الإثراء الإداري يرتكز على العملية القانونية المنشئة للمعادلة أو المتضمنة لرضاء صاحب الشأن"⁴.

وحين توافر هذه الشروط مجتمعة، فإن المثري - الإدارة أو المتفاوض معها - يلتزم بتعويض المفتقر بأقل القيمتين الإثراء أو الافتقار⁵.

وتطبيقاً على ذلك في مجال مفاوضات العقود الإدارية في حال مباشرة الإدارة المفاوضات مع صاحب العطاء المؤهل فنياً والمقترن بتحفيز للنزول بسعره إلى سعر السوق عند تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة أو مباشرة الإدارة إجراءات التفاوض التنافسي - الممارسة - وخلال مرحلة المفاوضات أصدرت الإدارة قراراً إدارياً بإلغاء إجراءات التعاقد أو إلغاء إجراءات الطرح في حال تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة، وذلك لدواعي المصلحة العامة، وذلك طبقاً للمادة 36 من قانون المناقصات البحريني⁶ رغم ما قام به الطرف المتفاوض مع الإدارة من أعمال متمثلة بإعداد الدراسات والأبحاث في سبيل إعداد عطائه وهذه الأعمال تعتبر من قبيل الأعمال الحتمية والتي

1- كما أكد مجلس الدولة الفرنسي في قراره أن الأساس الصحيح لتطبيق نظرية الإثراء بلا سبب هو توافر مجموعة من العناصر الأساسية التي تشكل تعريف النظرية في القانون الإداري وهي رضى الشخص العام، غياب الأساس القانوني لتبرير الإثراء الحاصل، أن النفقات كانت نافعة للإدارة، إن هذه النفقات دفعت للمصلحة العامة، علي عبد الأمير قبيلان، أثر القانون الخاص على العقد الإداري، ج2، مرجع سابق، ص 159.

2- تجدر الإشارة هنا إلى أن فكرة المنفعة أو الربح في قانون العام لا يطابق المنفعة الواردة في الفضالة أو الإثراء بلا سبب في القانون، وذلك لأن المنفعة في القانون المدني مستقلة عن كل ربح أو مكسب فعلي إذ إن المقصود بالمنفعة في القانون العام منفعة أولية أو منفعة نهائية أي كان شبه العقد كما أن الإثراء المطلوب في القانون العام لا يتسم بالضرورة بصفة مالية ولا يمكن قياسه بمجرد الزيادة في القيمة لأن الإثراء قد يكون في القانون الخاص إثراء معنوياً - عبدالرؤف بسيوني، شبه العقد الإداري، مرجع سابق، ص 49.

3- عبدالرؤف هشام بسيوني، شبه العقد الإداري، مرجع نفسه، ص 50.

4- عبدالرؤف هشام بسيوني، شبه العقد الإداري، مرجع نفسه، ص 50.

5- عبدالعزيز عبدالمعنى خليفة، المسؤولية الإدارية، مرجع سابق، ص 59.

6- نصت المادة 36 من قانون المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني رقم 36 لسنة 2002، على (تلغى المناقصة بقرار مسبق من المجلس..... أو إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك، ..).

يحق للمفاوض الرجوع إلى الإدارة لاسترداد جميع المصروفات التي أنفقها، وخاصة أن هذا الأعمال لم ترفض من قبل الإدارة بل استفادت منها، وحيث إن المتفاوض مع الإدارة لم يستطيع الرجوع إلى الإدارة بالتعويض عن الأضرار التي لحقت به من جراء إلغاء إجراءات التعاقد لدواعي المصلحة العامة بالاستناد إلى الخطأ العقدي حيث لا مجال للاستناد إلى عقد ألغته الإدارة كما لا يجوز له - المتفاوض - الرجوع إلى الإدارة بالتعويض على أساس الخطأ التقصيري حيث لم ترتكب الإدارة خطأ بل استعملت سلطة مخولة لها وخاصة أن المادة 33 من قانون المناقصات المشار إليه نصت وبشكل صريح على أنه لا يترتب على الإدارة أي مسؤولية مدنية أو غيرها على مجلس المناقصات أو على الجهة المشتريّة نتيجة لإلغاء المناقصة، الأمر الذي يكون معه أمام المتفاوض مع الإدارة بالرجوع إليه بالاستناد إلى نظرية الإثراء بلا سبب قوام المسؤولية الشبه تعاقدية حيث إن افتقار المتفاوض وإثراء الإدارة على حسابه لذا يحق له المطالبة بالتعويض عن أقل القيمتين - الإثراء أو الافتقار - وعليه فإن فكرة المنفعة أو المكسب التي يتمسك بها القاضي في التعويض تكون هنا للمصلحة العامة.

أما فيما يتعلق بمسألة الإثبات الإثراء بلا سبب ف يرجع إلى القواعد العامة لإثبات الإثراء بلا سبب في القانون المدني نجد أن عبء الإثبات يقع على عاتق الدائن المفترق فهو الذي يطلب منه إثبات الالتزام في ذمة المدين وهو المثري.

فعلى المفترق إثبات أن هناك إثراء من جانب المثري ومقدار هذا الإثراء ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا الإثراء قد بقي قائماً إلى يوم رفع الدعوى أو أنه قد زال.

وأخيراً فعلى المفترق أن يثبت أن الإثراء ليس له سبباً قانونياً، لأن الإثراء يفترض أن يكون له سبباً قانونياً ولا يكلف المثري بإثبات هذا السبب، فإذا ادعى المفترق بأن لا سبب لهذا الإثراء فعليه إثبات ذلك¹. وحيث إن أركان دعوى الإثراء بلا سبب والمتمثلة بالإثراء والافتقار وانعدام السبب وكلها وقائع مادية يصح إثباتها بكل طرق الإثبات بما فيها البيئة والقرائن.

ولتطبيق القواعد العامة السالفة الذكر لإثبات الإثراء بلا سبب في مجال مفاوضات العقود الإدارية لا بدّ لنا من الوقوف على بعض المفاهيم التي تعيننا في بيان كيفية إثبات الإثراء بلا سبب في مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد الإداري حيث يقع على عاتق المفترق - المتفاوض مع الإدارة - من إثبات الإثراء بلا سبب ضمن هذه المفاهيم التي سوف نبينها على الوجه الآتي:

أولاً: مفهوم الإثراء في القانون الإداري

ولما كان الإثراء هو الذي يشكل مصدر الالتزام الذي يترتب في ذمة المدين المدعى عليه فإذا لم يحدث إثراء فيستبعد تطبيق مبدأ الإثراء بلا سبب، فالإثراء إما أن يكون مرتبطاً بالذمة المالية،

¹-عبدالرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 1 ، نظرية الالتزام بوجه عام ، دار القلم ، بيروت لبنان ، دون ذكر سنة النشر، ص1175.

وهنا استخدم مجلس الدولة الفرنسي في هذا الصدد تعبيرات مختلفة للتعبير عن الإثراء فاستخدم لفظ إثراء أو أحيانا ربحا أو مكسبا كما استخدم تعبير مكسب نافع أو تعبير مكسب حقيقي ومباشر كما تبني تفسيراً أوسع لمفهوم الإثراء، وذلك بتبنيه لفكرة المنفعة العامة للتعبير عن الإثراء.

أو قد يكون الإثراء غير مرتبط بالذمة المالية - لكن قابل للتقدير بالمال - بحيث يمكن تعريفه بالربح أو المكسب الحقيقي أو النافع الذي تحصل عليه الإدارة عن طريق الرسوم والدراسات المقاييسات التي يزودها بها أحد الفنيين أو الخبراء أو الراغبين في التعاقد مع الإدارة خلال مرحلة المفاوضات، وغالباً ما تنثور هذه المنازعات المتعلقة بالإثراء المعنوي¹ بين مصممي الأعمال والمتفاوضين مع الجهة الإدارية.²

ثانياً: منفعة الأعمال أو الأداءات

يحلل القاضي الإداري الإثراء بمنفعة الأعمال التي أنجزها أحد الأفراد إلى الشخص العام حيث يستشهد القاضي بمنفعتها أو المكسب الحقيقي أو المباشر أو المؤكد والذي حصل عليه منه الشخص العام، وذلك لأن السلطة العامة تتولى مهمة الدفاع عن الصالح العام وأن الإثراء الذي تستفيد منه الإدارة من دون سبب قانوني كافٍ، يجب قياسه بالمنفعة التي تمثلها حقيقة الأعمال أو الأداءات المتعلقة بها تجاه الصالح العام. ولقد أخذ مجلس الدولة المصري بجميع صور الإثراء سواء تلك التي تمثلت بالقيام بعمل لصالح الإدارة أو أداء خدمة لصالح مرفق عام أو تلك التي تتمثل بالقيام ببعض الأعمال الإضافية في عقود الأشغال العامة.³

ثالثاً: مفهوم افتقار في القانون الإداري

لما كان الافتقار هو الوجه المقابل للإثراء حيث لا يكفي تحقق الإثراء في جانب المدعي عليه بل يشترط أن يقابل هذا الإثراء افتقار في ذمة المدعي (المفتقر) والافتقار هو الخسارة التي يتحملها المدعي فإذا لم يتحقق الافتقار فلا يكون هناك مجال لإعمال دعوى الإثراء بلا سبب. وكما أنه يجوز أن يكون الافتقار مادياً أو معنوياً كما هو الحال بالنسبة إلى إثراء المدين المدعى عليه. وإذا كان القانون المدني وضع في حسبان الافتقار أو الخسارة الواقعة على المدعي ماضع

¹-تبني مجلس الدولة الفرنسي فكرة الإثراء المعنوي، وذلك في الحكم الصادر عن الدائرة المدنية الأولى لمحكمة النقض الفرنسية في 18 يناير 1960م، حيث قررت المحكمة في شأن الإثراء المتعلق بالذمة المعنوية لإحدى البلديات إذ إنها كان ينبغي عليها كفالة تموين سكانه عند انتهاء الحرب العالمية الثانية، وإنها لهذا السبب قامت بتوزيع جزئي بالمجان لمواد غذائية وبضائع أخذتها من محل تاجر كان غائبا إبان هذا الوقت. وكان لا يمكن التأكد من أن البلدية تحقق لها الثراء المادي طالما أن سكانها هم الذين استفادوا من التوزيع المجاني - نقلاً عن - عبدالرؤف هشام بسوني، شبه العقد الإداري، مرجع سابق، ص 119، أما مجلس الدولة المصري فلا توجد أي تطبيقات قضائية بشأن الإثراء المعنوي.

²-عبدالرؤف هشام بسوني، مرجع نفسه، ص 116، 118.

³-انظر حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم 262 لسنة 6ق الصادر بتاريخ 18 فبراير سنة 1953م، والمنشور في مجموعة أحكام السنة السابعة، المجلد الثاني، قاعدة رقم 316، ص 508، وكذلك الحكم في القضية رقم 2202 لسنة 9ق الصادر في 18 مارس سنة 1957م، والمنشور في مجموعة أحكام السنة الحادية عشرة، العدد الأول، قاعدة رقم 189، ص 278، وكذلك الفتوى الصادرة عن اللجنة الثانية لقسم الفتوى بمجلس الدولة - إدارة الفتوى لوزارتي التعليم والتعليم العالي والبحث العلمي الصادر بتاريخ 1990/7/16م، ملف رقم 1979/2/20 (غير منشور).

من كسب (أي الكسب الفائت)، فإن القانون العام لا يعنى سوى بالنفقات النافعة والخسارة الحقيقية للمدعي (المفتقر) والتي ترتب عليها تحقيق نفع مؤكد حيث لم يعول على فوات الربح، مع الأخذ بالاعتبار ما يمكن أن يحققه المفتقر من ربح مرتبط بافتقاره وضرورة استئزال هذا الربح¹.

أما فيما يتعلق بحقيقة الافتقار والتي يقصد بها أن يكون الافتقار حقيقياً ومؤكداً وهذا الشرط من الصعب إثباته وخاصة في غياب مفهوم النفقات الحقيقية أو النافعة والتي تحقق منفعة عامة لصالح الإدارة، وقد أكدت معظم الأحكام الصادرة من مجلس الدولة الفرنسي هذا الوصف الذي ينبغي أن يتسم به افتقار الدائن مقيم الدعوى.

رابعاً: مفهوم سبب الإثراء وسبب الافتقار في القانون الإداري

- سبب الإثراء:

إنَّ لفظَ السبب في القانون الإداري تعني كل سبب مشروع مبرر للإثراء والذي يكفي بذاته لاستبعاد إقامة دعوى الإثراء بلا سبب وهذا ما أكدته التطبيقات القضائية لمجلس الدولة الفرنسي. إن الأخذ بالمفهوم القانوني للسبب يعني السبب القانوني المنشئ الذي يخول للإدارة الاحتفاظ بما أثرت به وقد يكون هذا السبب عقداً أو قاعدة قانونية أو لائحة.

لإضفاء المشروعية على الإثراء لا بدَّ من وجود عقد صحيح بين المفتقر والمثري، فإذا كان العقد لم يبرم بصفة نهائية لعدم وجود التوقيع أو التصديق عليه من قبل الجهة المختصة أو كان العقد في مرحلة التفاوض عليه أو كان العقد باطلاً ووضع موضع التنفيذ فترتب على ذلك إثراء الإدارة على حساب الغير فتح المجال لإعمال نظرية الإثراء بلا سبب. وأخذ كل من مجلس الدولة الفرنسي والمصري بالمفهوم القانوني للسبب، حيث إنه بدأ بإثبات انعدام العقد أولاً قبل أن ينوه إلى أعمال نظرية الإثراء بلا سبب.

كما أشار مجلس الدولة المصري صراحة بالأخذ بالمفهوم القانوني للسبب في الفتوى الصادرة عن اللجنة الثانية لقسم الفتوى بتاريخ 1990/7/16م، والتي ذهبت إلى أن (المقصود بالسبب في هذا الشأن هو الواقعة القانونية التي يترتب عليها القانون نشوء حق للمثري فيما أثرى به أو التزاماً على المفتقر بأن يؤدي ما افتقر به، أو بأن يتحمل ما فاتته من منفعة، أو بعبارة أخرى أن المقصود بالسبب المنشئ أو الواقعة التي تعتبر مصدراً للحق أو الالتزام، وذلك لأنه متى وجدت واقعة يترتب عليها القانون نشوء حق في إثراء أو التزام بتحمل افتقار لا يبقى محلاً للقول بأن الإثراء حاصل دون سبب، ولا ندع مجالاً لاسترداد الإثراء أو لتعويض الافتقار، إنما يكون هناك مجال لذلك فقط عند حدوث الإثراء أو الافتقار بواقعة لا يترتب عليها القانون نشوء حق أو الالتزام)².

¹- عبدالرؤف بسوني، شبه العقد الإداري، مرجع سابق، ص 123.
²- نقلاً عن عبدالرؤف بسوني، شبه العقد الإداري، مرجع سابق، ص 135.

- سبب الإثراء بلا سبب

هناك عنصران قد يشكلان عقبة أمام إقامة دعوى الإثراء بلا سبب وهما خطأ المفتقر أو وجود مصلحة شخصية له ففيما يتعلق بالعنصر الأول وهو خطأ المفتقر نجد أن القانونيين العام والخاص قد أقرّا بافتراض حدوث خطأ من جانب المفتقر كسبب لإثراء المدعى عليه (المثري) وعلى ضوء ذلك فلا مجال لاستخدام دعوى الإثراء بلا سبب ضد المثري. إلا أنه هناك غموض يسيطر على طبيعة الدور الذي يلعبه خطأ المفتقر وما يترتب عليه من تأثيرات على مدى جواز استناد المفتقر المخطئ إلى دعوى الإثراء بلا سبب رجوعاً على المثري.

وفي هذا الصدد انقسم الفقه والقضاء الفرنسي إلى اتجاهين الأول يرى أن الخطأ عقبة تحول دون استناد المفتقر إلى دعوى الإثراء بلا سبب، والثاني يرى خطأ المفتقر لا يمنع من الاستناد إلى دعوى الإثراء بلا سبب وخاصة إذا كان خطأ المفتقر راجعاً إلى إهمال أو تسرع المنسوب إلى المفتقر، هذا يعني أن هذا الاتجاه القاضي يفرق بين خطأ الذي يعكس سوء نية المفتقر والذي يستند بموجب دعوى الإثراء بلا سبب وبين خطئه الذي يعكس حسن نية المفتقر فجعله سبباً للاستناد إلى الدعوى¹.

وذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أبعد من ذلك حيث ربط خطأ المفتقر بركن السبب فاعتبر وجود الخطأ بمثابة انتفاء لركن انعدام السبب أي أن من شأن وجود الخطأ عدم اعتبار الإثراء المتحقق بلا سبب ببرره.

ومما تقدم ترى الباحثة أن القانون الإداري قد وضع خطأ المفتقر في اعتباره لاستبعاد دعوى الإثراء بلا سبب أو لحد المسؤولية شبه العقدية التي من المحتمل أن تقع على عاتق الإدارة التي تثري بطريقة غير عادلة.

أما فيما يتعلق بالعنصر الثاني والمتمثل بالمصلحة الشخصية فقد ترفض دعوى الإثراء بلا سبب متى ما ثبت أن للمفتقر مصلحة شخصية بمعنى أن ينتهج المفتقر نية التبرع أو عندما تكون النفقات التي يطالب باستردادها قد تم انفاقها لمصلحته الخاصة وعلى الرغم من أنها أدت إلى إثراء الغير ومنها يذهب الكثير من الفقهاء إلى اعتبار انتفاء المصلحة الشخصية للمفتقر شرطاً من شروط تطبيق فكرة الإثراء بلا سبب.

¹- عبدالرؤف بسيوني، شبه العقد الإداري، مرجع سابق، ص 142.

الفصل الثالث

الآثار القانونية للمسؤولية الإدارية عن المفاوضات في العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم

متى ماتوافرت أركان المسؤولية القائمة على أساس الخطأ أو اركان المسؤولية غير الخطئية ترتب على المتضرر حق مطالبة الفاعل بالتعويض عما ألّم به من ضرر، ومما لاشك فيه أن التعويض يمثل الأثر الأهم لثبوت مسؤولية أي شخص إذ إن من خلاله يتم جبر ما لحق المضرور من أضرار، بحيث يعتبر التعويض وسيلة لإصلاح ما نتج عن التقصير في التنفيذ من أضرار لحقت بالمفاوض الذي حدث التقصير في مواجهته بعد أن تناولنا طبيعة المسؤولية وأساسها في مرحلة مفاوضات العقود الإدارية استوجب علينا التطرق إلى الآثار القانونية المترتبة على هذه المسؤولية. ولما كانت الآثار القانونية للمفاوضات تتفاوت وبحسب المرحلة التي وصلت إليها فإما أن يقتصر الأمر على مجرد الدعوة إلى التفاوض التي وجهت من أحد الأطراف ولم تصادف قبولاً من الطرف الآخر وإما قد يتطور الأمر إلى قبول الطرف الآخر لهذه الدعوة ولكن من دون الدخول في مفاوضات فعلاً. ففي بعض الحالات قد يدخل الأطراف فعلاً في مفاوضات لكن من دون أن يسبقها أي أن يتخللها اتفاقيات تفاوضية وفي حالات أخرى قد يحدث العكس، أي أن تتم المفاوضات بناء على عقد مبدئي كعقد الالتزام بالتفاوض أو عقد الإطار العام أو عقد تنظيم المفاوضات أو قد تسفر المفاوضات أثناء انعقادها عن عقود جزئية، ففي هذه الأحوال إذا تم قطع المفاوضات لسبب يرجع إلى أحد الأطراف وعند ثبوت سوء نيته تقوم المسؤولية في هذه الحالة ويكون قد ارتكب خطأ يستوجب تعويض الطرف المتضرر حسن النية عما أصابه من ضرر ومالحقه من خسارة، وذلك استناداً إلى المبدأ الذي حكم التعويض والمُسَلّم به في كل القوانين هو مبدأ التعويض الكامل للضرر وعناصره المتمثلة بالكسب الفائت والخسارة الحالية. فمتى ما تحققت المسؤولية فإن الأثر الذي يترتب عليها هو التعويض ولكن السؤال هنا ما هو التعويض المستحق في هذه المرحلة أي مرحلة المفاوضات؟

وهذا ماسنجيب عنه في هذا الفصل، وذلك من خلال تقسيمه إلى ثلاثة مباحث نتناول في الأول المسؤولية الإدارية من الدعوة إلى التفاوض وفي الثاني المسؤولية الإدارية من الاتفاقيات التفاوضية، وفي الثالث آثار تحقق المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات والتعويض عنها، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأول: المسؤولية عن الدعوة إلى التفاوض.

المبحث الثاني: المسؤولية عن الاتفاقيات التفاوضية.

المبحث الثالث: آثار تحقق المسؤولية الإدارية .

المبحث الأول

المسؤولية الإدارية من الدعوة إلى التفاوض

تُعتبر المرحلة التي تسبق إبرام العقد ذات أهمية خاصة بالنسبة إلى المتعاقدين، وذلك لما تحتويه من عناصر يتم على ضوئها تحديد أهم الالتزامات وحقوق أطراف العقد، وذلك لما ينشأ عنها من مشاكل قانونية عديدة سواء ما تعلق منها بالمخالفات اللاحقة للالتزامات السابق تحديدها في هذه المرحلة أو ما يتعلق منها بنطاق ونوع المسؤولية التي تنشأ على عاتق الأطراف في هذه المرحلة.

ولما كانت فترة المفاوضات قد تطول وخاصة في مجال العقود ذات الأهمية الكبيرة، لذا فإن مرحلة المفاوضات لا تقل من حيث الأهمية عن مرحلة التعاقد فهي مرحلة استكشافية، وذلك لما تنبئ من المناقشة والمساومة والمحاورة والمراوغة والإصرار، وتكوين فكرة شاملة عن أساسيات التعاقد، فكلما كان الإعداد لهذه المرحلة جيدا كلما كان مضمون العقد متوازنا.

وقد بينا فيما سبق أن المفاوضات تبدأ بدعوة يوجهها أحد الطرفين إلى الطرف الآخر فقد تكون مجرد الدعوة للدخول في مفاوضات بشأن عقد مستقبلي وقد تكون الدعوة إلى التفاوض مقترنة بإسّس التفاوض وقد تكون الدعوة في صورة اقتراح مضاد ويعني ذلك أن يتقدم أحد الطرفين بإيجاب متكامل ثم يرد من وجه إليه الإيجاب باقتراح مضاد يطلب فيه التفاوض بشأن مارود في الإيجاب.

لذا فإن صاحب فكرة إبرام العقد يقوم وبعد التحضير والاستعداد والتهيئة الجيدة للدخول في مفاوضات باتخاذ الخطوة الأولى في سبيل إبرام العقد، وذلك من خلال قيامه بتوجيه دعوة إلى شخص معين أو إلى أفراد الجمهور، يعلن فيها عن رغبته في التفاوض بشأن العقد تمهيدا لإبرامه، حيث إن أي عقد سواء كان عقداً من عقود القانون المدني أو عقداً إدارياً لا يقوم إلا بتطابق التعبير عن إرادتين، ولا يلزم أن يكون هذا التطابق ناتجا عن المفاوضات التي تتم بين الأطراف، فقد يقع التطابق الإرادي عن طريق مجرد تبادل الإيجاب والقبول، فإذا دخل الطرفان في مفاوضات تمهيدية قبل إبرام العقد فلا يكون ذلك إلا بمحض إرادتهما واختيارهما معا.

فالتفاوض إما أن يسفر عن إبرام العقد وانتهاء مرحلة المفاوضات والدخول في مرحلة التعاقد وإما ألا يتم الاتفاق ويصل الطرفان إلى طريق مسدود وعدول الاستمرار عن التفاوض.

لذا فإن دراسة هذا المبحث تتطلب منا بيان مفهوم الدعوة إلى التفاوض والآثار القانونية التي تترتب من قبول تلك الدعوة والآثار القانونية التي تترتب على الإدارة في حال فشل المفاوضات حيث تشكل هذه المحاور الثلاثة مجتمعة نقطة البداية في المسؤولية الإدارية في مرحلة مفاوضات العقود الإدارية، وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب نتناول فيها هذه المحاور الأساسية، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: مفهوم الدعوة إلى التفاوض.

المطلب الثاني: الآثار القانونية التي تترتب على قبول تلك الدعوة.

المطلب الثالث: المسؤولية المترتبة على الإدارة عند فشل المفاوضات.

المطلب الأول

مفهوم الدعوة إلى التفاوض

ولا شك في أن الفترة السابقة على الإيجاب تعتبر المدخل الرئيسي للفترة ما قبل العقدية، فهي فترة المفاوضات الأساسية، ولتحديد ما إذا كنا أمام مفاوضة أو إيجاب، لذا لا بدّ لنا من تحديد المقصود بالدعوة إلى التعاقد أو التفاوض فهي تمثل نقطة البداية في المفاوضات.

تشكل الدعوة إلى التفاوض العنصر الأول في المفاوضات لأجل الدخول في مناقشات بهدف الوصول إلى إبرام عقد معين، بحيث يحاول كل طرف في هذه المناقشات والحوارات أن يبذل ما في وسعه من جهد وخبرة وتمحيص وتدقيق لتوضيح معالم العقد المراد إبرامه، وتحديد الحقوق والالتزامات وفق ما تتطلبه مصلحته بحيث تتبلور من خلال هذه المناقشات والحوارات عروض يتم التفاهم بشأنها وصور اتفاقيات ثم يقوم بعد ذلك طرفا التفاوض بجمع ما تم الاتفاق عليه وصياغته من قبل كل من الطرفين أو أحدهما في مشروع إيجاب.

تبدأ المفاوضات عادة إما بدعوة أحد الطرفين إلى الآخر بشأن إبرام عقد مستقل بينهما تسمى الدعوة إلى التعاقد أو للتفاوض، ولما كان الأصل في التفاوض ووفقاً لمبدأ سلطان الإرادة هو الحرية والاختيار، فالقاعدة أن هذه الدعوة أو الإيجاب سواء كان متكاملًا أو غير متكامل لا يترتب عليهم التزامًا على عاتق أي من الطرفين¹. ولا تعدو أن تكون عملاً ماديًا لا يلزم أحدًا²، فهي لا تلزم صاحبها بالبداية في المفاوضات، ولا تلزم الآخر بقبول التفاوض³.

لذا يطلق الفقه على هذه الدعوة اسم الإيجاب بالتفاوض ولعل أهم ما يميز الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض أنها لا تتضمن الشروط الواجب توافرها في الإيجاب بالتعاقد.

وعادة لا تتضمن هذه الدعوة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه⁴، إذ الفرض أن المفاوضات لم يتخذ بعد قرارًا نهائيًا في إبرام هذا العقد، وإنما يهدف من وراء ذلك إلى معرفة من يستجيب لدعوته للوقوف على مدى استعداده للتعاقد، فإن وجد لديه رغبة حقيقية في التعاقد فإنه يبدأ بالدخول معه في التفاوض بشأن شروط العقد المختلفة من أجل التوصل بشأنها إلى اتفاق مشترك يتم على أساسه إبرام العقد لذا فمن غير المنطقي بالنسبة إلى العقود التي تتم نتيجة مفاوضات

1-د.محمد إبراهيم دسوقي، الالتزام قبل الاعلام قبل التعاقد، مرجع سابق، ص 26.

2-السنهوري، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 207.

3-د. عبدالفتاح عبدالباقي، موسوعة القانون المصري، مرجع سابق، ص 125 و126. د. محمد إبراهيم الدسوقي، الالتزام قبل الاعلام قبل التعاقد، مرجع السابق، ص 27.

4-د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 36.

الحديث عن أن أحد الأطراف يكون موجبا والآخر يكون قابلاً ذلك لأن الإيجاب يأتي مشتركاً والقبول أيضاً يكون متبادلاً بينهما لإيجاب سيطرة إرادتهما المشتركة .

ويكون موضوع الدعوة إلى التفاوض اقتراحاً يتسم بدرجة من الوضوح تزيد قليلاً عما تقدم، فلا يقتصر على المفاوضة وإنما ينصب على عقد محدد بنوعه أو عنصراً من عناصره فقط - وقد ترد هذه العناصر عادة فيما يسمى دفاتر الشروط - إذ يقتصر موضوع المفاوضات على تحديد باقي العناصر الجوهرية لهذا العقد، مثل تعيين الشيء المبيع في عقد البيع من دون ذكر الثمن . حيث تسمى الدعوة إلى التفاوض في هذه الحالة الدعوة إلى الإيجاب (L'appel d'offers)¹، أو كما يسميه بعضهم الإيجاب بالتفاوض (L'offre de negociation)²، ويتخذ الإيجاب بالتفاوض إحدى الصورتين فهو إما أن يكون إيجاباً صريحاً، وإما أن يكون إيجاباً ضمنياً. وسنعرض فيما يأتي لهاتين الصورتين بشيء من التفصيل وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: الإيجاب الصريح بالتفاوض.

الفرع الثاني: الإيجاب الضمني بالتفاوض.

الفرع الأول الإيجاب الصريح بالتفاوض

يحرص الداعي إلى التفاوض عادة بشأن عقد من العقود المهمة على أن تكون دعوته إلى التفاوض صريحة لا لبس فيها، وذلك حتى يتبين للطرف الآخر أن المقصود بالعرض الذي وصل إليه هو الدعوة إلى التفاوض وليس إيجاباً، حتى لا يثور فيما بعد أي شك أو منازعة حول مدلول هذا العرض .

وهناك طريقتان تواتر العمل على اتباعهما عند إبرام مثل هذه العقود المهمة، فقد يوجه الإيجاب بالتفاوض إلى أفراد الجمهور مع الدعوة إلى المنافسة وهذا في أسلوب " التعاقد بطريق المناقصة " . وقد يوجه هذا الإيجاب إلى شخص معين من دون الدعوة إلى المنافسة بشأنه، وهذا في أسلوب " التعاقد المباشر " .

وسنتناول كلتا الطريقتين بشيء من الإيضاح لنرى شكل الإيجاب بالتفاوض فيهما:

¹-د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 37.

²-ينظر في هذه التسمية :

LARROUMET (ch): Droit civil. t3. les obligations ,Le contrat , 3ed , Economic , 1996. n 248, P. 228.

أولاً: التعاقد بطريق المناقصة

تلجأ الإدارة عند إبرام عقودها في أكثر الأحيان إلى طرح مناقصة علنية على أفراد الجمهور تدعوهم فيها إلى أن يتقدموا إليها بعطاءات منافسة لإبرام العقد معها، وذلك بدلاً من اللجوء مباشرة إلى شخص معين.

ويحدث ذلك بوجه خاص عند إبرام عقد من العقود الإدارية المهمة ذات القيمة الاقتصادية الكبيرة، مثل عقد الأشغال العامة، وعقد التوريد وعقد المشاركة ... إلخ.

وتكون الإدارة ملزمة قانوناً في اتباع طريق المناقصة عند إبرام بعض العقود الإدارية، وهي العقود الواردة على شراء المنقولات أو على مقاولات الأعمال أو النقل، أو على تلقي الخدمات والدراسات الاستشارية والأعمال الفنية¹.

والواقع أن الإدارة عندما تسعى إلى إبرام عقد من هذه العقود تتنازعها مسألتان مهمتان: فهي من ناحية تحرص على أن إبرام العقد بأقل كلفة ممكنة وهي من ناحية ثانية تحرص على أن يبرم العقد مع أفضل المتعاقدين من الناحية الفنية والمالية، وتتوافر بشأنه شروط حسن السمعة إذ يكون الأكثر صلاحية لتنفيذ المشروع.

ويتخذ الإيجاب بالتفاوض في التعاقد بطريق المناقصة صورة "الدعوة إلى المناقصة" وهي الدعوة العلنية التي توجهها الإدارة إلى أفراد الجمهور عن طريق وسائل الإعلام المختلفة وتدعوهم فيها إلى أن يتقدموا إليها بعروض تنافسية بشأن عقد معين تريد إبرامه لكي تختار من بينها أفضل عرض. ولذا يطلق على هذه الدعوة في كثير من الأحيان الدعوة إلى تقديم العروض.

وتختلف صور الدعوة إلى المناقصة من حالة إلى أخرى بحسب نطاقها، فقد تكون دعوة عامة، وذلك عندما توجه إلى أفراد المجتمع كافة للمشاركة في المناقصة المعلن عنها إذ يستطيع أي فرد أو شركة أن تتقدم بعطاء في هذه المناقصة. وتعد هذه الصورة الاعتيادية والمألوفة في الدعوة إلى المناقصة. وقد تكون الدعوة مقيدة، وذلك عندما توجه إلى عدد محدود من الأفراد أو الشركات للاشتراك فيها ممن لديهم خبرة بمستوى معين في تنفيذ الأعمال.

ويمكن الجمع بين هاتين الطريقتين في مشروع واحد، ويحدث ذلك في المشروعات العملاقة، إذ تقسم المناقصة في هذه الحالة على مرحلتين:

¹ -نص المادة الأولى من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998. وفي العراق فإن الإدارة ملزمة باتباع أسلوب المناقصة أو المزايدة لإبرام عقودها الإدارية إلا إذا أجاز لها النص غير ذلك ينظر المادة الثالثة من قانون بيع وإيجار أموال الدولة رقم 32 لسنة 1986، وكذلك المادة الثالثة من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988.

- **المرحلة الأولى:** تقوم الإدارة بطرح دعوة عامة للمناقصة لكي تحصل على أكبر عدد ممكن من العروض المنافسة، وتقوم بتصفية هذه العروض لتختار من بينها أفضل العروض من الناحية الفنية والمالية.

- **المرحلة الثانية:** تقوم بتوجيه دعوة للمناقصة إلى هذه الشركات المنتقاة. وليس من شك في أن الدعوة إلى المناقصة لاتعد إيجاباً بالعقد، وذلك لأنها لاتشتمل على جميع المسائل الجوهرية في العقد المراد إبرامه إذ ينقصها على الأقل عنصر الثمن. فالداعي إلى المناقصة يسعى إلى الحصول على أكبر عدد من العروض المنافسة لكي يختار من بينها العرض الأقل سعراً. فضلاً عن أن إرادة الداعي إلى المناقصة ليست نهائية فهو لايريد الحصول على قبول نهائي ينعقد به العقد، وإنما يريد الحصول على عرض أفضل يجري التفاوض عليه.

وعلى هذا فإن الدعوة إلى المناقصة هي دعوة للتفاوض (إي إيجاباً للتفاوض)، أما التقدم بعبء في المناقصة فهو يعد إيجاباً للعقد شريطة أن يأتي هذا العبء خالياً من أي تحفظ¹. وقد أكدت ذلك صراحة المحكمة الإدارية العليا في مصر، إذ قضت بأن (...التقدم بالعبء وفقاً للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد)².

لذا فإن دعوة الإدارة صاحب أقل عبء سعراً للنزول بسعره إلى سعر السوق أو دعوة صاحب العبء المقترن بتحفظ للنزول عن التحفظ كلياً أو جزئياً عند التعاقد بأسلوب المناقصة لا تثير جدلاً باعتبارها دعوة إلى التفاوض³ إلا أن السؤال الذي يطرح نفسه أمامنا هنا هو هل يمكن اعتبار إعلان المناقصة دعوة إلى التعاقد؟

للإجابة عن هذا التساؤل ليس بالأمر السهل فإذا أخذنا بالمفهوم الواسع للدعوة إلى التفاوض أي على النحو المعروف في مجال القانون الخاص "الدعوة المجردة للتفاوض" ففي هذه الحالة يمكن اعتبار إعلان المناقصة مجرد دعوة للتفاوض، وذلك باعتبارها مجرد تعبير عن رغبة الإدارة في دعوة المتنافسين لتقديم عطاءاتهم. إلا أن المسألة لا تقف عند هذا الحد ذلك لأن إعلان الإدارة عن المناقصة عادة يتضمن تفاصيل عن العقد المراد إبرامه وبالتالي يمكن أن يوصف بأنه "دعوة إلى التفاوض مقترنة بأسس التعاقد"، إلا أنه لا يمكن الأخذ بهذا الرأي لأنه يصطدم بالمفهوم الفني الدقيق للتفاوض والمتمثل في رغبة طرفي العقد في الوصول إلى إيجاب مشترك

¹- إذ إن العبء إذا كان مقترناً بتحفظ أو تحفظات فإنه لا يُعد إيجاباً بالعقد في هذه الحالة، لأن إرادة مقترنة ليست نهائية، إذ إنه يحتاج أولاً إلى مناقشة تحفظاته والتوصل بشأنها إلى اتفاق، وبذلك فإن هذا العبء يُعد مجرد قبول للدعوة إلى التفاوض، أي دعوة إلى المناقصة تتضمن عرضاً أولياً تستطيع لجنة البت في المناقصة أن تتفاوض فيه، إن كان أفضل شروطاً وأقل.

²-حكم المحكمة الإدارية العليا بالطعن رقم 1333 لسنة 10 ق جلسة 1967/12/12م، منشور بمجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، مرجع سابق، ص 166.

³-فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الادارية، مرجع سابق، ص 27.

للعقد المراد إبرامه بالإضافة إلى أن الجهة الإدارية ملزمة باستبعاد أي عطاء غير مطابق للمواصفات المعلن عنها، وذلك لضمان المساواة وحرية المنافسة بين مقدمي العطاءات فكل هذه الأسباب تدفعنا إلى عدم اعتبار إعلان المناقصة دعوة إلى التفاوض¹.

ثانياً: التعاقد المباشر

قد تلجأ الإدارة إلى اتباع أسلوب الاتفاق المباشر في التعاقد، وذلك من خلال التوجه إلى شخص معين للتفاوض معه من دون سواه من أجل إبرام العقد².

وتلجأ الإدارة إلى اتباع هذا الأسلوب في التعاقد عند إبرام العقد الإداري، وذلك في الحالات العاجلة أو إذا كانت قيمة العقد زهيدة، أو إذا كان التعاقد لشراء أشياء محتكرة أو إذا كانت هناك اتفاقية تعاون مع دولة أجنبية تلزم الإدارة بالتعاقد مع مقاول من هذه الدولة³.

ويتخذ الإيجاب بالتفاوض في التعاقد المباشر صورة الدعوة إلى التفاوض، إذ تقوم الإدارة بتوجيه دعوة إلى شخص معين تدعوه فيها إلى الدخول معها في التفاوض بشأن عقد معين تمهيداً لإبرامه وقد توجه هذه الدعوة إلى الطرف الآخر شفاهة، وذلك بمخاطبته وجهاً لوجه، أو بالاتصال به تلفونياً، أو بإرسال رسول إليه محملاً بهذه الدعوة .

وقد توجه هذه الدعوة إلى الطرف الآخر كتابة، وذلك من خلال إرسال خطاب إليه بهذه الدعوة إما عن طريق البريد الاعتيادي، أو البريد الإلكتروني (الإيميل E-mail) أو البرق، أو التلكس، أو الفاكس، إلى غير ذلك من وسائل المراسلة⁴.

وقد جرت العادة على إرسال الدعوة إلى التفاوض، أو الإيجاب بالتفاوض إلى الطرف الآخر عن طريق ما يسمى " خطاب النوايا " Letter Intention، للدلالة على جدية هذه الدعوة وإعطائها طابعاً رسمياً⁵.

والإيجاب بالتفاوض لا يتضمن بداهة العزم النهائي على التعاقد لأن الداعي إلى التفاوض لا يعلن إرادته الباتة في إبرام العقد وإنما يعلن فحسب عن مجرد الرغبة في الدخول في التفاوض

¹- فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات الادارية، مرجع سابق ، ص 27، 28 .

²- M.DUBISSON , La negociation des marches internationaux , FFDUCI Moniteur , 1982. P. 57.

³- المادة (7) من قانون المناقصات والمزايدات المصري رقم 89 لسنة 1998، والمادة 50 من قانون المناقصات والمزايدات والمشتريات والمبيعات الحكومية رقم 36 لسنة 2002، وتعديلاته .

⁴- للمزيد من التفاصيل ينظر د. محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، مرجع سابق- عباس زبون عبيد العبيدي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية القانون/ جامعة بغداد، 1994م.

⁵- يستخدم خطاب النوايا في مرحلة قبل التعاقد للإيضاح عن النية الحقيقية للطرفين وجديتها، وهذه الجدية في النية تستخدم كعامل مهم للمساعدة في تقديم المفاوضات وطمأنة الطرف المتلقي له بأن المرسل له جاد في تعامله وأنه يرغب في التعاقد على إنجاز المشروع. وقد يستخدم خطاب النوايا كأداة لوضع الإطار العام للمفاوضات بالإضافة إلى تحقيق أهداف أخرى عديدة تختلف باختلاف الظروف وموضوع التعاقد. للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر: د. أبو العلا علي أبو العلا، مفاوضات عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 71 - 75.

لهذا الغرض¹. كما أنه لا يتضمن جميع الشروط الجوهرية في العقد المراد إبرامه، وأن تضمن في بعض الأحيان بعض الشروط التي يقترح الداعي إلى التفاوض أن يتم التعاقد على أساسها²، وهذا ما يميز الدعوة إلى التفاوض أو كما يطلق عليه الفقه إيجاب بالتفاوض عن الإيجاب. وعلى هذا الأساس فإن الإيجاب بالتفاوض هو دائماً عرض ناقص يحتاج إلى إتمامه التفاوض اللاحق بين الطرفين حتى يصبح إيجاباً نهائياً ومحددًا يصلح أن يقترن به قبول ينعقد به العقد. لذا يجب صياغة الإيجاب بالتفاوض بحذر، إذ ينبغي استخدام ألفاظ واضحة ومحددة تدل بشكل قاطع على أن الأمر يتعلق فقط بدعوة إلى التفاوض وليس إيجاباً للعقد، لكي لا يجد الداعي إلى التفاوض نفسه مرتبطاً بالعقد نهائياً قبل أن يرتضيه.

الفرع الثاني الإيجاب الضمني بالتفاوض

طبقاً للقواعد العامة فإنه لا يلزم أن يكون الإيجاب بالتفاوض صريحاً بل يكفي أن يكون ضمناً³. ويكون الإيجاب بالتفاوض ضمناً إذا كانت إرادة الإدارة لا تتجه بوجه جازم إلى إبرام العقد في الحال، ولا يعلن في الوقت نفسه نيته في التفاوض بشأن هذا العقد، ولكن هذه النية تستخلص ضمناً من الظروف المحيطة بالعرض.

فإذا كان هذا العرض لا يُعد إيجاباً بالعقد لأنه لم يستجمع الشروط التي يجب توافرها في العرض حتى يرقى إلى مرتبة الإيجاب بالعقد فإنه يُعد على الأرجح إيجاباً ضمناً بالتفاوض على هذا العقد⁴.

والواقع أن وضع خط فاصل بين الإيجاب للعقد والإيجاب الضمني للتفاوض ليس أمراً سهلاً، وذلك لأن النية القاطعة في إبرام العقد أو في التفاوض لا تبدو واضحة بل هي مسألة متصلة بقصد صاحبها تستخلصها المحكمة من ظروف كل حالة على حدة⁵.

ويتخذ الإيجاب الضمني بالتفاوض عادة إحدى الصورتين: فهو إما أن يكون عرضاً غير متضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وإما أن يكون إيجاباً للعقد مقترناً بتحفظ. وسنتناول هاتين الصورتين، وذلك على النحو الآتي:

1- د. رجب كريم عبد الله التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 87.

2- ينظر في هذا المعنى: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 36، 37.

3- تنص المادة (90) الفقرة الثانية من القانون المدني المصري على أنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

4- ولكن إذا كان هذا العرض يتعلق بعقد من عقود الإذعان فإنه لا يُعد إيجاباً بالتفاوض، أي دعوة إلى التفاوض بل مجرد دعوة إلى التعاقد للمزيد من التفاصيل بشأن عقود الإذعان ينظر: د. عبدالرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص 67، 71.

5- أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، 1998م، ص 71.

أولاً: العرض غير المتضمن العناصر الجوهرية للعقد

قد تقوم الإدارة بتوجيه دعوة بإبرام عقد معين إلى شخص أو إلى أفراد الجمهور من دون أن تتضمن هذه الدعوة العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وفي هذه الحالة فإن هذا العرض لا يُعد إيجاباً للعقد وذلك لانتهاء أحد الشروط الواجب توافرها في هذا الإيجاب وهو أن يكون متضمناً العناصر الجوهرية أو الأساسية للعقد، إنما يُعد مجرد دعوة إلى التفاوض¹.

وعليه فإن الإعلان في الصحف عن الرغبة في التعاقد بعبارات مبهمة وغير محددة، مثل الإعلان الذي ينشر في الصحف عن دور للبيع أو للإيجار، أو الإعلان الذي يقول مطلوب استشاري ... إلخ، فهذا الإعلان وما يمثله يمثل إيجاباً ضمناً بالتفاوض.

ثانياً: الإيجاب المقترن بتحفظ

يحدث في بعض الأحيان أن يكون الإيجاب مصحوباً بتحفظ يخول الموجب سلطة اتخاذ القرار النهائي بشأن إبرام العقد من عدمه، وهو ما يحدث في الإيجاب الموجه إلى الجمهور. والإيجاب الذي يقترن بتحفظ من هذا النوع يفقد صفة إيجاب للعقد، ويصبح دعوة إلى التعاقد حتى لو كان متضمناً عناصر العقد الجوهرية، طالما أن صاحب العرض أفصح عن إرادته في إمكان أن لا يرتبط بهذا العرض عند قبوله ممن وجه إليه².

بيد أن الإيجاب المقترن بتحفظ إذا كان يتعلق بعقد قابل للتفاوض فإنه يصبح في هذه الحالة دعوة إلى التفاوض أو كما يطلق عليه بالاقتران المضاد، وهو في حقيقته إيجاب ضمني بالتفاوض. وحيث إن المستقر عليه في مجال العقود الإدارية أن تقديم العطاء من قبل الراغب في التعاقد مع الإدارة في حالة التعاقد بأسلوب المناقصة يعد إيجاباً وأن إخطار المتعاقد بالترسية هو قبول من جانب الإدارة، وعليه فإن فكرة الاقتراح المضاد أو الإيجاب الضمني في العقود الإدارية تبدو واضحة في حالة قيام الإدارة بدعوة صاحب أقل العطاءات للتفاوض حول السعر للنزول بسعره إلى سعر السوق أو دعوة صاحب العطاء المقترن بتحفظات للنزول عن كل أو بعض تحفظاته، أما في حال تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر فتبدو فكرة الاقتراح المضاد أو الإيجاب الضمني أكثر وضوحاً حيث يمكن أن يصدر الاقتراح المضاد أو الإيجاب الضمني من قبل الإدارة أو الراغب بالتعاقد معها إلى أن يتم التوصل إلى تصور مشترك للعقد المراد إبرامه³.

¹- د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة في الالتزام، مرجع سابق، ص 86.

²- د. رجب كريم عبداللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 96.

³- د. فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 33.

وعلى هذا إذا قامت الإدارة بتوجيه دعوة لإبرام عقد قابل للتفاوض إلى شخص معين أو إلى أفراد الجمهور، وكانت هذه الدعوة مقترنة بتحفظ صريح أو ضمني بالموافقة على شخص المتعاقد الآخر، فإن هذه الدعوة تعد إيجاباً ضمنيّاً للتفاوض - بالاقتراح المضاد - حتى لو كانت متضمنة جميع المسائل الجوهرية في العقد.

والإيجاب للتفاوض - صريحاً كان أم ضمنيّاً - لا ينتج أثره القانوني إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه لأنه حينئذ يستكمل وجوده القانوني ويصبح صالحاً لأن ينتج أثره القانوني¹.

ويستطيع الموجب بالتفاوض أن يرجع في إيجابه حتى بعد أن ينتج الإيجاب أثره، شريطة أن يتم هذا الرجوع قبل وصول القبول إليه². ولكن إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد³.

وعليه فإن قبول الإيجاب بالتفاوض ممن وجّه إليه لا ينشئ على عاتق الموجب سوى التزاماً بالدخول في التفاوض والاستمرار فيه بحسن نية، من دون أن يلزمه بإبرام العقد النهائي بالفعل⁴. ويترتب على اعتبار الدعوة إلى التفاوض أيّا كانت صورتها مجرد إيجاب بالتفاوض جملة من الآثار القانونية تتمثل بالآتي:

1. لا ينشأ عن الدعوة إلى التفاوض أي التزام على عاتق الطرفين إلا إذا تبين من الظروف أن أحدهما قد أدخل في اعتقاد الآخر أن توقيع العقد النهائي قريب الاحتمال في مألوف الأمور لأن في هذا الحالة تتحول الدعوة إلى التفاوض إلى اتفاق تفاوض⁵.
2. لا يترتب على من وجه الدعوة إلى التفاوض إلزام بإجراء المفاوضات لأنه من الأساس غير ملتزم بقبول التعاقد.
3. لا يترتب على من وجه إليه الدعوة إلى التفاوض بقبولها لأنها لا تعدو كونها دعوة إلى المشاركة في صياغة إيجاب مشترك للعقد المراد إبرامه.

¹-الدكتور عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص 250.

²-نصت المادة 38 من قانون المدني البحريني على (للموجب خيار الرجوع في إيجابه طالما لم يقترن به قبول).

³-نص المادة (93) من القانون المدني المصري. وتقابلها المادة (84) من القانون المدني العراقي، والمادة 39 من قانون المدني البحريني.

⁴-د. رجب كريم عبداللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 88.

⁵-محمد حنين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 36.

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على قبول الدعوة إلى التفاوض

وفق القواعد العامة فإن العقد لا يقوم الا بتطابق التعبير عن إرادتين وليس من الضروري أن يكون هذا التطابق ناتجاً عن مفاوضات، فقد يقع تطابق الإرادتين عن طريق مجرد القبول لإيجاب، من دون أي تفاوض أو مناقشة بشأن ما ورد في هذا الإيجاب، ففي بعض الأحيان يختار الطرفان الدخول في مفاوضات تمهيدية تسبق إبرام العقد، وفق مبدأ سلطان الإدارة بمحض اختيارهما معاً من دون إجبار أو إلزام على أحدهما للآخر بشأن التفاوض على العقد سواء كان ذلك باتفاق صريح أو ضمني بالدخول في المفاوضات، حيث إن الأساس القانوني لهذه القاعدة أن الإيجاب أو القبول ماهو إلا تعبير عن الإرادة ولا يتعاقد الشخص إلا وفق ما يريد لا إجبار عليه من أحد.

ولكن قد يختلف الأمر إذا ما قبل الشخص الدخول في المفاوضات بمحض إرادته، باتفاق مسبق أو بقبول الدعوة إلى التفاوض، أو عن استعداده منذ البداية للدخول في التفاوض فقبل الطرف الآخر ذلك فهنا يعلن ذلك بمطلق إرادته ورغبته، وإنما أعلن عنه ليس نهائياً وجازماً، وهو أنه لا يمانع في التعديل في إرادته بما يتفق مع رغبات الطرف الآخر وهو ما يؤدي في النهاية إلى تصور مقبول من قبل الطرفين.

فالدعوة إلى التعاقد وكما أوضحناها في المطلب السابق هي عبارة عن عرض يوجه شخص إلى آخر أو إلى أفراد الجمهور يعبر به عن رغبته في التفاوض على عقد معين تمهيداً لإبرامه في المستقبل من دون أن يتضمن ذلك العرض الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه ومن دون أن يعلن عن إرادته الباتة والنهائية في إبرام العقد.

ولما كانت الدعوة إلى التفاوض لا تتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه حيث إن الهدف الرئيسي منها هو مناقشة وتحديد شروط العقد المراد إبرامه بغية الاتفاق بشأنها، لذا فإنه يترتب على اعتبار الدعوة إلى التفاوض مجرد إيجاب بالتفاوض أن الداعي إلى التفاوض لا يلزم مطلقاً بإبرام العقد مع من يستجيب لدعوته، فهذه الاستجابة لا تكون قبولاً ولا ينعقد به العقد، إنما هي مجرد قول للإيجاب بالتفاوض يؤدي إلى نشوء التزام بالتفاوض بين الطرفين وهذا الالتزام لا يلزم الطرفين بإبرام العقد محل التفاوض في الحال إنما يلزمها فقط بالتفاوض بحسن نية.

لحصول التفاوض لا بدّ من أن يقوم الشخص الذي وجهت إليه الدعوة إلى التفاوض بقبول هذه الدعوة بمحض إرادته. وأن قبول هذه الدعوة لا يؤدي إلى إبرام العقد، ولكنه يؤدي إلى دخول الطرفين في مناقشات مشتركة تهدف للوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول من الطرفين. ومن ثم فإن كلا الطرفين يغير بإرادته في مدى حقوقه والتزاماته بما يؤدي إلى الوصول إلى هذه الصيغة المقبولة¹. لذا فإن قبول الدعوة إلى التفاوض قد تكون بشكل صريح وقد تكون بشكل ضمني وعليه سوف نتناول في هذا المطلب نوعي القبول لإيجاب التفاوض، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: القبول الصريح للإيجاب بالتفاوض.

ثانياً: القبول الضمني للإيجاب بالتفاوض.

أولاً: القبول الصريح للإيجاب بالتفاوض

تقبل الدعوة إلى التفاوض صراحة، وذلك عندما يعلن الشخص الذي تلقى هذه الدعوة عن موافقته على الدخول في التفاوض بألفاظ صريحة لا تحتل التأويل بحيث لا يلتبس الأمر على من وجه إليه الإيجاب بحيث تبين أن المقصود بالغرض في الدعوة إلى التفاوض فقط وليس الإيجاب بالعقد ذاته²، ولا يهم الشكل الذي تظهر فيه هذه الإرادة - أي القبول - فقد تكون شفاهاً أو كتابة³ على أن شكل الكتابة في قبول التفاوض يختلف باختلاف طريقة التفاوض فيما إذا كانت بين حاضرين أو كانت بين غائبين⁴. فإذا كان التفاوض بين حاضرين فإن قبوله كتابة يتم عادة من خلال تحرير الطرفين اتفاقاً مستقلاً على التفاوض، أو من خلال إدخال شرط أو بند في عقد أصلي قائم بينهما يقيد اتفاقهما على التفاوض مستقبلاً بشأن هذا العقد، فهذا الإعلان وما يمثله هو إيجاب ضمني بالتفاوض⁵.

¹-د. محمد إبراهيم دسوقي، الالتزام بالاعلام قبل التعاقد، مرجع سابق، ص 25.

²-عبدالعزیز المرسى حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى، مرجع سابق، ص 21.

³- المادة 32 من القانون المدني البحريني والمادة (79) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.

⁴-عباس زيون عبيد العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، مرجع سابق، ص 69.

⁵-يطلق على هذا الخطاب في مجال التجارة الدولية خطاب النوايا ويتخذ أشكالاً وتسميات متعددة منها على سبيل المثال لا الحصر مذكرات التفاهم، خطاب إعلامي، الاتفاق التمهيدى وغيرها من الاصطلاحات، د. صلاح سرى الدين، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة في القانون المصري والإنجليزي، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 1998م، ص 12.

وقد يوجه الإيجاب الصريح بالتفاوض إلى شخص معين دون دعوة إلى المناقشة بشأنه وهذا عند التعاقد بأسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر، وقد يوجه إلى أفراد الجمهور مع الدعوة إلى المناقشة وهذا عند التعاقد بأسلوب المناقصة.

ثانيًا: القبول الضمني للإيجاب بالتفاوض

تطبيقًا للقواعد العامة فإنه قد يكون قبول التفاوض ضمنيًا¹، وذلك بأن يقوم الشخص الذي وجهت إليه الدعوة بالتفاوض باتخاذ موقف ينبئ بطريقة غير مباشرة عن قبوله للتفاوض². أو يقوم الشخص الذي تلقى إيجاباً بالتفاوض - صريحاً كان أم ضمنيًا - بالبداية في التفاوض مباشرة مع الداعي إليه، من دون أن يصرح بقبوله. مثال ذلك أن يتلقى شخص خطاباً يدعوه إلى التفاوض على عقد معين في زمان ومكان محددين، فيتقاعس عن الرد، ثم يذهب إلى طاولة المفاوضات في الموعد المحدد .

أما إذا تلقى شخص إيجاباً بالتفاوض فسكت ولم يرد، فهل يعد سكوته هذا قبولاً ضمنيًا للتفاوض؟ القاعدة في هذا الصدد أن السكوت لا يُعد قبولاً ولكن يرد على هذه القاعدة استثناء وهو أن السكوت في معرض الحاجة بيان³، ومعنى ذلك أن السكوت إذا صاحبه ظروف تخلع عليه دلالة الرضاء فإنه يُعد حينئذ قبولاً.

وهكذا فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب بالتفاوض يُعد قبولاً ضمنيًا إذا صاحبه هذا السكوت ظروف تنهض باعتباره قبولاً. كما لو كان هناك تعامل سابق بين الطرفين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه⁴.

أما في مجال المناقصات فإن التقدم بعبء في مناقصة وإن كان يُعد في أغلب الأحيان إيجاباً بالعقد، فإنه يُعد في بعض الأحيان قبولاً ضمنيًا للتفاوض مع الداعي إلى المناقصة وخاصة عندما يكون العطاء مصحوباً باشتراطات أو تحفظات.

فلو رغب شخص - فرد أو شركة - في التقدم بعبء في المناقصة المعلن عنها فإنه يقوم بادئ ذي بدء بدراسة دفاتر الشروط دراسة مستفيضة، للوقوف على مضمون هذه الشروط ومدى الالتزامات التي سيتحملها لو رست عليه المناقصة، والربح المتوقع تحقيقه من وراء تنفيذ المشروع، وعلى ضوء ذلك يقوم الراغب بالتعاقد مع الإدارة - المناقص - بإعداد عطائه استعداداً

1- المادة (90) الفقرة الثانية من القانون المدني المصري تقابلها المادة 32 من القانون المدني البحريني.

2- د. عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقى البكري، محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، من دون ذكر تاريخ النشر، ص 34.

3- المادة 42/أ من القانون المدني البحريني وتقابلها نص المادة (81) الفقرة الأولى من القانون المدني العراقي.

4- المادة 42/ب من القانون المدني البحريني وتقابلها المادة (81) الفقرة الثانية من القانون المدني العراقي.

للتقدم به في المناقصة. ويقدم العطاء عادة في مظروف مغلق¹، يتضمن عددًا من الوثائق التي تحدد الشروط الفنية والمالية التي يعرضها المتناقص للتعاقد على أساسها. ويحرص مقدّم العطاء عادة على أن يبين في عطائه مدى كفاءته الفنية، وذلك ببيان المشروعات المماثلة التي قام بتنفيذها من قبل². ويحرص كذلك على أن تكون الأسعار الواردة في عطائه أسعارًا تنافسية حتى يضمن لعطائه الدخول في عملية المفاضلة والمفاوضة. أخيرًا يلتزم صاحب العطاء بأن يقدم مع عطائه تأمينًا ماليًا أوليًا³ لضمان جدية العطاء.

والواقع أن العطاء لا يكون دائمًا مطابقًا لشروط الداعي إلى المناقصة- جهة الإدارة- ولاسيما في الصفقات الدولية، بل كثيرًا ما يتضمن تحفظات على هذه الشروط⁴. لأن كراسة الشروط تتضمن عادة شروطًا غير محددة أو مبالغًا فيها مما يدفع بمقدم العطاء إلى التحفظ بشأنها، وذلك بهدف تعديلها أو حذفها كلية، الأمر الذي يؤدي إلى فتح باب التفاوض بين الطرفين لمناقشة هذه التحفظات، ولكن يجب على مقدّم العطاء ألا يبالغ في تحفظاته حتى لا يُستبعد عطاؤه من المناقصة⁵.

وتأسيسًا على ما تقدم فإن العطاء يُعد إيجابيًا بالعقد عندما يتضمن شروطًا محددة ونهائية، إذ تكون إرادة مقدمه باتة في التعاقد، إلا أنه لا يمكن أن يُعد كذلك عندما يكون مصحوبًا بتحفظات، أو يزيد سعره عن سعر السوق، لأن إرادة مقدّم العطاء لا تكون نهائية في هذه الحالة، وعندئذ يجوز للجنة البت أن تتفاوض مع صاحب هذا العطاء للنزول عن كل أو بعض تحفظاته، أو للنزول بسعره إلى مستوى سعر السوق أو السعر التقديري⁶.

1- المادة الرابعة فقرة (4/) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988، ومع ذلك تشترط المادة (10) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (89) لسنة 1998، أن تقدم العطاءات في مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي. إلا أن اتجاه المشرع البحريني في هذا الصدد يختلف عن نظيره المصري والعراقي حيث لم ينص بشكل صريح تقديم العطاء في مظروف مغلق وهذا ما جاءت به المادة 24 من قانون المناقصات البحريني والتي نصت على أن (توضع مظاريف العطاءات في صناديق خاصة يحددها المجلس ويكتب على كل مظروف اسم ورقم المناقصة، ويجوز إرسال المظاريف بالبريد المسجل بعلم الوصول قبل الميعاد المحدد لفتحها أو عن طريق البريد الإلكتروني بحسب الشروط التي يحددها المجلس...).

2- ينظر الفقرة (3/ ج) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية (تعليمات إلى مقدمي العطاءات) لسنة 1988، تقابلها المادة 2 من قانون المناقصات البحريني والمادة 32 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات البحريني رقم 36 لسنة 2003.

3- (ينظر الفقرة (7) من شروط المقاولة لأعمال الهندسة المدنية لسنة 1988. ويجوز للجنة فتح العطاءات استبعاد العطاءات التي لم ترفق بها التأمينات الأولية. ينظر نص المادة (5) فقرة (8/ب) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988. وكذلك تنص المادة 28 من قانون المناقصات البحريني على (يجب أن يؤدي مع كل عطاء ضمان ابتدائي (ضمان العطاء) يحدد المجلس مبلغه ومضمونه وشكله ومصدره ضمن شروط الإعلان، وذلك على النحو الذي تحدده اللائحة التنفيذية...).

4- من الجدير بالذكر أن المشرع العراقي لم يورد قيودًا تذكر على إرادة الراغب في التعاقد فيما يتعلق بإرفاقه لما يراه من تحفظات على الشروط العامة للتعاقد الإداري. وهذا ما أكدته صراحة المادة (4) فقرة (4/هـ) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية لسنة 1988 بقولها: "... وإذا رغب مقدّم العطاء وضع اشتراطات أو تحفظات فيجب توثيق ذلك في كتاب مستقل يرفق مع العطاء على أن يشير إلى هذا الكتاب في العطاء نفسه" لم يجيز المشرع البحريني على مقدّم العطاء أن يقتصر عطاؤه بتحفظ.

5- التحفظ قد يكون صريحًا يفرضه الموجب نفسه، وقد يكون ضمنيًا تفرضه ظروف خارجية. للمزيد من التفاصيل بشأن هذا الموضوع ينظر: د. محمد حسين عبدالعال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 59-65. وفي هذا الشأن ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية إلى أن (التحفظ هو كل شرط يضعه مقدّم العطاء في عطائه ويكون مختلفًا عن الشروط التي تضعها جهة الإدارة أو يكون غير وارد فيها)، د. مال الله جعفر الحمادي، ضمانات العقد الإداري، مرجع سابق، ص 319.

6- يُنظر: نص المادة (16) من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات المصري رقم (9) لسنة 1983- تقابلها المادة 33 من قانون المناقصات البحريني رقم 36 لسنة 2002، وتعديلاته حيث أجاز المشرع للجهة المتصرفة الدخول في مفاوضات مع صاحب العطاء الأفضل شروطًا والأقل سعرًا للنزول بسعره إلى أدنى سعر ممكن، وذلك إذا كان عطاؤه أعلى من الكلفة التقديرية المخصصة للشراء.

ومن ثم فإن العطاء المصحوب بتحفظات - على الأقل - يُعد مجرد قبول ضمني للتفاوض، يلزم مقدمه بالتفاوض مع الإدارة - بصفتها صاحبة المناقصة - بحسن نية. فهو لا يعدو في الحقيقة أن يكون استجابة للدعوة إلى المناقصة التي هي بدورها دعوة إلى التفاوض تتضمن عرضاً أولياً تستطيع لجنة البت في المناقصة أن تتفاوض فيه إن كان أفضل شروطاً وأقل سعراً. واستناداً إلى ما ذكر يمكن إجمال الآثار القانونية المترتبة لقبول الدعوة للتفاوض¹، وذلك على النحو الآتي:

1. لا يترتب أي التزام قبل الدعوة إلى التفاوض بالدخول في المفاوضات.
2. إن قبول الدعوة إلى التفاوض لا يعني قبول الدخول في مفاوضات إلا إذا كشفت ظروف الحال أن نية الأطراف انتقلت من مجرد دعوة أو قبولها إلى اتفاق على التفاوض لأنه في هذا الحالة يلتزم الأطراف في الدخول في المفاوضات والاستمرار فيها وإن كان ذلك لا يعني الالتزام بإبرام العقد النهائي.

من جميع ما تقدم ترى الباحثه القول إن الإدارة التي توجه دعوة إلى أحد مقدمي العروض للتفاوض بشأن عطائه لا يقع عليها التزام بالدخول في مفاوضات والاستمرار فيها كما لا يقع التزام على مقدم العطاء بقبول تلك الدعوة، وفي حال قبولها لا يمكن إلزامه بالتفاوض مع الإدارة، وذلك لأن كل طرف له كامل الحق في العدول عن المفاوضات أو الانسحاب منها ما لم يوجد اتفاق على التفاوض وعلى ذلك فإن الدعوة إلى التعاقد تعتبر عملاً مادياً لا يلزم أحداً وبالتالي لا تترتب على الإدارة أي مسؤولية².

¹-د. فؤاد محمد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 66، 65 .
²-عبدالعزيز المرسي ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية ، مرجع سابق ، ص 71.

المطلب الثالث

المسؤولية المترتبة على الإدارة عند فشل المفاوضات

من المسلم به أن المفاوضات تتركز على مبدأ الحرية في التفاوض بحيث يحق لكل متفاوض أن يقطع المفاوضات أو أن يعدل عنها في أي وقت من دون أدنى مسؤولية ولعل هذا الحرية مظهر من مظاهر الحرية التعاقدية وخاصة في المرحلة التي تسبق إبرام العقد، وذلك باعتبار أن مرحلة المفاوضات هي مرحلة تمهيدية وتحضيرية غير أن إطلاق هذه الحرية على مصراعيها، يؤدي إلى زعزعة استقرار المعاملات وإخلال بعملية التفاوض نفسها، وبالتالي جعل المفاوضات رهينة بين أطراف التفاوض إن شاءوا استمروا وإن شاءوا عدلوا عنها وقطعوها من دون النظر إلى المصلحة المتوخاة من عملية التفاوض، باعتبارها مرحلة مهمة تسبق التعاقد، لذا كان لا بد من تدخل قواعد المسؤولية من أجل تنظيم أحكام وشروط هذه المرحلة، والإجراءات المترتبة في حالة الإخلال بها.

ولما كانت حرية التفاوض مطلباً أساسياً لكل متفاوض، فإن هذه الحرية يجب ألا تتعدى إلى الإضرار بالطرف الآخر من المفاوضات، بحيث ينعم الطرفان بالحرية والطمأنينة والأمان والاستقرار في وقت واحد، ويكون الهدف من وضع أحكام خاصة بها من أجل البحث عن القواعد التي تكفل الحماية الفعالة للمتفاوض المتضرر من قطع المفاوضات منذ لحظة نشوء الضرر إلى حد الآثار التي تترتب عليه بحيث تضمن له تعويضاً عادلاً إذا مالحه ضرر من جراء قيام المتفاوض الآخر بقطع المفاوضات من دون مبرر مشروع.

وحيث إن مرحلة التفاوض مشروطة دائماً بتلاقي إرادة الطرفين على الدخول في مناقشات تهدف إلى صياغة تصور مشترك متمثل بمشروع العقد، فإذا قامت بدأت مرحلة المفاوضات ودخل الأطراف في دائرتها ترتب على ذلك التزام كل من هما بمراعاة أصول التفاوض بحسن نية في هذه المرحلة وإلا ترتبت المسؤولية على عاتق الطرف المخل بهذا الالتزام.

ولعل هذا الالتزام هو الالتزام الجوهرية في مرحلة التفاوض على العقد إذ يعد مبدأ حسن النية شرطاً أساسياً لنجاح المفاوضات، كما فرضت المبادئ العامة لعقود التجارة الدولية الالتزام بمبدأ حسن النية على الأطراف المتعاقدة بمفهوم أكثر شمولية على الأطراف المتعاقدة، حيث نصت الفقرة السابعة من المادة الأولى منها أن على الأطراف التصرف وفقاً لحسن النية والتعامل النظيف العادل في مجال التجارة الدولية، بالإضافة إلى منع الأطراف من تحديد أو استبعاد هذا

المبدأ من عقودهم سواء في مرحلة المفاوضات أو في مرحلة التنفيذ أو تفسير العقد، وكذلك في حالة الإخلال بعدم التنفيذ (الفقرة 5 من المادة 2)¹.

وإعمالاً لمبدأ حرية التعاقد ومبدأ حسن النية اللذين يهيمنان على المرحلة قبل التعاقدية حيث لا يقيد هذه الحرية سوى مبدأ حسن النية الذي ينبغي أن يسود العملية التفاوضية حيث يتعين على المتفاوض أن يمارس حريته في قطع المفاوضات بطريقة تتفق مع ما يوجبه مبدأ حسن النية في التفاوض والذي يقتضي على الطرفين الاستمرار في التفاوض الجاد للوصول إلى إبرام العقد النهائي إلا أنه قد لا يتمكن المتفاوض من الوصول إلى نتائج ناجحة في المفاوضات على الرغم من أنه قد بذل جهداً إلى الحصول على ذلك وهنا تعد المفاوضات قد وصلت إلى الفشل ولعل أهم أسباب فشل المفاوضات هي جمودها ووصولها إلى طريق مسدود وقطعها وهذا ماسنوضحه على الوجه الآتي:

أولاً: جمود المفاوضات.

ثانياً: وصول المفاوضات إلى طريق مسدود.

ثالثاً: قطع المفاوضات.

أولاً: جمود المفاوضات

قد تصل المفاوضات بين الطرفين إلى مرحلة تصاب بالجمود التام بحيث تبدو وكأنها لا تتحرك إلى الأمام ويرجع ذلك في الواقع إلى اللامبالاة وعدم الاهتمام المتبادل بين الطرفين بالعملية التفاوضية، وفتور الحماس لديهما حيال الاستمرار في المفاوضات، ولاسيما إذا تأكد للطرفين أن هذه المفاوضات لا طائل من ورائها، فيهجرا سوياً جلسات التفاوض المقررة، بل ويتجاهلان ما توصلوا إليه من نتائج ويصبح الأمر بالنسبة إليهما وكأن شيئاً لم يكن. وبذلك تتجمد المفاوضات وتسقط في طي النسيان .

والواقع أن مصير التفاوض في هذه الحالة يصبح أمراً مبهماً، إذ لا يمكن التحقق مما إذا كانت هذه المفاوضات ستستمر في المستقبل أم لا².

ثانياً: وصول المفاوضات إلى طريق مسدود

قد تصل المفاوضات بالطرفين إلى طريق مسدود بسبب تعنت الطرفين الشديد في الرأي ورفض تقديم أي تنازلات من أحدهما، الأمر الذي يجعل من المحال أن يتوصل الطرفان إلى اتفاق

¹-د. وفاء مصطفى محمد عثمان ، توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقاً لاتفاقية فيينا عام 1980م ، دار النهضة ، القاهرة ، 2006م، ص 195.

²-د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع السابق، ص 546.

يحظى برضائهما. وعلى الرغم من المساعي الحثيثة التي تبذل من الطرفين أو من غيرهم أحياناً لتحريك عملية التفاوض المتعثرة والخروج بها من هذا المأزق، فإن هذه المحاولات كثيراً ما تبوء بالفشل. وعندئذ يدرك الطرفان أنهما قد وصلا إلى مفترق طرق، وأنه لا مفر من وضع حد لهذه المفاوضات غير المجدية، فيقررا سوياً إنهاء التفاوض والعدول عن التعاقد¹.

ثالثاً: قطع المفاوضات

يُعدُّ قطعُ المفاوضات من أكثر الأسباب التي تؤدي إلى فشل التفاوض في الحياة العملية، وتقطع المفاوضات دائماً بقرار يتخذه أحد الطرفين فجأةً ليضع حداً للمفاوضات الجارية، سواء تم ذلك بعلم من الطرف الآخر أم من دون علمه.

ولما كان المفهوم التقليدي لقطع المفاوضات قائماً على مبدأ حرية التفاوض الكاملة في قطع المفاوضات أو الاستمرار فيها إلا أنه لم يترك رهينة لهذا المبدأ، فمن جهة يرى البعض أن قطع المفاوضات وإن كان عملاً مباحاً لا يَكيف خطأ استناداً إلى حرية التفاوض في إجراءاته، إلا أنه قد يقترب بخطأ يؤدي إلى تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية². إلا أن المفاوضات لم تعد مجرد تبادل وجهات النظر التي لا يترتب على قطعها أي أثر قانوني فالمفاوضات أصبحت من الناحية العملية وكما بينا ذلك مسبقاً أصبحت تستلزم دراسات عملية وانفاق مبالغ مالية كبيرة ومع تطور مبدأ حسن النية في العقود - سواء كانت عقود القانون الخاص أو العام - بحيث أصبح هذا مبدأ يشمل مرحلة تكوين العقد بعد أن كان قاصراً على مرحلة التنفيذ وأمام انحسار مبدأ حرية التعاقد فكل هذا التطور أدى إلى تطور مفهوم قطع المفاوضات قبل العقدية وأصبح من الممكن تكيف قطع المفاوضات في ذاته خطأً يوجب المسؤولية وهذا على أساس إخضاع مبدأ المفاوضات لمبدأ حسن النية، فمجرد البدء بإجراءات التفاوض بفرض التزام على الطرفين بالتقيد بمبدأ حسن النية في التفاوض الذي من أثره المباشر أنه لا يجوز لأي طرف قطع المفاوضات إلا إلى الاستناد إلى أسباب مقنعة وجدية.

وهذا ما يستلزم أن يكون للمفاوضات نظام قانوني يلزم كل طرف أن يتصرف وفق مبدأ حسن النية فمتى ما انحرف بسلوكه وأخله بالثقة المشروعة التي تكون نتيجة الجلوس على طاولة المفاوضات ومن هنا يعتبر قطع المفاوضات في ذاته خطأً يوجب المسؤولية ولا يشترط في هذا الخطأ أن تتوافر نية الإضرار ولا مقدار معين من جسامة الخطأ³.

¹-رجب كريم عبد الله ، مرجع سابق ، ص 546، 547.

²-الدكتور عبدالرزاق السنهوري ، الموجز في النظرية العامة للالتزامات ، مرجع سابق، ص 64.

³(4) Schmidt (J) , negociationset conclusion de contract , Paris , 1981 , P 112.

أشار إليه: د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات العقدية، مرجع سابق، ص 123.

ولقطع المفاوضات صورتان فهي إما أن يتم قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب، وإما أن يتم بعد صدوره، وعليه سنتناول هاتين الصورتين على النحو الآتي:

أولاً: قطع المفاوضات قبل صدور الإيجاب

قبل صدور الإيجاب النهائي بالعقد يكون الطرفان مازالا في مرحلة الإعداد والتحضير لمشروع العقد، إذ لم تتحدد أمامهما بعد كل الشروط أو المسائل الجوهرية في العقد، ولم تتكون لديهما إرادة باتة وقاطعة في التعاقد. وإنما تكون لديهما إرادة أولية مترددة وغير مستقرة، تسعى إلى التوصل إلى اتفاق نهائي من خلال تبادل العروض والاقتراحات، حيث يتمتع الطرفان في هذه الفترة بقدر كبير من الحرية في قطع المفاوضات. وحيث إن المفاوضات تقوم على عنصرين وهما الدعوة إلى التفاوض والإيجاب المشترك فللأطراف المتفاوضة انطلاقاً من مبدأ حرية التعاقد في الانسحاب أو قطع المفاوضات من دون إلزام وإكراه من قبل أحدهما على الآخر بإبرام العقد، ولأن لكل الطرفين الإرادة الكاملة في الدخول في مفاوضات والانسحاب منها شريطة أن يكون هذا الانسحاب أو قطع التفاوض بحسن نية وخاصة بعد أن قطعت المفاوضات شوطاً كبيراً وتولدت لدى كل طرف نوعاً من الثقة والطمأنينة بقرب إبرام العقد، بما أن الطرفين قبل صدور الإيجاب لم يتوصلا بعد إلى تلك الإرادة الجازمة والباتة على التعاقد وإنما هي مجرد إرادة أولية غير مستقرة فهما يحاولان من خلالها التوصل إلى اتفاق نهائي على التعاقد عن طريق تبادل العروض والمقترحات، لذا فيبقى للطرفين حرية تامة في قطع المفاوضات أو العدول عنها، وذلك عن طريق الانسحاب من جلسات التفاوض، إن كان التفاوض يجري بين حاضرين، أو عن طريق قطع الاتصال نهائياً بالطرف الآخر إن كان التفاوض يجري بين غائبين¹، إلا أن هذا الانسحاب يجب أن يستند إلى أسباب موضوعية ومشروعة تبرر قطع المفاوضات وإلا اعتبر قطع المفاوضات خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية ما لم يكن هناك اتفاق تفاوض (أي عقد من عقود تنظيم المفاوضات) لأن قطع التفاوض في هذه الحالة يوجب قيام المسؤولية العقدية .

وذلك لأن الواجب العام يفرض على كل متفاوض مراعاة مبدأ حسن نية ومايتفرع عنه من التزامات، وكذلك إلزام الطرف الراغب في الانسحاب أن يخطر الطرف الآخر عن رغبته في قطع المفاوضات بمعنى يجب أن لا يفاجأ الطرف الآخر بغتة بقطع المفاوضات .

وخلاصة القول إن المتفاوض في هذه المرحلة أي قبل صدور الإيجاب يستطيع أن يقطع المفاوضات في أي وقت حتى في اللحظة الأخيرة التي تسبق إبرام العقد بشرط أن يكون قطعه مستنداً إلى أسباب موضوعية مشروعة.

¹ د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 548.

ثانياً: قطع المفاوضات بعد صدور الإيجاب

بعد أن تصدر عن أحد أطراف المفاوضات إرادة نهائية تتجه إلى التعاقد، أي بعد صدور الإيجاب قد يحصل قطع المفاوضات إما نتيجة العدول عن الإيجاب وإما رفضه¹، وفي هذه الحالة يزول الإيجاب ويرجع الطرفان إلى مربع المفاوضات مرة أخرى، وعلة ذلك أن المفاوضات تعلق في المدة الفاصلة بين صدور الإيجاب وقبوله، فإذا ما سقط الإيجاب قبل أن يقبله الطرف الآخر فإن المفاوضات تستمر وكأن إيجاباً لم يصدر²

وسقوط الإيجاب الذي ينطوي عليه قطع المفاوضات يحدث في حالتين هما:

الحالة الأولى: العدول عن الإيجاب

إنّ عدول الموجب عن إيجابه عدولاً مجرداً من دون أن يتقدم بعرض جديد ومن دون الالتفات إلى ما يقدمه الطرف الآخر من عروض فإنه بذلك يكون قد قطع المفاوضات . ولما كان المستقر عليه قانوناً أن الموجب يستطيع العدول عن إيجابه طالما لم يصل هذا الإيجاب إلى علم من وجه إليه وبالتالي فإنه حتى هذه اللحظة يكون عديم الأثر لا يعتد به ولا يصلح أن يقترن به قبول على ضوئه ينعقد العقد بمعنى أنه بإمكان الموجب أن يعدل عن إيجابه حتى بعد وصوله إلى علم من وجه إليه مادام لم يقترن هذا الإيجاب بقبول، وهذا بشرط أن يكون الإيجاب غير ملزم وألا يقترن بميعاد للقبول صريحاً كان أم ضمناً³. إلا أن المشكلة تثور عن نقض إيجاب ملزم وبعد علم الطرف الآخر به فهو إما أن يقطع المفاوضات وإما أن يظل ملزماً بالإيجاب وحل هذا المشكلة لا تتم إلا بالموازنة بين المصلحتين وهذا ما سنوضحه:

1. نقض الإيجاب الملزم

بالنسبة إلى الاتجاه في القانون الخاص فنجد كلا من المشرّع المدني البحريني والمصري والعراقي ألزم الموجب بالإبقاء على إيجابه المقترن بميعاد للقبول⁴، وهذا الاتجاه ذاته ينطبق على العقود الإدارية حيث يقع على عاتق مقدّم العطاء بالبقاء على إيجابه بعد تقديمه بحيث يجب أن يكون العطاء سارياً طوال المدة المحدد في القانون لذلك لا يجوز لصاحب العطاء سحبه أو تعديله وهذا المبدأ أقره مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل

¹- د. صبري حمد خاطر، قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص 125.

²- د. رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، مرجع السابق، 548.

³- محمد شاكر محمود، المسؤولية عن قطع المفاوضات، مرجع سابق، 186.

⁴- مادة 39 من قانون المدني البحريني ويقابلها المادة 93/أ من القانون المدني المصري ويقابلها المادة 84 من القانون المدني العراقي.

وشدده في تطبيقه¹، وتبنى المُشرّع المصري ذات المبدأ في تشريعات المناقصات والمزايدات المتلاحقة، أما بخصوص المُشرّع البحريني فلم يختلف كثيرا عن نظيره الفرنسي والمصري إلا أنه أجاز لكل مورد أو مقاول أن يعدل أو يسحب عطاءه، وذلك قبل الموعد النهائي لتقديم العطاءات².

وإن التزام الموجب بالبقاء على إيجابه مقرر لمصلحة من وجه إليه الإيجاب وفي الوقت الذي يجد فيه الموجب نفسه ملزما بالبقاء في مرحلة المفاوضات لحين صدور قرار من وجه إليه الإيجاب بقبول هذا الإيجاب أو رفضه فيبقى للأخير حريته في الرفض أو القبول، أما إذا تم نقض الإيجاب فإن تصرفه هذا يشكل خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية³، وعليه فإنه متى ما كان الإيجاب مقترنا بميعاد صريح أو ضمني فإن الموجب لا يستطيع العدول عنه وإنما يلتزم بالبقاء عليه طيلة المدة المحددة للقبول⁴.

2. نقض الإيجاب القائم

قد يصدر الإيجاب من الموجب من دون أن يقترن بمدة معينة ويوصف بأنه إيجاب قائم غير ملزم فالسؤال هنا هل للموجب حق في نقض مثل هذا الإيجاب ؟
والحقيقة أن هذا العدول يمكن أن يتم في جميع الحالات طالما كان الإيجاب غير ملزم، أي لم يقترن بميعاد صريح أو ضمني يتم خلاله القبول⁵ فللموجب كامل الحرية في العدول عن إيجابه مادام لم تحدد له مدة معينة ولم يصدر قبول من الطرف الآخر إلا أن عدوله يمكن أن يرتب خطأ انطلاقا من مبدأ حسن النية في التعاقد الذي يقتضي من الموجب الاستمرار بالمفاوضات.

الحالة الثانية: رفض الإيجاب

إن رفض الإيجاب ممن وجه إليه رفضا من دون قيد أو شرط يُعدّ قطعاً للمفاوضات وفي هذه الحالة يسقط الإيجاب سواء كان ملزماً أم غير ملزم. فإذا اقترن الرفض بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه فإن هذا الرفض لا يُعدّ قطعاً للمفاوضات وإنما إيجاباً جديداً وفي هذه الحالة إما أن يتم قبول هذا الإيجاب الجديد ممن وجه إليه قبولاً مطابقاً، وعندئذ ينعقد العقد، وإما أن يقوم

1- مهند مختار نوح ، الإيجاب والقبول في العقد الإداري ، مرجع سابق ، ص 628 .

2- انظر نص المادة 27 من قانون المناقصات البحريني رقم 36 لسنة 2002.

3- محمد شاكر محمود، المسؤولية عن قطع المفاوضات ، مرجع سابق ، 186 .

4- د. عبدالفتاح عبدالباقي، موسوعة القانون المدني المصري، مرجع سابق، ص 130. د. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مصدر سابق، ص 95.

5- د. عبدالمنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص 113.

6- وهذا ما تنص عليه المادة (96) مدني مصري إذ تقضي " إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً " .

الشخص الذي وجه إليه الإيجاب الجديد بفتح باب النقاش بشأن شروط جديدة، وحينئذ يسقط الإيجاب ويعاود التفاوض مسيرته، ويُعد هذا الإيجاب بمثابة عرض تفاوضي تستمر على أساسه المفاوضة إلى أن يتم التوصل إلى إيجاب نهائي¹.

وفي مجال العقود الإدارية يطلق عليه الاقتراح المضاد ومن المستقر عليه أن تقديم العطاء من قبل الراغب في التعاقد مع الإدارة في حال التعاقد بأسلوب المناقصة يعد إيجاباً وأن إخطار المتعاقد بالترسية هو قبول من جانب الجهة الإدارية وعليه فإن فكرة الاقتراح المضاد في العقود الإدارية تبدو واضحة في حالة قيام الجهة الإدارية بدعوة صاحب أقل العطاءات للتفاوض معه بشأن سعره للنزول به إلى أدنى سعر ممكن أو دعوة صاحب العطاء المقترن بتحفظ للنزول عن كل أو بعض التحفظات فدعوة الإدارة هنا تعتبر اقتراحاً مضاداً، تظهر فكرة الاقتراح المضاد أكثر وضوحاً عند تعاقد الإدارة بأسلوب الممارسة أو الاتفاق المباشر حيث يمكن أن يصدر الاقتراح المضاد سواء من قبل جهة الإدارية أو من قبل الراغب بالتعاقد معها إلى أن يتم التوصل إلى تصور مشترك للعقد المتفاوض عليه². وعليه فإن استمرار الموجب بالمفاوضات في هذه الحالة هو نتيجة للثقة المشروعة الناشئة بين الطرفين وخاصة عندما لا يكون هناك اتفاق تفاوض إذ لولا هذه الثقة لما استمر بالمفاوضات، فإن رفض القبول من دون مبرر مشروع اعتبر ذلك خطأ يوجب مسؤولية الطرف الذي قطع المفاوضات فإذا كان من وجه إليه هذا الإيجاب هو من دعا إلى التعاقد - أي الجهة الإدارية - فصدر الإيجاب بناء على هذا الدعوة، فإن رفضه القبول من دون مبرر مشروع يعد إخلالاً بالثقة المشروعة التي ولدتها الدعوة إلى التفاوض في الموجب نفسه، وعليه فالرفض لا يصح إلا لأسباب معقولة إذ إن الرفض يؤدي إلى قطع المفاوضات وإعادة الطرفين إلى المربع الأول المتمثل بطاولة المفاوضات بعد أن قطعت شوطاً طويلاً وهذا ما يتعارض مع الالتزام بحسن النية ويترتب عليه خطأ يستوجب قيام المسؤولية التقصيرية ما لم يكن هناك اتفاق تفاوض³.

وعليه يمكن أن تستخلص الباحثه هنا إن المسؤولية المترتبة على الإدارة عند فشل المفاوضات غير المستند إلى أسباب موضوعية تبرره هي مسؤولية تقصيرية ما لم يكن اتفاق تفاوض صريح تقام على أساسه المسؤولية العقدية كما يمكن للطرف المتضرر من جراء فشل المفاوضات ولأسباب موضوعية أن يرجع إلى الإدارة بالتعويض لجبر ضرره بالاستناد إلى أحكام المسؤولية الإدارية عن أعمالها المادية المشروعة أو لإحكام نظرية الإثراء بلا سبب متى تحققت شروط أحدهما التي سبق أن أشرنا إليها في الفصل الثاني من هذه الرسالة.

¹-د. رجب كريم عبد اللاه، التفاوض على العقد، مرجع سابق، ص 551.

²-فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 33.

³-محمد محمود شاكر، المسؤولية عن قطع المفاوضات، مرجع سابق، ص 190.

المبحث الثاني

المسؤولية المترتبة على الإدارة من الاتفاقيات التفاوضية

المفاوضات الممهدة للتعاقد لا تخرج عن حقيقتها عن أنها عقد أقرب لاعتبارها تصرفاً قانونياً إرادياً يبتغيه طرفا العلاقة لترتيب أثر قانوني معين. وقد نظمت غالبية القوانين الوضعية المعاصرة العقود المتداولة وتجاهلت العقود التي تبرم خلال مرحلة المفاوضات وقد ذكرنا في الفصل الأول من هذه الدراسة وفي معرض حديثنا عن أهمية المفاوضات أنه ومواكبة التطور الصناعي والتقني الهائل الذي شهده العصر الحديث فقد ظهرت أنواع من العقود تتسم بالتعقيد ومتعلقة بمشروعات عملاقة تنفذها شركات كبرى تنصب على عمليات مركبة وملئية بالتعقيدات الفنية والقانونية تقدر بأموال طائلة وتتطوي على مخاطر كبيرة بالنسبة إلى أطرافها.

لذا فقد كان من الصعب جداً إبرام مثل هذه العقود مباشرة بتبادل الإيجاب والقبول بين الأطراف من دون المرور بمرحلة المفاوضات يتبادل فيها الأطراف حيثيات العقد وهذا الذي جعل من مرحلة المفاوضات على العقد من أهم وأخطر مراحل العقد نظراً إلى ما تحتويه لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد المزمع إبرامه.

وهذا الذي دفع أطراف العقد إلى أن يتفقا على وضع تفاوضيهما في إطار تعاقدية من خلال إبرام اتفاق صريح على التفاوض ينطوي على تنظيم كامل لحقوقهما والتزاماتهما أثناء سير المفاوضات وعند فشلها، وهنا يبتغي الطرفان من ذلك إضفاء الطابع التعاقدية على المفاوضات بحيث تسير على أساس تعاقدية، ومن هنا ظهرت الحاجة إلى وجود ما يعرف بالاتفاقيات التفاوضية والتي تمهد لإبرام العقد النهائي.

لذا سوف نتناول في هذا المبحث العقود التي تبرم في فترة المفاوضات وهي تلك العقود التمهيدية المعاصرة لفترة المفاوضات أو المنظمة لها ولتزايد الاهتمام بها على الصعيد العملي وخاصة في مجال العقود الإدارية المتعلقة بمشروعات عملاقة كمشروعات البنية التحتية

والمشروعات المتعلقة بنقل التكنولوجيا التي تنفذها شركات كبرى محلية كانت أم عالمية حيث ينصب العقد الإداري في مثل هذا النوع من العقود على عمليات مركبة وملئية بالتعقيدات الفنية والقانونية وتقدر قيمة تنفيذها بأموال طائلة وتتطوي على مخاطر كبيرة بالنسبة إلى أطرافها (الإدارة والطرف المتعاقد معها) لذا فمن الصعب بل من المستحيل إبرام مثل هذه العقود من دون الدخول في مفاوضات مكثفة تستغرق وقتاً.

وحيث إن مرحلة المفاوضات على العقد تعد من أهم مراحل إبرام العقد وأخطرها، وذلك لما تحتويه من تحديد لأهم ومعظم التزامات وحقوق طرفي العقد المراد إبرامه لذا كان لا بدّ من أن يقوم الطرفان بوضع تفاوضهما في إطار عقدي يحدد حقوق والتزامات كل طرف ومسؤوليته أثناء سير المفاوضات وعند فشلها.

وعليه سنتناول بالدراسة في هذا المبحث أهم الاتفاقيات التفاوضية في العقود الإدارية والتي يسعى الطرفان من خلالها إلى تنظيم مفاوضاتهما تنظيماً اتفاقياً، وذلك من خلال تحديد النطاق الزمني والموضوعي لهذا المفاوضات وهذه العقود وهي عقد الالتزام بالتفاوض وعقد الإطار العام وعقد تنظيم المفاوضات والعقود الجزئية وكذلك بيان المسؤولية المترتبة على الإدارة عند إبرام مثل هذه العقود في مرحلة المفاوضات وهذا ماسنوضحه في هذا المبحث، وذلك من خلال تقسيمه على الوجه الآتي:

المطلب الأول: المسؤولية الإدارية من عقد الالتزام بالتفاوض.

المطلب الثاني: المسؤولية الإدارية من عقد الإطار العام.

المطلب الثالث: المسؤولية الإدارية من عقد تنظيم المفاوضات .

المطلب الأول

المسؤولية الإدارية من عقد الالتزام بالتفاوض

سبق أن أشرنا إلى أن الاتجاه الغالب في الفقه يرجح الطبيعة العقدية للمفاوضات على حساب الطبيعة المادية، وأن التفاوض دائماً ذات طبيعة عقدية وليس مجرد عمل مادي غير ملزم، وأن مرحلة المفاوضات تترتب عليها التزامات عقدية حقيقية بحيث يشكل الإخلال بها خطأً عقدياً يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية بدلاً من تأسيسها على أساس الواجب القانوني العام الذي يحكم المسؤولية التقصيرية والذي يقضي بعدم الانحراف عن المسلك المعتاد أو المألوف على نحو يلحق ضرراً بالغير.

واستناداً إلى هذه الحقيقة كان لا بدّ من وجود عقد ينظم عملية التفاوض ويجعلها ضمن إطار تعاقدى ابتداءً من الدخول في المفاوضات والسير فيها بحسن نية وتحديد حقوق والتزامات كل من الطرفين المتفاوضين بشكل صريح لا لبس فيه.

وعلى الرغم من أنه مرحلة التفاوض تستند إلى مبدأ حرية التعاقد إلا أن التمتع بهذه الحرية بشكل مطلق يؤدي إلى فتح الباب للمفاوضات غير الجادة والتي تكون سبباً لإضاعة الوقت والجهد والنفقات من دون وجود نية حقيقة في التوصل إلى إبرام العقد النهائي.

وعليه فإن غالباً ما يتفق الأطراف على وضع اتفاقهما ضمن إطار تعاقدى ومن هنا ظهرت فكرة عقد الالتزام بالتفاوض الذي يلجأ إليه الطرفان لتنظيم مفاوضاتهما، حيث تظهر حاجة الطرفين إلى مثل هذا العقد لتحديد وقت بدء المفاوضات والمراحل التي تتخللها والالتزامات التي تترتب عليها.

ولما كان عقد الالتزام بالتفاوض هو عقد يمهد لإبرام عقد مستقل يسعى إليه الطرفان وهو العقد النهائي فهو لا ينشئ التزاماً بإبرام العقد النهائي إلا أنه ينشئ التزاماً بالتفاوض فقط بخصوص العقد.

وعليه فلا يلتزم الطرفان بإبرام العقد النهائي بل يلزمهما بالتفاوض على العقد فقط من أجل التوصل إلى إبرامه، فهو عقد مستقل تماماً عن العقد النهائي وعليه سوف نتناول في هذا المطلب مفهوم عقد الالتزام بالتفاوض والمسؤولية المترتبة على الإدارة عند إبرامه، وذلك على النحو الآتي:

لما كان العقد عبارة عن اتفاق نهائي يدل على رغبة الأطراف المتعاقدة إلى إنشاء الالتزامات، إلا أنه في بعض العقود وبسبب طبيعتها المعقدة أو بسبب ارتباطها بظروف وشروط قانونية واقتصادية يكون الطرفان بحاجة إلى الدخول في مفاوضات التي قد تستغرق فترات زمنية طويلة من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي والذي لا يتم إبرامه إلا بعد الاتفاق على كل محتوى العقد النهائي ومضمونه بشكل كامل حيث إن طبيعة العقد في ذاته تدفع الطرفين إلى التفاوض مدة طويلة، وذلك بسبب تعقيد محل العقد في ذاته (كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الشراكة بين القطاع العام والقطاع الخاص) وهنا نشأت الحاجة إلى ما يعرف بالالتزام المبدئي بالتفاوض أو عقد الالتزام بالتفاوض¹. فظهرت فكرة الاتفاق المبدئي في بداية في إطار العلاقات الدولية كمرحلة من المراحل الممهدة لإبرام المعاهدات الدولية حيث إن إبرام المعاهدة وتبادل الوثائق والتصديق عليها يقتضي إجراءات طويلة بهدف إقرارها داخل كل دولة طرف في تلك المعاهدة. ومن ثم انتقلت تلك الفكرة إلى مجال عقود القانون الخاص².

أما في مجال العقود الإدارية فأصبح إبرام الاتفاق المبدئي على التفاوض من المسائل المهمة وخاصة فيما يتعلق بالعقود الإدارية الكبيرة والمتعلقة بالبنية التحتية وعقود نقل التكنولوجيا والتزود بمولدات الطاقة الكهربائية والذرية أو عقود شراء الطائرات والسفن.

وعليه يمكن تعريف عقد التفاوض ((بأنه اتفاق يلتزم بموجبه كل طرف في مواجهة الطرف الآخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه))³، كما عرفه جانب من الفقه تحت تسمية الاتفاق المبدئي بأنه: ((تعهد تعاقدى بعمل إيجاب أو بمواصلة تفاوض جار بغرض التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد محله إلا بطريقة جزئية لا تكفي بأي حال لانعقاده))⁴.

ومن الجدير بالذكر هنا الإشارة إلى أن عقد التفاوض إما أن يرد بصورة عقد مستقل يشكل رابطة عقدية يتقيد بها الأطراف، وإما أن يرد في عقد قائم كشرط من شروط العقد وهنا يشكل اتفاق التفاوض جزءاً لا يتجزأ عن العقد الذي ورد فيه وبشكل التزاما بالتفاوض حول تنفيذ هذا العقد وليس إبرامه.

وتطبيقاً لذلك في مجال العقود الإدارية يتضح لنا أنه لا يوجد ما يمنع من أن يسبق العقود الإدارية اتفاق مبدئي على التفاوض وخاصة في مجال تعاقد الإدارة بأسلوب الاتفاق المباشر أو بأسلوب الممارسة (التفاوض التنافسي) أما في حالة تعاقد الإدارة بأسلوب المناقصة فنرى أن

¹-يونس صلاح الدين، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 136.

²-فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 56.

³-عبدالعزیز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدی، مرجع سابق، ص 31.

⁴-يونس صلاح الدين، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 143.

طبيعتها القانونية تتنافى مع مثل هذه الاتفاقيات، إلا أنه عند لجوء الإدارة إلى مفاوضة صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً للنزول بسعرها إلى سعر السوق أو التفاوض مع صاحب العطاء المقترن بتحفظ للنزول عن تحفظاته ففي مثل هذه الحالات فإنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون هناك اتفاق على التفاوض في حال قبول مقدّم العطاء لمبدأ التفاوض .

لذا يتضح لنا من مفهوم عقد المفاوضة أنه عقد حقيقي يتم باتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني كما أن عقد التفاوض لا يولد التزاماً باتاً بإبرام العقد النهائي إنما يولد التزاماً بالبدء في مفاوضات والاستمرار فيها بحسن نية، وذلك بقصد التوصل إلى إبرام العقد النهائي لذا فهو عقد مستقل عن العقد النهائي لذا أطلق عليه القضاء الفرنسي مصطلح الاتفاق المبدئي، وذلك للإشارة إلى أن هذا العقد ينظم من حيث المبدأ ما يتعلق بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي، وأخيراً فإن لصياغة عقد التفاوض أهمية كبيرة إذ لا بدّ من أن يكون هناك نص صريح يشير إلى عدم انصراف الالتزام بالتفاوض بحسن نية إلى إلزام طرفي العقد بإبرام العقد النهائي¹.

ومن جميع ما تقدم ترى الباحثة إن الالتزام الذي يترتب على الإدارة عند إبرامها للاتفاق المبدئي على التفاوض هو التزام ذو وجهين الأول هو الدخول في مفاوضات وهو التزام بتحقيق غاية بحيث تكون الإدارة مخطئة إذا امتنعت عن الدخول في مفاوضات ومن دون الحاجة إلى إثبات سوء النية أو أهمالها وبالتالي تترتب على الإدارة المسؤولية حيال ذلك .

أما الوجه الثاني لالتزام الإدارة فتتمثل بالاستمرار في المفاوضات وهو التزام ببذل عناية، فهنا يقع على عاتق الإدارة عدم عرقلة المفاوضات أو الانسحاب منها من دون مبرر أو سبب جدي مشروع وإلا تكون الإدارة مخطئة وهذا ما يجعل من المسؤولية المترتبة على الإدارة عند إبرامها لاتفاق التفاوض المبدئي مسؤولية عقدية طالما أننا أمام عقد تلاقت فيه إرادة الطرفين على إبرامه وتم الإخلال به هذا بالإضافة إلى أن عقد التفاوض قد لا يترتب التزاماً بإبرام العقد النهائي إلا أنه يلزم الأطراف المتفاوضة بالالتزامات التي ترتبها فترة المفاوضات نفسها، وهي تلك الالتزامات التي تخص تنظيم سير المفاوضات بشكل دقيق كالالتزام بالتفاوض بحسن نية والالتزامات المتفرعة عنه والتي سبق الإشارة إليها في الفصل الأول من الرسالة.

وأن الغاية من إبرام اتفاق التفاوض المبدئي وهو تهيئة الوسائل والسبل لإبرام العقد النهائي وليس إبرامه بشكل مباشر².

¹-عبدالعزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية ، مرجع سابق ، ص 32 .
²- فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 75 ، يونس صلاح الدين ، العقود التمهيدية ، مرجع سابق، ص157.

المطلب الثاني

المسؤولية الإدارية من عقد الإطار العام

لمّا كانَ التفاوضُ في نطاق العقود البسيطة يتم خلال جولة واحدة إلا أن الأمر مختلف في نطاق العقود المركبة التي تتطوي على العديد من المسائل الفنية الدقيقة التي يتعذر حسمها في جلسة أو جلستين، إنما يتم ذلك من خلال مراحل متعاقبة ومتسلسلة وعبر اتفاقيات متوازية أو متتابعة بهدف الوصول إلى العقد النهائي الذي تتبلور فيه النقط التي اتفق عليها الأطراف في كل مرحلة. حيث يقوم الأطراف بتدوين ذلك في مستندات، وذلك بترتيب نقط التفاوض بشكل تنازلي بحسب كل مرحلة من مراحل التفاوض .

وعليه فمرحلة المفاوضات التمهيدية هي المرحلة التي يتم فيها وضع الأساس الذي يقوم عليه بناء العقد النهائي فهي المرحلة التي يتوصل فيها الطرفان إلى الاتفاق حول عناصر العقد الأساسية بعد مناقشة وتقييم العروض والمقترحات بشأنها.

حيث يتم في هذه المرحلة وضع اللبنة الأولى التي تشيد عليها العملية التعاقدية وترسم الملامح بشأنها ونطاق حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة ومسؤوليتهم.

ولمّا كان قبول الدخول في مفاوضات بشأن عقد معين لا يعني البتة إلزام طرفيه بإبرام العقد النهائي، وذلك لأن المفاوضات قد تنتهي باتفاق يضمن مختلف الشروط الجوهرية وباقي الشروط المشروعة الأخرى حيث يتم إبرام العقد على ضوء ذلك، أو قد تفشل المفاوضات لعدول أي طرف عن التفاوض إبداء رغبته في عدم مواصلة المفاوضات استناداً إلى مبدأ حرية التعاقد المهيمن على مرحلة ما قبل العقد، لما كان عقد الإطار العام هو أحد أنواع الاتفاقيات التمهيدية التي تتخلل مرحلة المفاوضات حيث يعبر الأطراف من خلاله على ما تم الاتفاق عليه أو عن الرؤية والتصور المستقبلي للعلاقة العقدية المزمع الانخراط فيها .

ومن خلال هذا العقد يعبر الطرفان المتفاوضان عن رغبتهما في إبرام سلسلة من العقود ذات الطبيعة الواحدة كعقد التوريد ففي هذه الحالة يقتضي الوضع العادي أن يكون هناك عقد مستقل لكل صفقة على حدة إلا أنه قد تكون هناك شروط متكررة في العقود المراد إبرامها وعلى هذا الأساس يقوم الطرفان بوضع شروط العقد الرئيسية أو الجوهرية والتي تنظم إبرام هذه العقود في المستقبل وتسمية هذه الشروط بعقد الإطار أو الإطار التعاقدي.

وعليه سوف نتناول في هذا المطلب مفهوم عقد الإطار العام في نطاق مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية والمسؤولية المترتبة على الإدارة عند إبرام مثل هذا الاتفاق خلال مرحلة المفاوضات، وذلك على النحو الآتي:

يعد عقد الإطار بمثابة عقد تمهيدي تتبعه عقود تنفيذية مستقلة يقتصر الأمر فيها بالعادة على تحديد الكميات والأسعار التي تكون محل التفاوض بمناسبة كل صفقة على حدة، ويعرف بعض الفقه عقد الإطار العام ((بأنه عبارة عن اتفاق أولي أو ابتدائي يشمل على إبرام عقود لاحقة تعرف بعقود التطبيق أو التنفيذ ويهدف هذا الاتفاق إلى تحديد بعض الشروط الجوهرية لتلك العقود في حين تترك مسألة تقدير الثمن لكي تتم من خلال العقود اللاحقة والتي يشكل هذا العقد إطاراً لها))¹.

كما يعرفه آخرون عقد الإطار العام بأنه ذلك العقد الذي يحدد الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان باتباعها فيما يبرمه الطرفان من عقود لاحقة وهي عقود التطبيق أو عقود التنفيذ².
فيتضح للباحث من خلال التعاريف التي ساقها الفقه لعقد الإطار العام بأن الهدف الأساسي لإبرام عقد الإطار العام هو تحديد الشروط الأساسية التي يلتزم الطرفان باتباعها فيما يبرمه من عقود لاحقة وهي العقود التي تعرف بعقود التطبيق والتنفيذ وبهذا المعنى فإن عقد الإطار يمهّد ويهيئ لقيام تلك العقود فقط وحيث إن عقد الإطار العام تقوم بوظيفة التمهيد لإبرام العقود التي قد تبرم لاحقاً بين الطرفين، وإن إبرام هذه العقود يستلزم تراضياً جديداً غير التراضي الذي تم به عقد الإطار العام وهو الأمر الذي يهدف بشأن عقد المفاوضة وهذا ما يجعل العقدان يقعان في دائرة التشابه الواضح، وهذه هي المشكلة القانونية التي تواجه عقود الإطار العام التي تكمن في معرفة ما إذا كانت هذه العقود نوعاً من عقود التوريد أو تقديم الخدمات أم هي مجرد عقود تضع إطاراً ملزماً للتفاوض عند إبرام العقود التنفيذية من جانبنا نميل إلى اعتبار عقود الإطار العام بمثابة عقود تنظيم عملية المفاوضات بين الطرفين، وذلك لأنها أي عقد الإطار العام تهدف إلى تسهيل مهمة الأطراف في الإعداد للعقود المستقبلية وإبرامها فهي وإن كانت لا تلزم الأطراف أو أحدهم بإبرام العقد في المستقبل إلا أنها تفرض التزاماً على الأطراف باتباع ماورد في هذا العقد من شروط.³

وتطبيقاً على ذلك في مجال العقود الإدارية فإنه يمكن تصور وجود عقود الإطار العام في حالة عقد التوريد، وذلك عندما تلجأ الإدارة إلى إبرام هذا العقد بأسلوب الاتفاق المباشر ففي هذه الحالة يمكن للجهة الإدارية أن تبرم عقداً مع المورد يُحدد فيه الإطار العام للتعاملات المستقبلية بينهما وفي هذه الحالة فإنه يتعين على الجهة الإدارية والمتعاقد معها الالتزام بما ورد في عقد الإطار

¹-يونس صلاح الدين ، العقود التمهيدية ، مرجع سابق، ص 205 .

²-رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد ، مرجع سابق ، ص 479 .

³-عبدالعزیز مرسى، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدى ، مرجع سابق ، ص 39 ، فؤاد محمد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية ، مرجع سابق ، ص 58، 59 .

العام بمناسبة عقود التوريد التي تبرم مستقبلاً بينهما والتي يقتصر فيها الأمر على التفاوض حول الكميات والأسعار عادة¹.

واستناداً إلى ماسبق قوله فإن عقد الإطار العام يتميز بسمّة واضحة وهي أنه يتضمن دائماً التزاماً يتقّل كاهل الطرفين باتّباع ما ورد فيه من شروط عند إبرام عقود جديدة في المستقبل، إلا أنه لا يلزم أحدهما بتوقيع هذه العقود فهو بمثابة عقد تمهيدى للعقد التنفيذى الذى يبرم استناداً إليه، وعليه فإن عقد الإطار العام هو عقد يلزم الأطراف بالدخول في مفاوضات بشأن البنود التى لم يتفق عليها في العقود التى تمت استناداً إليه لكنه لا يعنى الالتزام بإبرامها، لذا فإن الآثار المترتبة على الإدارة عند إبرامها لعقد الإطار العام مع الراغب بالتعاقد معها تتمثل في أن الإدارة والراغب بالتعاقد معها يلتزمان بالشروط الموجودة في العقود المستقبلية والتي ورد النص عليها في عقد الإطار العام، كما أن عقد الإطار ينشئ التزاماً على عاتق الطرفين بالتفاوض حول بنود العقود المستقبلية، وعليه فإن نطاق مسؤولية الإدارة عند إبرامها لعقد الإطار العام تنحصر بالتزامها بالتفاوض بحسن نية²، وذلك لكون أن الإدارة عند إبرامها عقد الإطار العام تكون ملتزمة فقط بأن لا يأتي العقد التنفيذى أو المستقبلى مخالفاً للشروط الواردة في عقد الإطار العام فالإدارة لها كامل الحق في العدول عن المفاوضات أو قطعها في أي وقت طالما كان هناك مسوغ قانوني لهذا العدول، وعلى هذا الأساس فإننا نرى ضرورة وجود نظام قانوني يقيم المسؤولية على العدول بحد ذاته ومن الحاجة إلى اقتران العدول بخطأ أو تعسف، وفي ذات الوقت أن لا يستند العدول إلى مبدأ عام كمبدأ حسن النية في التفاوض وما يترتب عليه من التزامات مكتملة، وهذا لا يتحقق إلا من خلال إعطاء القيمة التعاقدية لكل الوثائق والمستندات التي تنظم سير المفاوضات مما يترتب على ذلك نشوء التزامات عقدية حقيقية يؤدي الإخلال بها إلى نهوض المسؤولية العقدية للطرف المتفاوض المخل بالتزاماته، بمعنى أن هذه الوثائق أو المستندات لا بدّ من أن تكون بمثابة اتفاقيات مبدئية تنقل العدول عن المفاوضات من نطاق مخالفة الواجب القانوني العام المتمثل بمراعاة مبدأ حسن النية في التفاوض أو المسؤولية التقصيرية عن العدول المقترن بخطأ إلى نطاق المسؤولية العقدية التي تنهض نتيجة الإخلال بالتزام عقدي حقيقي يتضمنه الاتفاق المبدئي.

¹ -فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق ص 59 .

² -فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع نفسه، ص 77 .

المطلب الثالث

المسؤولية الإدارية من عقد تنظيم المفاوضات والعقود الجزئية

إن استمرت المفاوضات قائمة بين الأطراف بنجاح، فإنه غالبا ما يسبق الاتفاق النهائي اتفاقيات تتوسط بين مرحلتين التفاوض والتعاقد النهائي، فقد يتوصل الأطراف خلال مرحلة التفاوض إلى اتفاقيات سابقة على التعاقد وهذه الاتفاقيات التي تسفر عنها المفاوضات تقع في مرحلة وسطى بين مرحلة المفاوضات نفسها وبين مرحلة التعاقد، وتتعدد صور هذه الاتفاقيات؛ لأن الاتفاقيات لا تنتهي إعمالا لمبدأ حرية التعاقد.

وحيث إن المفاوضات تمر بمراحل متتالية يتم اجتيازها صوب العقد النهائي، لذا فإنه يتخللها اتفاقيات تمهيدية يتم إبرامها بصدد كل مرحلة يتم اجتيازها وهذه الاتفاقيات التمهيدية تختلف عن الآليات التقليدية المعروفة في التشريعات المدنية مثل الإيجاب والقبول والوعد بالتعاقد.

وتحرر هذا الاتفاقيات التمهيدية في مستندات يتبادلها أطراف التفاوض فيما بينهم، تمثل مضمون ما اتفق عليه الطرفان أو مفهوم ما اتفق عليه أحد الأطراف أو تفاهم كلا الطرفين على أي أمر يخص مرحلة معينة من المفاوضات التي تم اجتيازها بنجاح، فكأنها مؤشر على تجاوز هذه المرحلة من المفاوضات.

وحيث تتخذ عقود التفاوض صوراً متعددة تختلف باختلاف الهدف الذي يسعى إليه الطرفان المتفاوضان ويمكن إدراج جميع هذه الصور تحت عنوان العقود التمهيدية المعاصرة لفترة المفاوضات أو العقود المنظمة لعملية التفاوض ولما كان هذا التنوع في صور وأشكال عقد التفاوض بمثابة اعتراف بالطبيعة العقدية للمفاوضات، وكما أكدنا ذلك فيما سبق أن المفاوضات هي ذات طبيعة عقدية وليست مجرد عمل مادي غير ملزم، وذلك طبقاً للرأي الذي رجحنا عند دراستنا للطبيعة القانونية للمفاوضات.

وعلى هذا الأساس سنتناول في هذا المطلب دراسة المسؤولية المترتبة على الإدارة عند إبرامها عقد تنظيم المفاوضات "الاتفاق المبدئي" وعند إبرامها للعقود الجزئية المعاصرة لفترة المفاوضات، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول: عقد تنظيم المفاوضات.

الفرع الثاني: العقود الجزئية.

الفرع الأول عقد تنظيم المفاوضات

تَظهرُ أهميةُ عقد تنظيم المفاوضات أو ما يطلق عليه باتفاق المبادئ من حيث ما يوفره من ضمانات ينبغي أن تسود أثناء فترة المفاوضات، وخاصة إذا استمرت المفاوضات فترة طويلة وكانت تقتضي الكشف عن بعض المعلومات التي يعتبرها أحد الأطراف سرية وهنا يمكن أن يبرم الأطراف عقد ينظم سير المفاوضات بينهم حيث تكمن أهمية عقد تنظيم المفاوضة عندما تتعلق المفاوضات بإبرام عقود تتعلق بتوريد الخبرة الفنية أو التكنولوجيا التي تستلزم عادة إفشاء جزء من المعلومات التقنية للطرف الآخر لحثه على التعاقد حيث إن طبيعة هذه العقود تفرض على الأطراف المتفاوضة إلى التفاوض لفترة زمنية طويلة بسبب تعقيد العقد محل التفاوض، لذلك لا بدّ من وجود اتفاق مبدئي له قوة عقدية ملزمة ويترتب عليه المسؤولية العقدية عن الإخلال بالالتزامات المتولدة عنه ويعمل على تنظيم سير المفاوضات¹. فينظم عقد تنظيم المفاوضات المسائل المتعلقة بنفقات التفاوض وعبء الوفاء بها وتحديد الجدول الزمني للمفاوضات، وكذلك نفقات السفر والخبراء والدراسات بل قد يتضمن في بعض الأحيان شرط عدم التفاوض مع الغير أثناء سير المفاوضات وهو شرط في غاية الأهمية.

وعليه ترى الباحث أنه عقد تنظيم المفاوضات هو عقد بالمعنى الفني الدقيق يهدف إلى تنظيم مرحلة المفاوضات وينتهي بانتهااء المفاوضات سواء بالنجاح أم الفشل ومن الجدير بالذكر هنا أن في حال فشل المفاوضات فإن الالتزام بعدم استخدام المعلومات الفنية - أي الالتزام بسرية المعلومات التي يحصل عليها أحد الأطراف أثناء المفاوضات - يبقى قائماً للمدة التي يتفق عليها الطرفان في عقد تنظيم المفاوضات، إلا أنه في حال إبرام العقد النهائي فإن الالتزام بالسرية ينتهي بانتهااء إبرام العقد النهائي وهذا أمر منطقي لأن المعلومات الفنية سوف تنقل بكل الأحوال إلى الطرف الآخر، وذلك بموجب العقد النهائي².

وتطبيقاً على ذلك في مجال العقود الإدارية فإن الإدارة لها أن تبرم عقد تنظيم مرحلة المفاوضات بينها وبين الطرف المراد التعاقد معه أيأ كان أسلوب التعاقد الذي تلجأ إليه الإدارة حتى إن كان أسلوب المناقصة مفتى ما قامت الجهة الإدارية بدعوة أحد مقدمي العروض إلى التفاوض معه في الحالات التي يجوز فيها ذلك فيمكن لها أن تبرم عقداً ينظم مرحلة المفاوضات بين الطرفين، وكذلك الحالة عند التعاقد بأسلوب الاتفاق المباشر أو أسلوب الممارسة فمن الممكن أن تتضمن

¹-يونس صلاح الدين ، العقود التمهيديّة ، مرجع سابق ، ص 199.

²-فؤاد محمد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق ، ص 61.

مرحلة المفاوضات إبرام عقد ينتظم هذا المرحلة التي تسبق التعاقد، من الجدير بالذكر أن عقد تنظيم المفاوضات في مجال العقود الإدارية لا يختلف من حيث الالتزامات التي يترتبها على عاتق الأطراف عن نظيره في مفاوضات العقود الخاصة¹.

وحيث إن عقد تنظيم المفاوضات يتضمن عناصر تتعلق بتنظيم الجدول الزمني للمفاوضات ونفقات التفاوض وشرط عدم التفاوض مع الغير طيلة مدة المفاوضات وشرط المحافظة على سرية المعلومات المقدمة من أحد الأطراف إلى الطرف الآخر... الخ.

وحيث إن عقد تنظيم المفاوضات ينتهي بانتهاء المفاوضات لأن موضوعه ينحصر في تنظيم مرحلة التفاوض بين الطرفين لذا يعتبر الإخلال بالالتزامات التي يفرضها عقد تنظيم المفاوضات خطأ عقدياً، يؤدي إلى قيام المسؤولية العقدية وفقاً لأحكام هذا العقد وليس وفقاً لأحكام العقد النهائي، فبموجب عقد تنظيم المفاوضة المبدئي يترتب على قطع المفاوضات أو العدول عنها في وقت غير مناسب أو دون مبرر معقول أو مقبول أو بصورة مفاجئة نهوض المسؤولية العقدية، وبذلك فإن عقد تنظيم المفاوضة ينقل المسؤولية عن العدول عن المفاوضات أو قطعها من نطاق المسؤولية التقصيرية إلى نطاق المسؤولية العقدية، وبذلك فهو يولد التزاماً عقدياً حقيقياً، وعليه فيمكن إجمال الآثار القانونية لعقد تنظيم المفاوضات على النحو الآتي:

1. يترتب على إبرام عقد تنظيم المفاوضات الالتزام بالدخول في مفاوضات.
2. يلتزم الأطراف عند إبرام عقد تنظيم المفاوضات بالالتزام بالتفاوض وفقاً للشروط الواردة في هذا العقد.
3. يتوقف مصير بعض الالتزامات الناشئة عن عقد تنظيم المفاوضات على مصير المفاوضات حيث يؤدي نجاح المفاوضات إلى انتهاء الالتزام بالسرية والالتزام بعدم استغلال المعلومات التي يدلي بها أحد الأطراف إلى الطرف الآخر أثناء التفاوض، وذلك لأنها تنقل بنجاح المفاوضات إلى العقد النهائي، أما في حال فشل المفاوضات فيؤدي ذلك إلى البدء في تنفيذ هذه الالتزامات التي ينشؤها عقد تنظيم المفاوضات وأهم هذه الالتزامات هو الالتزام بالسرية والالتزام بنفقات التفاوض².

خلاصة القول إن عقد تنظيم المفاوضات هو عقد حقيقي بمعنى الكلمة وإن كان عقداً تمهيدياً لا يرقى إلى مرتبة العقد النهائي.

¹- فؤاد محمد موسى ، مرجع سابق ، ص 62.

²- فؤاد محمد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية ، مرجع نفسه ، ص 78.

كما أن عقد تنظيم المفاوضات يولد التزامات حقيقية عقدية بالتفاوض بحسن نية والذي يعد من أبرز الضمانات المتوفرة في مرحلة المفاوضات، وذلك من أجل التوفيق بين مبدأ حرية التعاقد من جهة الأضرار التي قد تصيب أحد الطرفين المتفاوضين من جراء عدول الطرف الآخر عن المفاوضات حيث إن أهمية هذا الاتفاق كوثيقة عقدية تتزايد مع تزايد أهمية العقد النهائي المراد إبرامه هذا بالإضافة إلى تزايد أهميتها مع امتداد فترة المفاوضات، وخاصة بعض العقود الإدارية التي تحتاج إلى فترة مفاوضات طويلة ومعقدة كعقود نقل التكنولوجيا وعقود الشراكة بين القطاع العام والخاص، وهكذا فإن اتفاق تنظيم المفاوضة يعطي للأثر المترتب على قطع المفاوضات أساساً عقدياً، بحيث ينقل الأثر القانوني عن الإخلال بالمفاوضات أو قطعها أو العدول عنها من إطار مبدأ حسن النية في التفاوض والمسؤولية عن العمل غير المشروع المترتب على العدول المقترن بخطأ إلى نطاق المسؤولية العقدية وإن لم يقترن العدول بخطأ أو تعسف، إلا أنه يبقى عقد تنظيم المفاوضات عقداً تمهيدياً لا يلزم الأطراف المتفاوضة بإبرام العقد النهائي.¹

الفرع الثاني العقود الجزئية

إذا كان عقد تنظيم المفاوضات يؤدي إلى ضمان المفاوضات وزيادة فرص نجاحها من أجل التوصل إلى إبرام العقد النهائي، وذلك بما يترتب من التزامات عقدية تنظم المفاوضات منذ ابتدائها ومن ثم سيرها بشكل جيد وإيجابي والحد من مبدأ حرية التعاقد الذي يمثل الأصل في مرحلة المفاوضات.

إلا أن الأمر لا يقف عند ذلك الحد بل قد يلجأ الطرفان المتفاوضان إلى تحقيق المزيد من الأمان والاستقرار في علاقتهم العقدية، إلى تنظيم كل خطوة من خطوات المفاوضات، وذلك من خلال صياغة كل مسألة من المسائل التي اتفقوا عليها في كل مرحلة من مراحل فترة المفاوضات وإفراغها بصيغة عقد جزئي، لذا تعرف العقود الجزئية " بأنها اتفاق يتم إبرامه أثناء المفاوضات ويحدد الأطراف بمقتضاه مسائل التفاوض التي تمكنوا من الاتفاق بشأنها".²

ومن هذا التعريف ترى الباحثة أن العقد الجزئي يتميز عن مراحل المفاوضات التي لا تعد عقوداً في ذاتها لأن في هذه العقود الجزئية يتفق الطرفان صراحة على حسم مسألة معينة بطريقة نهائية وقد يكون موضوع العقد الجزئي عنصراً من عناصر العقد النهائي المراد إبرامه كأن يتفق الطرفان

¹-محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، ص 94 ، يونس صلاح الدين ، العقود التمهيدية ، مرجع سابق ، ص203.

²-يونس صلاح الدين ، العقود التمهيدية ، مرجع سابق ، ص 211.

أثناء المفاوضات على المواصفات الفنية بعقد يبرمه الطرفان بصفة حاسمة ثم يتم الاتفاق على الأسعار في عقد لاحق وقد يكون موضوع العقد الجزئي عملية متعاقبة تشكل في مجموعها هدفا عاما يسعى إليه طرفا التفاوض ففي بعض الأحيان يتكون العقد النهائي من عمليات عديدة فنية أو قانونية أو أنه أي العقد النهائي مشوب بالتعقيد الفني والقانوني فيكون من الملائم حسم كل جزء أو كل مرحلة بعقد مستقل، وذلك للتوصل إلى تغطية شاملة للعلاقة بين الطرفين المتفاوضين والمثال على ذلك عقد توريد آلات ومعدات معينة يلحقه عقد تركيب وعقد تدريب وعقد توريد خبرة فنية أو حتى عقد إدارة، ففي مجال العقود الإدارية من الممكن أن تسفر مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية عن إبرام عقود جزئية سواء كانت تتعلق بعنصر من عناصر العقد النهائي أو كانت تنصب على عملية من العمليات المتتابعة، وهكذا فإن العقد الجزئي يحسم كل مرحلة معينة من مراحل المفاوضات العقدية، وذلك من خلال بلورة النقاط التي تم الاتفاق في المرحلة التي اتفق الأطراف إلى عدم العودة إلى مناقشتها مرة أخرى في المراحل التالية .

إن الآثار القانونية لهذه العقود الجزئية في القانون الخاص لا يختلف عن أثرها في القانون العام إلا ما يتصل بالطبيعة الخاصة لعقود القانون العام " العقود الادارية".

وعليه فإن العقد الجزئي هو عقد يمهّد لإبرام عقد واحد أو مجموعة من العقود بحيث يكون جزءاً لا يتجزأ من هذا العقد أو من تلك العقود، إلا أنه وعلى الرغم من أن العقد الجزئي صورة من صور الاتفاقيات التفاوضية فإن الأمر لا يقتصر على إلزام الطرفين بالتفاوض بحسن نية وإلزامهم باحترام ماتم الاتفاق عليه من مسائل خلال المفاوضات بل يثقل كاهلهم، كذلك بالالتزام عقدي بالاستمرار بالمفاوضات¹.

ولما كان للعقود الجزئية أهمية خاصة في مجال المفاوضات العقدية بشكل عام إلا أنها تثير العديد من المشكلات حول الآثار القانونية المترتبة عليها، وذلك يرجع إلى أن هذه العقود قد يتفق الأطراف على ربط مصيرها بالعقد النهائي وفي بعض الأحيان قد لا يوجد مثل هذا الاتفاق، وهنا تنثور الصعوبة حول تحديد آثار العقود الجزئية وفي بعض الأحيان يكون العقد الجزئي مرتبطاً بعقد واحد وقد يكون مرتبطاً بمجموع عقدي لذا فلا بدّ لنا من تسليط الضوء على الآثار القانونية المترتبة على العقد الجزئي لما لهذه الآثار من أثر كبير في بيان المسؤولية المترتبة على الإدارة عند إبرامها لمثل هذه العقود الجزئية في مرحلة المفاوضات.

¹- سبق أن أوضحنا أن الالتزام بالاستمرار بالمفاوضات هو التزام ببذل عناية، أي أن على الطرفين أن يلتزموا ببذل كل ما في وسعهما لأجل التوصل إلى الاتفاق فإذا لم يتم التوصل إليه على الرغم من الجهد المبذول من الطرفين اعتبر اتفاقهما الجزئي السابق لاغياً ، لمزيد من التفاصيل انظر د. محمد حسن قاسم ، الوجيز في نظرية الالتزام. المصادر. الأحكام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 1994م ، ص

ولتحديد آثار العقود الجزئية فإننا نرى أنها تتمثل في نطاق حالتين وهما:

الحالة الأولى: اتفاق الطرفين المتفاوضين على القوة القانونية الملزمة للعقد الجزئي.

الحالة الثانية: عدم اتفاق الطرفين على القوة القانونية الملزمة للعقد الجزئي.

الحالة الأولى: اتفاق الطرفين على القوة القانونية الملزمة للعقد الجزئي

هنا وفي هذه الحالة يحرص الطرفان المتفاوضان على تحديد القوة الملزمة للعقد الجزئي، وذلك إما من خلال اعتبار العقد الجزئي وحده كافياً لانعقاد العقد النهائي وإما أنه غير كافٍ، لذلك وسنقوم بتوضيح ذلك على النحو الآتي:

1. العقد الجزئي لا يكفي لانعقاد العقد النهائي

في هذه الحالة يتفق الطرفان على ربط مصير العقد الجزئي بالعقد النهائي بمعنى أن العقد الجزئي الذي توصل إليه الطرفان أثناء المفاوضات لا يكفي بحد ذاته لانعقاد العقد النهائي، وكذلك عدم ترتيب أي التزام عقدي إلا عند إبرام العقد النهائي وهذا يعني تجريد العقد الجزئي من آثاره المستقبلية وفاعليته المستقلة فلا يترتب عليه أي أثر إلا في حالة إبرام العقد النهائي، ويستوي في ذلك أن يكون العقد الجزئي مرتبطاً بعقد واحد أو بمجموع عقدي¹. وعليه فإن المسؤولية الإدارية في هذه الحالة تنحصر بالتزامها بالتفاوض بحسن نية ومايتفرع عن هذا المبدأ من التزامات كالاتزام بالاستمرار بالمفاوضات والالتزام بالتعاون.. إلخ إلا أن الإدارة لا تكون ملزمة بإبرام العقد الإداري بصيغته النهائية.

2. العقد الجزئي يكفي لانعقاد العقد النهائي

تمثل هذه الحالة اتفاق الطرفين على عدم تبعية العقد الجزئي للعقد النهائي، فإذا كان العقد الجزئي يشكل جزءاً من عقد نهائي واحد ففي هذه الحالة يعتبر الطرفان المتفاوضان أن العقد الجزئي كافياً بحد ذاته لانعقاد العقد النهائي بغض النظر عن عدم التوصل إلى حسم بعض المسائل التفصيلية محل الخلاف، وعليه فإن فشل المفاوضات حول العناصر الثانوية للعقد لا يمنع من إبرام العقد النهائي إذا تترك هذه المسائل الثانوية للاتفاق عليها فيما بعد، بحيث يكون الطرفان المتفاوضان وطبقاً لمبدأ سلطان الإرادة أن يعتبروا أن العقد النهائي قد تم إبرامه بمجرد

¹-لمزيد من التفاصيل راجع، يونس صلاح الدين ، العقود التمهيدية، مرجع سابق، ص 218-220.

الاتفاق على المسائل الجوهرية وأن عدم الاتفاق بشأن المسائل التفصيلية لا يمنع من انعقاد العقد إلا أنه يشترط في هذه الحالة أن يتفق الطرفان المتفاوضان على جميع المسائل الجوهرية اللازمة قانوناً لأنه إذا كان العقد الجزئي لا يشمل المسائل الجوهرية فإن العقد النهائي لا ينعقد حتى إن اتفق الطرفان على انعقاده¹.

وفي هذه الحالة يتجرد العقد الجزئي من أي أثر له حتى يتم إبرام العقد النهائي حتى إن اتفق الأطراف على اعتبار العقد الجزئي نهائياً فيما تضمنه.

وعلى هذا الأساس فإن العقد النهائي يعد منعقداً طبقاً لإرادة الطرفين، وذلك متى ما توافرت كل العناصر الجوهرية في العقد الجزئي على الرغم من عدم الاتفاق على المسائل التفصيلية إذ يمكن للأطراف اعتبار أنما التوصل إليه كافياً لانعقاد العقد النهائي.

وإذا كان العقد الجزئي يشكل جزءاً من مجموعة عقود وتوصل الطرفان أثناء المفاوضات إلى عقد جزئي حول أحد هذه العقود فبإمكان الطرفين المتفاوضين أن يجعلوا العقد نافذاً في هذه الحالة من دون انتظار إبرام باقي العقود.

وعليه فإن المسؤولية الإدارية في هذه الحالة هو التزام الإدارة بإبرام العقد النهائي مع المتفاوض مع الإدارة متى ما كان العقد الجزئي قد تضمن الإشارة إلى جميع المسائل الجوهرية للعقد الإداري محل التفاوض.

الحالة الثانية: عدم اتفاق الطرفين على القوة القانونية الملزمة للعقد الجزئي

في هذه الحالة تثار المشكلة الحقيقية، فالسؤال هنا هل يعتبر العقد الجزئي كافياً لانعقاد العقد النهائي أم لا؟ للإجابة على ذلك يجب أن نميز بين ما إذا كان العقد الجزئي يشكل جزءاً من عقد واحد أو جزءاً من مجموعة عقود.

1. العقد الجزئي يشكل جزءاً من مجموعة عقود

إذا كان التفاوض قائماً بين الطرفين حول مجموعة من العقود وتوصل الطرفان عن طريق عقد جزئي إلى إبرام أحد هذه العقود من دون الإشارة إلى قوته القانونية فهل هذا العقد يعد نافذاً في الحال أم أن نفاذه يعلق على إبرام باقي العقود؟ للإجابة عن ذلك نقول: إن إبرام أحد عقود المجموعة العقدية باعتباره عقداً جزئياً لا يمكن أن يؤدي إلى إبرام باقي عقود المجموعة العقدية لأنه لا بد من أن يكون هناك اتفاق صريح على جميع المسائل الجوهرية الخاصة بكل عقد على حدة وإذا كانت المجموعة العقدية تتكون من عقد رئيسي وآخر ثانوي فهنا يجب التفرقة بين حالتين الأولى هو ما إذا كان العقد الرئيسي هو الذي انعقد فيكون نافذاً رغم عدم إبرام العقد الثانوي لأنه بالإمكان الاستغناء عن الأخير بكل الأحوال فهو عقد داعم للعقد الرئيسي فقط من

¹-محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص 225.

دون أن يقوم بأي دور جوهري، أما بخصوص الحالة الثانية وهي حالة انعقاد العقد الثانوي هنا لا يكون هذا العقد نافذا إنما يكون معلقاً بل تابعاً للعقد الرئيسي ومرتبطة به وجوداً وعدمًا¹. وعليه ترى الباحثة إنه متى ما كان المجموع العقدي يتكون من عقود ليست متساوية في الأهمية فإن العقد الجزئي يرتب آثاره متى كان هو العقد الرئيسي، بمعنى أن المسؤولية الإدارية تترتب متى ما كان العقد الجزئي الذي أبرمته الإدارة في مرحلة المفاوضات هو العقد الرئيسي وهذا يعني أن المسؤولية الإدارية في هذه الحالة تكون عقدية.

2. العقد الجزئي يشكل جزءاً من عقد واحد

في هذه الحالة قد يتوصل الطرفان المتفاوضان في مفاوضاتهما إلى عقد واحد وإلى الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية اللازمة لإبرام هذا العقد إلا أنهم يختلفان على المسائل الثانوية ويحتفظان بها للاتفاق عليها في وقت لاحق مع عدم الاشتراط بأن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق عليها، فالسؤال هنا هل أن الاتفاق على المسائل الجوهرية يكفي بحد ذاته لانعقاد العقد النهائي أم أن هذا الاتفاق يبقى معلقاً على ماتوصل الطرفان المتفاوضان إلى اتفاق بشأن جميع المسائل المؤجلة (المسائل الثانوية) ؟

بالرجوع إلى القواعد العامة للعقود في القانون المدني نجد أن المشرع قد نص وبشكل صريح على أنه متى ما اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية في العقد وترك المسائل الثانوية إلى تفاوض لاحق أو اتفاق لاحق فيعتبر العقد قد تم مالم يتفق الطرفان على غير ذلك²، وعليه فإنه متى ما اتفق الطرفان المتفاوضان على جميع المسائل الجوهرية فيعتبر العقد الجزئي نهائياً وملزماً فيما تضمنه أما المسائل الثانوية التي لم يتوصل الطرفان المتفاوضان إلى اتفاق بشأنها في العقد الجزئي فإن هذا العقد ينطوي بشأنه على اتفاق تفاوض ضمني يلزم كلا الطرفين المتفاوضين بالتفاوض عليها لاحقاً، ذلك للتوصل إلى اتفاق بشأنها بحيث يلتزم الطرفان المتفاوضان بضرورة التفاوض بشأن تلك المسائل الثانوية وهذا التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة أي أن الطرفان يلتزمان بضرورة الدخول في مفاوضات من أجل حسم هذه المسائل الثانوية فإذا فشلت المفاوضات بشأن المسائل الثانوية فإن المحكمة هي التي تفصل بالموضوع حول تلك المسائل الثانوية طبقاً لأحكام القانون وطبيعة العقد وقواعد العرف والعدالة³.

¹-محمد حسين عبد العال ، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، مرجع سابق ، ص 153.

²-راجع المادة 34 من القانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001، يقابلها المادة 86 من القانون المدني العراقي والمادة 95 من قانون المدني المصري.

³-عبدالعزیز مرسي حمود الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض التعاقدی ، مرجع سابق ، ص58، يونس صلاح الدين ، العقود التمهيديّة ، مرجع سابق ، ص 225- 227.

المبحث الثالث

الآثار القانونية للمسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات

بما أن الإدارة العامة هي المخولة قانوناً بحماية المصلحة العامة وحماية الأفراد ومصالحهم الشخصية، معتمدة في ذلك على وسائل السلطة العامة المادية والقانونية، فإنها ومن أجل ذلك مسؤولة قانوناً عما تحدثته من أضرار للأفراد بسبب تدخلها في مجالات الحياة، ومنها يكون أساس مسؤوليتها سواء على أساس الخطأ أو المخاطر أو المساس بمبدأ المساواة أمام الأعباء العامة أو على أساس نظرية الإثراء بلا سبب، لذا فإن قيام المسؤولية يترتب عليه آثار عديدة كان من بين أهمها مسؤولية تحمل عبء التعويض عن الأضرار التي تحدثها نشاطاتها.

ولما كان التعويض هو الأثر الذي يترتب على المسؤولية سواء كانت عقابية أم تقصيرية فهو جزاء تلك المسؤولية متى ما توافرت شروطها فيلتزم المسؤول بتعويض المضرور لجبر الضرر الذي أصابه، حيث إن الحق في التعويض لا ينشأ من الحكم الصادر في دعوى المسؤولية وإنما ينشأ من العمل الضار فيترتب في ذمة المسؤول التزاماً بالتعويض من وقت تحقق شروط المسؤولية، ذلك لأن الحكم الصادر بالتعويض ليس إلا مقرر لهذا الحق وليس منشئاً له، أي الحكم الصادر في دعوى المسؤولية ليس هو مصدر الحق، وأن للحكم في المسؤولية دوراً في تدعيم وتعزيز وجود هذا الحق وتقديره. وحيث إن الغاية من إقرار مسؤولية الإدارة أو التعاقد معها في مرحلة المفاوضات هو لغرض إقامة نوع من التوازن المعقول بين مبدأ حرية التعاقد الذي لا يلزم الأطراف بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي وبين تقرير الحد الأدنى من الثقة والاستقرار والجدية في مرحلة التفاوض، وعليه فإخلال أي من طرفي المفاوضة بمبدأ حسن النية في التفاوض وما يترتب عليه من التزامات مكملة يقيم المسؤولية في مواجهة الطرف المخل، ووفقاً للقواعد العامة تقضي أحكام هذه المسؤولية إجبار المخل (المدين) على تنفيذ التزامه عيناً، غير أن هناك اتفاقاً فقهيّاً وقضائياً باستبعاد مثل هذا النوع من التنفيذ في مجال المفاوضات، وبالتالي ما على الطرف المتضرر (الدائن) إلا اللجوء إلى الطريق الثاني وهو إلزام المدين بالتنفيذ بمقابل أي عن طريق التعويض.

لذا فإن تعويض المضرور من خطأ الإدارة جزاءً لها على ارتكاب الخطأ الذي أحدث الضرر للمتفاوض مع الإدارة. ولما كان التعويض يخضع لقاعدتين دستوريتين، هما العدالة والمساواة، وأن مضمون قاعدة العدالة أن يكون التعويض الذي يمنح للمضرور عادلاً، أي يكون مساوياً لما لحقه من ضرر.

وحيث إن التعويض في مجال العقود الإدارية يتسم بطبيعة خاصة تختلف عن تلك المقررة في القانون الخاص كما يخضع تقدير الضرر وحدوده لإسـس معيـنة تختلف أيضا عن تلك المقررة في القانون الخاص وهذا يرجع إلى الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، لذا سوف نتناول في هذا المبحث دراسة طبيعة التعويض في المرحلة السابقة على التعاقد الإداري أي في مرحلة المفاوضات، وكذلك كيفية تقدير هذا التعويض وحدوده في مرحلة مفاوضات العقد الإداري، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول: طبيعة التعويض عند قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات.

المطلب الثاني: كيفية تقدير التعويض عند قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات.

المطلب الثالث: حدود التعويض الذي تلتزم به الإدارة عند قيام مسؤوليتها في مرحلة المفاوضات.

المطلب الأول

طبيعة التعويض عند قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات

بالاستناد إلى القاعدة العامة في القانون الخاص في إطار المسؤولية المدنية أن يكون تعويض المتضرر في حال ثبوت المسؤولية إما نقداً وإما عيناً على حسب الأحوال. إلا أن الأمر مختلف في نطاق المسؤولية الإدارية بشكل عام والتي يكون فيها التعويض دائماً نقدياً بحيث لا يتصور التعويض العيني.

ولما كان الأثر القانوني المترتب على قيام المسؤولية الإدارية سواء كانت مسؤولية تقصيرية أو مسؤولية عقدية ناتجة عن إخلال طرفي أحد طرفي العقد الإداري - جهة الإدارة أو المتفاوض معها - بأحد التزاماته الناجمة عن اتفاق التفاوض الصريح أو الضمني، فطبقاً للقواعد العامة للمسؤولية العقدية التي تقتضي بأن يجبر المدين على تنفيذ التزامه بشكل عيني متى كان ذلك ممكناً وغير مرهق، وإلا يلتزم بالتنفيذ بمقابل، أي عن طريق التعويض.

وحيث سبق أن بينّا أنه يترتب على اتفاق التفاوض أياً كانت صورته بين جهة الإدارة والمتفاوض معها يلزم طرفيه بجملة من التزامات خلال مرحلة التفاوض على إبرام العقد الإداري، وأهم هذه الالتزامات هو التزام التفاوض بحسن نية وما يتفرع عنه من التزامات أخرى كالتزام الإعلام والالتزام بالاستمرار بالمفاوضات والالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات وغيرها من الالتزامات. وكل ذلك بغرض التمهيد لإبرام العقد الإداري محل التفاوض، فإذا فشلت المفاوضات لإخلال أحد الأطراف بكل أو بعض هذه الالتزامات التفاوضية فهل يجوز إجباره على تنفيذ التزاماته بشكل عيني أم لا يجوز ذلك؟

وهل يجوز إجبار الجهة الإدارية المتفاوضة في حال ثبوت إخلالها بالتزاماتها الناجمة عن اتفاق التفاوض الصريح أو الضمني بينها وبين المتفاوض معها إلى تنفيذ تلك الالتزامات بشكل عيني؟ وهل أن طبيعة المفاوضات تستوجب في حال الإخلال الناجم عنها اللجوء إلى التنفيذ بمقابل أي بطريق التعويض عوضاً عن التنفيذ العيني؟

للإجابة عن هذه التساؤلات لا بدّ لنا من بيان المقصود بالتنفيذ العيني ومن ثم بيان مدى جوازه في حال الإخلال بالالتزامات الناشئة عن مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية، وذلك للوقوف على طبيعة التعويض عند قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات ومدى إمكانية التنفيذ العيني للالتزامات المترتبة على الإخلال بمفاوضات العقود الإدارية، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: مفهوم التنفيذ العيني.

ثانياً: مدى إمكانية التنفيذ العيني في مفاوضات العقود الإدارية.

أولاً : مفهوم التنفيذ العيني

طبقاً لما استقر عليه فقه القانون الخاص فإنه يقصد بالتنفيذ العيني هو أداء المدين عين ما التزم به إلى الدائن وهو النمط المثالي لإصلاح الضرر إذ يؤدي إلى إصلاح الضرر إصلاحاً تاماً وإعادة الحالة إلى ما كانت عليه¹، والغرض منه إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل حصول الفعل الضار، والمتمثل بقطع المفاوضات.

وحيث إن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينياً بحيث يتعين على المدين القيام به طواعية واختياراً وإلا فإنه يحق للدائن أن يجبر مدينه على ذلك عن طريق اللجوء إلى القضاء متى كان تنفيذ الالتزام ممكناً وغير مرهق للمدين²، أي أن للدائن الحق في مطالبة المدين بالتعويض العيني وإجبار المدين عليه، فإذا كان تنفيذ هذا الالتزام العيني غير ممكن أو غير ملائم إلا إذا قام به المدين نفسه، يجوز للدائن أن يحصل على حكم بإلزام المدين بهذا التنفيذ وبدفع غرامة إجبارية إن امتنع، وذلك طبقاً لنص المادة 213 من القانون المدني البحريني³، وفي حال إذا كان الالتزام المراد تنفيذه عينياً هو التزام بعمل ولم يقم المدين بتنفيذه، يجوز للدائن أن يطلب ترخيصاً من القاضي في تنفيذه على نفقة المدين إذا كان ذلك ممكناً.

وبما أن الأصل في تنفيذ الالتزام أن يكون عينياً، فإنه لا يجوز للدائن أن يطالب بالتنفيذ بمقابل إذا كان المدين مستعداً للتنفيذ العيني، أو لم يكن التنفيذ العيني مرهقاً له ففي هذه الحالة يجوز

¹ - بن أحمد صليحة ، آثار المسؤولية المدنية عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن نية ، بحث منشور في جامعة قاصدي مرباح ورقلة ، العدد العاشر 2014م ، الجزائر ، ص 117 .

² - رجب كريم عبد الله ، التفاوض على العقد ، مرجع سابق ، ص 616 .

³ - مرسوم بقانون رقم 19 لسنة 2001 - الجريدة الرسمية العدد 2476 ، البحرين الصادرة بتاريخ 9 مايو 2001م .

للقاضي أن يقضي بالتنفيذ العيني وبغض النظر عن طلب الدائن ولا يعتبر منه حكماً بغير ما طلب الخصوم أو بأكثر مما طلب.

وتطبيقاً على ذلك وفي نطاق المفاوضات العقود الإدارية فإذا لم يقدّم المتفاوض بتنفيذ التزامه اختياريّاً، أي أنه أخلّ بالتزامه بالتفاوض بحسن نية، وذلك برفضه الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها رغم أذاره فهل يجزي إجباره بالدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها؟ وهذا ماسوف نجيب عنه هنا.

ثانياً: مدى إمكانية التنفيذ العيني في مفاوضات العقود الإدارية

بعد أن أوضحنا مفهوم التنفيذ العيني للالتزام في مجال المسؤولية العقدية عموماً يبقى السؤال هنا هو هل يجوز اللجوء إلى التنفيذ العيني في حال الإخلال في الالتزامات المترتبة عن المفاوضات في العقود الإدارية؟

بالرجوع إلى القواعد العامة في القانون الخاص نجد أن فقهاء القانون الخاص يكاد يجمعون على أن هناك التزامات تفاوضية كالالتزام بالدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها لا يمكن تنفيذها بشكل عيني جبراً عن المدين في حال امتناعه عن تنفيذها بشكل طوعي حتى لو لم يكن تنفيذها مرهقاً أو مستحيلاً، ومرد ذلك أن تنفيذ الالتزام العقدي بالتفاوض أو الاستمرار فيه يتطلب تدخل المدين المتفاوض شخصياً فإذا كان رافضاً تنفيذ هذا الالتزام فلا يمكن إجباره، وذلك لأنه فيه مساس بحريته الشخصية وهو ما لا يجوز إعمالاً للقاعدة الأصولية القاضية بأنه لا يُكره المرء على فعل ما لا يريد¹.

هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن مثل ذلك الإجبار على تنفيذ الدخول بالمفاوضات أو الاستمرار فيها جبراً يعد أمراً عبثياً غير مجد لأن التفاوض بطبيعته يقتضي تعاوناً حقيقياً بين طرفيه وهو ما لا ينتظر من شخص مجبر على التفاوض، ومن ثم فإن التفاوض الذي يجيء على هذا النحو سيؤول بالفشل لا محالة².

وعلى هذا النحو فلا يمكن إجبار المتفاوض على تنفيذ التزامه بالدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها بشكل عيني في مجال مفاوضات العقود في القانون الخاص وعدم جواز ذلك أيضاً في مفاوضات العقود الإدارية، فإذا كان المتفاوض في مجال عقود القانون الخاص لا يجبر على تنفيذ التزامه في الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها فمن باب أولى عندما يتعلق الأمر بإخلال جهة الإدارة بالتزاماتها التفاوضية في مواجهة المتفاوض معها لأن الأصل المستقر

¹- عبدالعزيز المرسى حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ، مرجع سابق ، ص 89 .

²- محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، مرجع سابق ، ص 85 .

عليه في فقه القانون العام وقضائه هو عدم جواز التنفيذ العيني في مواجهة الإدارة بحيث لا يستطيع القاضي أن يحكم في مواجهة الإدارة حال قيام مسؤوليتها إلا بالتعويض النقدي فقط وحيث إن الطبيعة القانونية للتعويض في نطاق المسؤولية الإدارية تكون نقدياً دائماً بحيث لا يتصور التعويض العيني في نطاق المسؤولية الإدارية¹.

والسبب في ذلك يرجع إلى أن إجبار القاضي للإدارة على التنفيذ العيني يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات والذي يقتضي باستقلال الإدارة عن القضاء بحيث لا يجوز للقاضي إعطاء أمر للإدارة للقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا بالإضافة إلى أن السماح بالتعويض العيني سيؤدي إلى التضحية بأعمال من شأنها تحقيق الصالح العام من أجل تحقيق نفع فردي خاص بالمضرور من النشاط الإداري².

إذ لا يكون أمام القاضي الإداري إلا الحكم بالتعويض النقدي، وعلى هذا الأساس فلا يجوز إجبار الإدارة على تنفيذ التزامها بالدخول في التفاوض أو الاستمرار فيه مع المتفاوض معها لأن التنفيذ الجبري يعد أحد امتيازات الأجهزة الإدارية في مواجهة المتعاملين معها وليس العكس، كما لا يجوز أيضاً إجبار المتفاوض مع الإدارة على الدخول في مفاوضات أو الاستمرار فيها لعدم جدوى ذلك على النحو الذي بيناه.

ولما كانت القاعدة العامة في مجال المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالتزامات المتفاوضين تقضي بعدم جواز التنفيذ العيني جبراً للالتزام بالدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها، إلا أن هناك التزاماً تفاوضياً يقبل بطبيعته التنفيذ العيني جبراً عن المدين به وهذا الالتزام هو المحافظة على الأسرار فهذا الالتزام تحديداً يمكن إجبار المدين به على تنفيذه جبراً بشكل عيني بحيث إذا قام المتفاوض باستغلال المعلومات التي اطلع عليها أثناء المفاوضات الخاصة بالتفاوض الآخر، فإنه يحق للمتفاوض الآخر أن يلجأ إلى القضاء لاتخاذ الإجراءات القضائية المناسبة لمنع هذا المتفاوض من تحقيق ذلك، فمتى ما تمكن المتفاوض من استغلال هذه المعلومات بالفعل فإنه يحق للمتفاوض الآخر - صاحب المعلومات - إجباره على عدم الاستمرار فيه، وذلك باستصدار حكم من القضاء بإغلاق المنشأة التي تم فيها هذا الاستغلال المخالف، ومن دون الإخلال بحق المتفاوض المتضرر في المطالبة بالتعويض³.

¹- عبدالعزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية الإدارية ، مرجع سابق ، ص 235 .

²- سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، دار الفكر العربي 1968م ، ص 277.

³- رجب عبد الله ، التفاوض على العقد ، مرجع سابق ، ص 619 .

فإذا كان يجوز إجبار المتفاوض مع جهة الإدارة على تنفيذ التزامه بشكل عيني جبراً عنه، فالسؤال هنا يُثار بشأن مدى جوازية إجبار الجهة الإدارية بتنفيذ هذا الالتزام بشكل عيني جبراً عنها وفي ظل قاعدة عدم جواز اتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري في مواجهة الإدارة ؟

وترى الباحثة أن قاعدة عدم جواز التعويض العيني حال قيام المسؤولية الإدارية تسري على جميع الالتزامات الناشئة في مرحلة المفاوضات فلذا لا يجوز إجبار جهة الإدارة على تنفيذ التزامها بالمحافظة على ماتطلع عليه من أسرار المتفاوض معها أثناء عملية التفاوض بشكل عيني جبراً عنها؛ لأنه من غير المتصور استصدار أمر من القضاء بغلق مرفق أو المنشأة العامة التي استغلت تلك الأسرار لمجافة ذلك، لقاعدة عدم جواز اتخاذ إجراءات التنفيذ العيني الجبري في مواجهة الجهات الإدارية ففي مثل هذه الحالة يقتصر الأمر على أن يحكم على الإدارة بتعويض- وهو أساس في المسؤولية الإدارية - المتفاوض المتضرر ما لحق به من أضرار من جراء ذلك، أي اللجوء إلى التعويض المالي مالم يكن استغلال تلك الأسرار عن طريق الغير أي ليس عن طريق الإدارة مباشرة وهنا يكون فقط اتخاذ إجراءات التنفيذ العيني الجبري في مواجهة الغير مع الرجوع إلى الإدارة بالتعويض في الحالة التي تكمن فيها الغير من استغلال تلك الأسرار التي اطلع عليها أثناء عملية التفاوض بالنتيجة الخطأ الإدارة المتضرر¹.

¹-شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة و المسؤولية الناجمة عن الاخلال بها في النظام القانوني المصري ، مرجع سابق ، ص 169.

المطلب الثاني

كيفية تقدير التعويض عند قيام المسؤولية الإدارية في مرحلة المفاوضات

إذا تحققت المسؤولية الإدارية فإن جزاءها هو التعويض، الذي يهدف إلى جبر الضرر الواقع سواء كانت المسؤولية قائمة على أساس الخطأ أو قائمة من دون خطأ أي على أسباب المخاطر أو تحمل التبعة. ويخضع هذا التعويض إلى سلطة القاضي متى ما انتفى الاتفاق بين الإدارة والمتفاوض معها على تقديره.

وقد ذهبت المحكمة الإدارية العليا وهي بصدد تحديد أسس ومعايير يتم على أساسها تقدير التعويض عن الأضرار التي تسببها الإدارة، وحيث إنه ومن المتفق عليه في المبادئ الإدارية فقهاً وقضاءً أنه يراعى في تقدير التعويض، الرجوع إلى القواعد المدنية الخاصة بتقدير التعويض، وذلك للاسترشاد بها مع الأخذ بنظر الاعتبار الروابط الإدارية من أوضاع ومسوغات الصالح العام المتعلقة بالمرفق العام والمصلحة العامة.

حيث يخضع القاضي الإداري في تقديره للتعويض إلى القواعد العامة مع وجوب أن يكون التعويض كاملاً وشاملاً للأضرار المادية والأدبية التي لحقت بالمضرور هذا بالإضافة إلى أن العبرة في تحديد مقدار التعويض هو بوقت صدور الحكم به والعبرة من ذلك تكمن في أن الإجراءات القضائية قد تطول أحياناً لمدة قد تكون فيها قيمة العملة النقدية قد انخفضت رسمياً أو فعلياً وهو ما من شأنه أن يحمل المضرور أمراً لا دخل له فيه.

وفيما يأتي سنتناول القواعد التي يجب على القاضي الإداري الالتزام بها عند تقدير التعويض:

أولاً: كمال وشمول التعويض.

ثانياً: تقبيل وتقدير القاضي للتعويض

ثالثاً: تقدير القاضي للتعويض يكون في تاريخ الحكم به.

أولاً: كمال وشمول التعويض

لما كانت القاعدة العامة في التعويض القضائي هي أن يكون التعويض كاملاً، أي أن يشمل مالحق الضرر من خسارة بسبب أعمال الإدارة العامة ومافاته من كسب، أي أن الضرر لا يتحمل إي نسبة من الضرر مادام لم يثبت مساهمته في إحداثه وهذا مبدأ مشترك بين القانونين المدني والإداري¹.

إلا أن السؤال هنا هل يجوز التعويض عن فوات الفرصة في مرحلة المفاوضات ؟

يرفض البعض فكرة التعويض عن فوات الفرصة في مرحلة المفاوضات، وذلك تأسيساً على أن المتفاوض إذا عرضت عليه صفقة رابحة فإنه يحتفظ بحقه الكامل في الانسحاب من المفاوضات وعليه إذا استمر في المفاوضات فهو بهذه الحالة يسعى إلى عرض أفضل، وبالتالي فهو بذلك يضارب وعليه أن يتحمل ذلك وحده ولا يعوز عن الفرصة التي ضاعت منه، إلا أنه ووفق المفهوم الحديث للمفاوضات سواء كانت مفاوضات عقديه أم لا فإن حرية المتفاوض ليست مطلقة في العدول فقد يجد المتفاوض نفسه ملزماً بالاستمرار بالمفاوضات وفق مبدأ حسن النية فعلى المتفاوض أن لا يلتفت إلى أي فرصة أخرى سنحت له، فإذا قطع المتفاوض الآخر المفاوضات ومن دون مبرر مشروع فقد يضيع على الطرف الآخر المتفاوض معه إحدى هذه الفرص وهنا يستحق المتفاوض المتضرر التعويض عن هذه الفرصة التي ضاعت منه.

وعليه فإننا نرى ضرورة التفرقة بين فرضين عند تقدير تعويض عن فوات الفرصة في مرحلة المفاوضات وهما:

الفرض الأول: تعويض فرصة إبرام العقد النهائي

اتجهت بعض أحكام القضاء إلى استبعاد التعويض عن فقد أو ضياع الفرصة، وذلك بالاستناد إلى أن التعويض هنا يتعارض مع طبيعة المفاوضات فهي تشكل مرحلة تمهيدية تحضيرية لإبرام العقد النهائي بالنتيجة فإن احتمال إتمام هذا الأمر وإبرام العقد النهائي تتساوى مع احتمال عدم إبرام العقد بمعنى أن التعاقد يكون دائماً في دائرة الافتراض أو الاحتمال فكيف يتم التعويض مع عدم وجود الفرصة الجادة أو المحققة ؟ فعدم جدية الفرصة يعني أن الضرر احتمالي وغير مؤكد وبالتالي لا يجب العويض عنه إلا أننا نرى ضرورة أن تترك هذه المسألة لتقدير القاضي ليقدر كل حالة على حدة بحيث إذا ظهر من الظروف أن المفاوضات كانت قد شارفت على نهايتها ودخلت مرحلة حاسمة أي أن الأطراف وصلوا إلى نقطة اللاعودة، فإن قطع المفاوضات في هذا

¹- عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة، المسؤولية الإدارية، مرجع سابق، ص 240.

الوقت ومن دون مبرر مشروع وفي ظل وجود فرصة حقيقية ومؤكدة لإبرام العقد النهائي فيعد هذا ضرراً يستوجب التعويض عنه.

الفرض الثاني: تفويت فرصة إبرام عقد بديل

في هذه الحالة من الممكن التعويض إلا أن صعوبة هذا الفرض يكمن في إثبات المتفاوض المتضرر إن كان سيتترك تعاقدًا مؤكداً بدلاً للعقد الذي كانت تدور بشأنه المفاوضات بمعنى لو لم يدخل في المفاوضات مع الطرف الآخر الذي قطع المفاوضات من دون سبب معقول 1.

أن يكون التعويض شاملاً، أي أن التعويض يشمل الضرر المادي والأدبي الذي أصاب المضرور، باعتبار أنهما يشكلان عنصر الضرر محل التعويض، بحيث يغطي التعويض الضرر المادي تماماً، أما الضرر المعنوي الأدبي فيكون التعويض عنه رمزياً حيث إنه لا يقوم بالمال، لذا فالمحكمة عندما تقضي بالتعويض عن الضرر الأدبي المادي فهي تقدره في صورة مبلغ إجمالي من دون تحديد للقدر الذي يخص كل نوع من الضرر مادامت المحكمة قد ناقشت كل عنصر من عناصر الضرر على حدة وبينت وجه أحقية أو عدم أحقية طالب التعويض فيه 2.

ثانياً: تقييد وتقدير القاضي للتعويض

- تقييد القاضي بطلبات المضرور

لما كان من المسلم به أن يتقيد القاضي بطلبات الخصوم فلا يجوز له أن يقضي بأزيد مما طلبوه بمعنى أن التعويض يجب أن يكون في حدود ما طلبه المضرور وأن لا يتجاوزه، حيث لا ينبغي على القاضي الحكم بتعويض لم يذكره المضرور في لائحة دعواه، وحيث إن التعويض الإداري يكون عن الضرر المادي والأدبي ويكون شاملاً لعنصري الضرر أي الخسارة القائمة والكسب فانت إلا أن القاضي لا يقضي بذلك إلا في حدود طلبات الخصوم بحيث لا يجوز تجاوزها.

فإذا كان من المسلم به أن التعويض الإداري يكون شاملاً للضرر المادي والأدبي وشاملاً لعنصري الضرر عن الخسارة القائمة والكسب الفائت، إلا أن القاضي لا يقضي بذلك إلا في حدود طلبات الخصوم بحيث لا يجوز تجاوزها.

وعليه فإذا طالب المضرور بتعويض عن ضرر مادي أصابه بسبب العمل غير المشروع، فلا يمكن للقاضي سوى أن يقضي له به من دون أن يملك الحكم بتعويض كامل للضرر المادي والأدبي معاً حتى لو كان الضرر الأخير كاملاً.

1- أم كلثوم صبيح محمد ، المفاوضات الممهدة للتعاقد ، بحث منشور في كلية القانون الجامعة المستنصرية مرجع سابق، ص 313

2-وما استقرت عليه أحكام المحكمة الإدارية العليا بمصر انظر الطعن رقم 527،496 / 34 ق، جلسة 1991/3/19 م .

ويسري هذا الحكم على التعويض عن الخسارة القائمة والكسب الفائت، حيث يتقيد القاضي بطلبات الخصوم بشأنها فلا يجوز له الحكم بتعويض عن كسب فائت في حين أن المضار لم يشر إليه في لائحة دعواه أو مذكراته الختامية، لما في ذلك قضاء بأزيد مما طلبه الخصوم. كما لا يجوز للمضرور إذا أغفل المطالبة بتعويض عن الضرر الأدبي أمام محكمة القضاء الإداري أو الدائرة الإدارية في المحكمة الكبرى المدنية بحسب الأحوال في لائحة دعواه أو مذكراته الختامية المطالبة به في طعنه على الحكم أمام المحكمة الإدارية العليا أو محكمة الاستئناف بحسب الأحوال، وذلك لأن المحكمة العليا لا تعدو أن تكون محكمة طعن تحكم المطعون فيه من حيث صحة ما فصل فيه من طلبات الخصوم، بحيث لا يجوز إبداء طلبات لأول مرة أمامها لم يسبق إثارتها أمام محكمة أول درجة.

كما ذهب بعض الفقه في هذا الشأن إلى أنه لا يجوز للقاضي تجاوز طلبات الخصوم والقضاء لهم بأزيد منها بحجة أن المضرور طرف ضعيف أمام الإدارة، أو أنه غير مُلم بمبادئ القانون، وأن القاضي هو الذي يوجه الإجراءات في المنازعات الإدارية، لأنه أي كان وضع القاضي فهو ليس مكتباً للاستشارات القانونية يشير على المتقاضين بما لم يطلبه¹. وهذا أمر منطقي حيث إن ما لم يطلبه المدعي صراحة في لائحة دعواه أو مذكراته الختامية قد يحمل معني التنازل الضمني عنه ومن ثم فلا يجوز للقاضي أمام هذا الافتراض أن يقضي بتلك الطلبات في حين أنه لم يطلبها المدعي وهو الأدرى بمصلحته، حيث يعد ذلك تجاوزاً من القاضي لحدود صلاحياته.

- تقدير القاضي للتعويض بقدر الضرر

أي أنّ على القاضي أن يتحرى في حُكمة ألا يفوق التعويض قدر الضرر حتى لا يتحول هذا التعويض إلى وسيلة لإثراء المضرور بلا سبب، وكما يدفع الضرر عن المضرور كاملاً فلا يجوز له أن ينزل بالتعويض عن الحد اللازم لإصلاح وجبر الضرر، أما إذا وقع الضرر لخطأ مشترك بين الإدارة والمضرور فإن القاضي عند تقدير التعويض يتعين عليه أن ينزل منه قدرًا يتناسب مع مساهمة المضرور في وقوعه²، وقد قضى في هذا الشأن بأنه " يتعين عند تقدير التعويض تقصي وجود الخطأ المشترك وأثره ... من حيث إن المدعي ارتكب ذنباً إدارياً جسيماً أدى إلى إحالته إلى المحاكمة التأديبية فشارك بخطئه في تهيئة الفرصة لصدور القرار المعيب، الذي يطلب التعويض عنه، فإنه يخلص من ذلك أن الحكم المذكور قد خالف القانون، بأن أغفل تطبيق قاعدة الخطأ المشترك، وذهب على خلاف الواقع إلى أن الخطأ جميعه قائم في جانب جهة الإدارة وحدها ومن ثم إلزامها بالتعويض كاملاً عن الضرر، بينما كان يتعين ينزل بمقدار

¹ مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، من دون ذكر جهة النشر - سنة 1966 - ص 1008.

² - عبدالعزيز بالمنعم خليفة، المسؤولية الإدارية، مرجع سابق، ص 244.

التعويض بما يقابل خطأ المدعي"¹. حيث يتعين هنا خصم جزء منه يتناسب مع درجة مساهمة المضرار في وقوع الضرر. وعلى هذا النحو فلا يجوز الحكم بتعويض عن ضرر تم تداركه، كما لو قامت الإدارة بتنفيذ الحكم الصادر ضدها ببطلان تصرفها المتمثل في قرار النقل والذي ألحق ضرراً أدبيا بالمدعي، حيث يكون هذا التنفيذ بمثابة جبر لهذا الضرر، الأمر الذي لا يجوز معه للمدعي المطالبة بتعويض عنه. لما في ذلك من إثراء للمضرور على حساب المسؤول بلا سبب².

ومن الجدير بالذكر هنا هو وجوب أن يكون التعويض بمقدار الضرر فلا يجوز للطرف المتضرر أن الحصول على تعويضين عن ضرر واحد وأن تعدد المسؤولين ولهذا في الأحوال التي يباح بها الجمع بين مسؤولية الموظف ومسؤولية الدولة فلا يجوز للمتضرر أن ينال سوى تعويض واحد³.

ثالثاً: تقدير القاضي للتعويض في تاريخ الحكم به

والعبرة في تقدير التعويض تكون في يوم صدور الحكم بالتعويض وليس بيوم وقوع الضرر⁴، هذا حتى لا يتأثر المدعي أو المضرور من تأخر الفصل في الدعوى بسبب تغير الأوضاع الاقتصادية، كارتفاع الأسعار في الفترة مابين وقوع الضرر وصدور الحكم في الدعوى، الأمر الذي يؤدي إلى انخفاض القدرة الشرائية للنقود، وحيث إن الأصل أن يكون حكم القاضي بالتعويض قطعياً متى صار نهائياً بحث لا يجوز للمضرور المعاودة إلى المطالبة بزيادة التعويض بعد فترة مالم يحتفظ القاضي بحق المضرور في المطالبة بإعادة النظر في تقدير التعويض خلال مدة معينة، وذلك إذا استوجبت ظروف الدعوى هذا الأمر⁵.

¹- المحكمة الإدارية العليا ، جلسة 1974/0/29 ، الموسوعة الإدارية الحديثة ، ج 23 ، ص 110
²-يراجع في ذلك حكم المحكمة الإدارية العليا ، الطعن رقم 1820 لسنة ق 30 – جلسة 1992/5/24.
³-محمد عبد الواحد الجميلي – قضاء التعويض – مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية – دار النهضة العربية- 1995م، ص 554.
⁴-وسام صبار العاني ، القضاء الإداري، مكتبة السنهوري ، الطبعة الأولى بغداد 2015م، ص 346 .
⁵-عبد العزيز عبد المنعم خليفة ، المسؤولية الإدارية مرجع سابق ، ص 246.

المطلب الثالث

حدود التعويض الذي تلتزم به الإدارة عند قيام مسؤوليتها في مرحلة

التفاوض

يترتب على تحقق المسؤولية تعويض الشخص المتضرر، وذلك لجبر ما لحق به من خسارة بسبب المصاريف التي تكبدها وأنفقها من أجل إنجاح المفاوضات، وحيث إن المبدأ العام الذي يحكم التعويض هو تساويه مع الضرر الناجم الذي يتمثل في الخسارة المحققة أو الكسب الضائع أي ما لحقه من خسارة ومافاته من كسب، فبالنسبة إلى الشق الأول المتمثل بالخسارة المحققة فلا خلاف بأن المتضرر في العقود الإدارية في المرحلة السابقة على التعاقد من حقه أن يعرض عن جميع الخسائر التي لحقت به بسبب عدم التعاقد أما فيما يتعلق بالشق الثاني المتعلق بالمكسب الضائع أو الفائت فإنه من الصعب تقبله في كل حالات المسؤولية قبل التعاقدية لأنه لا يمكن أن نرتب أثراً على عقد لم يبرم بعد أي الكسب المراد تعويضه هو ما كان يأمل المتضرر تحقيقه من وراء إبرام العقد فإن الناتج أو المكاسب التي كان ينتظر تحقيقها بعد إبرام العقد ليس هناك مجال لتعويضها¹. إلا أنه توجد حالات من المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد قد يعرض فيها المتضرر عن المكسب الضائع بالإضافة إلى الخسارة المحققة، وهذه في الحالات التي تكون فيها المسؤولية عقدية أي عندما نكون أمام اتفاق بين الأطراف توافرت له صفة العقد يشكو أحد أطرافه من خطأ الطرف الآخر أو تقصيره في مرحلة المفاوضات². هنا يثار التساؤل حول أهم الأضرار التي يمكن التعويض عنها عند الإخلال بمفاوضات العقود الإدارية؟ للإجابة عن هذا التساؤل لا بدّ لنا من الرجوع إلى قواعد القانون الخاص التي تحكم تلك المسألة حيث يرى بعض فقهاء القانون الخاص ويؤيده في ذلك جانب من فقه القانون العام إلى أنه ليس كل الأضرار التي تحدث جراء الإخلال بأي التزامات تفاوضية تكون محلاً للتعويض عنها بل إن هناك أضراراً تقبل بطبيعتها التعويض عنها خلال مرحلة المفاوضات وأهم الأضرار هي: نفقات التفاوض، ضياع الوقت، تفويت الفرصة، عدم تنفيذ عقود أخرى أبرمت مع الغير استناداً إلى العقد محل التفاوض، وسنتناول تلك الأضرار على النحو الآتي:

أولاً: الأضرار الناتجة عن نفقات وضياع الوقت في التفاوض.

ثانياً: الأضرار الناجمة عن تفويت الفرص الضائعة وعن عدم تنفيذ عقود أخرى.

ثالثاً: التعويض عن الأضرار الأدبية.

¹-د. مصطفى محمد جمال ، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، الطبعة 1 ، منشورات الحلبي 2002م ، ص 249-250 .
²-د. محمد عبدالظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد ، من دون ذكر جهة النشر ، 2001-2002م ، ص 109-110.

أولاً : الأضرار الناتجة عن نفقات التفاوض وضياح الوقت

- الأضرار الناتجة عن نفقات التفاوض

تشكلُ نفقات التفاوض أولى الأضرار التي يتحملها المتفاوض المتضرر بسبب فشل المفاوضات من جراء إخلال المتفاوض الآخر بكل أو بعض التزاماته. حيث تتمثل نفقات التفاوض فيما يتحمله المتفاوض المتضرر في سبيل الإعداد للعقد محل التفاوض مثل نفقات الرسومات وإعداد الدراسات التمهيدية والتصاميم والنماذج، كذلك نفقات السفر والإقامة والتنقل وغيرها من الأمور التي تقتضيها عملية التفاوض. كل هذه النفقات تعد خسائر حقيقية للمتفاوض المتضرر يتعين على المتفاوض المسؤول عن فشل المفاوضات تحملها، طالما توافرت علاقة السببية بين الخطأ والضرر¹، إلا أنه يجب عدم الاعتداد بالنفقات الباهضة والمبالغة فيها التي تتجاوز الحد المألوف في نفقات التفاوض بحيث لا يسأل المتفاوض المخطئ إلا عن النفقات التي تمت في الحدود المعقولة باعتبارها أضراراً حقيقية ومتوقعة أثناء التفاوض².

وتطبيقاً على ذلك في مجال مفاوضات العقود الإدارية فإن التعويض عن الأضرار الناجمة، فإن نفقات المفاوضات التي يتكبدها أحد المتفاوضين - جهة الإدارة أو المتفاوض معها - بسبب إخلال المتفاوض الآخر بالتزاماته الناتجة عن اتفاق التفاوض الصريح أو الضمني تنسم بضامتها بالمقارنة مع التعويض في العقود المدنية وهذا راجع إلى ضخامة المشاريع التي تكون الإدارة طرفاً فيها كعقد المشاركة بين القطاع العام والخاص وعقود البوت حيث يقوم المستثمر الراغب في التعاقد مع الإدارة بإعداد عطائه بما يتناسب مع ما أوردته الإدارة في كراسة الشروط من مواصفات مما يستدعي ذلك عند إعداد المستثمر لدراسة الجدوى الاستعانة ببيوت الخبرة المتخصصة في مجال المشروع الذي تطرحه الإدارة بالإضافة إلى إعداد التصاميم والنماذج والرسومات، وهو ذات الأمر الذي تقوم به الإدارة من خلال الاستعانة بمستشارين للمشروعات التي ترغب جهة الإدارة إبرام عقد مشاركة أو أحد عقود البوت بشأنها، وكذلك إعداد كراسة الشروط والمواصفات على نحو تشجيع المستثمرين على التعاقد لتنفيذ العقد الإداري محل التفاوض، مما يستوجب تعويض الإدارة أو المتفاوض معها عما يتكبده من نفقات في حال فشل المفاوضات بسبب الآخر.

¹- عبدالعزيز مرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابق التعاقدية، مرجع سابق، ص 96.

²حسام الدين كامل الأهواني - المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية، مرجع سابق، ص 12.

- الأضرار المترتبة عن ضياع الوقت

يُعدُّ ضياع الوقت من أهم الأضرار التي تلحق بالتفاوض بحيث يتعين التعويض عنها متى قام الدليل عليه، ولما كان الوقت الضائع الواجب التعويض عنه قد يسغرق أياماً أو شهوراً لذا فمن النادر جداً تحديد العناصر المادية التي تحدد مقدار الضرر الناجم عن ضياع الوقت وهنا فلا مناص أمام القاضي من أن يقدر الضرر بشكل جزافي طبقاً لقواعد العدالة وبالقدر اللازم الذي يجبر المتفاوض من الضرر الذي لحق به. وحيث إن مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية قد تستغرق وقتاً طويلاً وخاصة في العقود البوت وعقود المشاركة، وذلك لكون إجراءات الطرح والتسرية وما يتخللها من حوارات تنافسية ومفاوضات مع المستثمرين المؤهلين فنياً بشأن استيضاح عناصر عطاءاتهم الفنية والمالية، وكذلك التفاوض مع صاحب العطاء الفائز المقترن بتحفظ للنزول عن تحفظاته إلى مستوى سعر السوق، وغير ذلك من الأمور التي قد يطول أمد المفاوضات مما يستوجب التعويض عن ضياع هذا الوقت في حال فشل المفاوضات أو قطعها من دون سبب معقول يبرر ذلك سواء كان ذلك بسبب جهة إدارية أو المتفاوض معها¹.

ثانياً الأضرار الناجمة عن تفويت الفرص الضائعة وعن عدم تنفيذ عقود أخرى

- الأضرار عن تفويت الفرص الضائعة

يقصد بتفويت الفرصة هو الحرمان من فرصة جادة وحقيقية لتحقيق كسب احتمالي²، ولما كان تفويت الفرصة من الأضرار المتوقعة في مرحلة التفاوض اذ يؤدي فشل المفاوضات جراء خطأ أحد طرفي عملية التفاوض بالتزاماته خلال التفاوض إلى حرمان المتفاوض الآخر من فرصة حقيقية وجادة لتحقيق كسب احتمالي يتمثل في إبرام العقد محل التفاوض أو إبرام عقد بديل مع الغير، وعلى الرغم من أن فرصة إبرام العقد محل التفاوض أمراً احتمالياً غير مؤكد لا يستوجب التعويض إلا أن تفويتها بقطع المفاوضات أو إفشالها من دون سبب جدي أو مبرر مشروع يعد ضرراً مؤكداً وحالاً يستوجب التعويض وهذا ما يسلم فيه فقه وقضاء القانون الخاص من وجوب تعويض المتفاوض المتضرر من جراء فشل المفاوضات بسبب المتفاوض الآخر عن حرمانه من فرصة إبرام العقد محل التفاوض أو عقد آخر بديل بشرط أن تكون الفرصة جادة وحقيقية وخاصة

¹- فؤاد محمد موسى، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية، مرجع سابق، ص 84.
²- إبراهيم دسوقي أبو الليل، تعويض تفويت الفرصة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، 1986م، العدد الثاني، ص 81 والعدد الثالث، ص 145.

عندما تكون المفاوضات قد وصلت إلى مراحل متقدمة تنبئ بقرب إبرام العقد وتحقيق الكسب منه بحيث يتعين التعويض عن تفويتها على المتفاوض¹.

وتطبيقاً على ذلك في مفاوضات العقود الإدارية نجد أن تعويضاً عن ضياع الفرصة يكتسب أهمية أكبر وذلك نظراً إلى الطبيعة الخاصة للعقود الإدارية وإجراءات إبرامها فقد يحدث في الواقع العملي أن تنتهي إجراءات المناقصة على سبيل المثال بنجاح ويتم ترسية العقد على صاحب العطاء الأفضل شروطاً والأقل سعراً ومن ثم تقوم الجهة الإدارية بإلغاء إجراءات الطرح الأمر الذي يترتب عليه تفويت فرصة التعاقد على صاحب العطاء الأفضل وهذا ما أكدته اللائحة التنفيذية في المادة 79 لقانون المشاركة رقم 67 لسنة 2010 المصري والتي نصت على: (لا يرد التأمين المؤقت إذا قام مقدم العطاء بسحب عطائه بعد تسليمه للجهة الإدارية أو إذا لم يقدم صاحب العطاء الفائز التأمين النهائي خلال الموعد المحدد في خطاب إسناد عقد المشاركة، وفي هذه الحالة يجوز إسناد العملية لصاحب العطاء الذي يليه الترتيب أو إلغاء الطرح بالتنسيق مع الوحدة، وذلك دون إخلال بحق الجهة الإدارية في الرجوع على صاحب العطاء الفائز)، ولا شك في أن التعويض هنا ينصرف إلى تفويت فرصة التعاقد مع صاحب أفضل العطاءات فنياً ومالياً، وكذلك فرصة التعاقد مع صاحب العطاء الذي يليه جراً خطأ صاحب العطاء الفائز مما يستوجب جهة الإدارة إعمالاً لصريح نص القانون وكذلك إعمالاً للقواعد المستقرة بشأن التعويض عن ضياع الفرصة والذي يعد أمراً محققاً ومؤكداً.

وهنا وقياساً على ما استقر عليه فقه القانون الخاص فإن تقدير هذا التعويض تعبير من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها القاضي من دون معقب على ضوء الظروف والملابسات المحيطة بمرحلة المفاوضات والمدى الذي وصلت إليه.

- الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ عقود أخرى

قد يقوم أحد المتفاوضين أثناء سير المفاوضات بإبرام عقود معينة مع الغير بهدف الاستعداد لتنفيذ العقد محل التفاوض عليه فكل هذه العقود تعتمد أساساً على نجاح المفاوضات فإذا ما فشلت المفاوضات بسبب خطأ المتفاوض الآخر فإن ذلك سيؤدي لا محالة إلى عدم تنفيذ تلك العقود المساعدة أو المكملة للعقد الأصلي الذي تجرى المفاوضات عليه، وعليه يرى جانب من الفقه الخاص ويؤيده آخر من فقه القانون العام إلى إمكانية التعويض عن الأضرار الناجمة عن عدم تنفيذ تلك العقود المكملة للعقد الأصلي محل التفاوض وخاصة ذلك لكونها أضراراً متوقعة وقت التفاوض.

¹ - محمد حسام لطفي المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض ، مرجع سابق ، ص 94، عبدالعزيز مرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الجانب التعاقد ، مرجع سابق ، ص 105.

وحيث إن هناك جانباً من العقود الإدارية كعقود البناء والتشييد ونقل الملكية "BOT" ومشتقاتها، وكذلك عقود المشاركة بين القطاع العام والخاص يستغرق تنفيذها مدة زمنية طويلة واستثمارات ضخمة مع ما يتطلبه ذلك من إبرام عدد من العقود مع الغير مثل عقود التمويل، عقود الصيانة، عقود توريد المعدات وعقود نقل التكنولوجيا.... وغيرها وهو ما يقدم عليه صاحب العطاء أثناء المفاوضات، وخاصة أن الإدارة على علم بكل تلك العقود بل وحثه على إبرامها لذا يتعين على جهة الإدارة حال فشل المفاوضات لسبب يرجع إلى الإدارة أن تعويضه المتفاوض معها عما لحق به من أضرار تتمثل فيما يتحمله من تعويضات في مواجهة الغير الذي أبرم معه تلك العقود بشرط ألا يكون إبرام تلك العقود راجعاً إلى تهوره أو بسبب خطئه ليس بخطأ الجهة الإدارية، فهنا لا تتحمل الإدارة تعويض ذلك إعمالاً لقواعد العدالة¹.

ثالثاً : التعويض عن الأضرار الأدبية

تتمثل الأضرار الأدبية التي تلحق بالمتفاوض المتضرر من جراء فشل المفاوضات بالمساس بسمعته في الوسط التجاري حيث تثير الشكوك حول سوء مركزه المالي أو قلة خبرته في إدارة المفاوضات، ولا شك في أنه في مثل هذه الحالات يجوز لمن لحقهم أضرار أدبية من جراء فشل المفاوضات أن يطالب بتعويض عنها ويؤخذ بنظر الاعتبار هنا المرحلة التي وصلت إليها المفاوضات²، وهذه من مسائل الموضوع الذي يختص بتقديرها قاضي الموضوع من دون معقب.

¹ - شعبان أحمد رمضان ، مفاوضات إبرام عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الاخلال بها في النظام القانوني المصري، مرجع سابق ، ص 180 .

² - فؤاد موسى ، التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية مرجع سابق، ص 86 .

الخاتمة

استهدف بحثنا تناول موضوع المسؤولية الإدارية الناتجة عن المفاوضات في العقود الإدارية بحيث قسّمنا الدراسة إلى ثلاثة فصول، حيث خصصنا أولها لبيان ماهية المفاوضات وأحكامها في نطاق العقود الإدارية، وذلك من خلال التعرض لتعريف المفاوضات وبيان أهميتها وتميزها عن غيرها عما يشتهر معها من الأوضاع القانونية والالتزامات الناشئة عنها في نطاق العقود الإدارية في المبحث الأول، وكذلك الالتزامات الناشئة عنها في المبحث الثاني، وكذلك الأحكام القانونية المتضمنة للمفاوضات في نطاق العقود الإدارية. وقد كرّسنا الفصل الثاني الذي قسمناه إلى ثلاثة مباحث تناولنا في الأول منه تحديد الطبيعة القانونية للمفاوضات السابقة على إبرام العقد الإداري عما إذا كانت عملاً قانونياً اتفاقياً أم لا، أي كونها واقعة مادية، وذلك للوقوف على طبيعة المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالمفاوضات السابقة على إبرام العقد الإداري. في حين خصصنا المبحث الثاني لبيان الأساس الذي تقوم عليه المسؤولية في المرحلة السابقة على التعاقد، وذلك عبر بيان الأساس القانوني الذي تبني عليه المسؤولية في المرحلة السابقة للتعاقد، عند وجود أو عند عدم وجود خطأ ينسب إلى الإدارة في تلك المرحلة، وذلك كأساس تكميلي للمسؤولية الإدارية القائمة على أساس الخطأ، واختتمنا هذا الفصل بمبحث ثالث عرضنا فيه شروط قيام المسؤولية في مرحلة المفاوضات، وذلك عبر بيان شروط قيام المسؤولية على أساس الخطأ وشروط قيامها من دون خطأ، وكذلك شروط قيامها على أساس نظرية الإثراء بلا سبب. واختتمنا هذه الدراسة بفصل ثالث تناولنا فيه الآثار القانونية للمسؤولية الإدارية عن المفاوضات في العقود الإدارية،

وبدورنا قسمناه إلى ثلاثة مباحث: عرضنا في الأول منه المسؤولية الإدارية من الدعوة إلى التفاوض. وفي الثاني عرضنا المسؤولية الإدارية من الاتفاقيات التفاوضية واختتمنا هذا الفصل بمبحث ثالث تناولنا فيه الآثار القانونية لتحقيق المسؤولية الإدارية.

وبعد أن فرغنا من دراسة موضوع المسؤولية الإدارية الناتجة عن المفاوضات في العقود الإدارية، لا بدّ لنا من بيان أهم النتائج والتوصيات التي خرجتُ بها، وهي على النحو الآتي:

أولاً : النتائج

(1) إن مرحلة المفاوضات في العقد الإداري كغيره من عقود القانون الخاص، تلعب دوراً بالغ الأهمية بالنسبة إلى جهة الإدارة والراغب في التعاقد معها، وذلك لأنها تتيح لجهة الإدارة اختيار أفضل العطاءات فنياً وأجدها اقتصادياً، هذا بالإضافة إلى إمكانية الإدارة من مفاوضة صاحب العطاء الفائز حول إمكانية تنازله عن كل أو بعض التحفظات حال اقتران عطائه ببعض التحفظات أو النزول بسعره إلى سعر السوق، أما بالنسبة إلى المتفاوض مع الإدارة فإن مرحلة المفاوضات تتيح للمتفاوض التعرف على مزايا العقد من ناحية، والتعرف على الصعوبات التي يمكن أن تعرقل تنفيذ العقد ومن ثم تضمين العقد بنوداً بشأن كيفية التغلب على تلك الصعوبات كما يسمح له باستمرار تنفيذه من ناحية وبما يحقق مصلحة طرفيه من ناحية أخرى.

(2) إن مرحلة المفاوضات مرحلة ضرورية في خاصة العقود الإدارية المتعلقة بمشروعات البنى التحتية، فالعقد يعد وليداً للإرادة المشتركة لطرفيه مما يتيح مجالاً للتنافس والتفاوض بقصد

الوصول إلى أفضل الأوضاع التي تحقق المصلحة العامة والمتمثلة في الحصول على أفضل العطاءات لخير المرفق العام وصيانة أموال الدولة.

(3) وعلى الرغم من أهمية المفاوضات في العقود الادارية الا ان المشرع البحريني والقوانين المقارنة الاخرى لم تنظم المرحلة السابقة على التعاقد والمسؤولية التي تنشأ خلال هذه المرحلة بنصوص قانونية خاصة وصريحة، إكتفاءً بالمراحل التي تلي إبرام العقد ، بدءاً من تحديد التزامات الاطراف في العقد وكذلك المسؤولية الادارية عن الاخلال بهذه الالتزامات من خلال تنظيم عناصر المسؤولية.

(4) إن التفاوض بشأن العقد الإداري يشكل تصرفاً إرادياً اتفاقياً بين جهة الإدارة والمتفاوض معها بالأخص إذا كان المتفاوض هو صاحب العطاء الفائز والمقترن بتحفظ (عند تعاقد الإدارة بإسلوب المناقصة)، فهو ليس واقعة مادية بحتة على نحو ما يرى غالبية الفقه والقضاء، ذلك لأن التفاوض لا يمكن أن يحدث مصادفة كالأعمال المادية إلى إحداثها إرادة الإدارة، إنما تتجه إرادة طرفيه صوب الدخول فيه المفاوضات لغرض إبرام العقد الإداري محل التفاوض وحل بعض النقاط الخلافية قبل إبرامه، أو صرف النظر عن هذا الإبرام حسبما يراه كل طرف لتحقيق مصلحته.

(5) فإرساء طبيعة عقدية للتفاوض على العقد، وذلك بالنظر إلى وجود اتفاق على التفاوض بين الطرفين، يستوي في نظرنا أن يكون هذا الاتفاق قد جاء صريحاً أم ضمناً. فحيثما يوجد تفاوض على العقد، فثم اتفاق هناك يستشف بين الطرفين على الرغبة في التفاوض، حتى لو لم يكن ذلك الاتفاق صريحاً. والحق أن التفرقة التي أقامها الفقه والقضاء المعاصرين، بين المفاوضات

المصحوبة باتفاق صريح، وبين تلك المفاوضات غير المصحوبة بمثل هذا الاتفاق، لهي تفرقة
تحكومية، تقتصر إلى أساس قانوني تقوم عليه، وكما سبق أن أسلفنا فإن من شأن هذه التفرقة أن
توجد ازدواجية في المعيار من دون مبرر. فكيف يتسنى لنا أن نجعل من التفاوض مرة عملاً
قانونياً ملزماً، ومرة أخرى نجعله عملاً مادياً غير ملزم، لمجرد أن الأطراف لم يصرحا باتفاقهما
على التفاوض، ومع أنهما يتفاوضان فعلاً، والتفاوض في الحالتين هو ذات التفاوض، أليس أدل
على تصريحهم في التفاوض أنهما يتفاوضان فعلاً؟. والعدل والمنطق يقضيان ويؤكدان ضرورة
توحيد طبيعة التفاوض، في طبيعة واحدة، كي تحكمها قواعد قانونية واحدة، من دون تمييز بين
صورة وأخرى. والحقيقة أنه بمجرد توافق الإرادتين على الدخول في عملية التفاوض، يكون
الطرفان قد عقدا فيما بينهما عقداً من دون أن يصرحا بذلك أحياناً، وهذا العقد هو الذي يحكم
العلاقة بينهما سواء أثناء التفاوض أو عند فشله، الأمر الذي يجعل عملية التفاوض وما قد ينشأ
عنها من مسؤولية ذات طبيعة عقدية.

(6) وعلى ضوء ذلك فإن الالتزامات الناجمة عن مفاوضات في العقود الإدارية تعد التزامات حقيقية
مصدرها اتفاق التفاوض الصريح أو الضمني بين جهة الإدارة والمتفاوض معها، وليست مجرد
واجبات أو التزامات عامة، وبالتالي فإن المسؤولية الناجمة عن الإخلال بها تعد مسؤولية عقدية
لأن هذا الاتفاق هو الذي يحكم علاقة المتفاوضين أثناء التفاوض وحال فشله.

(7) الآثار التي تترتب على تحقق المسؤولية الإدارية في مواجهة الإدارة عند ثبوت إخلالها
بالالتزامات التي تفرضها مرحلة المفاوضات هو التزام الإدارة بالتعويض المتضرر حيث لا
يتصور إجبار الإدارة على التنفيذ العيني أيا كانت طبيعة الالتزام التفاوضي الذي أخلت به

الإدارة، ذلك لعدم جواز اتخاذ إجراءات التنفيذ العيني الجبري إزاء الجهات الإدارية وإنما يكون التنفيذ دائماً في مواجهتها بطريق التعويض.

(8) هناك اختلاف للخطأ التقصيري للإدارة في مجال المفاوضات عن الخطأ التقصيري للمتفاوض مع الإدارة، حيث يتخذ أشكالاً غير مألوفة عما هو متعارف عليه في نطاق القانون الخاص ولا سيما عندما يتجسد الخطأ التقصيري في القرار الإداري غير المشروع، وهذا راجع إلى أن الخطأ في نطاق القانون الإداري له مفهوم مغاير يتناسب مع الطبيعة الخاصة للمسؤولية الإدارية وما تستوجبه من التفرقة بين الخطأ الشخصي والخطأ المرفقي.

(9) لا يجوز الخيرة بين المسؤوليتين العقدية والتقصيرية عند فشل المفاوضات إلا في حالة أن يكون خطأ الإدارة أو المتفاوض معها خطأ تقصيرياً وخطأ عقدياً في ذات الوقت.

(10) إن قواعد المسؤولية الإدارية لا تكفي وحدها للتطبيق على المفاوضات في العقود الإدارية فلا بد من إستحداث نظام قانوني خاص بالمسؤولية الإدارية الناتجة عن مفاوضات العقود الإدارية لا تتأثر قواعده ما بين قوانين مختلفة ، خصوصاً القانون المدني ، ونحن لسنا ضد التعاون والتكامل بين فروع القوانين المختلفة لكننا نرى ان المسؤولية الادارية لها خصوصية تتمثل في أن الادارة صاحبة السيادة والسلطان تكون طرفا في العلاقة التعاقدية.

ثانيًا: التوصيات

وعلى ضوء ما قدّمناه في دراستنا للمسؤولية الإدارية الناتجة عن المفاوضات في العقود الإدارية من نتائج يمكننا اقتراح بعض التوصيات التي يمكن من خلال تفعيل دور المفاوضات في العقود الإدارية على الأصعدة القانونية والمالية والفنية والتنظيمية كافة، وذلك بما يحقق مصالح طرفي العقد الإداريين وعليه خرجت هذه الدراسة بعدد من التوصيات من أهمها:

(1) نصي المشرّع البحريني بتعديل بعض أحكام قانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية رقم 36 لسنة 2002، والمعدل بموجب المرسوم رقم 36 سنة 2010، وتحديد المادة 45 المتعلقة بالتفاوض التنافسي والمادة 33 المتعلقة بشأن التفاوض مع صاحب العطاء الفائز والمقترن بتحفظ، على نحو تتضمن أحكاماً أكثر تأصيلاً بشأن تنظيم عملية المفاوضات من حيث تحديد طبيعة التفاوض والتزامات المتفاوضين، والمدى الزمني، ومكان إجرائه، ونفقات التفاوض ونسب تحمله.

(2) نصي المشرّع البحريني بوضع تنظيم قانوني متكامل لمرحلة التفاوض في العقود الإدارية وإن يتسم هذا التشريع بالمرونة نظراً إلى أهميته خاصة في مجال العقود الإدارية ذات القيمة الكبرى التي تبرم بصدد تنفيذ مشروعات عملاقة متعلقة بالبنى التحتية بحيث يمكن الإدارة من اختيار أفضل العروض.

(3) إلزام جهة الإدارة عند لجوئها إلى التفاوض بشأن إبرام عقد من العقود الإدارية إلى صياغة اتفاق مكتوب يتسم بالوضوح والتحديد بينها وبين المتفاوض معها بحيث يعد الأساس الذي يحكم وينظم

العلاقة أثناء مرحلة المفاوضات وفي حال فشلها، مما يترتب على ذلك تطبيق قواعد المسؤولية العقدية من دون التقصيرية في حال فشل المفاوضات.

(4) نهيب بالقضاء بنوعيه: العادي والإداري، وعلى قمتها محكمتي النقض المصرية ومحكمة التمييز البحرينية بالعدول عن مسلكهما بشأن اعتبار المفاوضات السابقة على العقد مجرد عمل مادي، والأخذ بالفكرة القائلة بأن المفاوضات ذات طبيعة قانونية لأن من شأن ذلك تحدد القواعد الحاكمة للمفاوضات على نحو لا لبس فيه ولا غموض بالإضافة إلى توحيد الحلول القانونية بالنسبة إلى أنواع المفاوضات كافة المكتوبة وغير المكتوبة بما يحقق المساواة بين المراكز القانونية للمفاوضين من دون تفرقة بين متفاوض وآخر.

(5) وأخيراً لا تبقى الحاجة محصورة بتطوير النصوص التشريعية في مجال العقود الإدارية فحسب، بل أصبح من الضروري تأهيل القائمين على إبرام تلك العقود، من خلال إقامة الدورات التدريبية الخاصة بهذا المجال مع ضرورة الأخذ بنظر الاعتبار الأسس الموضوعية والذاتية في اختيار المشاركين ومؤهلاتهم الأكاديمية والوظيفية، إلى جانب اختيار المناهج ذات الصلة المباشرة بالمفاوضات ومتطلباتها.

قائمة المراجع

أولاً: المعاجم

- ابن منظور محمد بن مكرم لسان العرب - دار المعارف - ج7.

ثانياً: المراجع العربية

1- المراجع العامة

- أبو العلاء علي أبو العلاء - مفاوضات عقود التجارة الدولية - دار النهضة العربية 2002 م.
- أحمد عبدالكريم سلامة - قانون العقد الدولي - مفاوضات العقود الدولية - القانون الواجب التطبيق وأزمته - دار النهضة - القاهرة.
- أحمد عثمان عياد - مظاهر السلطة العامة في العقود الإدارية - دار النهضة - 1973 م .
- أنور أحمد رسلان - مسؤولية الدولة غير التعاقدية . دار النهضة العربية - 1998م.
- أنور سلطان - الموجز في النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام - دار المطبوعات الجامعية - 1998م.
- بشير علي خلف جاسر العبيدي - مسؤولية الإدارة عن أعمالها المشروعة - دراسة مقارنة . المصدر القومي للإصدارات القانونية - طبعة 1 - 2018 م.
- بكر القباني - القانوني الإداري الكويتي - المطبعة العصرية - الكويت - من دون تاريخ نشر.
- جبار جاد نصار - المناقصات العامة (دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة (الأونسترال) الطبعة 2 - 2002م.
- جميل الشراوي - النظرية العامة للالتزام - دار النهضة العربية - 1998م .
- جورج شفيق ساري - مسؤولية الدولة عن أعمال سلطتها - دار النهضة العربية الطبعة 2 - 2005 م.
- د. حسام الدين كامل الأهواني - النظرية العامة للالتزام- الجزء الأول - مصادر الالتزام - طبعة الثانية - القاهرة- من دون ذكر جهة النشر - 1995م.

- حسين الدوري - فن التفاوض أسسه وتطبيقاته - مطبعة الجامعة المستنصرية - بغداد 1984م.
- حسن علي الذنون - المبسوط في المسؤولية المدنية - جزء الاول - التايمس للطباعة والنشر الاهليه - بغداد - 1991
- خالد عبدالفتاح محمد وحسن محمود السيد أحمد - قواعد المسؤولية والتعويض في ضوء أحكام المحكمة الإدارية العليا وفتاوى الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة منذ عام 1955م، حتى عام 2001م، - دار الكتب القانونية - 2003م.
- رأفت فوده - دروس في قضاء المسؤولية الإدارية - دار النهضة العربية - 2010م.
- د. رجب كريم عبد اللاه - التفاوض على العقد - دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة - دار النهضة - 2000م.
- وسام صبار العاني - القضاء الإداري - مكتبة السنهوري - الطبعة 1 - 2015م.
- رمزي طه الشاعر - قضاء التعويض - مسؤولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية - دار النهضة 2008 م.
- سعاد الشرقاوي - العقود الإدارية - دار النهضة العربية - 1995 م.
- سعد حسين عبد الملحم - التفاوض في العقود عبر شبكة الإنترنت طبعة 1، موسوعة القوانين العراقية - من دون ذكر جهة نشر - بغداد - 2004م.
- سليمان شيراز عزيز - حسن النية في إبرام العقود- الطبعة 1، دار دجلة - عمان - 2008م.
- سليمان محمد الطماوي:
- الأسس العامة للعقود الإدارية (دراسة مقارنة) - دار الفكر العربي الطبعة 4، 1984م.
- i. القضاء الإداري - دار الفكر العربي - 1968م.
- ii. قضاء التعويض وطرق الطعن في الأحكام - دراسة مقارنة دار الفكر العربي - الكتاب الثاني - 1986م.
- سليمان مرقص - الوافي في شرح القانون المدني- الجزء 2، في الالتزامات - المجلد الأول - نظرية العقد والإدارة المنفردة - الطبعة 4 - القاهرة - 1987م.
- صديق محمد عفيف - د. جرمين جزين سعد - التفاوض الفعال في الحياة والأعمال - مكتبة عين شمس - طبعة 7، الإسكندرية - 2003م.
- صلاح الدين زكي - تكوين الروابط العقدية ما بين الغائبين الطبعة 1، دار النهضة العربية - القاهرة - 1963 م.

- طالب حسين موسوي - قانون التجارة الدولية - الطبعة 1، الإصدار السادس - دار الثقافة - عمان - 2008 م.
- عبدالحكيم فوده - الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، دار الفكر الجامعي - 1996م.
- 43. عبدالرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري جزء 1 ، دار إحياء التراث العربي - بيروت - من دون ذكر تاريخ نشر.
- عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني الجديد - جزء 1 - مصادر الالتزام - المجلد الأول - دار النهضة العربية - 1952م.
- عبدالرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني جزء 1، نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام - تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي - منشأة المعارف بالإسكندرية - 2003 م.
- عبدالرؤوف بسيوني - شبه العقد في القانون الإداري دار الفكر الجامعي طبعة 1 - 2007 م.
- عبدالعزيز عبدالمنعم خليفة - الأسس العامة للعقود الإدارية - منشأة المعارف بالإسكندرية - 2004 م.
- عبدالفتاح صبري أبو الليل . أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق . (دراسة مقارنة) - من دون ذكر جهة نشر - 1994م.
- عبدالفتاح عبدالباقي - موسوعة القانون المدني المصري - نظرية العقد والإدارة المنفردة - القاهرة - 1984م.
- عبدالمجيد الحكيم، عبدالباقي البكري، محمد طه البشير - الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي جزء 1 - مصادر الالتزام - دار الكتب للطباعة والنشر - الموصل - من دون ذكر تاريخ النشر.
- عبدالمنعم فرج الصدة - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - 1992م.
- عبدالمنعم موسى - حسن النية في العقد (دراسة مقارنة) - منشورات زين الحقوقية - 2006م.
- عثمان سليمان غليليان العبودي - المرشد العلمي في أحكام الشراء والبيع والإيجار وإبرام العقود الحكومية - الطبعة 2 - 2009م.
- عصمت عبدالله الشيخ - التحكم في العقود الإدارية ذات الطابع الدولي - دار النهضة العربية - 2003م.

- عصمت عبدالمجيد بكر - أثر التقدم العلمي في العقد - تكوين العقد - إثبات العقد دراسة مقارنة - من دون ذكر جهة نشر - 2007م.
- علي الأمير قبلان - أثر القانون الخاص على العقد الإداري - الجزء 2 - مكتبة زين الحقوقية الطبعة 2 - 2014 م.
- علي محمد بدير وآخرون - مبادئ وأحكام القانون الإداري - دار الطباعة والنشر - 1993م.
- صلاح سري الدين - المفاوضات في عقود التجارة الدولية - دراسة مقارنة للقانون المصري والإنجليزي - دار النهضة العربية - الطبعة 1 - 1998م.
- فاروق أحمد خماس . القضاء الإداري وتطبيقاته في مملكة البحرين - كلية الحقوق جامعة البحرين.
- فؤاد العلواني، د. عبد جمعة مرسي الربيعي . الأحكام العامة في التفاوض والتعاقد - بيت الحكمة بغداد - 2003م.
- كمال عبدالسميع - مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة في ضوء القانون الوضعي والشريعة الإسلامية - دار النهضة - 2002 م.
- مال الله جعفر الحمادي - ضمانات العقد الإداري - دار الجامعة الجديد - 2010م.
- محمد جمال الدين زكي - مشكلات المسؤولية المدنية - جزء الاول - مطبعة جامعة القاهرة - من دون ذكر سنة النشر.
- محمد ماهر أبو العينين - العقود الإدارية قوانين المناقصات والمزايدات في القضاء وإفتاء مجلس الدولة حتى عام 2004م - الكتاب الثالث .
- ماهر صلاح علاوي - مبادئ القانون الإداري (دراسة مقارنة) - دار الكتب للطباعة والنشر - الموصل - 1996م.
- محمد حسن قاسم - الوجيز في نظرية الالتزام - المصادر الأحكام - دار الجامعة الجديد للنشر - 1994 م .
- محمد خلف الجبوري . العقود الإدارية - بيت الحكمة - بغداد - 1989م.
- محمد عبدالظاهر حسين - الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على العقد - من دون ذكر جهة النشر - 2001-2002م.
- محمود جمال الدين زكي - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري طبعة الثالثة - القاهرة - 1978م.
- محمد فؤاد مهنا - القانون الإداري المصري المقارن - جزء 1 - من دون ذكر جهة النشر - 1958م.

- د. محمود عاطف البنا - القضاء الإداري - دار الفكر العربي - من دون تاريخ نشر.
- مصطفى محمد جمال - السعي الى التعاقد في القانون المقارن - الطبعة الأولى - منشورات الحلبي - 2002 م.
- مها محسن علي السقا - مبدأ حسن النية في مفاوضات عقود التجارة الدولية - المركز القومي للإصدارات القانونية - الطبعة 1 - القاهرة - 2016 م.
- مهند مختار نوح - الإيجاب والقبول في العقد الإداري (دراسة مقارنة) - منشورات الحلبي الحقوقية - الطبعة 1، 2005 م.
- نزيه محمد صادق المهدي - الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات التعاقدية - دار النهضة - الطبعة 1 - 1982 م.
- وفاء مصطفى محمد عثمان - توازن المصالح في تكوين عقد البيع الدولي للبضائع وفقا لاتفاقية فينا لعام 1980 م - دار النهضة - القاهرة - 2006 م.
- يونس صلاح الدين علي - العقود التمهيدية (دراسة تحليلية مقارنة) - دار الكتب القانونية - مصر - 2010 م.

2. المراجع الخاصة

- شعبان أحمد رمضان - مفاوضات عقد المشاركة والمسؤولية الناجمة عن الإخلال بها في النظام القانوني المصري - دار النهضة - 2016 م.
- عبدالعزيز المرسي حمود - الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع العقدي - من دون ذكر جهة النشر - 2005 م.
- علي حمزة عباس الغانمي - عطاء العقد وعطاء التفاوض في العقود الإدارية - مكتبة السنهوري - 2016 م.
- 69. فؤاد محمد مرسي - التنظيم الاتفاقي لمفاوضات العقود الإدارية - دار النهضة - 2002 م.
- محسن أحمد الخضيرى - مبادئ التفاوض - مجموعة النيل - القاهرة 2003 م.
- د. محمد أحمد عبدالمنعم - مرحلة المفاوضات في العقود الإدارية - دار النهضة 2002 م.
- محمد حسام لطفي - استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها - من دون ذكر جهة النشر - القاهرة - 1993 م.
- محمد حسام محمود لطفي - المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض - من دون ذكر جهة نشر - 1995 م.

- د. محمد حسين عبد العال - التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية - دراسة تحليلية مقارنة - دار النهضة - 1998م.
- محمد شاكراً، المسؤولية عن قطع المفاوضات (دراسة مقارنة) - المركز القومي للإصدارات القانونية - القاهرة - 2016م.

3. الرسائل العلمية

- أحمد فتح الله أبو سكيمة - النظرية العامة للإثراء بلا سبب في القانون الإداري - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - جامعة عين شمس - 1997م .
- حبيب إبراهيم حمادة الدليمي - الطعن بالإلغاء ضد القرارات الإدارية القابلة للانفصال في مجال العقد الإداري (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - جامعة بغداد - 1994م.
- سلام براك الجميلي - المفاوضات العقدية (دراسة مقارنة) - رسالة ماجستير - جامعة النهرين بغداد - 1998م.
- عباس زيون عبيد العبيدي - التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري - وحجتها في الإثبات (دراسة مقارنة) - رسالة دكتوراه - جامعة بغداد - 1994م .
- عبداللطيف نايف الجبوري - التنظيم القانوني للمفاوضات في العقود الإدارية (دراسة مقارنة) أطروحة دكتوراه - جامعة بغداد - 2006م.
- عبدالفتاح الصالحي، مسؤولية الإدارة عن أعمالها المادية المشروعة - رسالة ماجستير - جامعة محمد خضير بسكرة - الجزائر 2012- 2013 م.
- مصطفى خضر نشمي - النظام القانوني للمفاوضات التمهيدي للتعاقد - رسالة ماجستير - الشرق الأوسط - عمان الأردن - 2013- 2014 م.
- نبيل سعدون طه العذاري - العوامل المؤثرة في نتائج عملية التفاوض - دراسة ميدانية في قطاع التجارة الخاص العراقي - رسالة ماجستير - كلية الإدارة والاقتصاد - جامعة بغداد - 2001م.

4. البحوث والمقالات المنشورة في الدوريات العلمية

- إبراهيم دسوقي أبو الليل - تعويض تقويت الفرصة - مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد الثاني والثالث - 1986م.
- أم كلثوم صبيح محمد - المفاوضات الممهدة للتعاقد (ماهيتها وأحكامها) دراسة مقارنة بين الواقع العملي والفرغ التشريعي - مقال منشور في كلية الحقوق - جامعة النهرين - الإصدار الثالث - المجلد السادس عشر - 2014م.

- بن أحمد صليحة- آثار المسؤولية المدنية عن إخلال المتفاوض بالتزامه بالتفاوض بحسن النية - بحث منشور في جامعة قاصدي مرباح ورقلة - العدد العاشر - الجزائر - 2014م.
- جمال فاخر النكاس - العقود والاتفاقيات المحددة للتعاقد - مجلة الحقوق - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - السنة العشرون - العدد 1، مارس 1997م.
- د. حسام الدين كامل الأهواني - المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الدولي - تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية - معهد قانون الأعمال الدولي - القاهرة - الثاني والثالث من كانون الثاني لعام 1993م.
- صبري حمد خاطر - قطع المفاوضات العقدية - بحث منشور في مجلة الحقوق - جامعة النهريين - المجلد الأول - العدد الثالث - 1997م.
- طه الشخيلي - القرارات الإدارية - مجلة الحقوق (اتحاد الحقوقيين العراقيين) - بغداد - العدد الرابع - السنة السابعة 1975م.
- عبداللطيف نايف الجبوري - الأطر القانونية للمفاوضات في مجال التعاقد بأسلوب المناقصة (دراسة مقارنة) - مجلة الحقوق - جامعة المستنصرية، المجلد الأول - العدد - 20751532 - بغداد - 2006م.
- علي جمعة محارب - الآثار السلبية لرفض التعاقد مع مقدم العطاء الأقل - مقال منشور في مجلة المقاول - صادرة عن اتحاد المقاوليين - بغداد - العدد التاسع - الإصدار الثالث - 1989م.
- محمد عبدالغني حسن هلال - مهارات التفاوض - مقال منشور في مركز الأداء والتنمية - القاهرة - 1995 م.
- محمد علي جواد - عطاء العقود وعطاء التفاوض لإبرام عقود الإشغال العامة - مقال منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة المستنصرية - المجلد الأول - العدد الثاني - بغداد - 2006م.
- نبيل إسماعيل الشبلاق . الطبعة القانونية لمسؤولية الأطراف في مرحلة ما قبل العقد - بحث منشور في جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية - المجلد التاسع والعشرون - العدد الثاني - دمشق - 2013م.
- نصير يزيد أنيس - مرحلة ما قبل إبرام العقد - مقال منشور في مجلة المنارة - جامعة آل البيت - العدد الثالث - الأردن - 2001م.

5. القوانين واللوائح

- القانون رقم 58 لسنة 1953، في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات المصري ولائحته التنفيذية.
- القانون رقم 89 لسنة 1998، في شأن تنظيم المناقصات والمزايدات المصري ولائحته التنفيذية.
- القانون رقم 182 لسنة 2018 والخاص في تنظيم التعاقدات الحكومية المصري
- تقنين العقود الفرنسي (قانون العقود العامة وتعديلاته) لسنة 1964.
- قانون عقود الدولة الفرنسي لسنة 1976.
- المرسوم بقانون رقم 36 لسنة 2002، في شأن تنظيم المناقصات والمشتريات والمبيعات الحكومية البحريني.
- المرسوم بقانون رقم 29 لسنة 2010، الخاص بتعديل أحكام المرسوم رقم 36 لسنة 2002، بشأن تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية البحريني - الجريدة الرسمية العدد 2954 الصادرة في الأول من يوليو 2010.
- المرسوم بقانون رقم 37 لسنة 2002، بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمشتريات الحكومية - الجريدة الرسمية العدد 2551 - الصادرة في التاسع من 9 أكتوبر.
- أمر سلطة الاحتلال المرقم 187 الصادر في 16 / 5 / 2004 م - جريدة الوقائع العراقية العدد 3984 - حزيران - 2004 م.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، وتعديلاته - الوقائع العراقية - العدد 3051
- قانون الإثبات البحريني رقم 14 لسنة 1996.
- قانون المدني البحريني رقم 19 لسنة 2001 .
- قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي المعدل - رقم 32 لسنة 1986.
- تعليمات إلى مقدمي العطاءات - القرار الإداري الصادر عن وزارة التخطيط العراقي - 1988م.
- تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع وأعمال خطط التنمية القومية العراقي لسنة 1988.

6. أحكام القضاء

- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا . الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع في العقود الإدارية . مطبعة وزارة العدل - 1997م.
- مذكرة بالرأي من هيئة الإفتاء والتشريع البحريني في إبرام مذكرة تفاهم بين جهة إدارية ومستثمر - رأي غير منشور .

7. المراجع الفرنسية

- Iarrouet (ch) : Droit Civil -13 - Les obligations - le contract - 3ed - Economic 1996 -n248,P228.
- M.Dulisson - la negociation des Moniteur - 1982 -P .57
- Schmid (J) - Negociations et conclusion de contract - Paris - 1981 - 112.

Thesis Summary (Abstract)

The Negotiations in the administrative contracts considered one of the stages of the administrative contract, which is an essential stage in the contracting process; therefore the contractual balance of the administrative contract to be lumpy conclusion depends on the good conduct of the negotiations. The pre-contract stage is of huge importance from both, legal and practical sides. As financial transactions are currently witnessing a huge boom focused on giant projects fraught with serious economic risks to the parties.

As the negotiations stage is the first steps of the administrative contract in order to discuss the details of the contract to be concluded and in order to select the best bids or offers to be submitted. Hence the importance of studying the stage of negotiations in the administrative contracts and to clarify the administrative responsibility which arise at that stage.

Especially in the absence of legal regulation of this stage, in terms of its concept and legal nature in both private and public law, which required us to refer to the traditional rules in the theory of commitment to apply at this stage to reach to a legal construction of administrative responsibility in stage of the of negotiations prior to the contract.

This study came to shed light on this important subject in the present day, especially in light of the development to the theory of the administrative contract, which led to the emergence of new types of administrative contracts, which by nature require negotiations between the administrative body and the investor who wants to contract with the administration bodies.

Such contracts include, for example, the public-private partnership, which focuses on the infrastructure projects and utilities, as well as contracts for international contracts for the transfer of technology and other modern administrative contracts, which constitute an important nerve especially for developing countries, through which the developing countries can reduce the gap between them and the developed countries In terms of achieving development rates that enable them to achieve prosperity and prosperity for their citizens.

The study has emerged number of finding and recommendations been installed at the conclusion of the study, and the most important : **To established integral a legal system for the negotiation phase of the administrative contracts , whereas the legal system should be flexible, and comply with the provisions and legal nature of the Administrative contract.**

University of Bahrain

College of Law



Department
of public Law

The Administrative Responsibility Rising from the Negotiations of the Administrative Contracts

A Thesis Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the (Master)
Degree in
(Administrative Law)

Submitted By
Mays Abdulbaqi Ismail Alabid
20081047

Supervised by
Fouad Mohamed Mousa Abdel Karim
(Professor)

University of Bahrain

03 of March 2019

Kingdom of Bahrain